



UNIVERSIDAD SIGLO 21

CARRERA DE ABOGACIA

TRABAJO FINAL DE GRADO

**“LEGITIMA DEFENSA, LA RACIONALIDAD
EN EL MEDIO EMPLEADO PARA IMPEDIR O
REPELER LA AGRESIÓN ILEGITIMA”**

Autor: JESUS MARIA MOROSO

2016

Resumen Ejecutivo

En la praxis judicial, es conocido el instituto jurídico de la Legítima Defensa, que con asiduidad suele ser invocado por los operadores jurídicos, en pos de establecer posición con respecto al accionar de un sujeto en determinado contexto fáctico.

Este conocimiento, ahora ya no de forma técnica jurídica, también despierta el interés de legos de nuestra sociedad, no incluidos en el sistema jurídico como operadores, que debaten del instituto y lo oponen en el diario intercambio de opiniones sobre hechos judicializados y de común conocimiento por los medios periodísticos o sociales que abordan.

Son múltiples los antecedentes jurisprudenciales al respecto, como así los estudios dogmáticos que con el devenir de los tiempos vienen a sumar conocimiento jurídico al respecto. Obviamente porque esta causa de justificación enerva la antijuridicidad de una acción que bajo otras condiciones resultaría reprochable penalmente a su autor. Pero que no sucede en esas especiales circunstancias, que lo convierten en permisos legales para actuar en esa dirección.

Este instituto jurídico, que justifica la defensa legítima de la propia persona, de terceros o de los derechos, resulta de antiquísima data, que evoluciono hasta la actualidad desde lo más primitivo de la interacción del ser humano sobre la faz de la tierra, a través de diversas civilizaciones que primeramente en su inteligencia lo entendieron y aplicaron como un derecho natural antes que jurídico.

La sistematización del derecho, y con el tiempo la inclusión de esta justificante, ha traído diversas aristas para su estudio, producto del intelecto del hombre y su apego por el conocimiento y profundización jurídica, y que trajo de la mano los requisitos que se imponen, para que una conducta sea considerada como legitima en la defensa.

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos a nivel mundial, se encuentra receptada esta figura legal, con matices en la redacción del instituto o en los requisitos necesarios, de acuerdo a la política socio criminal por la que abogue el Estado. Pero sin diferencias sustanciales en cuanto al espíritu de la figura legal.

En Argentina, se encuentra receptado en la parte general del Código Penal, específicamente en el art. 34 inc. 6; y en específico este Trabajo Final de Grado pretende el estudio del requisito enunciado en el punto b) la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima.

Abstract

In judicial practice, it is known the legal institution of self-defense, which is usually invoked regularly by legal operators, after establishing position with respect to the actions of a subject in a particular factual context.

This knowledge, not now already legal technically, also arouses the interest of lay-people in our society, not included in the legal system as operators, debating the institute and oppose it in the daily exchange of views on legal sanction facts and common knowledge by journalistic or social media that address.

There are multiple legal precedents in this regard, as well dogmatists studies with the passing of time come to add legal knowledge about it. Obviously because this justification weakens the anti legality of an action under other conditions it would be reprehensible criminal charges against its author. But that does not happen in those special circumstances that make it legal permits to work in that direction.

This legal institution which justifies the legitimate defense of the person, or third-party rights, is of ancient data, which evolved to the present from the most primitive of the interaction of human beings on the face of the earth, through of various civilizations that first in their intelligence they understood and applied as a natural right rather than legal.

The codification of the law, and eventually the inclusion of this proof, has brought several edges for study, a product of man's intellect and his attachment to knowledge and legal deepening, and brought hand the requirements imposed, for a conduct it is considered legitimate in the defense.

In most legal systems worldwide, it is receipted this legal figure, with nuances in the wording of the institute or the requirements, according to the criminal social policy that advocates the state. But no substantial differences in the spirit of the legal figure.

In Argentina, it is receiptado in the general part of the Penal Code, specifically in art. 34 inc. 6; and specify this Final Project, intended to study the requirement in point b) rational necessity of the means employed to prevent or repel aggression illegitimate.

ÍNDICE

Dedicatoria	05
Agradecimientos	05
Introducción	06
Objetivo General	09
Marco Metodológico	09

CAPITULO I. LEGÍTIMA DEFENSA

I.1 Que es el Instituto de la Legítima Defensa	10
I.2 Evolución Histórica	10
I.3 Fundamento	13
I.4 Teoría del delito. Exclusión de la anti juridicidad, por la legítima defensa.	14

CAPITULO II. REGIMEN NORMATIVO

II.1 Legislación Nacional	18
II.1.1 En Materia Penal	19
II.1.2 En Materia Civil	19
II.2 Legislación Comparada	20
II.2.1 Chile	20
II.2.2 Uruguay	21
II.2.3 Bolivia	21
II.2.4 Cuba	22
II.2.5 Venezuela	22
II.2.6 Costa Rica	23
II.2.7 Perú	23
II.2.8 España	23

CAPITULO III. OPERATIVIDAD JURIDICA DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

III.1 Análisis de la subsidiariedad de la defensa privada.	27
III.2 La posibilidad de huir ante la agresión ilegítima, no inhibe su operatividad	28

CAPITULO IV. REQUISITO DE RACIONALIDAD DEL MEDIO EMPLEADO PARA IMPEDIR O REPELERE LA AGRESIÓN ILEGITIMA

IV.1 Análisis específico del requisito en cuestión 30
 IV.1.1 La racionalidad 31

CAPITULO V. VALORACION OBJETIVA Y SUBJETIVA CON QUE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES ANALIZAN EL ACCIONAR DEL SUJETO EN LA OPERATIVIDAD DE LA CAUSA DE JUSTIFICACION

V.1 Enfoque subjetivo y objetivo, contrastes de ambas posiciones doctrinarias. 36

VI CONCLUSIONES FINALES 38

VII BIBLIOGRAFIA 42

Dedicatoria

A todos aquellos que con dedicación y estudio constante, nos ilustran con su conocimiento, y nos enseñan el apasionante mundo derecho en su esencia.

Agradecimientos

A mis padres, hijos Micaela y Manuel y a Cecilia por la inspiración para empezar la carrera, la motivación y apoyo constante en estos años de estudio. A ellos, mis hermanos y mis amigos por su impulso, y por los momentos que nos privamos de compartir y lo entendieron. Gracias...

Introducción

La legítima defensa resulta ser un instituto jurídico, que excluye la anti juridicidad de un hecho típico. Así se la entiende como la reacción contra una agresión injusta, actual y no provocada.

Uno de los fundamentos que explican la legítima defensa, adoptado mayoritariamente por la doctrina, es el explicado por Cousiño, y que lo formula así: “Siempre es preponderante el interés del agredido injustamente en alguno de sus bienes jurídicos, frente a los bienes jurídicos del atacante, lesionados en legítima defensa” (Cousiño, 1992, p. 192).

Este instituto es reconocido universalmente, con variantes mínimas en los matices requisitorios para su encuadre.

Históricamente; cuando la sociedad evoluciona y se organiza tal cual Estado, monopoliza, el uso de la fuerza para hacer justicia. Hasta ese momento, el hombre tomaba en sus manos la justicia, entendida así subjetivamente de acuerdo a quien la ejerciera.

En la República Argentina, se encuentra legislada específicamente en el Código Penal, artículo 34 No son punibles. 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. Los párrafos 2 y 3 del mismo artículo describen abstractamente la legítima defensa presunta o privilegiada. Finalmente el inc. 7, describe el supuesto de la Legítima Defensa de terceros; siendo requisitos para su ejercicio la concurrencia de los indicados en a) y b) del inciso anterior.

Es el requisito indicado en el inc. b) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla (a la agresión ilegítima), el que específicamente nos ocupa en el presente; y que ha generado debates doctrinarios, y antecedentes jurisprudenciales; y que sin dudas en algún momento ha sido interpretado, como proporcionalidad del medio en cuanto elemento y no poder ofensivo y defensivo del mismo.

Analizaremos la problemática en cuestión, a partir del año 1921, cuando se regula jurídicamente el instituto hasta nuestros días; abarcando también para el análisis la legislación comparada de los siguientes países a saber: Chile, Uruguay, Bolivia, Cuba, Venezuela, Costa Rica, Perú y España.

Algunos juristas y doctrinarios de relevancia la definen así:

Sebastián Soler: “La reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada” (Soler, 1987, p. 348).

Carlos Fontan Balestra: “La reacción necesaria para evitar la agresión ilegítima y no provocada de un bien jurídico actual o inminentemente amenazado por la acción de un ser humano” (Fontan Balestra, 1966, p. 137).

Ricardo Núñez: “Es la que se lleva a cabo empleando un medio racionalmente necesario para impedir o repeler una agresión ilegítima y sin que medie provocación suficiente, ocasionando un perjuicio a la persona o derechos del agresor” (Núñez, 1976).

En tanto la jurisprudencia mayoritaria, también se expresa en el siguiente sentido:

“Mientras la agresión –presente o potencial- ocasione peligro para un bien jurídico será racionalmente necesario lanzar el medio defensivo; tal será el modo racional de “impedirla o repelerla”. Y si procede el medio racionalmente necesario para impedir o repeler la agresión es evidente que se repele la agresión actual y se impide la futura. En cuanto al medio usado, el mismo es racionalmente necesario si en su momento aparece idóneo, según la razón, con vistas a eliminar el peligro que para un derecho –en este caso la integridad física de la procesada- representaba la agresión y no se acreditaba la oportuna concurrencia de otra posibilidad defensiva que, también para la razón, tuviese equivalente suficiencia y menor aptitud dañosa”¹.

“En este sentido la utilización de un arma de fuego teniendo en cuenta las características del lugar de los hechos, tornaban como racional el empleo de la misma para repeler en principio la agresión”².

El desarrollo del Trabajo Final de Graduación, comprenderá el abordaje de la temática, en cinco capítulos. En los Capítulos I y II, se desarrolla la evolución historia del instituto de la legítima defensa, hasta la actualidad como causa de justificación, y el régimen normativo nacional en materia penal y civil y en el derecho comparado.

En el Capítulo III, se describirá y analizará la operatividad jurídica de la legítima defensa, la subsidiariedad de la defensa privada, y la posibilidad de huida ante la agresión ilegítima y si esta acción evasiva inhibe su operatividad legal.

1STJ San Luis. “Incidente – “Gomez, María Laura S/Homicidio simple – Recurso de casación” Expte. N° 44-12010, tramix inc. N° 55879/1. Sentencia N° 10/12. (Sentencia de fecha: 28/02/2012).

2TSJ Santa Cruz. “HUENCHUMAN RICARDO AGUSTIN Y BARRERA GRACIELA LAURA S/HOMICIDIO SIMPLE”, Expte. N° 4204/12 (H-739/12/TSJ) (Sentencia de fecha: 31/03/2014)

El Capítulo IV, será destinado al análisis específico del requisito de la necesidad racional del medio empleado, y su vinculación o interpretación jurídica con la proporcionalidad. Desentrañando el uso de los términos necesidad, medio y racional.

El Capítulo V, se orientará a comprender las visiones objetivas o subjetivas, que utilizan los operadores jurídicos y el órgano jurisdiccional, al momento de analizar una situación fáctica y subsumirla en el tipo abstracto.

La última parte, se intentará plasmar las conclusiones de la investigación y elaboración de la temática a la cual está orientado, como así todos aquellos aspectos jurídicos que hagan a la cuestión, dando respuestas a los objetivos generales y específicos que han guiado la tarea a lo largo del desarrollo.

Objetivo general

Analizar y contrastaren el instituto jurídico de la legítima defensa, y en referencia a sus requisitos, (en la inteligencia de la doctrina y jurisprudencia, tanto del derecho nacional como comparado) ¿qué se entiende por racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima?

Comparar, si la racionalidad del medio empleado, equivale a la proporcionalidad del mismo, o como incide esta última en ella; y como incide en la operatividad o no del instituto a nivel nacional y de la legislación comparada.

La profundización dogmática, sobre las diferentes interpretaciones y procedencia que pudieran surgir en la aplicación de un instituto tan antiguo y substancial, aportando así conocimiento sobre ello a los operadores judiciales y justiciables.

Marco metodológico

El presente estudio, es de naturaleza *teórica*, y en él se desarrollará el análisis de un instituto del ordenamiento jurídico argentino, como es la legítima defensa; dicho análisis también comprenderá el derecho comparado, teniendo en cuenta los aspectos dogmáticos de la misma.

Para su realización, se utilizará el método *descriptivo*, teniendo en cuenta que el objetivo es analizar el requisito b) del inc. 6 del Art. 34 del Código Penal Argentino, es decir la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima en el instituto de legítima defensa; y si esta racionalidad es equivalente a la proporcionalidad. Utilizándose los antecedentes legislativos existentes, como también antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios, tanto a nivel nacional como del derecho comparado.

CAPITULO I. Legítima Defensa

I.1 Que es el instituto jurídico de la legítima defensa

La Legítima Defensa, como instituto jurídico, que excluye la antijuridicidad de un hecho típico ejecutado en determinadas circunstancias, presenta diversos matices que han sido a lo largo de los años, analizados doctrinaria y jurisprudencialmente tanto a nivel nacional como así en el derecho comparado.

Esta defensa privada de los derechos, que históricamente ha sido resorte del ofendido, y por ende aplicada al albedrío por los particulares, en el devenir del tiempo y la evolución de las sociedades y del derecho fue regulada. Siendo hoy en día del Estado, el monopolio de la defensa de los ciudadanos y sus derechos. Leonardo Frank al respecto nos dice: “Posteriormente, el Estado, es decir, la sociedad jurídicamente organizada, reemplaza a la vindicta privada, monopolizando el uso de la fuerza, para hacer justicia. Aunque como veremos luego, reservó la legítima defensa para los particulares” (Frank, 1993, p. 32).

Considerada como un instituto antiguo, necesario para la conservación; inspiro al maestro Jiménez de Asúa, a decirnos: “Ya en las civilizaciones más pretéritas se conocía esta excluyente de la antijuridicidad, lo cual la torna en una de las instituciones jurídicas más antiguas de la humanidad” (Jiménez de Asúa, 1965, p. 26).

No solo encontramos su justificación en el derecho, sino también en ámbitos como la filosofía y la religión, ejemplo de ello resulta la Encíclica *Evangelium Vitae* (Evangelio de la Vida) del Papa Juan Pablo II, de fecha 25 de marzo 1995, donde entendemos se refiere a una de las especies de la Legítima Defensa cuando cita “El derecho a la vida, y la obligación de preservarla”.

I.2 Evolución histórica del instituto

El origen de la defensa contra una acometida, resulta de los pueblos primitivos y es tan antiguo como el mismo hombre. El maestro Jiménez de Asúa nos ilustra: “Ya en las civilizaciones más pretéritas se conocía esta excluyente de la antijuridicidad, lo cual la torna una de las instituciones jurídicas más antiguas de la humanidad” (Jiménez de Asúa, 1961, pag. 27).

Como antecedente, podemos citar Digesto 43,16, 1, 17 de Ulpiano del inter dicto “De vi et de vi armata” cuya traducción expresa: “es lícito rechazar las armas con las armas”.

A mediados del S. V a.C., cuando la Ley de las Doce Tablas, asentía “Dar muerte al ladrón sorprendido durante la noche y lo mismo si fuere sorprendido durante el día si se defiende con armas”. Una Ley Cornelia establecía como exigencia para completar la figura “que la reacción sea tal que parezca lo indispensable, o que de no tener lugar quedare en peligro la vida del que se defiende”, en igual sintonía otra de ellas dictaba “Si alguno diera muerte a un ladrón nocturno, se le considerara impune, en el caso de que no haya podido perdonar la vida del ladrón”.

Roma extendió la legítima defensa, para salvaguardar la vida, como también para la protección del pudor y de otros bienes. Concebían, que para legitimarla, eran requisitos una agresión injusta, existencia de algún peligro aunque no iniciado en una acción, bastaba con que fuese inminente, que no hubiera salvación de otro modo y la proporción de los medios empleados.

Otras civilizaciones tuvieron manifestaciones de la misma, las Leyes de Manu, India - 200 a.C.-, que prescribían: un hombre debe matar, sin dudas, a cualquiera que se arroje sobre él, para asesinarlo, incluso si el atacante es su jefe, o un niño o un viejo o un anciano versadísimo en la Santa Escritura.

Algunos autores entienden que “Históricamente, la legítima defensa tiene comienzo en las leyes de Manú, que facultaban al “padre de familia” para ejercerla, rigiendo en aquella época la venganza o vindicta privada, la que permitía ejercer la justicia por mano propia. Regia entonces, la Ley del Padre” (Frank, 1993, p. 32).

Egipto, proclamaba la legítima defensa, y sus leyes castigaban con pena de muerte a quienes no defendían –pudiendo hacerlo- a los atacados injustamente.

La historia del Derecho Germano, tampoco permaneció pasiva ante un instituto de tan vieja data, y que acompañó la evolución histórica hacia la civilización de los pueblos y la implementación de normas sociales de convivencia por parte de los Estados. Es por ello que en ese derecho, las primeras manifestaciones que se dieron no fueron exactamente de legítima defensa, pero si fueron un antecedente insoslayable para llegar a ella, ya que diferenciaba entre justo o injusto al que mataba para defender su vida y al que mataba dolosamente y sin justificación.

Una primera manifestación, es la Ley Germánica conocida como la Ley del Talión, que en uno de sus múltiples matices, marcaba singularidades en relación a situaciones en que se podía matar sin castigo al adúltero, incendiario, ladrón, por ejemplo.

Más avanzados en la evolución de su derecho, hubieron de reconocer impunidad para el hombre que se vengara inmediatamente. Por ello una ley visigoda, prescribía que: si un hombre mata a otro y aquél es después muerto al pie de la víctima, en el mismo lugar y en la misma hora, que permanezca delante de su acto ilícito, o bien si un hombre mata a otro hombre y sobrevienen los herederos del muerto, hieren al ofensor y lo tienden exánime al lado del muerto, entonces permanezca hombre contra hombre.

En concreto fue la ley del talión, que dio origen a esa forma de composición, cuando disponía que si alguien había dado muerte a un hombre, ése solo hecho justificaba la muerte del matador.

Como se aprecia, en ese estadio del derecho Germano, nose establecía término para lo que se entendía como una defensa legítima, por la facilidad con que se justificaban verdaderos crímenes, se utilizaba en forma desmedida por creer que se había obrado en ejercicio de una defensa justa.

El derecho Canónico, lo recepto contra una agresión injusta y actual. Con acentuada predilección a la que se ejerciera en defensa de terceros, naturalizándola como la más elevada forma de solidaridad humana.

Diferenciaba entre necesidad evitable (clérigos, plebeyos y religiosos) e inevitable (los nobles), los primeros estaban obligados antes que ultimar al agresor, a huir de la agresión. Pero siendo el agredido un noble, no determinaba la obligación de huir. No era consentida la violenta defensa del honor, y si lo que estaba en riesgo era el patrimonio, solo era viable si al mismo tiempo se veía amenazada la persona titular del derecho.

Así, la defensa legítima de los derechos y sobre todo de la propia vida, desde la óptica humana y en su evolución hacia la normatividad jurídica puede ser considerada como una manifestación instintiva, necesaria para la preservación propia. Por lo tanto hasta arribar a un punto de madurez con la codificación, había sido considerada como un acto lícito y aún como una ley natural antes que jurídica, ya que pese al punto en que se encontraba la civilización, se lo comenzaba a percibir como lo conocemos hoy, con diversos matices de la época, un derecho personalísimo por excelencia.

I.3 Fundamento de la legítima defensa

El fundamento de la legítima defensa, tal cual causa de justificación, tiene base en el principio que el derecho no debe soportar o ceder ante lo ilícito.

Formula esta criticada, y considerada vacua y altisonante por algunos doctrinarios, entre ellos Nino, quien nos dice al respecto:

“El intento de ofrecer una fundamentación valorativa para esta causal de impunidad se presta especialmente para incurrir en fórmulas vacuas y altisonantes, que generalmente presuponen lo que quieren fundamentar, o sea que la defensa contra una agresión anti-jurídica es legítima. Un ejemplo de ello es la fórmula que, según parece, repiten como una letanía multitud de autores alemanes: “el derecho no necesita ceder frente al injusto”. (Nino, 1982, p. 26)

No obstante, la válida corriente crítica de esta fórmula atribuida a Hegel; surge de la misma, una doble consecuencia, ya que acuerda un derecho individual para ejercer la propia defensa, y la protección o si se quiere la ratificación del ordenamiento jurídico en sí(protección del derecho).

En relación a la defensa individual, se manifiesta en la faz individual de la protección de los propios bienes jurídicos. La facultad de proteger la propia autonomía, articulando los medios para defender los propios bienes frente a ataques de terceros, es parte integral de la autonomía personal que brinda la naturaleza social humana y ratifican los ordenamientos jurídicos.

Con esta perspectiva, en la génesis del análisis resulta, de escueta importancia la relación axiológica entre el bien jurídico protegido y el lesionado. Es de relevancia, solo la defensa que enfrenta a la agresión antijurídica, y no así la consecuencia dañosa que resulte para el agresor. Resulta de ello, que al agente pasivo de la agresión ilegítima, no se le exija que eluda la agresión en determinados contextos facticos, el ilegítimamente atacado no se encuentra en la obligación, de optar como vía de acción por la huida, como única posible alternativa.

En esta inteligencia jurídica, la legítima defensa, encuentra su fundamento en la responsabilidad en que incurre el agresor que obra antijurídicamente.

La supra individualidad del instituto, se orienta a afirmar el derecho. Encuentra su legitimidad al ser también un acto de justicia, de preservación de las normas sociales y del ordenamiento jurídico que regla la convivencia en un mundo organizado, destacando el aspecto de prevención ante futuras transgresiones.

Quien actúa bajo el ropaje de la supra individualidad, venciendo una conducta anti-jurídica ajena, evita que el derecho ceda, que el transgresor vulnere el ordenamiento y logre un contexto disímil con el buscado por la ley.

El agente activo de la legítima defensa, está amparado por el derecho, para llevar adelante fácticamente lo necesario para defenderse ó actuar en defensa de un tercero, con acuerdo a los requisitos de ley; ya que al impedir o repeler una agresión ilegítima defiende también el ordenamiento jurídico, reafirmando la vigencia de la vida social en el marco del derecho. Así lo expresa conteste doctrina nacional, citado al respecto “La legítima defensa de un tercero encuentra su fundamento, al igual que la legítima defensa propia, tanto en el principio de supremacía del derecho como el de la protección individual”³.

“El adecuado equilibrio entre la defensa del ordenamiento jurídico y la protección marca el justo rol de esta institución” (Garrido Montt, 2003, p. 128).

En el contexto arriba descrito, se puede afirmar que un hecho típico cometido bajo el ropaje jurídico de la legítima defensa, no es penalmente ilícito, porque la realidad jurídica indica que es un acto de defensa y porque es un acto de justicia.

I.4 Teoría del delito. Exclusión de la anti juridicidad, por la legítima defensa.

En la inteligencia de realizar un análisis completo del instituto que aquí nos ocupa, y del cual merece particular atención el requisito de la racionalidad del medio para impedir o repeler la agresión ilegítima, resulta insoslayable, desde la dogmática jurídica realizar una aproximación a la descripción de la teoría del delito.

Y en específico, como en el estrato de la anti juridicidad, opera y excluye a la misma, lo que a la postre concluye en la permisibilidad de la conducta ejecutada por quien lo hace bajo el manto de esta causa de justificación, la legítima defensa.

“Un hecho indicado por la legítima defensa no es antijurídico” (Jakobs, 1997, p. 457).

En la génesis de este examen, y en procura de una definición de plano, que sea mayoritariamente aceptada por la dogmática en general, se entiende al delito como una acción típica, antijurídica y culpable; no en forma pacífica pero así con diversos matices lo sostienen los autores.

3 Juzgado de Control, Niñez, Penal Juvenil y Faltas de Cosquín, Córdoba. Causa “Romero, Marcelo German p.s.a. homicidio simple”, A.I. N° 12 de fecha 15/03/2012.-

En pos de una descripción sobre el punto en cuestión, no podemos dejar de citar un párrafo, de los reconocidos doctrinarios, que aunque extenso resulta por demás esclarecedor y que nos dicen respecto al delito:

“Una muy general aproximación que lo entiende como una acción típica, antijurídica y culpable. Se dice que ésta es una definición a la que se oponen definiciones materiales y hasta se toma partido por una u otras. No parece tratarse de una distinción fecunda, pues en definitiva lo que se descubre en el fondo son conceptos diversos, que provienen de los particulares intereses de cada disciplina o de cada sector especializado y que, en la medida en que integren un saber racional, no deben ser incompatibles. La llamada definición jurídico-penal de delito es tan material como las restantes y no debe ignorarse que (a) desde lo sociológico, delito es un adjetivo en ropas de sustantivo, que produce los efectos de su atuendo; (b) desde lo político, es lo que el poder adjetiva como tal y sus agencias ejecutivas usan para seleccionar a algunas personas respecto de las que se sustantiviza; (c) pero desde el poder jurídico es lo que mínimamente debe declararse probado a medias en un procesamiento y plenamente en una sentencia, para que las agencias judiciales puedan hallarse ante la eventual responsabilidad de habilitar la continuación de una cierta forma y medida de poder punitivo” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002, pag. 373).

El estudio de esta acción en sentido jurídico, el delito; corresponde a la teoría del delito, que procura constatar la existencia o no de los presupuestos de tipicidad, anti juridicidad y de culpabilidad, lo que habilitaría al posterior ejercicio del poder punitivo del estado. (Zaffaroni, 2002)

En el video Teoría del Delito 1, el Dr. Zaffaroni⁴, explica ello: “La teoría del delito responde a la pregunta ¿qué es el delito?, no por especulación, no por curiosidad, sino que responde justamente para que frente al hecho tengamos un orden de interrogantes y de sucesivas respuestas, para determinar si eso que tenemos adelante es o no es un delito”

Al exponerse una conducta ante estos presupuestos de la teoría enunciada, los mismos actúan como filtros, niveles de examen, que presuponen la presencia del anterior; y en conjunto descartan o no la comprobación y posterior aplicación de una pena, a la acción típica, antijurídica y culpable realizada por el sujeto.

Es decir, si una conducta sometida a los filtros de la teoría, es entendida como acción con sentido jurídico penal, cabe preguntarse sobre su tipicidad. De obtener una respuesta

⁴ Video Teoria del Delito 1 – Zaffaroni. Publicado el 03 de agosto de 2013. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=CjJA-bArWQc>

afirmativa se examinará si resulta contraria a derecho y finalmente bajo qué condiciones es reprochable a su autor.

Si este lineamiento analítico en el paso de los estratos, se ve interrumpido, por la carencia de adecuación para responder a algunos presupuestos, la conducta puede no ser típica; siendo típica no antijurídica –como en el instituto que nos ocupa- o siendo una acción con entidad jurídica penal, que encuadre en un tipo penal, y contraria a derecho, no pueda ser atribuida en algún modo de culpabilidad a persona alguna. (Zaffaroni, 2002; Lazcano, 2005)

En lo que respecta a la anti juridicidad, específicamente este estrato de la teoría, tiene por fin determinar en qué casos la ejecución de la conducta es contraria al ordenamiento jurídico-penal, y en este aspecto se deben distinguir la anti juridicidad formal cuando efectivamente afecta el orden legal impuesto, de la material, cuando el accionar pone en riesgo o lesiona efectivamente un bien jurídico protegido.

En este devenir, la teoría de la anti juridicidad, supone una autorización para la realización de una conducta analizada en el estrato de la tipicidad en forma positiva, pero al cual el ordenamiento jurídico no desapruueba, sino que concede un permiso para su ejecución bajo determinadas condiciones, la justifica.

“Positivamente la anti juridicidad supone que un acto (típico) ha ofendido material y formalmente a un bien jurídico, lo ha dañado, vulnerado, destruido o puesto en peligro; ese acto se corresponde con una de las especies de ataque a ese bien jurídico legalmente amenazadas de pena (tipos). Negativamente la anti juridicidad se manifiesta a través de lo que se conoce como causa de justificación. Cuando una de esas concurre, aquel acto que por ser típico era, en principio (indiciariamente), antijurídico resultará justificado”. (Quintero Olivares, 1992, pag. 367)

Una acción con relevancia jurídica penal, no resulta prohibida si concurre causa alguna de justificación, que consienta a la misma conforme al ordenamiento jurídico positivo. Es decir que acciones prohibidas, ejecutadas bajo el manto de determinadas condiciones que hacen a una causa de justificación, enerva su anti juridicidad, y son toleradas.

“Estas excepciones legales autorizan conductas que generalmente serían punibles al afectar bienes jurídicos protegidos, flexibilizando así el rigor de la ley, como expresión de la humanización del derecho” (Lazcano, 2005, pag. 411).

Esta ilustradora descripción que realiza Lazcano, permite introducirnos en las causas de justificación, que operan en el estrato de la anti juridicidad. Por ende cuando una conducta

jurídica penal relevante, puede ser subsumida en un tipo penal del ordenamiento, se debe examinar si la misma se corresponde con el ropaje de una de estas causas.

Definidas como “situaciones de hecho y de derecho cuyo efecto es excluir la anti juridicidad de un hecho típico” (Núñez, 1976, pag. 157), como también “motivos jurídicos bien fundados para ejecutar un comportamiento en sí prohibido” (Jakobs, 1997, pag. 419).

Son fuentes de las causas de justificación: “La ley y la necesidad. La primera porque sólo ella puede declarar lícitas ciertas acciones típicas y la segunda porque es una determinada situación episódica –reconocida por el derecho- la que hace obrar al agente” (Lezcano, 2005, pag. 413).

Desde la óptica jurídica, tanto en la legislación nacional como comparada, los efectos de las causas de justificación, en el ordenamiento jurídico penal es la de enervar, suprimir la anti juridicidad de la acción acometida por un sujeto bajo determinadas condiciones que se analizaran en el presente.

CAPITULO II. Régimen Normativo

II.1 Legislación nacional

La defensa privada de los derechos, ha sido receptada en los diversos ordenamientos jurídicos del mundo, en la mayoría de los casos bajo la inteligencia de “Legítima Defensa”. No siendo extraño a ello, nuestra legislación penal.

En la codificación del derecho penal, como instituto jurídico ha sido ubicada dependiendo de la historia evolutiva del derecho y sus corrientes, o bien en la parte especial, particularmente en los delitos contra la vida, claro ejemplo de ello el derecho penal Francés, y las ciencias penales de países que lo utilizaron como fuente guía, como Bélgica, Luxemburgo, República Dominicana y Bolivia entre otros. En Argentina como en tantos otros países es prescripto y estudiado en la parte general del Código Penal.

Este instituto, se ha convertido en la causal de justificación de mayor trascendencia en la praxis judicial, algunos de los grandes doctrinarios la definen así:

Luis Jiménez de Asúa, afirma: “Es la repulsa a la agresión ilegítima actual o inminente por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla”. (Jiménez de Asúa, 1965, p. 26)

Fernando Velásquez Velásquez, sostiene: “La legítima defensa no es más que ejercicio de la violencia para tutelar o proteger un bien jurídico atacado injustamente; esta noción estricta es preferible a las que aluden a todos los elementos de la justificación”. (Velásquez, 1997, p. 496)

Francesco Carrara: “La defensa pública ha sido organizada para suplir la insuficiencia de la defensa privada y para refrenar los excesos, pero cuando, por el contrario, por impotencia momentánea de la defensa pública, la defensa privada es por sí sola suficiente y no puede producir excesos, la defensa pública no tiene ya fundamento alguno, y ya no puede intervenir, ni como fuerza supletoria, ni como fuerza moderatoria”. (Carrara, 1977)

La jurisprudencia, suele ser conteste generalmente con la doctrina al expresar:

“Ello así toda vez que 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”⁵.

“La legítima defensa exige proporción entre la ofensa y la reacción pues esta no puede ir más allá de lo razonablemente impuesto por la agresión y en cuanto es absolutamente necesario”⁶

La normativa jurídica argentina, regula este instituto en el Código Penal, art. 34 inc. 6, y en la faz civil en el Código Civil y Comercial, como Defensa Extrajudicial, art. 2240.

II.1.1 En materia penal

En Argentina, el instituto de la legítima defensa ha sido regulado en el Código Penal, Libro Primero: Disposiciones generales. Título V: Imputabilidad. Art. 34 No son punibles. 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. Los párrafos 2 y 3 del mismo artículo describen abstractamente la legítima defensa presunta o privilegiada. Finalmente el inc. 7, describe el supuesto de la Legítima Defensa de terceros; siendo requisitos para su ejercicio la concurrencia de los indicados en a) y b) del inciso anterior.

Con respecto a su fundamento, en general se sostiene, que las bases del instituto, en un estado de derecho, estarían en el principio de protección y principio del mantenimiento del orden jurídico, como defensa del derecho. Refiriéndose así al aspecto individual y jurídico-social respectivamente; es decir que quien repele una agresión ilegítima no solo protege sus derechos y bienes, sino que también está impidiendo que se afecte el ordenamiento jurídico.⁷

II.1.2 En materia civil

Así también en la civil en el Código Civil y Comercial, como Defensa Extrajudicial, art. 2240. Defensa extrajudicial. Nadie puede mantener o recuperar la posesión o la tenencia de propia autoridad, excepto cuando debe protegerse y repeler una agresión con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la autoridad judicial o policial lle-

5 C. Crim. y C. Río Tercero, Córdoba. “Piatti Jessica Belén p.s.a. de: Homicidio Simple” Sentencia N° 3/2010. (04/03/2010).

6 Cam. Crim. Corcordia 17-III-1980, Zeus 1981 22. Pag. 76.

7 Código Penal Argentino. Comentado y anotado. (2005). Pag. 380. La Ley.

garían demasiado tarde. El afectado debe recobrarla sin intervalo de tiempo y sin exceder los límites de la propia defensa. Esta protección contra toda violencia puede también ser ejercida por los servidores de la posesión.

Si bien la redacción de este artículo con respecto a su antecesor el 2470 del Código Civil conocido como de Vélez Sarsfield su mentor, ha variado en tanto que limita los legítimos para ejercerla a poseedores, tenedores y servidores de la posesión; mantiene el espíritu esencial que es la protección en este caso de un derecho real, siendo específico al indicar “sin exceder los límites de la propia defensa”, es decir la necesidad racional del medio empleado⁸.

II.2 Legislación comparada

El análisis de la legislación comparada, en lo que respecta al instituto de la legítima defensa y sus requisitos, nos permitirá a la postre del presente capítulo arribar a comparaciones, en lo referente a los criterios similares propuestos en cada uno de ellos, directamente relacionados con los requisitos, y el empleo de los términos racionalidad y proporcionalidad, tal vez como sinónimos en algunos casos.

II.2.1 Chile

En la República de Chile, la legítima defensa propia se encuentra legislada⁹, en coincidencia con los tres requisitos que en el Código Penal Argentino.

Resultando de importancia, a los fines del conocimiento jurídico, destacar que en el devenir de la descripción de las conductas, que conforma el instituto visto integralmente, el código penal chileno, demuestra una característica peculiar, en tanto y en cuanto exime de responsabilidad a quien actúa en legítima defensa de su cónyuge o un pariente consanguíneo en línea recta o colateral e inclusive los afines.

Esta tipificación legal, brinda una entidad diferenciada a los sujetos en ella incluida, ya que no se encontrarían inmersos en la defensa de terceros; por ello la parte pertinente del Inc. 5 dice: el que obra en defensa de la persona o derechos de su cónyuge, de sus parientes consanguíneos legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado inclusi-

⁸ Art. 2240 C.C. y C. Argentino. Comentado y anotado. Tomo V. Infojus (2015)

⁹ Código Penal Chileno/1974. Artículo 10.

ve, de sus afines legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, de sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, siempre que concurren la primera y segunda circunstancias prescriptas en el número anterior, y la de que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no tuviere participación en ella el defensor.

II.2.2 Uruguay

Al igual que en todas las legislaciones comparadas aquí reseñadas, Uruguay en su Código Penal¹⁰, tipifica el instituto, constando de los tres requisitos mencionados up supra, salvo la descripción al final del requisito b) donde agrega necesidad racional del medio empleado para repelerla o impedir el daño.

En un segundo párrafo tipifica la legítima defensa privilegiada de la morada o sus dependencias.

Y con igual criterio al empleado en el ordenamiento Chileno, indicado up supra, el inciso 2°, prevé la legítima defensa de los parientes consanguíneos, colaterales hasta el segundo grado, cónyuge, padres o hijos naturales reconocidos, haciendo expresa mención –al contrario que en el chileno, que se presume tácito- sobre los hijos adoptivos.

II.2.3 Bolivia

El Código Penal Boliviano¹¹, al prever los requisitos, no hace de uno de ellos a la falta de provocación suficiente. Alude al rechazo de una agresión injusta y actual, y la necesidad racional de la defensa y no existiese evidente desproporción del medio empleado. Los legisladores de ese país, han utilizado la desproporción, como evidente sinónimo de racionalidad.

Evidente de la lectura, se desprende que la redacción de este instituto en el Código Penal Boliviano, resulta más abstracto, pero no por ello carente de los requisitos hasta ahora conocidos en los anteriores códigos mencionados, salvo el de provocación suficiente; de igual manera del mismo inciso se desprende la defensa de terceros: “cualquier derecho, propio o ajeno”.

¹⁰ Código Penal, Ley 9.155/1933 Artículo 26; y modificatorias.

¹¹ Código Penal (Decreto/Ley 10.426/1972, elevado al rango de Ley 1.768/1997) Art. 11.1.

II.2.4 Cuba

El Código Penal Cubano¹², prescribe la exención de responsabilidad penal al que obrare en legítima defensa, y seguidamente define que se entiende actuar bajo el ropaje del instituto, y la falta de provocación es incluida en esa definición cuando indica específicamente una agresión ilegítima, inminente o actual y no provocada.

Con relación a los otros requisitos, indica la necesidad objetiva de la defensa, haciendo obviamente pie en la objetividad de la interpretación en cuanto a las razones de la agresión.

Así resulta, una redacción más explícita en la descripción del comportamiento del atacante; y al igual que el boliviano utiliza proporcionalidad como sinónimo de racionalidad, pero específica entre agresión y defensa, requiriendo una análisis más profundo de cada caso ya que requiere criterios razonables de acuerdo a circunstancias específicas de personas, medios, tiempo y lugar.

Requisitos y descripción de los mismos, que seguramente brindar una mayor operatividad al subsumir lo factico en el tipo descrito por la norma jurídica.

II.2.5 Venezuela

La singularidad del ordenamiento jurídico de este país, surge del tratamiento conjunto que en un mismo cuerpo normativa da a los delitos y faltas.

Esta descripción típica de conductas, la realiza en su Código Penal 5768E/2005 (última modificación).

No obstante esta particularidad normativa, sus requisitos con respecto a la causa de justificación que nos ocupa en el presente, son idénticos a los del Código argentino; siendo oportuno señalar la importancia que adquiere en Venezuela la expresa mención a la defensa de su propia persona o derecho, y que nada prescribe respecto a la de terceros. Como también que en un segundo párrafo, equipara con la misma a quien traspase los límites de la defensa por el estado de incertidumbre, temor o terror.

¹² Ley 62/1987. Artículo 21.1.

II.2.6 Costa Rica

La redacción jurídica que utilizan para tipificar la legítima defensa, resulta ser igual de abstracta que el Código Penal Boliviano, a lo que debe sumarse que solamente observa como requisitos la agresión ilegítima y necesidad razonable de la defensa.

Así el Código Penal Costarricense¹³, no hace de la falta de provocación suficiente, requisito del instituto de la legítima defensa,

II.2.7 Perú

El ordenamiento jurídico peruano al respecto, aplica idéntica redacción al Código Penal Argentino, en cuanto a sus requisitos de operatividad.

Pero es de destacar, que en la descripción del instituto de legítima defensa, resulta ser mas pormenorizada al indicar expresamente: el que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes: los tres requisitos que se han citado.

Continúa esta estricta descripción en su Inc. 5. El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación.

No procede esta exención, si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causo el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica.

En el inciso 5, si bien no hace alusión como en otros casos específicamente a parientes consanguíneos, colaterales, cónyuge, padres o afines; si utiliza la formula “o de una persona con quien tiene estrecha vinculación”.

II.2.8 España

El Código Penal Español¹⁴, adhiere igualmente a los tres requisitos conocidos de la legítima defensa es decir agresión ilegítima, la necesidad racional del medio empleado y la

¹³ Ley 4.573/1970, Artículo 28

¹⁴ Ley Orgánica 10/1.995. Artículo 20

falta de provocación suficiente, fundamentalmente ahonda en definir que se entenderá por agresión ilegítima para el caso de los bienes

Podemos concluir, que los matices del debate jurídico, también se ven plasmados en la legislación comparada en cuanto a los requisitos para la operatividad del instituto, en la mayoría de los códigos mencionados up supra, son requisitos la agresión ilegítima, la necesidad racional del medio empleado y la falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende.

Aunque ello no sucede en el Código Penal Boliviano y Costarricense, que solo requiere los dos primeros, es decir agresión ilegítima y necesidad racional del medio; o en el de Cuba, que habla también de dos requisitos, de necesidad objetiva de la defensa, y proporcionalidad entre la agresión y la defensa, determinada en cada caso con criterios razonables, según las circunstancias de personas, medios, tiempo y lugar.

Ninguno de estos dos, hace requisito de la falta de provocación suficiente; por lo que tácitamente se derivaría la misma del requisito de agresión ilegítima en ambos códigos.

Otra singularidad, es la que se observa en los ordenamientos de Chile y Uruguay, en los cuales se hace una específica diferenciación entre el ejercicio de la legítima defensa por la persona y derechos de terceros, y por otro lado la de los conyugues, hijos, padres y hermanos.

CAPITULO III. Operatividad jurídica de la legítima defensa

La exclusión de la anti juridicidad generada por el instituto de la legítima defensa, ha sido sin dudas estudiada amplia y profundamente por la doctrina, así se refiere a ello Enrique Bacigalupo Zapater:

“La teoría de la antijuridicidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal (en forma dolosa o no; activa u omisiva) no es contraria al derecho, es decir, el hecho no merece una desaprobación del orden jurídico. Es, por lo tanto, una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico. Decir que un comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar como obro”. (Bacigalupo Zapater, 1999, p. 351)

También así lo expresa, Quinteros Olivares:

“Positivamente la antijuridicidad supone que un acto (típico) ha ofendido material y formalmente a un bien jurídico, lo ha dañado, vulnerado, destruido o puesto en peligro; ese acto se corresponde con una de las especies de ataque a ese bien jurídico legalmente amenazadas de pena (tipos). Negativamente la antijuridicidad se manifiesta a través de lo que se conoce como causa de justificación. Cuando uno de esas ocurre, aquel acto que por ser típico era, en principio (indiciariamente), antijurídico resultará justificado”. (Quinteros Olivares, 1992, p. 367)

Es decir, existen conductas típicas, que son realizadas en determinadas circunstancias subsumibles en una causa de justificación, ósea que en esas precisas circunstancias fácticas resultan autorizadas por el ordenamiento jurídico.

Así, una causa de justificación, opera como una estructura de descargo de la imputación, considerándose conforme a derecho, una conducta desplegada en esos supuestos concretos abarcados por dicho instituto.

“Las causas de justificación al operar como estructuras de descargo de la imputación, sientan sus bases en la competencia de un hecho penalmente relevante” (Caro Coria, 2004, p. 672).

Así, las causas de justificación se presentan como supuestos en los que se levanta la competencia penal por la producción de un suceso indeseado en situaciones especiales de conflicto, es decir son contextos especiales de actuación en los que, si se dan determinadas condiciones, decae la competencia jurídico-penal del autor de una conducta socialmente perturbadora”. (García Cavero, 2004, p. 672)

Entonces, como efecto de las causas de justificación, tenemos la exclusión de la anti-juridicidad, pero este no es el único, ya que genera otros efectos de relevancia jurídica a saber:

“No cabe la legítima defensa, contra una conducta justificada, ya que la persona que agrede ilegítimamente tiene el deber de tolerancia de la agresión legítima justificada” (Jescheck, H. 1981, p. 452).

“El afectado por el accionar, de una agente cuya conducta está justificada, debe renunciar a una legítima defensa contra el legitimado, y debe soportarla de modo general en materia de derecho, sin que pueda invocar otras causas de justificación para efectuar una defensa lesiva de bienes jurídicos. Esto, no implica que deba someterse, sino que puede sustraerse de la defensa agresiva del agente que la agrediera. Pero lo que no puede es invocar, en vez de la legítima defensa que tiene totalmente vedada, el estado de necesidad justificante en el caso de que, para evitar graves daños a su propia persona, lesione físicamente en “defensa contra la defensa” a la persona inicialmente agredida por él; por el contrario, en tal caso se le deberá castigar por lesiones dolosas”. (Roxin, 1997, p. 597).

Además, tiene el efecto de cerrar la posibilidad de castigar como partícipes a quienes contribuyen a la materialización de la causa de justificación. Es decir que la justificación de la conducta niega la existencia de un ilícito penal, con lo cual a su vez se cierra la posibilidad de estar ante la presencia de un delito, y al no existir delito, resulta imposible imputar responsabilidad penal a nadie. (García Caverro, 2008, p. 477)

Asimismo, cuando un comportamiento típico está amparado por una causa de justificación, la declaración produce efectos en todo el ordenamiento jurídico, ósea un comportamiento amparado por una causa de justificación no solo excluye la pena, sino toda consecuencia jurídica en las distintas ramas jurídicas (civil, administrativo, etc.).

Así lo sostienen Bacigalupo Zapater: “La característica fundamental de una causa de justificación es la de excluir totalmente la posibilidad de toda consecuencia jurídica: no sólo penal, sino también civil, administrativa, etc.; no solo respecto del autor sino también de quienes lo han ayudado o inducido” (Bacigalupo Zapater, 1999, p. 118).

Muñoz Conde, Francisco / García Aran, Mercedes: “Las causas de justificación impiden que al autor de un hecho justificado pueda imponérsele una medida de seguridad o cualquier tipo de sanción, ya que su hecho es lícito en cualquier ámbito del ordenamiento jurídico” (Muñoz Conde/García Aran, 2000, p. 352).

Esta afirmación, no es compartida por otros doctrinarios, ya que se sostiene que se trata de una equivocada interpretación de la unidad de la antijuridicidad. Pero este criterio “nada impide que una acción considerada como lícita por una rama del derecho no pueda generar obligaciones en otra, sobre la base de diferentes fundamentos de responsabilidad: toda vez que estos fundamentos son diferentes, el escándalo jurídico no se produce y la unidad o no contradicción del orden jurídico se mantiene” (Zaffaroni, 1988, p. 595).

Cada sector jurídico, lo contempla desde ópticas y finalidades distintas. Por ello, que una causa de justificación no elimine todo efecto jurídico ulterior ya sea una responsabilidad civil o una sanción administrativa es porque pena, sanción y responsabilidad civil, tiene distinto fundamento.

III.1 Análisis de la subsidiariedad de la defensa privada.

¿Cuál es el punto en cuestión cuando nos referimos a la entidad subsidiaria de la legítima defensa? Este no es otro, que la acción del sujeto activo (quien se defiende) ante otra posibilidad de defensa, en el caso específico por parte de las autoridades legítimas, tal cual órganos públicos del estado, ejemplo: las instituciones de orden público como las policías y fuerzas de seguridad, independientemente sean federales o provinciales.

El maestro Jakobs G., indica que “siempre prevalece la posibilidad de protección policial (o del órgano que este llamado a realizarla), ya que la confusión de competencias es innecesaria siempre que los órganos llamados a prestar dicha protección tengan capacidad de acción” (Jakobs, 1997, p. 462)

Al respecto, Nino dice:

“el supuesto carácter subsidiario de la defensa privada está referido a la actuación de los órganos públicos, creo que la posición razonable es la siguiente: en igualdad de circunstancias, tienen prelación para actuar los funcionarios competentes para la prevención de la actividad delictiva, y si un particular se adelanta a la actuación de la autoridad, realiza una acción defensiva innecesaria, cuyo grado de antijuridicidad dependerá de la disponibilidad y presunta eficiencia del curso de acción de los órganos públicos”. (Nino, 1982, pag. 110)

No nos ilustra este autor, sobre que debe entenderse por “igualdad de circunstancias”, pero en rigor debemos deducir que se refiere a circunstancias temporales y espaciales, que situó a un representante de los órganos públicos en la actualidad e inmediatez de la agresión

ilegitima, y en condiciones de poder impedirla o repelerla, en protección de los derechos de un particular.

También el mismo autor, refiere que no acaecería este escenario, cuando la eficiencia del particular resulta más eficiente que estos órganos públicos. Es decir, que si la agresión fuera producida por una persona en uso de un arma de fuego, idónea para la agresión, y si por ejemplo el policía de la cuadra se encontrara desarmado, resultaría más eficaz el actuar de un particular legítimo usuario de armas y en poder de una de ellas.

El requisito de necesidad de la defensa privada es marcadamente más exigente que el que rige la actuación de los órganos de prevención, y que una de las funciones de tal requisito es, precisamente impedir que la permisión de la defensa privada convierta a todos los ciudadanos en agentes de la policía oficiosos, prestos a intervenir para deshacer cualquier entuerto real o imaginario. (Nino, 1982, p. 111)

Así, el accionar de los particulares amparado por el instituto de la legítima defensa de sus derechos, indudablemente es subsidiaria del actuar preventivo o conjurativo desplegado por los órganos oficiales; corresponde y es legítima de acuerdo al ordenamiento jurídico solo cuando por las circunstancias tempo-espaciales, se vea amenguada la eficacia de la que debe brindar el estado a todos sus ciudadanos.

III.2 La posibilidad de huir ante la agresión ilegítima, no inhibe su operatividad.

La doctrinaria no es pasiva, respecto de si la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima, se ve inhibida ante la posibilidad de fuga del lugar donde la misma se propicia.

Soler sostiene: “que no hay un deber de huir pero que la rotunda negación del deber de alejarse puede llevar a injustas soluciones” (Soler, 1987, p. 410).

La acción de huir de la agresión ilegítima, no implica la no lesión de los derechos de quien resulta injustamente atacado, porque obviamente algunos de sus bienes podrían resultar con lesión.

Por ello, debe contrapesarse la lesión que produce el alejamiento con la que resultaría al agresor, de ejercerse activamente la legítima defensa propia por parte de quien se defiende.

“Dado que el agredido no tiene por qué aceptar ni siquiera efectos parciales de la agresión, no está obligado a esquivar el ataque. Debe ser indiferente que el esquivar se pudie-

se interpretar como una “huida deshonrosa” o como un ceder inteligente, con tal que la libertad frente a la determinación ajena se cuente entre los bienes susceptibles de legítima defensa. El límite de lo admisible reside en el paso a la defensa desproporcionada y en la vulneración de la solidaridad mínima”. (Jakobs, 1997, p. 475)

Remitiéndonos al Capítulo I.3 del presente, es obvio que la huida de la agresión, como un medio defensivo, dejaría inhibido el cumplimiento del rol supra individual del instituto, la protección del ordenamiento jurídico, un acto de justicia, la preservación de las normas sociales y jurídicas, el aspecto preventivo ante futuras transgresiones.

Sostiene y grafica en el mismo sentido Roxin: “Si hubiera de huir ante las agresiones, los camorristas y matones tendrían el poder de expulsar a los ciudadanos pacíficos de todos los sitios donde quisieran imponer su dominio; y eso sería incompatible con el principio del prevailecimiento del derecho y del orden legal pacífico” (Roxin, 1997, p. 633).

CAPITULO IV. Requisito de racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima

IV.1 Análisis específico del requisito en cuestión

La configuración de esta causa de justificación, como se indicara ut supra, opera por la existencia de tres requisitos objetivos, este trabajo final de graduación, se enfoca específicamente en el b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; y tiene por vocación analizar específicamente que debe entenderse por racionalidad en el medio, y si esta racionalidad equivale a la proporcionalidad del mismo; y como incide ello en la operatividad o no del instituto en el ordenamiento jurídico nacional y del derecho comparado.

Debe hacerse base primeramente, en la necesidad de la defensa. Se sostiene que “necesaria es la defensa idónea y no excesiva para evitar o neutralizar la agresión; es decir de las varias clases de defensa elegibles, debe optarse por aquella eficaz para acabar con el peligro y que cause el menor daño al agresor y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir un daño” (Roxin, 1997, p. 628).

La jurisprudencia nacional en variados fallos, se expresa en el sentido de: “Puesto que el derecho o la norma conceda un derecho, no significa ni autoriza realizarlo de cualquier modo y a costa de lesionar bienes, en grados y magnitudes, sobrepasando los límites impuestos en su caso, por la necesidad”¹⁵. “Una conducta defensiva es “necesaria” cuando es el único camino para neutralizar la agresión antijurídica”¹⁶

Es ilustrativo el maestro Núñez, cuando en relación a la necesidad racional nos dice que constituye un concepto “más amplio que la simple necesidad y la necesidad absoluta, que depende de circunstancias tales como las situaciones individuales de las personas intervinientes, los medios de que dispone el agredido para actuar, las circunstancias de tiempo y lugar, el objetivo del ataque y la intensidad de este” (Núñez, 1999, p. 372)

“El defensor solo está justificado cuando elige, de entre los medios apropiados para la defensa, el que comporta la pérdida mínima para el agresor”. (Jakobs, 1997, p. 472).

La conducta concreta desplegada no podrá considerarse necesaria si el agredido, o quien defiende a este, podía disponer de otra conducta menos lesiva, y le era exigible la reali-

15 Cam. De Apelaciones de Rosario, Santa Fe, Argentina. Sala tercera. “Homicidio con exceso en la legítima defensa”, Causa 3205de Jdo. Inst. 6 de Rosario. Registro de cámara 426/11.

16 Juzgado de Control, Niñez, Penal Juvenil y Faltas de Cosquín, Córdoba. Causa “Romero, Marcelo German p.s.a. homicidio simple”, A.I. N° 12 de fecha 15/03/2012.-

zación de esa conducta (ya que no representaba un riesgo para él ni para el agredido, cuando se trate de un tercero defensor) en lugar de la conducta típica en cuestión. Citada jurisprudencia nacional, expresa en consonancia con ello: “que lo ha llevado a una indebida e innecesaria intensificación, exorbitando los límites desproporcionadamente, pudiendo haber obrado de un modo o manera menos gravosa”¹⁷.

“Legítima defensa (Notwehr) es la defensa que resulta necesaria para apartar de uno mismo o de otro una agresión actual y antijurídica con el mismo tenor literal, con el mismo contenido” (Jakobs, 1997, p. 457).

Así por ejemplo, si quien se defiende puede neutralizar el peligro reduciendo a su agresor o amenazándolo con un arma, no debe optar por disparar directamente el arma de fuego; o si un empujón bastaba para repeler golpes de puño de un ebrio, no estaría justificado por el instituto, si golpeará al agresor, causándole diversas lesiones y fracturas. No podría hablarse de legítima defensa, en la medida que podía optarse por otra medida igualmente eficaz para conjurar el peligro pero menos lesiva para el agente agresor.

El maestro Jakobs no indica que: “Nada se modifica en esta clara determinación de lo necesario cuando el *efecto del medio defensivo es inseguro*.” (Jakobs, 1997, p. 472).

IV.1.1 La racionalidad del medio empleado

En relación a la redacción específica del requisito, existe un sector de la doctrina que sostiene, que la redacción del requisito “b) Necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo”, resulta defectuosa, así lo hace Hurtado Pozo:

“Pues puede hacer pensar que esté solo relacionado con el medio empleado, cuando en realidad se refiere a la defensa contra la agresión ilícita, es decir a toda forma de comportamiento al que incurre quien se defiende y no solo el objeto, instrumento o arma que puede utilizar para hacerlo mejor. El vocablo “medio” debe ser comprendido en su acepción de acción conveniente para conseguir un objetivo (en este caso, la protección del bien jurídico). Se puede afirmar, pues, que el medio constituye, según el texto legal, el comportamiento defensivo de quien actúa en legítima defensa”. (Hurtado Pozo, 2005, p. 533 y 534)

No obstante estas posiciones particularmente dogmáticas, se entiende en general, debe existir equilibrio, entre el principio de la menor lesividad para el agresor y la necesidad de

¹⁷ Ob. cit. 15.

que llegado el caso, la defensa sea segura y pueda neutralizar a tiempo el peligro que amenaza inminentemente al bien jurídico. “Si el uso del medio menos lesivo no genera un éxito adecuado de la defensa, puede optarse por el medio más seguro e idóneo, capaz de sofocar el riesgo contra el bien jurídico, pese a que sea un medio más dañino” (Castillo Alva, 2008, p. 191).

Jurisprudencia de orden nacional, no dice que “la defensa para ser legítima, no sólo debe tener la calidad de oportuna, sino también de racional en canto al medio empleado”¹⁸.

Así quien se defiende, se encuentra justificado, si de entre los medios al alcance para ejecutar su accionar defensivo, opta por el que tenga como resultado la pérdida mínima para el atacante. (Jakobs, 1997)

Ello también indica que: “Si un ataque puede aún repelerse al principio utilizando un medio más leve, pero después sólo con otro drástico, no existe ninguna obligación de comenzar antes para tratar mejor al agresor”, más adelante y en otro párrafo nos ilustra al respecto diciéndonos que “El agredido tampoco está obligado a escoger, de entre varios medios disponibles, el más leve cuando este medio le supone, frente a otros, un *esfuerzo o costo mayor*” (Jakobs, 1997, p. 473).

Jurisprudencia diversa de la República de Chile, abogan por estos posicionamientos, y remitimos por ejemplo una de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Santiago. Considerando tercero: “la necesidad racional del medio empleado, no obedece a un asunto de identidades aritméticas entre la agresión y la defensa, más aún si se considera que no es posible esperar de quien es agredido un razonamiento sereno y objetivo que le permita escoger entre los distintos medios disponibles, de tal manera al no poder acoger dicha circunstancia, hizo una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en la sanción corporal impuesta”¹⁹.

Conteste con ello resulta la jurisprudencia argentina cuando expresa “no puede exigírsele al incoado que, frente a la obstinada violencia del agresor, repela el ataque observando una actitud prolija y mesurada”²⁰.

Con absoluta claridad lo ilustra Roxin: “quien es agredido por tres hombres que dicen que “va a correr sangre” también puede, una vez que ha sido inútil un disparo de advertencia,

18 Cam. Nac. Ap., en lo Crim. y Corr. Sala I – CCC 8590/2013/CAI Procesamiento de L.M.S. en orden a los de delitos de Lesiones graves en concurso real con amenazas calificadas por el uso de armas en concurso ideal con lesiones leves.

19 Corte de Apelaciones de San Miguel, Santiago de Chile, Ingreso Nro.: 1129-2008

20 Juzgado de Control, Niñez, Penal Juvenil y Faltas de Cosquín, Córdoba. Causa “Romero, Marcelo German p.s.a. homicidio simple”, A.I. N° 12 de fecha 15/03/2012.-

efectuar disparos mortales a los agresores sin tener que intentar primero un disparo a las piernas de dudosa eficacia” (Roxin, 1997, p. 628).

“La defensa permitida no se corresponde fijamente con una agresión determinada, sino que depende de la fortaleza de autor y víctima, de las perspectivas de resultado y de los medios defensivos disponibles, en cuyo empleo la defensa necesaria puede ser distinta a igualdad de agresión por lo demás. No importa la proporcionalidad de los bienes afectados, sino que, la defensa de bienes materiales, cuando la agresión no se puede repeler de otro modo, puede amparar hasta la muerte del agresor. Puede que una defensa desproporcionada no sea precisamente deseable, pero no por ello es equiparable ya a una intervención arbitraria”. (Jakobs, 1997, p. 472)

Doctrinariamente en Argentina, en forma mayoritaria, se entiende que con la fórmula necesidad racional del medio empleado, se caracteriza la acción de defensa propiamente dicha. Resultando así dos parámetros: que se haya creado una situación de necesidad para el que se defiende y que el medio empleado sea el racionalmente adecuado para evitar el peligro.

La necesidad racional, no predica sobre medios defensivos en concreto, se atiene a que la magnitud de la respuesta en relación con la lesión que se trata de evitar no sea desproporcionada. Su razón jurídica es que no constituye ejercicio de un derecho la acción que lesiona a los derechos de otro. Así el fundamento de racionalidad excluye la posibilidad de considerar a la defensa irracional como una forma de ejercicio abusivo o como un exceso en la legítima defensa, como la prevista en el Art. 35 del Código Penal Argentino²¹.

Si un comerciante dispara a aquel que le hurtara un chocolate, e intentaba evadirse de los límites del kiosco. La defensa es tan desproporcionada que genera un conflicto de mayor magnitud, que excluye su legitimidad aunque el medio fuese el único posible.

A nivel sentencias judiciales, existía una marcada tendencia aun no superada del todo, pero que se dirige a ese fin, la cual entendía que la racionalidad se daba por los elementos que se empleaban para ejercer la defensa legítima de los bienes. Esto evoluciono, siendo conteste la jurisprudencia mayoritaria en que la racionalidad, no debe determinarse por la proporcionalidad de los bienes amparados en la defensa, y los afectados en el ejercicio de la misma. Y que este análisis de racionalidad, nada tiene que ver tampoco con el medio físico o instrumento empleado para llevarla adelante.

²¹Código 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.

Lo que debe ser racional es la acción defensiva, y para su correcta contextualización debe ser analizada integralmente con el ordenamiento jurídico y específicamente con las previsiones ya indicadas del Artículo 35 C.P., para no exceder los límites jurídicos.

No debe confundirse la relación que debe existir entre la agresión y defensa y la proporción entre el daño que hubiera causa la agresión y el causado por la defensa. La racionalidad de la necesidad de la defensa sólo se vincula con la primera cuestión. (Bacigalupo Zapater, 1996, p. 369). De esta manera quien sólo puede escapar de una paliza apuñalando al agresor, ejerce la defensa necesaria y está justificado por la legítima defensa aunque la lesión del bien jurídico causada con el homicidio sea mucho más grave que la que se hubiera producido con la paliza. (Roxin, 1997, p. 632)

“En este sentido la utilización de un arma de fuego teniendo en cuenta las características del lugar de los hechos, tornaban como racional el empleo de la misma para repeler en principio la agresión. Concordante con lo expuesto resulta ser lo informado por el perito balístico (fs. 380, prueba incorporada al debate por lectura), en la cual se hace constar que en las ropas de la víctima se ha encontrado en varios disparos "halo de enjugamiento", lo cual permite establecer que dichos disparos fueron realizados a menos de 70 cms. de distancia. Teniendo en cuenta las características mencionadas anteriormente los sentenciantes juzgan como razonable que Huenchuman, en la emergencia empleara las armas de fuego que tenía a su alcance. Es más, juzgan asimismo como razonable que incluso ambos imputados hubieran empleado las armas. En síntesis, conforme la reconstrucción de los hechos y los testimonios de las personas que se hallaban en el interior del local, los sentenciantes arriban a la conclusión de que no había una vía de escape y el único elemento con el cual podían repeler la agresión era la utilización de las armas de fuego”²².

“Es unívoco pensar, obligar a la víctima a utilizar un objeto análogo al que emplea el agresor, si en el caso concreto no le es alcanzable. El atracador que utiliza una navaja filada y es muy diestro en su utilización y el agredido solo tiene en su poder una arma de fuego, no podrá obviar este y pedir al agresor que lo espere hasta conseguir una navaja, lo coherente será que utilice el arma, pero solo de la manera necesaria para conjurar el peligro”. (Peña Cabrera Freyre, 2011, p. 680)

Al respecto, nos dice jurisprudencia de los Tribunales Chilenos: “no concurre la necesidad racional del medio por ser tanto el imputado como el ofendido de la misma contextura física –el imputado más joven que el ofendido-, y desarrollarse los hechos de día y en pleno

²²TSJ Santa Cruz. “HUENCHUMAN RICARDO AGUSTIN Y BARRERA GRACIELA LAURA S/HOMICIDIO SIMPLE”, Expte. N° 4204/12 (H-739/12/TSJ) (Sentencia de fecha: 31/03/2014)

centro de la ciudad, lo que elimina el desamparo y miedo que podría llevar a un hombre medio a usar un cuchillo en situación semejante”²³. De igual manera en otra sentencia y con respecto a la actitud del medio expresan: “ha quedado acreditado que el cuchillo y el punzón que intervinieron en la pelea tenían aptitudes similares, y que aunque el punzón del acusado era más largo, ambos eran equivalentes en su aptitud para producir lesiones o matar”²⁴.

Queda entonces señalado que la legítima defensa no se determina, en principio, por el valor atacado, sino por la intensidad y la peligrosidad de la agresión. El ordenamiento jurídico no exige entonces, equiparación o proporcionalidad de instrumentos, así pues la racionalidad habrá que relacionarla y medirla con la necesidad en el caso concreto y no en el medio a utilizar.

23 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle, Chile. (22-02-2002). RIT: 3-2002.

24 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta (27-08-2002). RIT: 21-2002

CAPITULO V. Valoración objetiva y subjetiva con que los órganos jurisdiccionales analizan el accionar del sujeto en la operatividad de la causa de justificación

V.1 Enfoque subjetivo y objetivo, contrastes de ambas posiciones doctrinarias.

Estamos en este acápite, sobre la valoración que deben efectuar los órganos competentes para examinar un contexto factico subsumible o no, en una causa de justificación; al someter a la lupa del ojo crítico, analítico y juzgador, un hecho concreto, si el mismo debe ser valorado con parámetros abstractos objetivos que requiere el tipo, como así con la apreciación hecha en el examen de los jueces, teniendo en cuenta al hombre racional medio puesto en esas circunstancias de tiempo, lugar y modo, que lo llevan a actuar.

Sobre la valoración de la necesidad de la defensa esgrimida, debe realizarse con una perspectiva objetiva ex ante. (Roxin, 1997, p. 631), y que nos quiere decir con ello el autor, simplemente que debe llevarse a cabo tal como hubiera ponderado las circunstancias un espectador objetivo colocado en la situación del agredido, es decir quien se defiende.

“Debe tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, la rapidez e intensidad del ataque, el carácter inesperado o no del mismo, las características del agresor, los medios que tenía el agredido, así como su estado de ánimo” (Cerezo Mir, 2004, p. 234).

Se expresa al respecto Castillo Alva: “No es de recibo partir de una consideración subjetiva del agente, ni de la posición fría, absolutamente reflexiva y analítica de una persona, pues en una situación de agresión ilegítima, la persona normalmente actúa con agitación de ánimo y turbado emocionalmente” (Castillo Alva, 2008, p. 191).

Si tuviéramos sobre análisis un caso hipotético, de un sujeto -sin importar sus motivos- desesperado y provisto de un arma de fuego, sin cartuchos en su recámara y almacén cargador, que en horario nocturno, aborda en la vía pública a un sujeto con intenciones de despojarlo de su dinero, y lo apunta. Dándose con la sorpresa de que su eventual víctima, es un custodio de valores que regresa a su vivienda luego de haber cumplido con su labor, y resultando por ello legítimo usuario y portador de un arma de fuego, quien en uso de la misma da muerte al atacante.

Se entiende que el custodio habría actuado amparado bajo el instituto, siendo su conducta necesaria e idónea para oponerse a la agresión actual e inminente en su contra; la valoración objetiva ex ante por un tercero haría conclusión que la pistola del agresor era idónea

para disparar en esos momentos, y el defensor no tendría por qué cargar con el riesgo, aunque después de acaecido el acto, se compruebe que el arma esta descargada y no contaba ni siquiera con cartucho alguno.

Sería un camino, hacia la doble victimización de un agredido ilegítimamente, si se analizara su conducta desde un unilateral punto de vista subjetivo, es decir ex post, con todos los elementos reunidos para valorar el acto, y no desde los parámetros de un hombre razonable en ese lugar y momento de los hechos.

La apreciación no se hace en abstracto sino de acuerdo al criterio del hombre razonable puesto en el caso concreto, es decir, de forma objetiva retrotrayéndose al momento, accidentes y lugar de los hechos.

La jurisprudencia chilena es conteste al respecto: “Que atendida la enorme cantidad de casos, hechos, situaciones y circunstancias que puede ocurrir en la vida real, la apreciación definitiva de este aspecto de la legítima defensa queda entregada a los jueces”²⁵. Es obvio que indica esta sentencia, que la valoración hecha por los jueces no debe prescindir de las circunstancias concretas, sino alineados con un parámetro objetivo ex ante.

Así, el requisito que nos ocupa en el presente TFG, es decir la necesidad racional de medio, se convierte en el más arduo para determinar desde una perspectiva objetiva.

Entonces esta valoración ex ante, y ajustada a derecho, debiera guiarse tal vez por un interrogante: ¿Cómo habría reaccionado el hombre medio, razonable, en un contexto factico como ese?

²⁵Corte de Apelaciones de San Miguel, Santiago de Chile, Ingreso Nro.: 1129-2008

VI. Conclusiones finales

Desde tiempos históricos, cuando el hombre interactuaba de una forma primitiva, incluso cuando ni siquiera aparecían los albores de la codificación de las normas jurídicas, en el marco de la socialización de las civilizaciones, se conocía y con diversidades en su aplicación se reconocía arcaicamente la defensa para salvaguarda los bienes, y obviamente como instinto de preservación de la propia vida.

Las diversas civilizaciones que han transitado el devenir de nuestro mundo, nuestra historia tal cual hombres, como germanos, griegos, romanos y tantos otros, fueron aplicando y reconocido así a este derecho, como una institución jurídica; imponiendo ya más avanzados en el orden jurídico una serie de requisitos –heterogéneos de acuerdo a la civilización-, pero que en esencia procuraban proteger el mismo centro de interés: justificar el accionar lícito frente a una acometida ilegítima contra la vida y derechos.

No solo el derecho, tal cual se iniciara y en su evolución como lo conocemos hoy, ha realizado esta justificación del accionar en defensa propia, de terceros o bienes, sino también que ha sido objeto de estudio y expresiones por parte de la filosofía y la religión.

Así el instituto de la legítima defensa, resulta ser uno de los más antiguos como causa de justificación, y de mayor aplicación en la praxis judicial; que ha llevado a grandes estudios catedráticos, y discusiones jurisprudenciales y dogmáticas, cuando el estado monopolizara el uso de la fuerza y la aplicación de la justicia, y codificara su aplicación jurídica, evitando así la aplicación unilateral, subjetiva y mayormente arbitraria de la defensa privada de los derechos.

Como lo citáramos oportunamente, en conocida fórmula atribuida a Hegel, radica el fundamento de la legítima defensa: “el derecho no debe soportar o ceder ante lo ilícito”. Y de ello derivan, mayoritariamente reconocidos por la doctrina, dos aspectos sustanciales. Dos caras de una misma moneda jurídica, si se permite la expresión.

El primero de ellos, es el derecho individual que asiste al sujeto de ejercer la propia defensa o autodefensa; y el segundo de ellos ese el aspecto supraindividual, ósea el social, de ese ejercicio, es decir la protección con el accionar del ordenamiento jurídico, la protección del derecho de una sociedad a no ser vulnerado, la afirmación del derecho.

Y nace aquí, otra discusión ya zanjada en gran parte, doctrinaria y jurisprudencialmente, porque se sostiene -criterio con el que se coincide- que en pos de la protección del derecho propio, y reafirmación del orden jurídico social, quien es ilegítimamente agredido,

no se encuentra obligado a buscar en la huida una salida a ello, porque de ser así quedaría descubierto el rol supraindividual del instituto, y por ende se cedería, se permitiría la vulneración de los derechos y del rol social de igual manera.

Esta no obligación a rehuir la agresión ilegítima, viene ineludiblemente anexada a la necesidad racional de la forma en que se ejerce este derecho. Esto indica que no por no huir, se puede causar daños que excedan esa necesidad requerida, esa racionalidad necesaria, no solo al agresor, sino también a sus bienes o los de terceros. Esta defensa legítima debe ser equilibrada en cuanto a medios y objetivo deseado, la autopreservación, y protección de los derechos. No podría ser categorizada de necesaria una conducta, si quien se defiende, disponía de una acción menos lesiva, que le era exigible por las circunstancias y sin embargo en su inteligencia opto por una más dañina.

Como lo hemos desarrollado en el presente T.F.G., algunos países en sus Códigos Penales, emplean el término proporcionalidad en vez de racionalidad. Es decir, los utiliza como una sustitución sinonímica. Muestra de ello son Bolivia, que indica: “no existiese evidente desproporción del medio empleado”; también lo hace el Código Penal Cubano, pero requiere proporción entre la agresión y defensa; en un más claro ejemplo de lo sostenido con respecto a la sinonimia.

Así, en general esta necesidad racional, término que correspondería utilizar en vez de proporcionalidad, no lo hace sobre los medios defensivos, sino sobre la magnitud de la reacción con relación a la vulneración de derechos que se procura evitar. Es decir, que la racionalidad así nada tendría que ver con la proporcionalidad del medio físico o instrumento utilizado, sino con la intensidad del ataque y la respuesta que se puede brindar a él, de acuerdo al contexto factico en que se produzca. Lo que debe ser racional, proporcional, y con el solo objetivo de la preservación, es la acción defensiva.

Punto aparte, merece el inicio de la conclusión sobre la subsidiariedad sobre de la defensa llevada a cabo por un particular en circunstancias que autoriza el ordenamiento jurídico. Ello así, porque se entiende desde la óptica de la doctrina y jurisprudencia, que siempre el particular debe actuar en defensa de sus derechos, cuando no pueda hacerlo el estado a través de sus órganos competentes para ello, o cuando su tardío auxilio genere irremediabilmente el avasallamiento que se pretende evitar. De esta manera siempre prevalecerá la intervención de

la protección del estado —a través de sus órganos—, y siempre que se encuentren en capacidad situacional y circunstancial de realizarla. (Jakobs, 1997)

Este ejercicio legítimo y racional de la defensa, bajo el ropaje jurídico que brinda la normativa aplicable, y cumpliendo los requisitos que impone, enerva la antijuridicidad de una conducta típica, que llevada adelante en otro contexto factico y jurídico, no estaría justificada. Es decir que son permisos legales, para ejecutar un acto típico en determinadas condiciones. (Lezcano, 2005)

Así una conducta, que se corresponde fáctica y jurídicamente con una acción típica del ordenamiento, puede no ser antijurídica —producto de esta justificante— en el análisis de los extractos que se realiza en la teoría del delito, y por ello no se proseguiría el mismo, para determinar si es atribuible o no a sujeto alguno, en carácter de que.

La justificación de una a conducta, por la legítima defensa, es decir su autorización por el ordenamiento jurídico, tiene efectos, a cuyo respecto la doctrina no resulta pacífica. Por un lado se sostiene que, no es aceptable la invocación de la legítima defensa contra una conducta justificada; que al no existir un delito imputable, se excluye la responsabilidad de persona alguna, y que ello incluye a quienes fueron participes en la materialización de la causa de justificación; y finalmente que la declaración de esta causa de justificación, produce efectos en todas las consecuencias jurídicas de las distintas ramas jurídicas (penal, civil, administrativo, etc).

No existiría dogmáticamente, mayores divergencias con respecto a las dos primeras cuestiones indicada ut supra; lo que no sucede de igual manera con la última. Un sector de la doctrina, del cual participa un reconocido jurista como el Dr. Eugenio Zaffaroni, sostiene que nada impediría que una acción lícita en una rama, genere obligaciones en otra, con base en los diferentes fundamentos de la responsabilidad; y que con ello no se produce el pretendido escándalo jurídico por la disimilitud de decisiones sobre ello, como tampoco la contradicción, y se mantiene la unidad el orden jurídico.

Finalmente se abordó, la óptica de aquellos sobre los que recae la responsabilidad de juzgar una conducta, es decir los órganos jurisdiccionales, lo hacen o deberían hacerlo. Siendo con una visión ex ante o una mirada que pondere solamente los aspectos objetivos.

Resultaría, injusto pronunciar una decisión, sin evaluar debidamente las circunstancias que rodearon el contexto factico, al momento del suceso, con la visión de un hombre razonable puesto en las circunstancias de tiempo modo y lugar del suceso, violento e inespe-

rado. Considerando la comprensión de tiempo en que se debe adoptar una conducta para salvaguardar un derecho, por la velocidad e intensidad de la agresión, características del agresor, y medios con lo que se cuenta. (Cerezo Mir, 2004)

No es posible pretender, que quien se ve atacado repentinamente, sin haber sopesado previamente y deliberadamente esa reacción –es decir la haya generado dolosamente-, responda para dar marco legal a su acción, con un razonamiento sereno y objetivo que le de la inteligencia de adoptar el más adecuado entre los distintos medios disponibles.

Siendo así la legítima defensa, uno de los institutos jurídicos de mayor aplicación para un universo de casos en la praxis judicial, sigue siendo así uno de los estudiados con asiduidad por lo interesante dogmática y jurisprudencialmente, lo que sin duda continuara abonando el conocimiento actual y futuro de todos los operadores jurídicos en materia penal.

VII. Bibliografía

- Bacigalupo Zapater, E. (1999). *Derecho Penal. Parte General. 2da. Ed.* Buenos Aires: Hammurabi.
- Caro Coria, D. C. (2004). *Legítima defensa.* Lima: Gaceta Jurídica.
- Cerezo Mir, José. (2004). *Curso de Derecho penal español. Parte General II-Teoría jurídica del delito, 6ta. Edic.* Madrid: Tecnos.
- Cfr. Jescheck, Hans-Heinrich. (1981). *Tratado de Derecho Penal. Parte General, Vol. 1,* trad., y adiciones del Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch.
- Creus, Carlos. (1988). *Derecho penal. Parte general.* Buenos Aires: Astrea.
- Frank, Jorge L. (1993). *Legítima Defensa con armas de fuego.* Buenos Aires: Ad-Hoc.
- García Caverio, P. (2008) *Lecciones de Derecho Penal. Parte General.* Lima: Ara Editores.
- Garcia Marin, José M. (1980). Anuario de la historia del derecho español. *La legítima defensa hasta fines de la edad media.* *Revista Electrónica DialNet.* Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=134395>
- Garrido Montt, Mario. (2003). *Derecho Penal. Parte general. T. II. Nociones fundamentales de la teoría del delito. 3ra. Edic.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Hurtado Pozo, José. (2008). *Manual de Derecho Penal. Parte general 1, 3ra. Edic.* Lima: Grijley.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación.* Madrid: Marcial Pons Librero Editor.
- Jiménez de Asúa, Luis. (1958). *Tratado de derecho penal. Parte General. Tomo II, 2da. Edición.* Buenos Aires: Lozada S.A.
- Jiménez de Asúa, Luis. (1961). *Tratado de derecho penal. Tomo IV, 2da. Edición.* Buenos Aires: Lozada S.A.
- Lazcano, Carlos (h). (2005). *Derecho Penal. Parte General. 1ra. Edic.* Cordoba: Advocatus.
- Mir Puig, Santiago. (1984). *Derecho penal. Parte general.* Barcelona: Promoción Publicaciones Universitarias.
- Muñoz Conde, Francisco. (1985). *Derecho Penal. Parte especial. 6ta. Edición.* España: Publicaciones Universitarias de Sevilla.
- Nuñez, Ricardo. (1976). *Tratado de derecho penal. Tomo I.* Cordoba-Buenos Aires: Lerner.

- Nuñez, Ricardo. (1999) *Derecho penal argentino. Tomo I*. Buenos Aires: Lerner.
- Quintano Ripolles, Antonio. (1966). *Tratado de la parte especial del derecho penal. Tomo II*. Madrid: Madrid.
- Quinteros Olivares, G. (1992). *Derecho Penal. Parte general. 2da. Ed. 1º reimp.* Madrid: Marcial Pons.
- Rodríguez Devesa, José M. (1987). *Derecho Penal Español. Parte general. 8va. Edición.* Madrid: Madrid.
- Roxin, Claus. (1997) *Derecho Penal. Parte general, Tom. I. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*. Trad., de la 2da., ed., alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas.
- Soler, Sebastián. (1987). *Derecho penal argentino. Tomo I. 5ta. Edición.* Buenos Aires: Tea.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. (1988). *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tom. V.* Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. Alagia, A. y Slokar, A. (2002). *Derecho Penal. Parte General. 2da. Edic.* Buenos Aires: Ediar. (recuperado de: <https://es.scribd.com/doc/35382561/Derecho-Penal-Parte-General-Zaffaroni-Eugenio-Raul>)

Legislación

- Código Civil y Comercial comentado. (2015). C.A.B.A. Argentina: Infojus
- Código Penal de la República Argentina. Comentado y anotado. (2005). Buenos Aires: La Ley.
- Código Penal República Argentina. (2011). Argentina: AZ Editora
- Código Penal República de Bolivia. (2015). Recuperado de: http://www.oas.org/juridico/spanish/gapeca_sp_docs_boll.pdf
- Código Penal República de Costa Rica. (2015). Recuperado de: <http://www.cendeisss.sa.cr/etica/codpenal.pdf>
- Código Penal de la República de Chile. (2015). Recuperado de: <http://web.uchile.cl/archivos/derecho/CEDI/Normativa/C%F3digo%20Penal.pdf>
- Código Penal de la República Dominicana (2015). Recuperado de: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_repdm_sc_anexo_21_sp.pdf
- Código Penal de España. (2015). Recuperado de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20121008_02.pdf

- Código Penal de Francia (2005). Recuperado de: https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwj6jquD9N_LAhWHvJAKH-fU0ALEQFggaMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.legifrance.gouv.fr%2Fcontent%2Fdownload%2F1969%2F13763%2Fversion%2F3%2Ffile%2FCode_56.pdf&usg=AFQjCNE9Jqak0UN-d-12d4imrS18NQcMjw&bvm=bv.117868183,d.Y2I&cad=rja
- Código Penal República de Uruguay. (2015). Recuperado de: http://www.cepal.org/oig/doc/LeyesSobreAborto/Uruguay/1931_C%C3%B3digoPenal_Uruguay.pdf
- Código Penal de la República de Perú. (2015). Recuperado de: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_75.pdf
- Código Penal de la República Bolivariana de Venezuela. (2015). Recuperado de: <http://www.ministeriopublico.gob.ve/web/guest/codigo-penal>

Jurisprudencia

- Cam. Crim. y Corr. 8va Nom. Cba. “PERALTA, CRISTIAN ALBERTO p.s.a. homicidio simple, etc. (Expte. N° 1105445)”. Sentencia de fecha 07/04/2015. Infojus 15160009. (Recuperado 07/10/2015)
- Cám.Crim. y Corr. Río Tercero, Córdoba. “Piatti Jesica Belén p.s.a. de: Homicidio Simple” Expte. Letra P, N° 01, Año 2009. Sentencia N° 3/2010. (Sentencia de fecha: 04/03/2010).
- Cám. Crim., de Segunda Circunscripción Judicial. Caleta Olivia, Santa Cruz. “PEREA LUIS ALBERTO S/HOMICIDIO CULPOSO” Expte. N° 3221/11 Tomo XXVIII, Registro 778, Folio 041/047. (Sentencia de fecha: 22/10/2012)
- CF. Casación Penal. “L., L. M.; L., C. R. y L., Miguel Ángel s/recurso de casación”. Sentencia 2466/14, de fecha 17/11/2014. Infojus 14261104. (Recuperado 07/10/2015).
- STJ San Luis. “Incidente – “Gómez, María Laura S/Homicidio simple – Recurso de casación” Expte. N° 44-I2010, tramix inc. N° 55879/1. Sentencia N° 10/12. Recuperado el 28/09/2015 de <http://www.cij.gov.ar/nota-8695-Absoluci-n-para-una-mujer-que-actu--en-leg-tima-defensa.html> (Sentencia de fecha: 28/02/2012).

- STJ. Río Negro. H., E. G. y Otro. c/ F., R. A. y Otros. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS (ORDINARIO) s/ CASACION" (Expte. NRO. 26930/14-STJ-) (Sentencia de fecha 13/11/2014) (Recuperado 07/10/2015).
- TSJ Santa Cruz, Argentina. "HUENCHUMAN RICARDO AGUSTIN Y BARRERA GRACIELA LAURA S/HOMICIDIO SIMPLE", Expte. N° 4204/12 (H-739/12/TSJ) (Sentencia de fecha: 31/03/2014)
- Corte de Apelaciones de San Miguel, Santiago de Chile, Ingreso Nro.: 1129-2008
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle, Chile. (22-02-2002). RIT 3-2002
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, Chile (27-08-2002). RIT: 21-2002
- TC N° 6 Lomas de Zamora Bs As LOPEZ 9-12-2014 Id. Infojus FA14010145 (Recuperado 06/10/2015)
- Cam. De Apelaciones de Rosario, Santa Fe, Argentina. Sala tercera. "Homicidio con exceso en la legítima defensa", Causa 3205de Jdo. Inst. 6 de Rosario. Registro de cámara 426/11.
- Juzgado de Control, Niñez, Penal Juvenil y Faltas de Cosquín, Córdoba. Causa "Romero, Marcelo German p.s.a. homicidio simple", A.I. N° 12 de fecha 15/03/2012.
- Cam. Nac. Ap., en lo Crim. y Corr. Sala I – CCC 8590/2013/CAI Procesamiento de L.M.S. en orden a los de delitos de "Lesiones graves en concurso real con amenazas calificadas por el uso de armas en concurso ideal con lesiones leves".