



## **“LA LEGÍTIMA DEFENSA”**

**“Las características y sus problemas de aplicación en el  
Derecho Penal Argentino”**

**TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN**

**CARRERA: ABOGACÍA**

**ALUMNO: GUSTIN, MICAELA ELIZABETH**

**DNI: 35597400**

**LEGAJO: VABG27074**

**AÑO: 2017**

## **AGRADECIMIENTOS**

A mi familia, en especial a mi madre por enseñarme que el miedo no paraliza, y a mi padre cuya constancia y fortaleza me inspira.

A mi amada abuela Hortencia, que desde la estrella más lejana me guía en cada paso de mi vida.

A Dios, Jesús y la Virgen María por cuidarme y acompañarme cada día.

A mi persona por la constancia, respeto por el prójimo y amor a la justicia.

## ÍNDICE

|                   |       |
|-------------------|-------|
| Introducción..... | Pág.8 |
|-------------------|-------|

### CAPÍTULO I

#### INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DE LA ANTIJURIDICIDAD

|  |        |
|--|--------|
| 1. Aspectos esenciales.....  | Pág.13 |
| 2. Unidad del ordenamiento como fuente de exclusión de la antijuridicidad..... | Pág.14 |
| 3. Antijuridicidad formal y material.....                                      | Pág.15 |
| 4. Concepto y fundamento de las causas de justificación.....                   | Pág.17 |
| 5. Causas de justificación en el Código Penal argentino.....                   | Pág.18 |
| 6. Conclusión.....   | Pág.22 |

### CAPÍTULO II

#### ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

|  |        |
|--|--------|
| 1. Antecedentes históricos.....        | Pág.24 |
| 2. Evolución legislativa nacional..... | Pág.27 |
| 3. Nociones preliminares.....          | Pág.28 |
| 3.1. La Constitución Nacional.....     | Pág.28 |
| 3.2. El Código Civil y Comercial.....  | Pág.28 |
| 3.3. El Código Procesal Penal.....     | Pág.29 |
| 3.4. El Código Penal.....              | Pág.30 |
| 4. La doctrina moderna.....            | Pág.31 |
| 5. Conclusión.....                     | Pág.31 |

### CAPÍTULO III

#### ASPECTOS GENERALES DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

|   |        |
|---|--------|
| 1. Concepto.....                                | Pág.33 |
| 2. Fundamento y naturaleza jurídica.....        | Pág.33 |
| 3. Condiciones de la legítima defensa.....      | Pág.35 |
| 3.1. Agresión ilegítima.....                    | Pág.35 |
| 3.2. Necesidad racional del medio empleado..... | Pág.37 |
| 3.2.1. Pretexto de legítima defensa.....        | Pág.40 |
| 3.2.2. “La huida”.....                          | Pág.40 |

|   |        |
|---|--------|
| 3.3. Falta de provocación suficiente.....                                     | Pág.42 |
| 3.3.1. El exceso en la causa.....   | Pág.43 |
| 4. La prueba.....   | Pág.44 |
| 5. Semejanzas y diferencias entre legítima defensa y estado de necesidad..... | Pág.45 |
| 6. Medios mecánicos de defensa y los <i>offendículas</i> .....                | Pág.45 |
| 7. Conclusión.....  | Pág.47 |

## **CAPÍTULO IV**

### **ALCANCES Y LIMITACIONES DE LA LEGÍTIMA DEFENSA**

|   |        |
|---|--------|
| 1. Bienes defendibles.....                  | Pág.49 |
| 2. Clases de acciones defensivas .....      | Pág.50 |
| 2.1. La legítima defensa propia.....        | Pág.50 |
| 2.2. La legítima defensa de terceros.....   | Pág.51 |
| 2.3. La legítima defensa privilegiada.....  | Pág.51 |
| 2.4. La legítima defensa putativa.....      | Pág.52 |
| 3. Caso de los terceros circunstancias..... | Pág.53 |
| 4. Conclusión.....                          | Pág.55 |

## **CAPÍTULO V**

### **EL EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA**

|  |        |
|--|--------|
| 1. Introducción.....   | Pág.56 |
| 2. La regulación del exceso en el Código Penal.....  | Pág.56 |
| 3. Tipos de excesos.....   | Pág.57 |
| 3.1. El exceso intensivo.....  | Pág.58 |
| 3.2. El exceso extensivo.....  | Pág.58 |
| 4. El exceso como atenuante de la culpabilidad o de la antijuridicidad.....                                  | Pág.60 |
| 5. Diferencia entre la legítima defensa, el exceso en la legítima defensa y la justicia por mano propia..... | Pág.61 |
| 6. <i>Leading Case</i> : El caso Santos.....   | Pág.62 |
| 7. Conclusión.....   | Pág.75 |
| Conclusión final.....  | Pág.77 |
| Bibliografía.....  | Pág.79 |
| ANEXOS.....  | Pág.82 |

|  |        |
|--|--------|
| Anexo I: Jurisprudencia nacional sobre legítima defensa..... | Pág.82 |
| Anexo II: Legislación comparada sobre legítima defensa.....  | Pág.93 |

## **Resumen**

La legítima defensa es un instituto previsto en la mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Está incluida en la parte general de nuestro Código Penal. Consiste en una acción antijurídica en la cual el ejecutor actúa como consecuencia o en respuesta a una agresión injustificada, de la cual es víctima. A pesar de ser un acto voluntario insumible en un tipo de delito, la acción no es punible y actúa como causa de justificación, excluyendo la antijuridicidad de la conducta típica, tomándose como jurídicamente lícita. Es decir, las acciones hacen en tipicidad (el acto se subsume al tipo), pero no en antijuridicidad, donde el comportamiento es justo.

Sin embargo, no toda acción defensiva constituye legítima defensa. Para que sea operativa la defensa propia, tienen que presentarse diferentes presupuestos que describe la norma. Debe ser una respuesta a una agresión ilegítima, el medio empleado para impedirla o repelerla debe ser racional y tiene que existir una falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende.

Pero dichas definiciones son muy genéricas y dejan un amplio margen para su interpretación y su aplicación al caso concreto, originando vastos problemas interpretativos al momento de aplicar la norma por parte del magistrado en el complejo mundo de la legítima defensa. Carece de un límite explícito, por lo que debe ser subsanado por la doctrina y jurisprudencia.

Las teorías jurídicas elaboradas hasta la fecha son bastante contradictorias a la hora de interpretar y aplicar los presupuestos legales de la legítima defensa a los casos más extremos y conflictivos, y muchas de ellas están influidas por la sensibilidad cultural y la realidad económica y social de los países respectivos donde han sido elaboradas.

**Palabras Claves:** delito - defensa propia - agresión ilegítima - medio racional - falta de provocación suficiente - causa de justificación

## **Abstract**

Self-defense is an institute foreseen in most contemporary legal systems. It is included in the general part of our Penal Code. It consists of an unlawful action in which the executor acts as a consequence or in response to an unjustified aggression, of which he is a victim. In spite of being a voluntary act that is not consumable in a type of crime, the action is not punishable and acts as a justification, excluding the antijuridicidad of the typical behavior, being taken as legally licit. That is, actions do in tipicity (the act subsumes the type), but not in antijuridicidad, where the behavior is just.

However, not all defensive action is self-defense. In order for self-defense to be operative, different assumptions must be made that describe the norm. It must be a response to an unlawful aggression, the means used to prevent or repel it must be rational and there must be a sufficient lack of provocation on the part of the one who defends.

But these definitions are very generic and leave a wide margin for its interpretation and its application to the concrete case, giving rise to vast interpretative problems at the moment of applying the norm on the part of the magistrate in the complex world of self-defense. It lacks an explicit limit, so it must be remedied by doctrine and jurisprudence.

The legal theories developed to date are quite contradictory in interpreting and applying the legitimate assumptions of legitimate defense to the most extreme and conflicting cases, and many of them are influenced by cultural sensitivity and the economic and social reality of Respective countries where they have been prepared

**Keywords:** crime - self-defense - illegitimate aggression - rational means - lack of sufficient provocation - cause of justification

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, pertenece al área del Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal y se aborda el tema referido, al análisis del “Estado Actual de la Legítima Defensa en Argentina”. De todas las posibles causas que pueden justificar que en determinadas circunstancias, un ciudadano común, pueda cometer un hecho tipificado en la ley como delito, sobre todo cuando se trata de un delito contra la vida, la legítima defensa es una de las más debatidas por la doctrina nacional y extranjera.

Desde la antigüedad, se ha sostenido que la legítima defensa, no es más que la reacción necesaria frente a una agresión que ha creado un estado de necesidad en el sujeto que se defiende. Este estado de necesidad, es el que genera la reacción defensiva dirigida a impedir, o repeler la agresión, cuestión que es “como una verdad apodíctica que todos sentimos en lo íntimo del corazón” (Carrara, 2000, p. 107). Esta verdad, tributaria de la ley eterna, importa erigir la actuación del que se defiende, en una de carácter principal frente a la agresión injusta (Carrara, 2000).

Sin embargo, para que esta reacción defensiva se encuentre autorizada por el ordenamiento jurídico, debe ser ejecutada empleando medios necesariamente racionales. Este último requisito, consagrado en forma expresa en la ley positiva (art. 34, inc. 6º, apart. b), C.P.), genera profundos problemas al momento de analizar en el caso concreto si la reacción necesaria de carácter principal, se encuentra o no justificada por el ordenamiento jurídico.

Asimismo, particularmente controvertido resulta el requisito temporal de la legítima defensa ¿Cuándo la agresión es actual? ¿Cuándo es inminente? ¿Cuándo comienza y cuando finaliza el derecho de legítima defensa? No es una cuestión sencilla, tanto es así que aún no existe un concepto unívoco o una respuesta única al respecto.

La legítima defensa, es tal vez uno de los institutos del derecho más polémico, aún para el entendido, como para el común de la gente, que pretenda estar informado acerca de “cuándo la ley autoriza a matar a un semejante ante una agresión ilegítima” y, “en qué casos el Derecho otorga ésta facultad”. Los caracteres y elementos de la legítima defensa, han sido y son –como se dijo– materia de debate en la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera.

Desde hace más de una década está instalado en el “imaginario colectivo” la problemática de la seguridad. Los hechos sociales, en relación a diferentes tipos de delitos y/o agresiones se fueron convirtiendo –ya sea a través de los medios de comunicación– en una cuestión cotidiana. Por lo tanto, no es difícil dejar de reconocer la violencia e inseguridad como una constante en la vida de los argentinos.

El aumento inequívocamente geométrico de los delitos contra la propiedad y las personas, junto con el advenimiento de nuevas generaciones delictivas cada vez más jóvenes, precarizadas y violentas, hace de la elección de sus víctimas un ejercicio indiscriminado; lo mismo da robar a una jubilada que a un senador sospechado de coimero. Y su correlato mediático no es menos estremecedor; intermitentemente se bombardea inseguridad desde los diarios y la televisión, mientras políticos, legisladores y funcionarios enarbolan la lucha contra el delito callejero como su bandera más preciada. La penalización de la miseria responde a un clamor multisectorial; no sólo está en juego el pánico a la vulnerabilidad experimentado por ricos y famosos, funcionarios y ex funcionarios enriquecidos y de los empresarios más poderosos del país; también cuenta la proverbial sensibilidad propietaria de la masa votante de clase media y clase media baja, sin dejar de lado el síndrome de indefensión padecido por las capas más empobrecidas<sup>1</sup>.

Durante los años 2014 y 2015 se sucedieron una serie de “ajusticiamientos” por parte de los ciudadanos a delincuentes atrapados *in fraganti*, registrándose episodios en Rosario, ciudad de Buenos Aires, Córdoba, La Rioja y Río Negro<sup>2</sup>. A partir de aquellos episodios se desató un arduo debate alrededor de la legítima defensa, el exceso en la legítima defensa y la justicia por mano propia.

La legítima defensa es un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico nacional a todos los individuos. Pero no se trata de un derecho absoluto e ilimitado. No en todos los supuestos está permitido defenderse y no en todos los supuestos está permitido defenderse de cualquier manera. Es por ello, que en una sociedad democrática, resulta fundamental conocer los alcances de la legítima defensa, que si bien puede ser empleada por el ciudadano común, también debe tener conciencia que para propósito de represalia o rencillas, no podrá acudir a ella, porque no deberán quedar impunes actos típicos ejecutados dolosamente.

La legítima defensa entendida como “la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada” (Soler, 1987, p. 444), es un derecho de ejercicio excepcional, que excluye la antijuridicidad de una conducta típica, tornándola lícita y eximiendo de responsabilidad penal a su autor. El derecho de legítima defensa se ejerce cuando los auxilios de la fuerza pública no pueden llegar solícitos en ayuda del agredido. El Estado, que tiene el monopolio de la fuerza y la justicia, le reconoce ese derecho como propio y natural, puesto

---

<sup>1</sup> Magendorfer, R. (2001). Blindados hasta el alma en Buenos Aires. *Le Monde Diplomatique Edición Cono Sur*, 1 (23), 17-18.

<sup>2</sup> Preocupación por la ola de linchamientos a lo largo del país. (1 de Abril de 2014). *Infobae*. Recuperado de <http://www.infobae.com/2014/04/01/1554159-preocupacion-la-ola-linchamientos-lo-largo-del-pais>

que si alguna ley lo prohibiera, se convertiría en un despropósito y nadie cumpliría con la misma (Frank, 2000).

Este derecho excepcional de defensa, que deriva en sus orígenes del instinto de supervivencia y conservación, al desarrollarse las nociones de sociedad organizada, Estado y Derecho, fue dotado de connotaciones jurídicas, para evitar las arbitrariedades, los excesos y las represalias por parte del agredido al agresor, con base al daño sufrido y al daño causado bajo el uso de la fuerza, que implícitamente conlleva esta eximente, mediante la exigencia de condiciones o requisitos para su procedencia.

El Código Penal, en su art. 34, inc. 6º, prescribe que para que exista legítima defensa es necesario la concurrencia de tres requisitos, a saber: a) agresión ilegítima, b) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla y c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Estas condiciones de procedencia, no sólo ayudan a conceptualizar la legítima defensa sino que, definen los contornos de la eximente y por decantación, marcan el límite entre la autoridad estatal y, el derecho de los individuos a protegerse a sí mismos ante una agresión ilegítima. De ello surge la relevancia de la precisión en su delimitación.

La falta de una de estas condiciones o sus excesos, desvirtúa la existencia de la causa de justificación, subsumiendo el hecho dentro del tipo penal realizado, al cual se le podrán señalar circunstancias agravantes o atenuantes, pero no exención de responsabilidad por legítima defensa, debido a que la misma ya no podrá sostenerse.

Del análisis y estudio preliminar de la legítima defensa surge que el Derecho argentino, al definir los contornos de la eximente, es vago e impreciso, en particular respecto del segundo requisito normativo “necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión” (art. 34, inc. 6º, apart. b), C.P.).

Se define como hipótesis de trabajo: La legítima defensa es un instituto que presenta ciertas dificultades prácticas al momento de su aplicación. Si bien la normativa describe tres requisitos para su operatividad, lo cierto es que los límites no están expresamente conceptualizados, transformándose en definiciones poco exactas. Esto genera problemas de interpretación al momento de calificar la punibilidad del hecho.

La ley no estipula que debe entenderse por “necesidad racionalidad del medio empleado para impedir la o repelerla”, así tampoco, que circunstancias objetivas y subjetivas, deben ser consideradas por los jueces, para determinar si la defensa es proporcional al ataque, dejando un amplio margen para la interpretación y la aplicación al caso concreto (Zilio, 2012).

Si no es bien valorado el requisito de la racionalidad del medio empleado, puede mantenerse en libertad a una persona que haya dado muerte a otra habiéndose excedido en su defensa y, por el contrario, puede condenarse a un inocente que se vio obligado por las circunstancias de hecho a reaccionar y, negársele injustamente su derecho legítimo de defensa.

Dichas imprecisiones normativas provocan que la impartición de justicia resulte vaga y oscura, dado que no se determinan los límites necesarios para considerar con certeza cuando la defensa es proporcional al ataque (Zilio, 2012). Si bien en la aplicación del Derecho se considera el arbitrio judicial, este deberá estar estrictamente apegado a lo señalado por la ley.

El interés en la temática propuesta surge a partir de las dificultades dogmáticas, e interpretativas que se advierten en el instituto de la legítima defensa y, de acuerdo a lo antedicho es pertinente realizar las siguientes preguntas de investigación ¿En qué supuestos y bajo qué condiciones la ley argentina faculta a los individuos a protegerse a sí mismos ante una agresión ilegítima? ¿Cuál es el estado actual de la legítima defensa en Argentina?

A partir de estos interrogantes se proponen como objetivos específicos: analizar el fundamento y naturaleza jurídica de la legítima defensa, examinar los bienes y derechos susceptibles de defensa privada, identificar el alcance de los requisitos de procedencia de la legítima defensa, en particular “la racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión”, estudiar los tipos de legítimas defensa existentes y el supuestos del exceso en la defensa (art. 35 C.P.).

En cuanto a la relevancia de este trabajo de investigación, radica en las implicancias que sus resultados planteen y, la posibilidad de enriquecer la discusión científica, que se geste, de modo particular, en el ámbito profesional y académico del Derecho Penal, considerando las imprecisiones normativas que hasta la actualidad sostiene la presente ley al no determinan los límites necesarios para considerar con certeza cuando la defensa es proporcional al ataque.

Por otra parte, el presente trabajo pretende dar un aporte, a los estudiantes de Derecho, jóvenes abogados e interesados en el tema, con la pretensión de haber delineado los ejes centrales para el análisis y comprensión de la regulación de la legítima defensa y, especialmente del requisito previsto en el apartado b), inciso 6º, art. 34, del Código Penal argentino.

Con el objeto de lograr una visión integral y acabada del instituto de la legítima defensa, el presente trabajo se divide en cinco capítulos. En el primero se realiza una breve

introducción a la teoría de la antijuridicidad –continente genérico de las causas de justificación–, se analizan los aspectos esenciales de dicha teoría y se hace un examen circunscripto de las causas de justificación que prescribe el Código Penal argentino. En el capítulo segundo se desarrollan los antecedentes históricos y la evolución legislativa (nacional) de la eximente. En el tercer capítulo se analizan los aspectos esenciales del instituto; concepto, fundamento, naturaleza jurídica y condiciones de procedencia, haciendo hincapié en la imprecisión legislativa de la “necesidad racional del medio empleado”. El cuarto capítulo define el alcance y limitaciones de la legítima defensa, es decir, se indaga cuáles son los bienes y derechos susceptibles de defensa privada y las clases de defensa que prescribe el ordenamiento jurídico. En el quinto y último capítulo, se analiza el exceso en la defensa, los tipos de excesos, sus penas y se delimita la legítima defensa del exceso en la legítima defensa y la justicia por mano propia. El trabajo finiquita con una conclusión final y dos Anexos: el primero de jurisprudencia nacional y el segundo, de legislación comparada.

## CAPÍTULO I

### INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DE LA ANTIJURIDICIDAD

#### 1. Aspectos esenciales

Resulta casi pacífica la afirmación de conceptualizar al delito como una conducta –acción en sentido jurídico penal–, típica, antijurídica y culpable (Mir Puig, 2004; Zaffaroni, 1988; Cuello Contreras, 2002), cuyo estudio corresponde a la denominada teoría del delito, en tanto es esta la que precisa los elementos que deben concurrir, como mínimo y con carácter general, para imputar responsabilidad penal, en procura de lograr una aplicación racional –o al menos coherente y previsible– de la ley penal.

Si la teoría del delito tiene por finalidad conseguir una aplicación racional de la ley penal, entonces debe verificar, en el caso concreto, que estén dados los presupuestos, generalmente aceptados, de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad para requerir de la agencia judicial una respuesta que habilite el ejercicio del poder punitivo (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002).

Dichos presupuestos, dentro de la estructura de la teoría del delito, funcionan a manera de filtros, es decir como diversos niveles de análisis, de modo que cada uno de ellos presupone la presencia del anterior y todos tienen la finalidad de ir descartando las causas que impedirían la aplicación de una pena y comprobando si se dan las que condicionan esa aplicación. Una vez que se ha determinado que la conducta humana se subsume en un tipo penal –selección de hechos que por su dañosidad el legislador declara dignos de pena– en el plano de la antijuridicidad se analiza la relación de ese hecho humano, voluntario, típico con el ordenamiento jurídico en su totalidad.

La teoría de la antijuridicidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal no es contraria al Derecho, es decir el hecho no merece una desaprobación del ordenamiento jurídico por disponer el autor de la conducta típica de un permiso legal para obrar como obró (Bacigalupo, 1999). Existen conductas que si bien generalmente son prohibidas, si se realizan bajo determinadas circunstancias subsumibles en una causa de justificación, resulta que en esas precisas circunstancias están permitidas, pues el ordenamiento jurídico las admite.

En tal sentido, la tipicidad de una conducta ofrece únicamente una presunción refutable de su antijuridicidad, es solamente un indicio de la antijuridicidad (Jescheck, 1981),

puesto que solo con el juicio de antijuridicidad se verifica definitivamente la prohibición o ilicitud de la conducta, estableciéndose de forma concreta si se está actuando conforme a Derecho o no, para así anular el efecto indiciario del tipo.

Positivamente la antijuridicidad supone un acto típico que ha ofendido material y formalmente a un bien jurídicamente protegido, lo ha dañado, vulnerado o puesto en peligro. Negativamente la antijuridicidad se manifiesta a través de lo que se conoce como causa de justificación. Cuando una causa de justificación concurre, aquel acto que por ser típico era, en principio –indiciariamente–, antijurídico, resulta justificado (Quintero Olivares, 1992). Se presentan así los dos requisitos de la conducta antijurídica. En primer lugar, la existencia de una conducta típica y luego, la ausencia de causas de justificación (Torres y González, 2012).

La admisión de una causa de justificación no implica afirmar que la conducta deba valorarse positivamente, sino sólo que la conducta no es desaprobada por el ordenamiento jurídico y que es aprobada por éste. Así, matar en legítima defensa justifica el hecho de matar a otro, pero la muerte de una persona por otra sigue siendo un acontecimiento que no puede valorarse como algo positivo.

## **2. Unidad del ordenamiento como fuente de exclusión de la antijuridicidad**

Mayoritariamente la doctrina acepta que cualquier tipo de autorización, ya sea originada en normas de derecho civil, administrativo o público, excluye en todos los casos la antijuridicidad de una conducta típica. Lo contrario, sería una contradicción axiológica insoportable. Que una conducta autorizada en cualquier campo del Derecho, no obstante sea castigada penalmente, refutaría la subsidiariedad del derecho penal como recurso extremo de la política social (Roxin, 1997).

Del mismo modo, si el Derecho posee unidad y congruencia, se debe deducir que lo ilícito en algún sector del Derecho, lo es para el resto del orden jurídico. La ilicitud surgida en cualquier área del Derecho (civil, penal, comercial, laboral, etc.) trasciende a todas las restantes. Sin embargo, ello no significa que todo hecho ilícito sea castigado por todas las ramas del ordenamiento jurídico toda vez que los fundamentos de la responsabilidad son diferentes en cada una de ellas.

Un entendimiento errado de la unidad de la antijuridicidad lleva a negar la posibilidad de cualquier consecuencia sancionatoria o responsable para toda conducta típica y justificada. De allí que una conducta justificada pueda generar obligaciones reparadoras en sede civil. El error de planteamiento parte del desconocimiento de la existencia de conductas que, si bien

importan ejercicios de derechos, sin embargo generan responsabilidad civil o administrativa (Zaffaroni et al., 2002).

Ejemplo de ello es el caso de un choque entre dos vehículos como consecuencia de una conducción imprudente de alguno de los automovilistas en el que se produce un daño. De esta manera se produce un hecho antijurídico, y dicha ilicitud se extiende a todo el orden jurídico. Sin embargo, ese hecho antijurídico no genera consecuencias penales porque en el derecho penal se exige la tipicidad y el delito de daños no se encuentra tipificado en forma culposa en el Código Penal argentino, que sólo lo prevé en forma dolosa (art. 183). Por lo tanto, si se aplica una pena a quien embiste a otro vehículo en forma imprudente, se viola el principio de legalidad previsto en el artículo 18 de la Constitución Nacional. De todos modos, la calidad de ilícito del hecho subsiste aunque el derecho penal no imponga sus graves sanciones, y sólo deba resarcirse desde el ámbito civil.

Otro ejemplo es el caso de los daños causados a la propiedad de un menor, que aún con su consentimiento, son civilmente antijurídicos debido a su limitada capacidad, y en consecuencia dan lugar a la reparación del daño. Empero desde el aspecto jurídico penal se puede admitir el consentimiento como causa de exclusión del injusto, en caso de una efectiva capacidad de comprensión.

La doctrina dominante pretende solucionar situaciones como las ejemplificadas, insistiendo en la unidad de la antijuridicidad y reconociendo a las diversas ramas del derecho únicamente la posibilidad de adoptar regulaciones diferentes de las consecuencias jurídicas (Roxin, 1997).

El derecho penal tiene la característica de construirse sobre la antijuridicidad que proviene de los demás sectores del orden jurídico –subsidiariedad del derecho penal–. Las conductas tipificadas como delitos en el Código Penal, son conductas que son ilícitas en otras ramas del derecho. Ergo la antijuridicidad general es presupuesto necesario pero no suficiente de la antijuridicidad penal. Para que un hecho sea penalmente sancionado, es indispensable que se encuentre tipificado, pero ello es una cuestión que se encuentra emparentada con el principio de legalidad y no es un problema de antijuridicidad.

### **3. Antijuridicidad formal y material**

La distinción entre antijuridicidad formal y material, nace como producto de la discusión mantenida entre el positivismo jurídico y el positivismo sociológico. Desde esta

última posición, Von Liszt introduce el concepto de antijuridicidad material, con la pretensión de verificar esta antijuridicidad en la realidad social.

Una acción es formalmente antijurídica como contravención a una norma estatal, a un mandato o a una prohibición de orden jurídico, en tanto que materialmente antijurídica, antisocial o también asocial, es la acción considerada como conducta socialmente dañosa (Zaffaroni et al., 2002). Es decir, una conducta es formalmente antijurídica cuando entra en contradicción con una norma, y materialmente antijurídica cuando resulta una conducta socialmente dañosa, contraria a la sociedad o antisocial, cuando está en contradicción con los fines del orden jurídico que regula la vida en común.

Una conducta puede ser formalmente adecuada en tanto no contraría una norma jurídica, sin embargo, su contenido, su espíritu, la convierten en antijurídica por ser contraria a principios generales del derecho tales como el orden público, la moral o las buenas costumbres. Ejemplo de ello son el fraude a la ley, el abuso del derecho, entre otros. De allí, que la antijuridicidad material sea más amplia que la antijuridicidad formal.

Ambos tipos de antijuridicidad pueden coincidir en un acto, pero también puede que ello no ocurra. Von Liszt no lleva esta tesis hasta sus últimas consecuencias, pues en caso de discrepancia, no acepta que el juez se aleje de la ley, guiado sólo por la antijuridicidad material. Sin embargo, el respeto de Von Liszt por la ley es rápidamente abandonado por regímenes autoritarios y estados de derecho legales en coyunturas de emergencias punitivas, que aprovechan y desvirtúan el concepto para la admisión de causas supraleales de justificación e injustos supraleales. En las causas supraleales de justificación la conducta es formalmente antijurídica pero no lo es materialmente, y en los injustos supraleales la conducta no es formalmente antijurídica pero lo es materialmente (Zaffaroni et al., 2002).

En relación con ello, “la más elemental seguridad jurídica rechaza la introducción indiscriminada de cualquier criterio pretendidamente sociológico para crear o eliminar antijuridicidad arbitrariamente. Con esos conceptos es posible criminalizar tanto a inocentes como a los asesinos que obraron conforme a la legislación nacionalsocialista.” (Zaffaroni et al., 2002, p. 599)

Finalmente, no existen dos conceptos de antijuridicidad, pues ésta siempre es formal y material. Es material en el sentido de que implica una efectiva afectación del bien jurídico (Mir Puig, 1998) y formal, porque únicamente el derecho positivo, mediante la formulación de los tipos y de las reglas especiales de justificación, constituye su fuente.

#### **4. Concepto y fundamento de las causas de justificación**

Cuando se admite que en el sistema del derecho positivo, la tipicidad del hecho no determina su antijuridicidad, sino que es un indicio de ella, se acepta también que, en determinadas circunstancias, el derecho positivo no confirma ese indicio. Esas circunstancias, que respecto del valor indiciario del tipo funcionan como excepciones a la regla –la antijuridicidad es la regla y la juridicidad la excepción– son las llamadas “causas de justificación”.

Las causas o fundamentos de justificación son situaciones de hecho y de Derecho cuyo efecto es excluir la antijuridicidad de la acción. La ley penal se vale de las mismas para prever y resolver casos de conflictos de intereses, deberes y bienes jurídicos. Mediante esas normas, por las que se declaran lícitas determinadas acciones típicas, el Derecho resuelve expresamente esos conflictos (Fontan Balestra, 1998).

Los efectos de las causas de justificación se extienden en razón del principio de la unidad de la antijuridicidad y exceden el ámbito penal. El efecto penal de las causas de justificación es la impunidad del hecho. Salvo el enriquecimiento sin causa, también excluyen la responsabilidad civil.

La ley y la necesidad son los fundamentos de la justificación. 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. La necesidad en sí misma es el fundamento de la justificación, pero ésta debe nacer de la ley –derecho de necesidad– sea que resulte de una disposición expresa o de la valoración extraída de la totalidad del ordenamiento vigente (Fontan Balestra, 1998).

Las causas de justificación implican una situación de conflicto que autoriza su solución mediante una conducta que en otro contexto estaría prohibida, es decir merecería reproche penal. Se trata de autorizaciones concedidas por el legislador para cometer en determinadas circunstancias, una conducta penalmente típica.

Mir Puig (1998) formula que es complicado tratar de dar un fundamento común a todas las causas de justificación que son situaciones de excepción, pero que un principio omnicompreensivo residiría en que todas las causas de justificación pretenden la regulación socialmente correcta de intereses que colinden.

“Sustancialmente, las causas de justificación obedecen al principio de que, en el conflicto entre dos bienes jurídicos, debe salvarse el preponderante para el derecho positivo.” (Nuñez, 1999, p. 157)

Dicha preponderancia del bien jurídico surge del orden jurídico de las leyes establecido en la Constitución Nacional (art. 31) y la especial composición de los tipos en cuanto a su valor relativo, cuestión que se infiere, en forma práctica, a partir de las sanciones que el Código Penal conmina en la Parte Especial, en una relación directa entre el bien protegido y la pena.

## **5. Causas de justificación en el Código Penal argentino**

Las causas de justificación se encuentran reguladas en la Parte general (art. 34, incs. 3º, 4º, 5º, 6º, 7º) y en la Parte especial (art. 86, incs. 1º y 2º, art. 111, inc. 1º, art. 152 y art. 156) del Código Penal argentino. Asimismo, la doctrina considera el consentimiento del ofendido una causa de justificación, una causa de falta de adecuación cuando el tipo así lo exige o un requisito de otra causa de justificación.

El art. 34, inc. 3º, del Código Penal, regula el estado de necesidad. La norma reza: “No son punibles: El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño.” De la norma se infieren los cinco requisitos del instituto: 1) inminencia del mal para el que obra o para un tercero; 2) imposibilidad de evitar el mal por otros medios; 3) menor valor del mal que se causa que el que se trata de evitar; 4) ajenidad del autor al mal mayor inminente; 5) falta de obligatoriedad del autor de soportar el mal.

Actúa de *iure* aquél que lesiona bienes jurídicos ajenos para salvar un bien propio o ajeno, que se encuentra amenazado, de mayor valor que el sacrificado. El fundamento justificador de la eximente “reside en la preponderancia del bien jurídicamente más valioso que representa el mal menor.” (Nuñez, 1999, p. 161) El estado de necesidad justificante se limita al caso en que se provoca un mal menor para evitar otro mayor. Cuando los males en conflicto son de igual valor o cuando el mal que se provoca no es de menor valor que el que se evita hay estado de necesidad exculpante pero no justificante. En el estado de necesidad exculpante la conducta es antijurídica pero inculpable pues al agente no puede exigírsele razonablemente la realización de otra conducta.

El valor relativo de los bienes en conflicto debe ser resuelto objetivamente. La propia ley penal proporciona el criterio de valoración con las escalas comparativas de penas para distintos tipos de lesión de un mismo bien jurídico (vida, integridad física, propiedad, etc.) o para la lesión de bienes jurídicos distintos. Si esto no es suficiente, debe completarse con la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico (Fontan Balestra, 1998).

El art. 34, inc. 4º, del Código Penal, prescribe: “No son punibles: El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo”. La primera parte del artículo refiere a la colisión de deberes justificante. Hay colisión de deberes “cuando alguien sólo puede cumplir un deber jurídico de su incumbencia a costa de otro que le corresponde igualmente, siendo así que la vulneración del deber que infringe constituye una acción y omisión conminada con pena.” (Jescheck, 1981, p. 328)

Se trata siempre de un conflicto entre dos obligaciones legales, en el cual, frente a la ley prohibitiva general que representa el tipo delictivo, prevalece la ley autoritativa especial, de igual o superior jerarquía constitucional que aquélla (Nuñez, 1988). El Código Civil y Comercial en su artículo 10 prescribe que el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. De dicha norma surge que está cubierto por la justificante aquél que en el cumplimiento de un deber legal concreta un tipo delictivo. Esto ratifica el principio de no contrariedad del ordenamiento jurídico.

La segunda parte del art. 34, inc. 4º, del Código Penal, estipula el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad o cargo. El ejercicio regular de un derecho propio no puede constituir en ilícito ningún acto –art. 10 Cód. Civil y Comercial–. Esta justificación es otro caso de conflicto de disposiciones legales, en el cual frente a la prohibición general emergente del tipo delictivo, prevalece la autorización de una ley especial de igual o superior jerarquía constitucional (art. 31 C.N.). Así por ejemplo, quien ejercita el derecho de retención en alguno de los casos previstos por el Código Civil y Comercial, no podrá cometer el delito del art. 173, inc. 2º, del Código Penal, aun cuando sea claro que se niega a restituir efectos que recibió a un título que produce obligación de devolver. No puede retener indebidamente quien retiene legalmente. Su fundamento radica en que “debe regir el principio de la no contradicción, por el cual lo que el Derecho autoriza en una norma no puede prohibirlo en otra coexistente.” (Fontan Balestra, 1998, p. 273)

El ejercicio legítimo de un derecho adquiere su contenido con las acciones que la ley no manda ni prohíbe (art. 19 C.N.). Entre lo que la ley obliga a hacer y lo que prohíbe hacer, hay una zona que se llena con numerosos actos que el individuo puede hacer, sin que le puedan ser impuestos ni prohibidos y sin que él pueda exigirlos ni prohibirlos a los demás. De allí que en el ejercicio de un derecho se actúe en el ámbito de libertad dentro de lo autorizado por el orden jurídico (Fontan Balestra, 1998).

Sólo el ejercicio legítimo o regular del derecho propio es justificante. La ley no ampara el ejercicio abusivo del derecho –art. 10 del Cód. Civil y Comercial–. Se considera tal

el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El ejercicio legítimo de una autoridad es entendido como la potestad que posee una persona sobre otra, en virtud de una disposición legal, y que se desenvuelve en el ámbito de la autoridad familiar. Hace referencia a la facultad de corrección que poseen ambos padres, los tutores y curadores respecto de sus hijos o pupilos. Al marido no le corresponde, en cambio, un derecho de corrección respecto de la mujer ya que la Constitución Nacional prohíbe cualquier tipo de discriminación por razón del género. La corrección familiar debe ejercerse moderadamente por las posibles violencias que esta facultad conlleva.

El ejercicio legítimo de un cargo implica el ejercicio del poder de decisión o ejecución correspondiente a un cargo público. Obra legítimamente el juez que ordena un desalojo con uso de la fuerza pública, el guarda cárcel que hiere a un preso para impedir su fuga, el director de un establecimiento hospitalario en ejercicio de sus facultades disciplinarias, etc. El ejercicio del cargo debe ser legítimo y legal. La legitimidad supone la legalidad del título en virtud del cual el autor desempeña el cargo; la legalidad conlleva que en el caso concreto el autor obre en materia de su competencia y no con abuso de autoridad ni exceso en la acción (Nuñez, 1999).

El art. 34, inc. 5º, del Código Penal, prescribe la exigente de obediencia debida, también llamada obediencia jerárquica. La obediencia debida es el cumplimiento de una orden dada de acuerdo a derecho, dentro de una relación de sujeción pública. De la Rúa (1997) manifiesta que estas órdenes se hacen extensivas al ámbito policial, ferroviario y militar, como así también a relaciones de otro tipo como el doméstico o el laboral. La obediencia debida es definida como:

La función de posibilitar que, en el ámbito de la administración pública, el superior jerárquico pueda delegar en su inferior jerárquico, la ejecución de las órdenes que emita, sin involucrarlo en la responsabilidad que pueda resultar del contenido de la orden cuya ejecución ha puesto a su cargo. (Nuñez, 1988, p. 39)

Los requisitos de la exigente son: a) que exista una relación jerárquica de naturaleza pública; b) que la obediencia provenga de una orden formalmente legítima; c) que la orden sea sustancialmente ilegítima; d) que el agente conozca que la orden es formalmente correcta y sustancialmente ilegítima; e) que el agente no tenga la posibilidad de examinar el contenido (Vidal, 1992).

Si el inferior jerárquico ejecuta una orden que es sustancialmente ilegal pero formalmente legal, y no tiene derecho de examinar su contenido intrínseco, solamente el superior –mandante– es sujeto de la imputación. Pero si la delictuosidad de la orden, formalmente legal pero intrínsecamente ilegal, es groseramente manifiesta, tanto el superior como el subordinado son sujetos de la imputación (Laje Anaya, 1995).

Ahora bien, el carácter de manifiesta ¿debe aparecer para el subordinado u objetivamente? Mir Puig (1998) proclama que debe valorarse desde el punto de vista del hombre medio *ex ante*, es decir en el momento de la acción, y con los conocimientos especiales que pueda tener en el caso.

El art. 34, incs. 6º y 7º, del Código Penal, prescribe la legítima defensa propia y de terceros, respectivamente. Ésta es analizada en los capítulos subsiguientes del presente trabajo de investigación.

El consentimiento del ofendido es considerado por la doctrina como una causa de justificación, una causa de falta de adecuación cuando el tipo así lo exige o como un requisito de otra causa de justificación. Los tipos penales redactan conductas que se llevan a cabo contra la voluntad de quien las padece, pero si éste admite los efectos que sobre sus derechos se producen, no se configurara el tipo. Ejemplo de ello es la voluntad de la mujer de mantener trato carnal en la violación. Desde el punto de vista de la antijuridicidad, si no hay interés por parte del sujeto pasivo, no hay conflicto de intereses, motivo principal de las causas de justificación (Lascano, 2005).

La eximente del consentimiento del ofendido se desenvuelve en el ámbito de los delitos contra los particulares, no en los delitos contra la comunidad debido a que no puede imaginarse un consentimiento colectivo respecto de una acción que viole la ley. Además, el bien jurídico lesionado debe ser disponible, por ejemplo, la propiedad. La vida, en cambio, es un bien jurídico irrenunciable, posee un valor social que va más allá del propio interés particular de su titular (Lascano, 2005).

En lo que respecta a la Parte especial del Código Penal argentino, se admite la impunidad del aborto por razones de necesidad (art. 86, inc. 1º, C.P.) y de eugenesia (art. 86, inc. 2º, C.P.). En el primer caso se trata de un aborto necesario o terapéutico indispensable para la salud o la vida de la madre. En el segundo caso, se trata del aborto eugenésico, es decir el practicado a los fines del perfeccionamiento de la raza. Éste último proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente y su justificación reside en la preponderancia de la finalidad genésica sobre el interés que para el derecho representa la conservación de la vida del feto (Nuñez, 2008).

Dentro de los delitos contra el honor, el art. 111, inc. 1º, del Código Penal, reza que el acusado de injuria, en los casos en los que las expresiones de ningún modo estén vinculadas con asuntos de interés público, sólo podrá probar la verdad de la imputación si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiera dado lugar a un proceso penal. El fundamento de la eximente obedece a la protección del interés público (art. 111, inc. 1º, C.P.) sobre el interés del acusador (art. 110 C.P.).

El artículo 152 del Código Penal, dentro del delito de violación de domicilio, también contiene una causa de justificación, donde la reserva de la intimidad del domicilio cede ante la situación del que penetra en un domicilio ajeno para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, para cumplir un deber de humanidad o prestar auxilio a la justicia. El error no excluye la eximente, incluso si es imputable al autor, ya que el delito no es imputable a título de culpa (Nuñez, 2008).

El art. 156 del Código Penal, dentro de los delitos de violación de secretos y de la privacidad, prescribe una situación especial de justificación. La justificante ocurre cuando el autor revela con justa causa un secreto al que accedió por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, y cuya divulgación puede causar daño. Constituye una justa causa “el consentimiento del interesado, la defensa del propio interés o de un tercero, el ejercicio del propio derecho o el deber legal de comunicar o denunciar el hecho a la autoridad.” (Nuñez, 2008, p. 201)

La doctrina es unánime en considerar que el art. 156 del Código Penal privilegia “el secreto médico, aun frente a la obligación de denunciar delitos perseguibles de oficio, puesto que de lo contrario se sacrificaría la salud o la vida de las personas incursoas en delitos de acción pública que necesitaran asistencia médica.”<sup>3</sup>

## **6. Conclusión**

En este primer capítulo del trabajo, se examina los aspectos esenciales a la introducción de la teoría de la antijuridicidad, y se hace un estudio sobre la unidad del ordenamiento jurídico como fuente de exclusión de la antijuridicidad. Se dice que el derecho penal tiene la característica de construirse sobre la antijuridicidad, que proviene de los demás sectores del orden jurídico –subsidiariedad del derecho penal–. Las conductas tipificadas como delitos en el Código Penal, son conductas que son ilícitas en otras ramas del derecho,

---

<sup>3</sup> Carrera, D. P. (1994). Sida y Derecho Penal argentino. *Revista de la Facultad*, 2 (1), 79.

de allí que la antijuridicidad general, sea presupuesto necesario pero no suficiente de la antijuridicidad penal.

Para que un hecho sea penalmente sancionado, es indispensable que el mismo se encuentre tipificado, pero ello es una cuestión que se encuentra emparentada con el principio de legalidad y no es un problema de antijuridicidad.

Luego de ello, se ha podido analizar la antijuridicidad formal y material, y concluir que una acción es formalmente antijurídica como contravención a una norma estatal, a un mandato o a una prohibición de orden jurídico, en tanto que materialmente antijurídica, antisocial o también asocial, es la acción considerada como conducta socialmente dañosa (Zaffaroni et al., 2002).

También se revisa el concepto y los fundamentos de las causas de justificación, bajo el amparo que las causas o fundamentos de justificación son situaciones de hecho y de Derecho cuyo efecto es excluir la antijuridicidad de la acción, la ley penal se vale de las mismas para prever y resolver casos de conflictos de intereses, deberes y bienes jurídicos y mediante esas normas, por las que se declaran lícitas determinadas acciones típicas, el Derecho resuelve expresamente esos conflictos (Fontan Balestra, 1998).

Por último y no menos importante, se estudian las causas de justificación en el Código Penal argentino, situándolas en la Parte general (art. 34, incs. 3º, 4º, 5º, 6º, 7º) y en la Parte especial (art. 86, incs. 1º y 2º, art. 111, inc. 1º, art. 152 y art. 156).

## CAPÍTULO II

### ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

#### 1. Antecedentes históricos

La defensa como reacción humana (hecho biológico) ante el ataque, es tan antigua como el hombre mismo. Pero para que exista la idea de la defensa como legítima es preciso esperar la evolución del concepto de Estado como ente en funciones regentes, capaz de imponer penas derivadas de ofensas tanto públicas como privadas y el desarrollo del concepto propio de Derecho, para así poder entender lo que supone hablar de defensa legítima. “El hecho de considerar a la defensa confundida con la existencia humana, a ver en ello el nacimiento de esa defensa como derecho, hay un abismo infranqueable (...)” (Flores Sedek, 1996, p. 22)

Desde los tiempos más antiguos se considera a la defensa privada no sólo como hecho impune, sino como acto lícito. Sin embargo, aunque a través de la historia esté afirmada, no se legisla de la misma manera en las diferentes épocas. Los primeros vestigios del derecho de legítima defensa se encuentran en la India –Leyes de Manu– conforme a principios semejantes a los que hoy se aceptan. De las Leyes de Manu se puede transcribir los siguientes textos: “Por propia seguridad en una guerra interpuesta para defender sagrados derechos, y para proteger a una mujer o un brahamán, el que mata justamente no es culpable.”<sup>4</sup> “Un hombre debe matar, sin dudas, a cualquiera que se arroje sobre él, para asesinarle, si no hay medio de evitarlo, incluso si el atacante es su jefe, o un niño o un viejo o un anciano versadísimo en la Santa Escritura.”<sup>5</sup> “Matar a un hombre que comete una tentativa de asesinato, en público o en privado, de modo alguno hace culpable al homicida: es el furor en lucha con el furor.”<sup>6</sup>

En Egipto, las Leyes imponen la obligación de defender al tercero injustamente agredido, y se castiga incluso con la pena de muerte, a quienes pudiendo, no auxilian a un hombre que es agredido. De esta manera los ciudadanos se constituyen en guardianes recíprocos, y esta reciprocidad los une contra los malhechores. En el pueblo Hebreo se encuentra el antecedente de la presunción de legítima defensa contra el ladrón nocturno. En

---

<sup>4</sup> Leyes de Manu, VIII, 349.

<sup>5</sup> Leyes de Manu, VIII, 350.

<sup>6</sup> Leyes de Manu, VIII, 351.

Israel es lícita la muerte del individuo sorprendido de noche abriéndose paso a través de un muro o abatiendo la puerta de una casa, pero si esto acontece durante el día, el hecho es punible.

En Atenas se amplía el concepto de legítima defensa, aplicándose a la propia, a la ajena y al pudor. La defensa es permitida contra el ladrón nocturno e incluso el diurno que trata de robar violentamente. En el Derecho romano, la Ley de las XII Tablas despliega el concepto de legítima defensa contra el ladrón nocturno, que se reproduce en el Digesto, y Cicerón proclama la naturaleza de derecho natural que asume la legítima defensa. Se admite la legítima defensa privada no sólo para salvaguardar la vida y la integridad corporal, sino también para la protección del pudor, el honor sexual y la propiedad (bienes) cuando el ataque contra ellos se acompaña de peligro para las personas.

Los romanos son los primeros en proclamar una serie de condiciones para la procedencia de la legítima defensa. En primer lugar, la agresión del atacante debe ser injusta, y en segundo término, es necesario la existencia de peligro, no siendo preciso que se encuentre comenzado, sino que basta con que el peligro sea inminente. “Pero si el ataque desaparece, cesa el derecho de defensa, porque entonces la muerte del que agredió y desistió en sus violencias, sería una venganza.” (Jiménez de Asúa, 1952, p. 29) Asimismo, se exige la necesidad de que el agente no pueda salvarse de otro modo. Por último, cabe agregar que los romanos tienen plena conciencia de la naturaleza justificante de la legítima defensa, puesto que proclaman la exención de la responsabilidad civil.

El derecho germánico no tiene una noción clara y exacta de la eximente pero ello no es obstáculo para que se excluya de sanción penal al que mata a quien le ataca injustamente. La persona que dentro de su casa mata a un intruso, debe sacarlo a la calle y ponerle sobre la herida una o tres monedas, y a veces, también una cabeza de gallo. De esta manera, el hecho de dar muerte a otro, hace nacer una suerte de deber de composición con el malhechor, lo que demuestra, el atraso del Derecho germánico en materia de legítima defensa (Jiménez de Asúa, 1952).

Más tarde, el derecho germánico establece principios limitativos para el ejercicio de tal derecho de defensa, debiendo probar quién invoca la legítima defensa personal que recibió una lesión en alguna parte del cuerpo. En el Espejo de Suabia, se exige probar que el matador retrocedió un cierto número de pasos antes de dar muerte a su ofensor (art. 79).

El derecho canónico, de acuerdo con las ideas del cristianismo, no es favorable a la defensa privada, pues acepta y recomienda el principio de ofrecer al ofensor “la otra mejilla”. Sin embargo, no deja de reconocer, en principio, en el Decreto de Graciano, la defensa contra

la agresión injusta y actual. La más antigua doctrina del derecho canónico diferencia la *necitas inevitabilis*, que autoriza la defensa en cualquier circunstancia y la *necitas evitabilis*, que concede esa facultad cuando no puede evitarse el ataque de cualquier otro modo (por ej. con la huida). Con posterioridad, sólo se impone el deber de huir a aquellos que puedan hacerlo sin deshonra. Este Derecho no admite la defensa de los bienes patrimoniales, aun cuando sí reconoce la defensa de terceros por no ser una manifestación egoísta, imponiéndola como un deber. En definitiva, el número de limitaciones impuesta al ejercicio de este derecho, lo vuelven inoperante en la práctica (Jiménez de Asúa, 1952).

Durante la Edad Media predomina el pensamiento jurídico germánico y canónico. A pesar de la influencia germánica, que apenas sí diferencia la venganza con el derecho de matar, la ciencia medieval de Italia y Alemania, elabora un concepto de legítima defensa que excede en cuanto a perfecciones, a los restantes institutos jurídicos penales. La Constitución Italiana Carolina es el monumento jurídico que, después de las Partidas españolas, mejor regula la defensa privada (arts. 139-145 y 150) (Jiménez de Asúa, 1952). El art. 139 considera la legítima defensa como “justa” y prescribe que quién obra conforme a ella de modo alguno será considerado “culpable”. El art. 140 reza que existe esta justificación cuando un hombre “agredido, perseguido o alcanzado por armas mortales y no pudiendo huir sin peligro de su cuerpo, y de su vida, de su honor, de su reputación”, mata a su agresor y así “salvuarda su cuerpo y su vida con una justa defensa”. En el mismo artículo se agrega que el agredido no debe esperar para defenderse, a “haber recibido el primer ataque”.

Los arts. 141 y 142 de la Carolina se refieren a la prueba, que está a cargo de quién alega la necesidad de defenderse, salvo si el agresor confiesa haber sido el primero en atacar, o si se trata de flagrante adulterio o flagrante acceso carnal con la hija del que reacciona en defensa del honor. También se ocupa de la prueba el art. 153, el cuál prescribe que en caso que el hecho se haya desarrollado sin testigos, el juez debe resolver teniendo en cuenta el carácter de los contendientes, su conducta anterior, sus relaciones recíprocas, el lugar del homicidio, las armas empleadas, etc.

Finalmente, el art. 145, trata de la defensa de un hombre contra la agresión de una mujer y, aunque se reputa difícil a causa de la distinta fuerza que en general caracteriza a uno y otro sexo, no la cree imposible, ante la hipótesis de una mujer furiosa que ataca a un hombre débil, especialmente cuando está provista de armas peligrosas. No debe dejarse confundir por la mención del honor y de la reputación –art. 140 de la Carolina– que sólo se admite la defensa como medio de “salvuardar” el cuerpo y la vida, porque al hablar de uno y otra se refiere a la huida. El Derecho común alemán, por su parte, extiende sucesivamente

la legítima defensa a los ataques contra otros bienes jurídicos, especialmente contra la propiedad y el honor (Jiménez de Asúa, 1952).

Esta amplia regulación de la legítima defensa que procede en las Partidas españolas del Derecho romano y en la Carolina de la ciencia italiana, se desvirtúa en las Leyes del Siglo XVIII, que con criterio restrictivo imponen condiciones tales como la falta de previsión del ataque, la ausencia de auxilio de la autoridad, la imposibilidad de la fuga, etc. Estas modificaciones tienen su origen en la tradición cristiana, a la “idea de que quién comete un acto delictuoso, en estado de legítima defensa, ha faltado al deber de caridad.” El defensor no es castigado, pero sí culpable y debe solicitar del rey, carta de gracia o de remisión. Aunque parece que la gracia no puede ser rechazada cuando ha existido legítima defensa de la vida (Jiménez de Asúa, 1952).

Con la Revolución francesa se vuelve a la concepción romana. El art. 5º, de la Segunda Parte, Título Segundo, Sección I, del Código Penal de 1791, reza: “En caso de homicidio legítimo nunca existe crimen, y no ha lugar a pronunciar pena alguna, ni tampoco ninguna condena civil.” El art. 6º, añade: “El homicidio se comete legítimamente cuando está indispensablemente impuesto por la necesidad actual de la legítima defensa de sí mismo o de otro.”

## **2. Evolución legislativa nacional**

El proyecto de Código Penal de Carlos Tejedor (1865-1866) toma los preceptos de la legítima defensa (arts. 152-156) –como su texto todo– del Código Penal de Feuerbach para Baviera de 1813. Este cuerpo normativo tiene el mérito en este punto de haber incluido, en la Parte general, cuanto toca a la propia defensa. Empero los preceptos, en cuanto a la justificación, son copiosísimos y así figuran también en el proyecto argentino de Código Penal.

Así, dicha norma establece lo siguiente: “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 contra las personas y 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 pueda causársele y la muerte misma que pueda dársele en caso de legítima defensa no están sujetos a pena alguna, siempre que no se traspasen los límites fijados por éste Código.”

El proyecto de Código Penal de Villegas, Ugarriza y García de 1881 toma fuentes españolas para la redacción del art. 93, incs. 8º, 9º y 10º, logrando una redacción superior a la anterior. Sin embargo, la influencia ibérica es mucho más notoria en el Código de 1886, aunque se aleja en lo referido a la defensa de terceros y lo que sería hoy la defensa privilegiada por el escalamiento.

El Código Penal de 1886, en el art. 81, incs. 8º y 9º, prevé una fórmula amplia de la legítima defensa, y en el inc. 15º contiene una disposición especial en la que exime a “la mujer que hiere o mata al que intente violarla o robarla”. Asimismo, en el art. 82 prescribe la obligación de dar aviso a la autoridad lo más pronto posible, pues en caso de no cumplir con la obligación o tratar de ocultar el hecho, se presumirá que se excedió de los límites de la defensa; y aun cuando demuestre que actuó en legítima defensa y logre su absolución por las lesiones o la muerte, será responsable del ocultamiento del hecho.

El proyecto de Código de 1891, sin tales agregados, simplifica la regulación en los incs. 8º y 9º del art. 59. El proyecto de 1906 lo reproduce en los incs. 7º y 8º del art. 41, y también el de 1917, llegando al Código actual (1921) con el mismo texto, alterándose únicamente la numeración del articulado (art. 34, incs. 6º y 7º, C.P.).

### **3. Nociones preliminares**

#### **3.1. La Constitución Nacional**

Desde su sanción en 1853, la Constitución Nacional, en su art. 21, primera parte, prescribe que todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la patria y de esta Constitución, conforme a las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Ejecutivo nacional. Cabe colegir entonces, que la defensa de la Nación, como de su Constitución, implica también la de su persona, su familia y sus semejantes (Frank, 1993).

#### **3.2. El Código Civil y Comercial**

El Código Civil y Comercial<sup>7</sup>, vigente desde el 1º de Agosto de 2015, en su art. 2240 prescribe la defensa extrajudicial de la posesión:

---

<sup>7</sup> Ley 26.994. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Art. 2240 C.C.C.N.: 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 llegarían 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.

El legislador define con claridad meridiana el primer paso de la legítima defensa al establecer que el hecho de poseer algo da el derecho de protegerlo con la fuerza propia para el hecho de desposesión o tentativa, de la forma más suficiente, en el caso de que el auxilio de la fuerza pública no llegare a tiempo. Sin embargo, ese derecho de recobrar la posesión de propia autoridad no es absoluto, sino que debe hacerse sin intervalo de tiempo y sin exceder los límites de la propia defensa.

### 3.3. El Código Procesal Penal

El Código Procesal Penal de la Nación<sup>8</sup> que rigió desde 1889 es reemplazado por uno nuevo –Ley 23.984<sup>9</sup>– que entra en vigencia el 5 de Septiembre de 1992, ampliando considerablemente los límites de la legítima defensa.

El Código anterior –Ley 2372– encuentra el límite de la legítima defensa en el momento exclusivo de los acontecimientos, y más allá de ese límite, hay que solicitar los auxilios de la fuerza pública. El art. 3<sup>o</sup><sup>10</sup> de la mencionada norma se refiere a la detención *in fraganti* del delito, que puede realizar cualquier persona al sólo objeto de presentar al delincuente detenido ante la autoridad pública más inmediata, jurando que lo ha visto cometer el delito. Empero el art. 5<sup>o</sup><sup>11</sup> estipula que se considera *in fraganti* sólo respecto del que haya presenciado –o sufrido– la perpetración del ilícito.

El nuevo Código –ley 23.984– contempla el tema con mayor amplitud y con una concepción procesal criminal más moderna, ya que este nuevo cuerpo de leyes incluye el sistema acusatorio criminal y juicio oral. El art. 285 de la nueva legislación reza:

---

<sup>8</sup> Ley 2372 de procedimiento penal nacional. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Derogada por Ley 23.984 B.O. 5/9/1992.

<sup>9</sup> Ley 23.984 de procedimiento penal nacional. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

<sup>10</sup> Art. 3<sup>o</sup> Ley 2372: “En caso de *in fraganti* delito cualquier individuo del pueblo puede detener al delincuente, al solo objeto de presentarlo inmediatamente al Juez competente o al agente de la autoridad pública más inmediato, jurando que lo ha visto perpetrar el delito”.

<sup>11</sup> Art. 5<sup>o</sup> Ley 2372: “A los efectos de los dos artículos precedentes, el delito sólo se considerará *in fraganti* respecto del que haya presenciado su perpetración”.

“se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después; o mientras es perseguido por la fuerza pública, por el ofendido o el clamor público; o mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito.” La norma se completa con los arts. 287<sup>12</sup> y 284<sup>13</sup> de dicho cuerpo normativo. El primero, faculta a los particulares para practicar la detención, debiendo entregar inmediatamente el detenido a la autoridad judicial o policial, y el segundo, impone a los funcionarios y auxiliares de la policía, el deber de detener, aun sin orden judicial, pero con la obligación de entregar inmediatamente a la autoridad, al que intente cometer un delito, o se fugue estando legalmente detenido, o contra quien haya indicios vehementes de culpabilidad, o sea sorprendido *in fraganti* delito.

### 3.4. El Código Penal

El Código Penal<sup>14</sup> actual, vigente desde 1921, recepta la reserva que el Estado ha dejado a los particulares en cuanto a la legítima defensa, cuya normativa enuncia los supuestos y condiciones de procedencia del instituto.

La legítima defensa se encuentra regulada en el art. 34 (incs. 6° y 7°) del Código Penal, que regula el caso de los “no punibles”, es decir de los “inimputables”. Específicamente, el inc. 6°, primera parte, prescribe las condiciones de procedencia de la legítima defensa propia, y el inc. 6°, segunda parte, el supuesto de robo nocturno con escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de una casa, y el del extraño dentro del hogar que ofrece resistencia. El inc. 7°, por su parte, preceptúa la legítima defensa de terceros, y el art. 35, la hipótesis del “exceso”.

---

<sup>12</sup> Art. 287 Ley 23.984: “En los casos previstos en los incisos 1, 2 y 4 del artículo 284; los particulares serán facultados para practicar la detención, debiendo entregar inmediatamente el detenido a la autoridad judicial o policial”

<sup>13</sup> Art. 284 Ley 23.984: “Los funcionarios y auxiliares de la policía tienen el deber de detener, aún sin orden judicial: 1°) Al que intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo; 2°) Al que fugare, estando legalmente detenido; 3°) Excepcionalmente a la persona contra la cual hubiere indicios vehementes de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación y al solo efecto de conducirlo ante el juez competente de inmediato para que resuelva su detención, y 4°) A quien sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad. Tratándose de un delito cuya acción dependa de instancia privada, inmediatamente será informado quien pueda promoverla, y si éste no presentare la denuncia en el mismo acto, el detenido será puesto en libertad.”

<sup>14</sup> Ley 11.179. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

#### **4. La doctrina moderna**

La doctrina moderna considera a la legítima defensa como una causa de justificación, no punible, que excluye la antijuridicidad de una conducta típica, tornándola lícita. No se trata de una conducta ilícita. “Quien se defiende legítimamente no describe una conducta típicamente antijurídica y culpable, susceptible de imputabilidad, sino que obra jurídica y legalmente conforme el espíritu de la ley, por lo que no debe ser acusado (...).” (Frank, 2000, p. 28)

En relación con la legítima defensa, debe tenerse en cuenta que entran a funcionar dos normas claras y precisas que se encuentran vigentes. En primer término, el art. 2240 del Código Civil y Comercial –Ley 26.994– que preceptúa que el hecho de poseer algo da el derecho de protegerlo hasta con la fuerza propia para el hecho de desposesión, de la forma más suficiente, en el caso de que el auxilio de la fuerza pública no llegare a tiempo. 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.

En segundo lugar, el Código Procesal Penal de la Nación –Ley 23.984– faculta a los particulares a practicar la detención del reo cuando éste es sorprendido en el momento de cometer el ilícito o inmediatamente después; o mientras es perseguido por la fuerza pública, por el ofendido o el clamor público; o mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito, con la carga de entregar inmediatamente al detenido a la autoridad judicial o policial (arts. 287 y 284, incs. 1º, 2º y 4º).

#### **5. Conclusión**

Este capítulo, se refiere a todo lo que tiene que ver respecto a los antecedentes históricos de la legítima defensa. Se profundiza en la historia, de la mano de las Leyes de Manu, Egipto, Roma, entre otras, que llevaron a un mejoramiento del instituto jurídico de la legítima defensa, hasta alcanzar lo que tenemos en nuestros días.

La Constitución Italiana Carolina, después de la Revolución Francesa, da un giro y vuelve a la concepción Romana. La evolución legislativa nacional, toma una gran impronta con Carlos Tejedor (1865- 1866), luego el Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, en los años 1881, tomaron fuentes españolas y así lograron una redacción más puntual, sobre la

defensa privilegiada por escalamiento. El Código Penal del año 1886, en su art. 81, incs. 8° y 9°, prevé una fórmula amplia de la legítima defensa, llegando así al proyecto de Código de 1891, sin tales agregados, simplificando la regulación en los incs. 8° y 9° del art. 59.

El proyecto de 1906 lo reza en los incs. 7° y 8° del art. 41, y también el de 1917, finalizando con el Código actual (1921), con el mismo texto, alterándose únicamente la numeración del articulado (art. 34, incs. 6° y 7°, C.P.).

Nuestra Constitución Nacional, sancionada en 1853, en su art. 21, primera parte, dilucida el instituto que hemos estado estudiando, como de igual manera lo hacen los Códigos, el Civil y Comercial sancionado en el año 2015 en su art. 2240, haciendo referencia al Código velezano derogado, Vélez también dice que el respeto debido a la persona refleja indirectamente sobre el hecho, ya que esta debe ser protegida con todas las garantías, porque cuando se ataca la posesión que tiene la persona, algo ha cambiado en su perjuicio y que el agravio que le es cometido por violencia, no podrá volver a ser reparado. En el Código Procesal Penal, Ley N° 23984, sancionado en 1992 que ampliará los límites de la legítima defensa y por último en nuestro Código Penal situada en el art 34, incs. 6° y 7°.

El capítulo finiquita con un análisis de la doctrina moderna, la que considera a la legítima defensa como una causa de justificación, no punible, que excluye la antijuridicidad de una conducta típica, tornándola lícita.

## CAPÍTULO III

### ASPECTOS GENERALES DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

#### 1. Concepto

En materia de dar definiciones, de la variedad que ofrece la doctrina, en la presente investigación se toman las siguientes definiciones de legítima defensa:

Fontan Balestra la define como “la reacción necesaria para evitar la lesión ilegítima, no provocada, de un bien jurídico, actual o inminentemente amenazado por la acción de un ser humano.” (1998, p. 280)

Soler (1987) postula que se trata de la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada. Y agrega que si esa reacción llega a constituir una lesión en la persona o bienes del agresor, esa lesión, aunque encuadrable en un tipo delictivo, siendo necesaria, no es ilícita, pues la legítima defensa actúa como una causa objetiva de justificación, que excluye la antijuridicidad de una conducta típica, tornándola lícita.

Jiménez de Asúa la delinea como “repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir o repelerla.” (1952, p. 26)

De las definiciones tomadas surgen los supuestos de “legítima defensa propia” y “legítima defensa de terceros”. El primero ocurre cuando aquél que en defensa de su persona o sus derechos, empleando un medio racionalmente necesario para impedir o repeler una agresión ilegítima y sin que medie provocación suficiente de su parte, le ocasiona un perjuicio a la persona o derechos del agresor (art. 34, inc. 6º, C.P.). El segundo supuesto sobreviene cuando aquél que empleando un medio racionalmente necesario para impedir o repeler una agresión ilegítima de un tercero, en la que el agredido no haya provocado suficientemente la agresión o, en caso contrario, que no haya participado en ella el tercero defensor, le ocasiona un perjuicio a la persona o derechos del agresor (art. 34, inc. 7º, C.P.).

#### 2. Fundamento y naturaleza jurídica

En la actualidad, la doctrina es pacífica y generalizada en reconocer a la legítima defensa como causa de justificación o de licitud (naturaleza jurídica), aunque acompañada de

un fortísimo debate sobre el fundamento de tal exención de pena, íntimamente vinculado a la idea de Estado, Derecho y poder punitivo.

En las antípodas de este debate se encuentran las posiciones objetivistas y subjetivistas. En la primera posición, prima en su fundamento una concepción social o colectiva, conforme a la cual su legitimidad se deriva de su primordial función defensiva del derecho objetivo. En la segunda posición, es prioritario el derecho subjetivo injustamente agredido y no la defensa del derecho en el sentido del orden objetivo (Zaffaroni et al., 2002).

Para los objetivista, la legítima defensa importa la salvaguarda y reafirmación del orden jurídico en sí mismo ante el injusto, y por ello su axioma principal “el derecho no necesita ceder ante lo ilícito.” (Bacigalupo, 1996, p. 123) Es una concepción de índole supraindividual dirigida a afirmar el Derecho. Para los subjetivistas, en cambio, el fundamento de la legítima defensa está dado por la necesidad que existe, a partir de que nadie está obligado a soportar lo injusto, de defender los bienes jurídicamente protegidos.

A fin de superar tales inconvenientes se desarrolla un criterio superador, denominado “fundamentación compleja” o “doble fundamentación”, en virtud del cual el derecho a la legítima defensa se basa en dos principios esenciales: la protección individual y el prevailecimiento del Derecho. Dicha fundamentación, exige que la acción de defensa sea para impedir o repeler una agresión antijurídica contra un bien jurídico individual (Roxin, 1997). De esta manera el ciudadano puede hacer frente a la perturbación de bienes jurídicos colectivos sólo en la medida en que sean simultáneamente lesionados sus derechos individuales. “De lo contrario cada ciudadano se erigiría en policía auxiliar y podría invalidar el monopolio de la violencia por parte del Estado.” (Roxin, 1997, p. 608) Al permitir toda defensa necesaria para la protección del particular, el legislador persigue simultáneamente un fin de prevención general ya que considera deseable que el orden legal se afirme frente a la lesión a bienes jurídicos individuales aunque no estén presentes los órganos estatales, que tienen el monopolio de la fuerza y la justicia, en condiciones de realizar la defensa. A esta intención preventivo general es a lo que alude Roxin cuando habla del “prevailecimiento del Derecho.”

El criterio de la “fundamentación compleja” o “doble fundamentación” es el predominante en la actualidad (Luzón Peña, 2002; Mir Puig, 1998; Cerezo Mir, 1997; Bacigalupo, 1996). En virtud del mismo, en toda justificación por legítima defensa deben operar simultáneamente los principios de protección individual y de prevailecimiento del Derecho.

Distinta es la posición esgrimida por Zaffaroni, Alagia y Slokar (2002), quienes pretenden obviar el debate entre la tesis objetivista y subjetivista, proclamando que el fundamento de la legítima defensa se halla en el principio “el Derecho no tiene por qué soportar lo injusto.” (Zaffaroni et al., 2002, p. 610) Estos autores parten de la base de reconocer a la legítima defensa carácter subsidiario, es decir que su ejercicio sólo puede ser legítimo cuando no es posible apelar a los órganos o medios establecidos jurídicamente. El derecho del ciudadano a defenderse legítimamente se circunscribe al ejercicio de la coerción directa cuando el Estado no puede proporcionarla en el caso concreto con parecida eficacia.

### **3. Condiciones de la legítima defensa**

El Código Penal argentino prevé en el art. 34, incs. 6° y 7°, las condiciones de procedencia de la legítima defensa propia y de terceros, respectivamente.

Las condiciones o requisitos de procedencia de la legítima defensa propia son: a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; y c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende (art. 34, inc. 6°, C.P.).

En la legítima defensa de terceros los requisitos de los apartados a) y b) se mantienen, y en lo que respecta al apartado c), aun habiendo mediado provocación suficiente de parte del agredido, la defensa es legítima si no ha participado en ella el tercero defensor (art. 34, inc. 7°, C.P.).

#### **3.1. Agresión ilegítima**

La agresión ilegítima requiere tres condiciones; debe ser conducta humana, agresiva y antijurídica (Zaffaroni et al., 2002). Conforme a la primera de ellas, no hay agresión ilegítima cuando no hay conducta, es decir no se admite legítima defensa contra lo que no es una acción humana. Por consiguiente, no es admisible la legítima defensa contra animales y cosas inanimadas. Las situaciones de peligro derivadas de éstos no dan lugar a la legítima defensa, sino al estado de necesidad. Diferente es el caso de la acometida de un hombre que se sirve de un animal, siendo lícita la defensa contra quien maneja al animal, si éste se encuentra en el momento del ataque al alcance de los medios defensivos del atacado.

La conducta debe ser agresiva, “la voz agresión indica la necesidad de una dirección de la voluntad hacia la producción de una lesión.” (Zaffaroni et al., 2002, p. 619) La agresión requiere una voluntad lesiva del agresor contra el agredido y, aunque la opinión doctrinaria

generalizada sostiene lo contrario, debe excluirse del ámbito de la agresión las conductas que sólo son imprudentes. Si el agente no se percata del peligro que causa con su acción imprudente, por falta de voluntad lesiva, no media agresión. En estos casos sólo cabe obrar contra él en los límites del estado de necesidad. Por el contrario, si lo sabe, se le advierte o se percata y no obstante, continúa con su conducta, ésta deviene agresiva, porque está voluntariamente dirigida a afectar otros bienes jurídicos, como son la tranquilidad o la libertad de la persona agredida, que son bienes jurídicos defendibles (Zaffaroni et al., 2002).

Ejemplo de ello es el caso del chofer de un colectivo que conduce peligrosamente violando normas de tránsito y es advertido de la situación por sus pasajeros, no obstante persiste en la forma de conducir. En este caso el chofer agrede la libertad de los pasajeros en forma intencional; por consiguiente, está justificada por legítima defensa la conducta de alguno de ellos si amenaza con un arma al conductor para que detenga el vehículo y le permita bajarse, en caso de que no acceda a ello ante su simple pedido.

Tampoco puede admitirse la legítima defensa contra quién actúa compelido por una fuerza desencadenada por un caso fortuito. Este caso podrá dar lugar a una conducta defensiva por parte de quien ve amenazado sus bienes jurídicos, pero en los límites de la necesidad justificante o exculpante, según las circunstancias.

La agresión, aunque ordinariamente implica una acción del agresor, puede ocurrir también por omisión, siempre que de la omisión misma derive la situación de necesidad (Soler, 1987). Hay agresión por omisión cuando un sujeto que puede prestar auxilio no lo presta, como el que hallando a un herido de muerte a la vera de la ruta, se niega a transportarlo en su automóvil a un centro médico para que puedan atenderlo. La conducta del tercero o del propio herido que amenaza con un arma al que se niega a la conducta debida, está justificada por legítima defensa.

La conducta agresiva debe ser además, ilegítima, lo que es sinónimo de antijurídica. Es ilegítima toda acción emprendida sin derecho (Soler, 1987). Así no es posible la legítima defensa cuando la acción del agente le esta impuesta en virtud de un deber legal, salvo el caso de ejecución de órdenes ilegales, o cuando implica el ejercicio legítimo de un derecho. Tampoco existe legítima defensa contra legítima defensa; lo contrario importa la superposición del problema de la justificación con el de la existencia de una causa de inculpatibilidad. En cambio, se admite la legítima defensa contra cualquier conducta antijurídica aunque no sea típica debido a que la ilicitud puede surgir de cualquier ámbito del ordenamiento jurídico.

La antijuridicidad de la agresión coincide con el concepto de antijuridicidad de la teoría del delito, de allí que una agresión no es ya antijurídica cuando amenace provocar un desvalor de resultado, sino que tiene que suponer también un desvalor de acción. “Faltará la antijuridicidad de la agresión cuando el agresor esté amparado por una causa de justificación; pues entonces la agresión no supone ni desvalor de acción ni de resultado.” (Roxin, 1997, p. 615)

La doctrina penal incluye además, entre los requisitos de la agresión, que sea “actual” o “inminente”. Como se planteó *supra*, particularmente controvertido resulta el requisito temporal de la legítima defensa ¿Cuándo la agresión es actual? ¿Cuándo es inminente? ¿Cuándo comienza y cuando finaliza el derecho de legítima defensa? No es una cuestión sencilla, tanto es así que aún no existe un concepto unívoco al respecto.

No obstante, de la variedad que ofrece la doctrina, se coincide plenamente con la hipótesis esgrimida por los maestros Zaffaroni, Alagia y Slokar respecto que la agresión es “inminente” cuando es susceptible de percibirse como amenaza manifiesta, dependiendo su realización sólo de la voluntad del agresor. Los bienes jurídicamente protegidos del agredido se ven amenazados desde que el agresor dispone del medio y por ello puede legítimamente privarle de él (Zaffaroni et al., 2002).

El derecho de defensa comienza con la agresión y concluye con ella. Debe haber unidad de acto entre agresión ilegítima y defensa. Ésta debe ser consecuencia inmediata de aquélla. Por eso, no cabe defensa contra ataques pasados, pues no siendo factible repeler o impedir el ataque terminado, la violencia subsiguiente sería venganza (Jiménez de Asúa, 1952).

El que obra sin estar en peligro actual, no obra en estado de necesidad. Empero, lo estrictamente correcto es afirmar que lo “actual” debe ser la situación de peligro en el momento de la reacción (Soler, 1987).

### **3.2. Necesidad racional del medio empleado**

La doctrina es unánime en calificar a la defensa de legítima –contrapartida de la ilegitimidad de la agresión– cuando reúne dos condiciones: necesaria y proporcionada. Para ser legítima, la defensa requiere en principio ser necesaria. La necesidad es *conditio sine qua non* de la defensa, sin esta, no puede hablarse de defensa, ni completa ni excesiva. “Así como no hay defensa legítima sin agresión ilegítima, no habrá legítima defensa sin necesidad.” (Jiménez de Asúa, 1952, p. 213)

La defensa no es necesaria cuando el sujeto dispone de otra conducta, menos lesiva, y le es exigible la realización de la misma en lugar de la conducta típica desplegada en cuestión (Zaffaroni et al., 2002). Así no actúa en legítima defensa quien pudiendo repeler una agresión a puñetazos responde con un disparo de arma de fuego. En estos casos queda excluida la legitimidad de la defensa porque la conducta realizada no es la necesaria para impedir o repeler la agresión.

La necesidad no refiere a la imposibilidad de usar otros medios, sino a la necesidad de usar otros cuando fueran eficaces. Es decir, el medio no tiene que ser el absolutamente preciso, ni el único que pueda emplear el agredido, sino que en cada caso dado, la defensa se juzga conforme al criterio racional sobre la imperiosa necesidad de usar éste o aquel procedimiento o recurso. Sólo se exige la necesidad racional de la defensa desplegada, y la necesidad, es graduada por la razón (Jiménez de Asúa, 1952).

La tesis alemana postula que la necesidad de la defensa es equivalente a la imposibilidad de usar otros medios. En consecuencia, el bien jurídico más insignificante puede ser protegido por medio de la muerte del agresor, cuando la agresión no puede ser repelida de otro modo. Ejemplo de ello es el supuesto de un niño que se acerca a un discapacitado (en silla de ruedas), y le roba el sombrero. Puesto que el hombre no puede moverse, puede defender su propiedad disparando el revólver que tiene en el bolsillo de su saco, sobre el infante, para detener su huida. El revolver es el único medio que el hombre discapacitado tiene a su alcance para ejercer su defensa, ergo la defensa es legítima.

Jiménez de Asúa (1952) postula, en posición que se comparte, que la necesidad de la defensa supone oportunidad del empleo de la defensa, imposibilidad de usar otros medios menos drásticos e inevitabilidad del peligro por otros recursos, pero todo ello en directa relación y subordinación al peligro que amenaza al agente, a la entidad del bien jurídico y a la figura típica que surge de la reacción. La necesidad, exige además, un *animus* de defensa. Cuando no existe voluntad de agresión hay defensa putativa, y cuando no existe ánimo de defensa hay pretexto de legítima defensa.

Asimismo para que la defensa sea legítima debe haber “racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión” (art. 34, inc. 6º, apart. b), C.P.). La doctrina argentina interpreta la racionalidad del medio empleado como proporcionalidad. La “conducta defensiva” debe ser proporcional a la “conducta lesiva”, es decir la “capacidad de poder defensivo” debe ser equivalente a la “capacidad de poder ofensivo”, de tal forma que si el agresor puede causar la muerte, el que se defiende también. Así no será irracional la defensa del que siendo atacado a puñaladas se defiende con un arma de fuego (Frank, 1993).

Por otro lado, “medio” no connota un instrumento sino todo género de acciones y omisiones que se emplean para la defensa.

La medida para juzgar el estado de necesidad y la racionalidad del medio empleado debe ser concebida “desde el punto de vista de un agredido razonable en el momento de la agresión, y no con la objetividad que puede consentir la reflexión ulterior” (Soler, 1987, p. 452). La apreciación de la proporcionalidad de la defensa es una apreciación circunstancial, caso por caso, pero el juicio que guía al juez no es el del propio sujeto en apuro, sino la apreciación de un hombre razonable en el momento de ser atacado.

Jiménez de Asúa (1952) postula el claro ejemplo del ataque de un boxeador a un hombre medio. El puño ordinariamente no es capaz de producir una agresión tan peligrosa que se necesite usar el revólver contra él. Pero si esa mano cerrada es la de un boxeador, cualquier hombre razonable, agredido así, juzga necesario repeler ese golpe con un arma, por lo que no hay exceso sino defensa completa si se repele con un tiro al boxeador que se abalanza contra el agente en actitud ofensiva.

La defensa debe valorarse *ex ante* y no *ex post*, es decir desde el punto de vista del sujeto en el momento en que se defiende, pero si *ex ante* fuese posible reconocer la innecesaridad de la defensa y ésta no se hubiera reconocido en razón de un verdadero error provocado por la perturbación del ánimo causada por la agresión, se tratará de un problema de culpabilidad y no de una causa de justificación (Zaffaroni et al., 2002).

Así la apreciación subjetiva, que anula la culpabilidad por aturdimiento, o temor, y a veces hasta la imputabilidad, como en los extremos casos de miedo, debe valorarse como exceso inimputable o inculpable, pero cae fuera de la “propia órbita” de la defensa legítima. No se pretende enviar al calabozo al que se excede en circunstancias inculpables, pero es otra causa de exclusión de pena –inimputabilidad o inculpabilidad– la que debe alegarse y no la justificación de legítima defensa.

Para que se dé la legítima defensa perfecta ha de existir proporcionalidad entre la repulsa y el peligro causado por el ataque, medida individualmente, en cada caso, pero no subjetivamente, sino conforme al criterio objetivado del hombre razonable que en ese instante y circunstancia se ve agredido. (Jiménez de Asúa, 1952, p. 219)

### 3.2.1. Pretexto de legítima defensa

Sobreviene el pretexto de legítima defensa cuando el que aparece en la necesidad de defenderse, previamente ha provocado con artificio el ataque de su antagonista, que así se presenta con apariencias de agresor injusto. El agente que aparece externamente como necesitado de evitar el peligro, es quien genera la habilidosa maniobra para justificar sus violencias, que incluso pueden llegar hasta la muerte del incitado agresor.

Si buscamos *ex profeso* ser agredidos para vengarnos de secretos odios contra otro, a quien sabemos excitable, si le provocamos, por ejemplo, con burlas en voz baja haciendo que el individuo explosivo saque un arma amenazante para así matarle con todo el aspecto de defensa legítima, puesto que la hemos buscado como pretexto no nos será aprovechable. (Jiménez de Asúa, 1952, p. 202)

En el pretexto de legítima defensa es el propio agente el que genera la necesidad de defensa. Nada tiene que ver con la auténtica causa de justificación de legítima defensa. Jiménez de Asúa (1952) expone que se trata de un caso de naturaleza análoga a la acción *libera in causa*, en que el culpable busca de propósito un trastorno mental transitorio –generalmente la embriaguez– para cometer un hecho punible en ese estado.

### 3.2.2. “La huida”

El requisito de la “necesidad de la defensa” está conectado 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. Muchos autores adoptan una posición vacilante sobre este punto. Soler (1987), por ejemplo expone que no hay un deber de huir pero que la rotunda negación del deber de alejarse puede llevar a injustas soluciones, por lo que concluye que la posibilidad de huida constituye un límite claro al estado de necesidad. Sin embargo, de su explicación no surge con claridad el alcance de ese límite.

Nino (2005) manifiesta 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 medioambiente– la huida puede involucrar una lesión a la libertad de movimiento o al honor del individuo que debe

emprenderla. Cuando esto ocurre, 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. Así también, Nino esboza 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, margen que está dado por el beneficio social emergente de la permisión de acciones defensivas de la clase en cuestión.

Roxin (1997), por su parte declara que la posibilidad de huir no obsta a la necesidad de defensa concreta, aunque aclara que la evitación será necesaria frente al ataque de niños, inculpables, o agresiones provocadas culpablemente, fundándose en que, en estos casos, el interés en el prevalecimiento del Derecho es sustancialmente menor que en el caso normal. Según este autor, el agredido tiene que esquivar la defensa cuando sea posible hacerlo sin peligro y cuando mediante la misma se le habrían de causar daños graves al agresor, o buscar el auxilio ajeno si con ello se puede repeler con menos dureza la agresión.

Cuando no se pueda ni eludir la agresión ni conseguir ayuda, se puede hacer lo necesario para protegerse también frente a agresores no culpables; pero a diferencia de lo que sucede frente al agresor malicioso, hay que tener consideraciones si eso es posible sin un peligro propio considerable. Por tanto hay que asumir el riesgo de sufrir daños leves (v.gr. algunos golpes) antes de pasar de la defensa con los puños al uso de armas de fuego. Sin embargo ese deber de “trato considerado arriesgado” tiene límites estrictos: pues nadie tiene por qué dejarse apalear aunque sea por un enfermo mental o por un menor no responsable penalmente. (Roxin, 1997, p. 638)

Luzón Peña (2002) enuncia que el sujeto debe optar por huir o esquivar el ataque sólo si son menos lesivos que cualquier otra actividad que pueda emprender, pero siempre que sean suficientes, seguros y menos lesivos que la actuación personal, pero no en caso contrario o cuando ambos procedimientos sean equivalentes.

Por su parte, Zilio (2012) propone que el agredido tiene que huir cuando sea posible hacerlo sin peligro y mediante una defensa que pretenda evitar daños graves al agresor, lo que constituye un límite ético social al derecho de legítima defensa. Según este autor, la huida del agresor responde no sólo al principio de intervención mínima del derecho penal, sino también al doble fundamento del derecho de legítima defensa.

En lo personal se postula que para resolver la cuestión de “la huida” debe estarse al criterio único para determinar la necesidad de la conducta defensiva. Si la defensa necesaria es aquella menos lesiva para el agresor, eficiente y segura para el agredido, cualquier opción que carezca de esos requisitos no podrá estar legitimada por falta de necesidad. Ello debe aplicarse, inclusive, a las conductas de inculpables o aquellas que pongan en riesgo valores ínfimos.

### **3.3. Falta de provocación suficiente**

La tercera y última exigencia, que prescribe la norma para que la defensa sea legítima, es que no haya mediado provocación suficiente por parte del que se defiende (art. 34, inc. 6º, apart. c), C.P.). Cuando existe provocación suficiente, aparece el llamado “exceso en la causa”, que se resuelve conforme a la regla del art. 35 del Código Penal argentino.

En principio, no puede identificarse “provocación suficiente” con “agresión ilegítima”, caso contrario, se está interpretando la disposición exactamente en la misma forma en que se interpretaría si el tercer apartado no existiera. Si “provocación suficiente” (art. 34, inc. 6º, apart. c), C.P.), quiere decir “agresión ilegítima” (art. 34, inc. 6º, apart. a), C.P.), no es necesario que la ley estipule dos veces lo mismo. Esta manera de interpretar la ley, adolece de un vicio fundamental que la anula, al suponer que el legislador, al expresarse, no ha querido decir nada.

Para ampararse en la eximente de legítima defensa, la ley argentina exige que además de no ser agresor, el agente que ejerce la defensa, no sea provocador. Desde luego, para excluir la legítima defensa no basta una provocación cualquiera; una pequeña falta de uno y una reacción desmedida y arbitraria del otro frente a aquélla, no excluye, por cierto, la legítima defensa. “Al calificarse la provocación de suficiente queda entendido que no toda provocación torna ilegítima la defensa y que la provocación insuficiente la mantiene en el ámbito de lo lícito.” (Fontan Balestra, 1998, p. 290)

Para excluir la justificante, la conducta debe ser “provocadora” y “suficiente”. La conducta es provocadora cuando opera como motivo determinante para la conducta agresiva antijurídica. Si el agresor ignora la previa provocación del agredido, éste permanece en el ámbito de la legítima defensa, pues su accionar no determina la agresión (Zaffaroni et al., 2002).

La provocación es siempre una conducta anterior a la agresión ilegítima y ella misma no puede configurar una agresión, pues de lo contrario, la reacción sería una defensa. Esta

conducta anterior es jurídicamente desvalorada como contraria a principios elementales de coexistencia, en forma tal que hace caer la base fundante de la legítima defensa. Esta desvalorización parte de que, si bien nadie está obligado a soportar lo injusto, será siempre a condición de que no haya dado lugar a lo injusto con su propia conducta (Zaffaroni et al., 2002).

Además, la provocación debe ser suficiente. La suficiencia depende de dos caracteres, uno positivo y otro negativo. El primero implica la previsibilidad de que la conducta motive una posible agresión de modo determinante, previsibilidad que está dada de modo tal que la más elemental prudencia aconseje la evitación de la conducta. En lo que respecta al segundo, en el cálculo de previsibilidad no deben computarse las características personales del agresor negativas para la coexistencia (matonismo, cólera, hábitos pendencieros, irascibilidad, etc.). Asimismo tales caracteres no deben tomarse en cuenta cuando la provocación constituya una lesión al sentimiento de piedad, como por ejemplo el caso del que se dedica a molestar sistemáticamente a un débil mental o a un enfermo similar (Zaffaroni et al., 2002).

La provocación es suficiente cuando en el caso concreto, es adecuada para provocar la agresión, pero no bastante para justificarla. Cuando la provocación alcanza la cuantía de una agresión ilegítima, es lícito oponer contra ella legítima defensa, quedando reducido el caso a agresión y defensa. La suficiencia de la provocación es apreciada en relación con el ataque.

### **3.3.1. El exceso en la causa**

Hay “exceso en la causa” cuando el que ejerce la defensa ha sido previamente “provocador suficiente” del agresor. La provocación suficiente, en tanto sea imprudente, convierte en antijurídica la defensa. Empero, la conducta del que se defiende, cae en la previsión del exceso (art. 35 del Código Penal) y la escala penal aplicable es la correspondiente al delito cometido por culpa.

Castigar con la pena del delito doloso, al agresor previo que se defiende, sería sancionar la obligación de dejarse matar al arbitrio de un sujeto que, aunque obre provocado, obra sin derecho. En esta hipótesis, la reacción excesiva a la que el agente ha dado ocasión pero no causa, es ilícita (Soler, 1987). Ejemplo de ello es el caso del amante que se encuentra con la mujer de otro en la cama y éste aparece subrepticamente. Por más de que el amante haya sido provocador de la furia desencadenada en el marido de la mujer adúltera, no puede exigírsele que se deje matar por éste.

Debe diferenciarse la situación del “exceso en la causa” del “pretexto de legítima defensa”. Si el que provocó lo hizo previendo una reacción desmedida, se presenta la figura del “pretexto de legítima defensa”. Aquí la reacción era esperada por el agente para fingir que se mataba en legítima defensa, de allí que la pena correspondiente sea la del delito doloso. Pero si dicha reacción, aunque posible, incluso con su exceso, no estaba presente en el pensamiento del que sólo entendió provocar, la acción ulterior no puede juzgarse como consecuencia de una acción dolosa, sino imprudente.

#### **4. La prueba**

En el ordenamiento jurídico argentino rige el principio general de inocencia, en virtud del cual, toda persona se presume inocente hasta que por sentencia firme, de tribunal competente, pasada en autoridad de cosa juzgada, se demuestre lo contrario. El que acusa, es siempre quien debe probar.

Sin embargo, el estado excepcional que confiere la ley al que se defiende legítimamente, hace que se invierta aquí el principio general de inocencia. “La legítima defensa es uno de esos casos en que se invierte la carga de la prueba, el principio general de responsabilidad vence al principio general de inocencia, y la misma no se presume (...).” (Frank, 2000, p. 22)

Quien ha actuado en legítima defensa, debe probar que así lo ha hecho, acreditando todos los extremos necesarios, para verse beneficiado con la eximición de pena. Sin embargo, para el que ha ejercido la defensa, basta demostrar que lo ha hecho dentro de los extremos legales prescriptos por el art. 34, incs. 6º y 7º del Código Penal, como para que se determine que es inimputable, es decir, que se considere su conducta no punible penalmente.

Los magistrados, en cambio, deben valorar, bajo los principios de la sana crítica racional, todos los elementos de prueba aportados con fundamento, colocarse en la posición del agredido y no analizar los hechos fríamente, *a posteriori*, con criterio meramente técnico u objetivo que puede consentir la reflexión ulterior (Dayenoff y Koffman, 2014).

Si bien es cierto que la legítima defensa constituye una excepción a los principios generales que rigen en materia de responsabilidad penal, no se trata, en cambio, de una excepción de tipo procesal civil, cuyos extremos deben probarse en forma irrecusable, absoluta, por parte de quien la invoca; pudiendo acreditarse los requisitos de la causal de justificación tanto por prueba positiva que demuestre su concurrencia, cuanto por la prueba

negativa resultante de no haberse podido desvirtuar –o dividir– la confesión calificada de quien la invoca.<sup>15</sup>

## **5. Semejanzas y diferencias entre legítima defensa y estado de necesidad**

El derecho de legítima defensa y el estado de necesidad se asemejan en que ambos están informados por la tesis del interés preponderante, son causas de justificación y obedecen al ejercicio de un derecho. Además, el derecho de legítima defensa es una forma especial de estado de necesidad. Éste es el género, y aquél la especie.

En cuanto a las diferencias, la legítima defensa es una reacción a una agresión ilegítima, y el estado de necesidad, una acción de ponderación de bienes jurídicos. Ejemplo del estado de necesidad es el caso en que se produzca un incendio y se rompa la puerta de la casa y se entre en una vivienda ajena. Se estaría cometiendo una falta de daños y una entrada a domicilio ilegal, pero el hecho es que esa acción se lleva a cabo para salvar la vida de alguna persona que se encontraba en su interior, por tanto, se obraría en un estado de necesidad y no se incurriría en responsabilidad civil o penal.

En la legítima defensa hay choque de un interés ilegítimo, por ejemplo matar, y un interés legítimo, por ejemplo la vida, y en el estado de necesidad hay choque de intereses legítimos, por ejemplo vida y propiedad.

Si bien el derecho de legítima defensa se asemeja al estado de necesidad porque ambos son causas de justificación, el estado de necesidad tiene una doble ubicación sistemática; es causa de justificación (estado de necesidad justificante) como también es causa de inculpabilidad (estado de necesidad exculpante) de la conducta. De allí que en la legítima defensa nunca habrá necesidad de indemnización (porque no hay injusto penal) y en el estado de necesidad pueda haber tal.

## **6. Medios mecánicos de defensa y los *offendículas***

Se entiende por medios mecánicos de defensa a aquellos dispositivos predispuestos que actúan con violencia inmediata –por ejemplo un explosivo que se activa cuando se intenta abrir una caja de seguridad– y por *offendículas* a “los escollos, obstáculos, impedimentos que oponen una resistencia normal, conocida y notoria, que advierte

---

<sup>15</sup> S.T.J. de Chubut, “Philips, Juan C.”, JA 28-1975-625.

–previene– al que intente violar el derecho ajeno.” (Soler, 1987, p. 423) Entre estos últimos se pueden distinguir los vidrios colocados en los muros, rejas, alambres de púa, etc.

La doctrina mayoritaria<sup>16</sup>sostiene que los daños y lesiones causados por los *offendículas*, que suponen meros obstáculos de la entrada al hogar, constituyen un derecho del dueño, y las consecuencias que puedan producir se amparan en el ejercicio legítimo de tal derecho (art. 34, inc. 4º, C.P.). En cambio, los daños y lesiones causados fuera de esos límites, se justifican por legítima defensa, cuando las condiciones de ésta se hallen reunidas (art. 34, inc. 6º, C.P.). “(...) Lo contrario lleva a una colisión entre lo dispuesto en el inc. 4º y el inc. 6º del art. 34 del Código Penal.” (Soler, 1987, p. 423)

Para que tenga lugar la eximente, la acción del mecanismo protector no debe iniciar hasta que tenga lugar el ataque, es decir no debe empezar a funcionar más que en caso de peligro actual contra el bien jurídico que se pretende defender. Así también, la gravedad de las consecuencias, no debe traspasar los límites de la necesidad (Jiménez de Asúa, 1952).

Distinta es la tesis expuesta por Nino (2005), el cual, en posición que se comparte, manifiesta que los *offendículas* y los medios mecánicos predispuestos deben recibir igual tratamiento. Si en un caso particular de defensa predispuesta no se dan las condiciones de agresión ilegítima, necesidad y proporcionalidad que preceptúa la norma, la acción defensiva no estará justificada (art. 34, inc. 6º, C.P.). Actúa a su propio riesgo quien predispone medios defensivos capaces de obrar en circunstancias que hacen a la defensa ilegítima, aun cuando no tenga control sobre el resultado en el momento en que se produce.

Es controvertida la cuestión alrededor de la necesidad, o no, de colocar avisos y advertencias necesarias para motivar al injusto agresor a que cese en su actividad antes de que el mecanismo comience su reacción. En relación con ello Nino (2005) expone:

(...) la cuestión no es que el medio defensivo sea o no público o manifiesto, sino que se den las condiciones de agresión ilegítima, y de necesidad y proporcionalidad de la defensa (si la defensa es necesaria, o sea constituye el medio menos dañoso disponible para prevenir la agresión, no hay por qué exigir que el agresor esté prevenido de que se va a ejercer tal defensa). (Nino, 2005, p. 144)

---

<sup>16</sup> Soler, 1987; Jiménez de Asúa, 1952; Nuñez, 1987; Creus, 1992.

## 7. Conclusión

En este capítulo se realiza un estudio sobre los aspectos generales de la legítima defensa, y se especifica de manera técnica su concepto, fundamentación y naturaleza jurídica. Se expone que la legítima defensa actúa como una causa objetiva de justificación siempre y, que excluye la antijuridicidad de una conducta típica, tornándola lícita.

El Código Penal argentino prevé en el art. 34, incs. 6º y 7º, aunque de manera muy genérica y vaga, sin precisar los contornos exactos de la eximente, lo que origina extensos problemas interpretativos al momento de aplicar la norma por parte del magistrado al caso concreto, las condiciones de procedencia de la legítima defensa propia y de terceros, respectivamente.

Se formula que la agresión ilegítima requiere de tres condiciones; debe ser conducta humana, agresiva y antijurídica. Asimismo, y haciendo hincapié en la agresión, aunque ordinariamente implica una acción del agresor, puede ocurrir también por omisión, siempre que de la omisión misma derive la situación de necesidad, como bien dice Soler (1987), en sus textos.

Se analiza y recorre temas puntuales de esta investigación como lo son la actualidad o inminencia de la agresión, ¿Cuándo la agresión es actual? ¿Cuándo es inminente? ¿Cuándo comienza y cuando finaliza el derecho de legítima defensa? respecto a lo que se manifiesta que la defensa debe ser consecuencia inmediata de la agresión ilegítima. Debe haber unidad de acto entre ésta y aquélla. Por eso, no cabe defensa contra ataques pasados, pues no siendo factible repeler o impedir el ataque terminado, la violencia subsiguiente sería venganza (Jiménez de Asúa, 1952).

Asimismo se hace hincapié en el controvertido presupuesto de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima. La defensa es legítima cuando reúne dos condiciones: necesaria y proporcionada. La defensa no es necesaria cuando el sujeto dispone de otra conducta, menos lesiva, y le es exigible la realización de la misma en lugar de la conducta típica desplegada en cuestión (Zaffaroni et al., 2002). La defensa es proporcional cuando la “capacidad de poder defensivo” es equivalente a la “capacidad de poder ofensivo”, de tal forma que si el agresor puede causar la muerte, el que se defiende también (Frank, 1993).

También se estudia el requisito de la falta de provocación suficiente, la hipótesis del pretexto de legítima defensa, el debatido asunto de “la huida”, el exceso en la causa, la cuestión de la prueba para determinar si un sujeto actúa por medio de la legítima defensa,

semejanzas y diferencias de la misma frente al estado de necesidad, los medios mecánicos de defensa y los *offendículas*.

## CAPÍTULO IV

### ALCANCES Y LIMITACIONES DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

#### 1. Bienes defendibles

Del art. 34, inc. 6º, C.P., que prescribe “el que obrare en defensa propia o de sus derechos (...).” y del art. 34, inc. 7º, C.P., que reza “el que obrare en defensa de la persona o derechos de otro (...).” se infiere que todos los derechos subjetivos que el orden jurídico reconoce al individuo, sean personalísimos, patrimoniales o de familia, son susceptibles de ser defendido legítimamente.

En este orden se distinguen dos corrientes doctrinarias distintas: la alemana y la de los países latinos. Para la técnica alemana lo único que condiciona la medida de la reacción es la gravedad del ataque, cualquier bien jurídico puede ser defendido incluso con la muerte del agresor si no hay otro medio para salvarlo. Por ejemplo, podría darse el caso brutal de un niño que se acerca a un discapacitado y le roba el celular del bolsillo. Éste, puesto que no puede moverse, puede defender su propiedad disparando el revólver que tiene guardado dentro de su saco, sobre la criatura. El revólver es el único medio que el hombre discapacitado tiene a su alcance para ejercer su defensa, ergo la defensa es legítima.

En los países latinos el efecto moderador de la defensa lo da la necesidad racional; la proporcionalidad no debe referirse solamente a la gravedad del ataque, sino también a la naturaleza e importancia del bien que se tutela. Fontan Balestra (1998) postula que la cuestión debe encararse no seleccionando bienes sino relacionando la acción de defensa con la importancia del bien defendido, para apreciar si existe la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, como lo reclama la ley. Cualquier bien puede ser legítimamente defendido, si esa defensa se ejerce con la moderación que haga racional el medio empleado, con relación al ataque y a la calidad del bien defendido.

Desde el punto de vista de un derecho penal liberal no se concibe que existan bienes jurídicos radicalmente excluidos de toda forma de defensa legítima, pues en tal caso no serían bienes jurídicos. Diferente es la problemática de determinar en cada caso, conforme a la jerarquía del bien y a la intensidad de la lesión amenazada, la necesidad racional de la acción defensiva (Zaffaroni et al., 2002).

Los bienes colectivos, sociales o estatales, son susceptibles de defensa por los particulares cuando dichos bienes son objeto de derechos subjetivos (Roxin, 1997). “De lo

contrario cada ciudadano se erigiría en policía auxiliar y podría invalidar el monopolio de la violencia por parte del Estado.” (Roxin, 1997, p. 608)

Los bienes jurídicos, objeto de derechos subjetivos (privados o públicos), incluso los inmateriales, los más pequeños y los más fácilmente reparables, pueden ser resguardados cuando son ilegítimamente agredidos, y la repulsa violenta aparece necesaria y proporcionada.

## **2. Clases de acciones defensivas**

### **2.1. La legítima defensa propia**

Existe legítima defensa propia cuando 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 de su parte, le ocasiona un perjuicio a la persona o derechos del agresor (art. 34, inc. 6º, C.P.).

La situación de legítima defensa propia comienza cuando se hace manifiesta la voluntad de agredir, es decir, lisa y llanamente, cuando existe un peligro inminente. Y termina cuando la defensa puede concretarse, ya que el Código Procesal Penal de la Nación faculta al agente a aprehender al delincuente aun después de haber cometido el acto ilegítimo (arts. 287 y 284, incs. 1º, 2º y 4º) (Frank, 1993).

El que decide defenderse, debe hacerlo de una manera “proporcional”. La proporcionalidad, equidad o equivalencia de la defensa, no debe confundirse con el concepto de igualdad ya que si no se incurriría en el error de considerar que ha actuado con exceso, quien utiliza un instrumento diferente para ejercer su defensa legítima, respecto del que es utilizado para atacarlo, por ejemplo un puñal y un arma de fuego. “Siempre es proporcional el medio utilizado para la defensa, cuando éste puede lograr el mismo resultado final que el que se utiliza para el ataque, pero nunca uno mayor, sino habrá exceso.” (Frank, 2000, p. 17)

En último lugar, no debe, quien se defiende legítimamente, haber provocado suficientemente al que lo ataca, porque ello veda el derecho a la legítima defensa. La finalidad del legislador al regular este último requisito (art. 34, inc. 6º, apart. c), C.P.) ha sido evitar la posible simulación o pretexto de legítima defensa, cuando el que se defiende no ha sido arbitrariamente atacado, sino en un acto de respuesta defensivo a su vez, de quien ha sido solapadamente provocado (Frank, 2000).

## 2.2. La legítima defensa de terceros

El art. 34, inc. 7º, del Código Penal, reza: “no son punibles: el que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurran 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.”

Surge de la norma que para que haya legítima defensa de terceros debe existir una agresión ilegítima y necesidad racional del medio empleado (por el tercero) para impedir la o repelerla. En relación con la falta de provocación suficiente (art. 34, inc. 6º, apart. c), C.P.), no es *conditio sine qua non* de la legítima defensa de terceros, debido a que la misma procede aun cuando el tercero que se defiende haya provocado a su agresor, siempre que el que lo defiende no haya participado de la misma provocación.

Caso contrario, “dos personas se podrían poner de acuerdo dolosamente, para que mientras una lo provoca, la otra pueda causarle un daño, al supuesto agresor, *so pretexto* de actuar en legítima defensa del tercero.” (Frank, 2000, p. 18)

## 2.3. Legítima defensa privilegiada

Se denomina “defensa privilegiada” a la situación prevista en el art. 34, inc. 6º, *in fine*, del Código Penal, que reza: “se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquel que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia”. El privilegio consiste en que para la ley, concurren en estos casos, las circunstancias –requisitos– de la defensa legítima (agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado y falta de provocación suficiente).

Se trata de dos supuestos de presunción *iuris tantum* en beneficio del agredido. Los tres requisitos que son exigidos y debe acreditar quien ejerce un acto de legítima defensa, no van a ser requeridos cuando concurran las situaciones que estipula la norma. Se justifica “cualquier daño ocasionado al agresor”, inclusive la muerte, por presumirse legalmente el peligro para las personas (Soler, 1987).

El fundamento del privilegio radica en la presunción de peligro para las personas y no contra la propiedad. Lo que debe existir es la “posibilidad de peligro” para las personas, pues requerir la existencia cierta de peligro supondría situar el caso dentro de la defensa legítima

común. La presunción cede ante la prueba de determinadas circunstancias de las que resulta que el peligro para las personas estaba descartado. Lógicamente, cede también, ante los casos de necesidad, tales como incendio o inundación y aun respondiendo a pedidos de auxilio que partan del interior de la morada y ante aquellos en los que el que rechaza el escalamiento o fractura sabe que no existe peligro (Fontan Balestra, 1998).

Dos supuestos diferentes son los que contempla la norma. Se “entenderá” que concurren las circunstancias de la legítima defensa: a) respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera sea el daño causado al agresor; b) respecto de aquel que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia.

En el primer supuesto, la noche refiere a la “oscuridad” y no a la hora, comprende el período que transcurre entre la puesta del sol y el amanecer. En el segundo caso, el legislador suprime la exigencia de la nocturnidad y agrega el requisito de la “resistencia”. Para que haya presunción de peligro para las personas, el intruso debe ofrecer resistencia a quien cumple la acción de defensa o a un tercero. El concepto de resistencia es aquí vasto y comprende toda actitud del extraño de la que resulte que su presencia obedece a un propósito ilegítimo (Fontan Balestra, 1998).

En el segundo supuesto, la frase “encontrare a un extraño” implica la idea de sorpresa y falta de previsión. “Extraño” no debe entenderse como desconocido sino como persona sin derecho a ingresar a la morada, debido a que por ejemplo, si se encuentra súbitamente a un viejo enemigo, quien opone resistencia, por más de que se conozca al viejo enemigo, no parece que haya razón para no hacer jugar la presunción legal (Nino, 2005).

En ambos supuestos se exige que quien ejerce la defensa se encuentre en el interior de la casa o departamento habitado, pues si alguien advirtiese desde afuera que un individuo penetra en su casa de noche, no podría pretender ejercer el derecho de legítima defensa privilegiada, pues ni rechaza el escalamiento o fractura, ni encuentra al extraño dentro de su hogar (Fontan Balestra, 1998).

#### **2.4. La legítima defensa putativa**

La defensa “putativa”, que jurídicamente significa, “de buena fe”, se configura cuando existe un error esencial y no imputable al que esgrimió la defensa, acerca de la

existencia de una “agresión ilegítima”, o de la “necesidad o proporcionalidad de la defensa desplegada.”

El error es esencial cuando versa sobre alguno de los elementos constitutivos de la figura delictiva, sobre una circunstancia agravante de calificación o sobre la antijuridicidad del hecho. Presuponiendo todas las figuras delictivas, el error será también esencial cuando el sujeto crea encontrarse en situación de justificación. El error es inculpable –inevitable–, cuando no puede atribuirse a la negligencia del que lo sufre, supuesto un hombre medio de diligencia común (Soler, 1987).

En la defensa putativa se dan las tres condiciones de la legítima defensa, pero el que la ejerce lo hace de “buena fe”, bajo los efectos de un error esencial de conocimiento invencible. Tal el caso de unos jóvenes que para hacer una pesada broma a un compañero, entran en su casa, armados de pistola sin cargar y con unos pañuelos en el rostro a la manera de pistoleros de cine. Si el agente se cree, fundadamente y en error invencible, en auténtica agresión y dispara causando la muerte a uno de los bromistas, se hallará el hipotético defensor en una defensa putativa.

Al tratarse de un error de hecho esencial e invencible, el resultado de la defensa putativa siempre será la impunidad, pero por exclusión de la culpabilidad de la conducta desplegada, y no por supresión de la antijuridicidad (Soler, 1987). Asimismo, aunque el error sea imputable, siempre que sea esencial, destruye el dolo en todo caso. En consecuencia el hecho es punible pero no a título de dolo sino bajo la forma culposa. Si la forma culposa no está prevista en la parte especial, el hecho no será punible.

### **3. Caso de los terceros circunstantes**

Cuando en ejercicio y ocasión de la legítima defensa, una persona daña a un tercero circunstante, inocente, su conducta es meritada, a los efectos de deslindar o establecer el grado de su responsabilidad penal y civil. Jiménez de Asúa (1952) expone cinco situaciones de legítima defensa en las que pueden estar involucrados como víctimas, sujetos inocentes:

1) Cuando la lesión se causa en los bienes de un tercero que el agresor utiliza como medio de ataque, tal el caso del perro de un extraño azuzado por el agresor. En este caso la destrucción del medio agresivo entra en la legítima defensa por lo que las lesiones se justifican por la eximente.

2) Cuando la lesión se causa en el medio defensivo utilizado por el atacado, por ejemplo el bastón que se arranca de las manos de un tercero neutral para defenderse. Aquí el daño se justifica por estado de necesidad.

3) Cuando la lesión que se causa a un tercero neutral es necesaria para repeler la agresión, tal el caso de un asaltante que se sirve de la víctima como “escudo” para avanzar mientras dispara con un revólver. También entra a jugar aquí el estado de necesidad.

4) Cuando la lesión que se causa a un tercero neutral es un efecto absolutamente imprevisible de la defensa, por ejemplo cuando el disparo del que se defiende atraviesa el cuerpo del agresor y la bala vuelve a herir o mata a un inocente. En este caso, se trata de un supuesto de caso fortuito.

5) Cuando la lesión al tercero es un efecto no previsto, aunque pudo y debió preverse. Jiménez de Asúa ilustra el caso con la *aberratio ictus*, es decir, cuando el agente queriendo tirar sobre el agresor, erra la puntería y da muerte o hiere a un transeúnte, tercero neutral, y también cuando el golpe o disparo alcanza al que se impone entre el atacante y el agente, incluso con el designio de ampararlo. El caso se rige por las reglas de la culpa.

Frank (2000), por su parte, propone una clasificación distinta, aunque complementaria, a la previamente desarrollada. Expone cuatro situaciones de legítima defensa en la que pueden estar involucrados como víctimas, sujetos inocentes:

a) Caso fortuito: se da cuando el que actúa en defensa propia o de terceros no puede prever, usando de una diligencia normal, la aparición de un tercero circunstancial en la escena de los hechos, porque es un elemento que aparece como imposible de contabilizar a modo probable en la esfera de su propia conciencia. De ocurrir así, la conducta del que ejerce la defensa no es susceptible de sanción penal, ni de sanción civil.

b) Fuerza mayor: es el caso del que obra violentado por una fuerza física o psíquica irresistible, o bajo las amenazas de sufrir un mal grave o inminente (art. 34, inc. 2º, C.P.). Ejemplo de ello es el caso de quien actúa bajo la amenaza de que van a matar a su hijo. En este supuesto, la acción del agente no es punible penalmente, pero puede quedar pendiente una reparación en sede civil.

c) Culpa: quién actúa con imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión, o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, es merecedor de una sanción penal menor a la que corresponde a quien actúa con dolo directo. Se aplica aquí la pena correspondiente al delito culposo.

d) Dolo eventual: ocurre cuando el que sin intención y voluntad desde el principio, de producir un daño o lesión, continúa ejecutando un acto y no hace nada para detenerlo, a pesar

de que durante el trayecto de su acción se representa como cierto, probable o posible un resultado dañoso, respecto de terceros circunstancias. En este caso el agente es responsable penalmente, y le corresponde la misma pena, según el delito que haya cometido, que le corresponde a aquel que actúa con intención y voluntad de producir un daño (dolo simple). Además de la sanción penal, es susceptible de la sanción civil respectiva por los daños y perjuicios ocasionados.

#### **4. Conclusión**

En este capítulo se observa el tema referido a los alcances y las limitaciones de la legítima defensa, y se hace referencia a que todos los derechos subjetivos que el orden jurídico reconoce para el individuo, sean personalísimos, patrimoniales o de familia, son susceptibles de ser defendidos legítimamente, siempre que la repulsa violenta aparezca necesaria y proporcionada.

Luego se examina las clases de legítima defensa, propia o de terceros, putativa y privilegiada, explicando cada una de ellas y remitiendo al código que prevé su legalidad.

La legítima defensa privilegiada –art. 34, inc. 6º, *in fine*, C.P– se trata de dos supuestos de presunción *iuris tantum* en beneficio del agredido. Los tres requisitos que son exigidos y debe acreditar quien ejerce un acto de legítima defensa, no van a ser requeridos cuando concurren las situaciones que estipula la norma. El fundamento del privilegio radica en la presunción de peligro para las personas.

Además de lo *supra* mencionado, se expone, de la mano de Jiménez de Asúa (1952) y Frank (2000) el caso de los terceros circunstancias, cuando en ejercicio y ocasión de la legítima defensa, una persona daña a un tercero circunstante, inocente. En estos casos su conducta es meritada, a los efectos de deslindar o establecer el grado de su responsabilidad penal y civil.

## **CAPÍTULO V**

### **EL EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA**

#### **1. Introducción**

Para la aplicación del art. 35 del Código Penal es necesario que el agente actúe en legítima defensa y que, al excederse en su actuación, no lo guíe otro propósito que el de defenderse.

Una de las condiciones del exceso tipificado por este artículo es su carácter culposo, pues no debe existir actuación intencional, en cuyo caso el dolo impediría la aplicación de esta figura. La causa característica del exceso en la defensa es el temor provocado por una errónea apreciación de la magnitud del peligro y de los medios con que se cuenta para evitarlo.

Hay inicialmente una justificación, que se ve desnaturalizada por el error del agente al creer que ésta persiste. Por eso se suele exigir, que la agresión a que se ve expuesto el sujeto no haya cesado, aunque en algunos casos se ha aceptado el exceso aun cuando dicha circunstancia ya había desaparecido (TSJ Córdoba 2/6/1950, LL, 61-160).

#### **2. La regulación del exceso en el Código Penal**

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

Cuando se traspasan los límites de la defensa, es decir, cuando se va más allá de lo que autoriza el ataque inminente, hay exceso en la defensa. Por ello es imprescindible que exista legítima defensa, al ser una intensificación innecesaria de una actitud inicialmente justificada.

Siempre existe una licitud inicial en la actuación del sujeto activo, quien termina sobrepasando los límites impuestos por la necesidad y obrando de modo ilícito.

El art. 35 del Código Penal sanciona el error del agente acerca del mal amenazado y de los medios para evitarlo con la pena correspondiente al delito culposo. Por lo tanto, cuando ese delito no tenga prevista la forma culposa, el hecho permanecerá impune, tal el caso del disparo de arma de fuego sin provocar herida.

En cambio, cuando existe uso de armas y lesiones cometidas con exceso en la defensa, procede aplicar la pena correspondiente al art. 94 del Código Penal –lesiones culposas–, a pesar de ser inferior, pues el abuso de armas culposo no está legislado en el Código Penal argentino. “A quien disparó un revólver obrando con exceso en la legítima defensa, no se lo puede penar por abuso de armas, ya que este delito sólo admite la forma dolosa; pero si causó heridas, debe reprimírselo como autor de lesiones por culpa o imprudencia, aplicando el art. 35 del C.P.” (SCBA, 23/6/1959, JA, 1960-I-25, 149)

En el exceso en la legítima defensa se debe tener en cuenta la importancia de dos elementos: uno objetivo, la existencia de una causal de justificación en el origen, y uno subjetivo, la causa psíquica que impulso la actuación del agente, vale decir el temor.

Al respecto, la jurisprudencia ha concluido que “debido a que el espanto tiene un carácter subitáneo, y consiste en la acentuación de los motivos determinantes del temor, lleva ordinariamente a la figura del exceso, siempre que corresponda a una situación de defensa; pero si no hubo sorpresa ni espanto propiamente dicho, ni un principio de agresión ilegítima sino miedo, no puede hablarse de exceso en la defensa” (CA Rosario, 12/4/1937, LL, 6-843).

Asimismo es instructivo el estudio de casos particulares en los cuales se decidió que existió exceso en la legítima defensa, aunque se han dado muchas veces condiciones contradictorias.

Se decidió que existía exceso en la legítima defensa en el caso de “quien mata a tiro de revólver a quien lo agredió a puñetazos” (CCC, 1/12/1931, JA, 37-416); “si desde el primer disparo quedó el agresor en la imposibilidad de continuar su ataque, no obstante lo cual lo hirió por la espalda, con un segundo y mortal disparo” (CCC, 14/6/1929, JA, 36-241); “cuando se desarma al adversario y se lo hiere con su misma arma” (CC Mendoza, 5/9/1949, Luffi, L., 84, F.428).

Para concluir, debe tenerse en cuenta que la comprobación de la existencia de un principio de justificación en el origen de la conducta y el error culpable provocado por el temor del mal amenazado harán aplicable el supuesto del art. 35 del Código Penal. Así mismo si se demuestra el exceso culpable del agente en un delito que no reviste forma culposa, el hecho permanecerá impune.

### **3. Tipos de exceso**

Los autores suelen distinguir, aunque en forma no muy clara: el exceso intensivo (o en los medios), del exceso extensivo (o en la causa).

### **3.1. El exceso intensivo**

El exceso intensivo o en los medios es aquel en el que se da una agresión ilícita no provocada pero el agente desarrolla una conducta defensiva que es más dañosa de lo que es necesario y razonable.

Hay dos formas en que el agente puede excederse intensivamente en su acción defensiva: las que corresponden a deficiencias en los requisitos de “necesidad” y “proporcionalidad”.

El concepto de “necesidad” debe incluir, razonablemente, la idea de eficiencia, o sea la idea de que la conducta que se legitima sea la menos dañosa de los diferentes cursos de aplicación disponible. De allí que una conducta defensiva es excesiva si, aun cuando forme parte de una disyunción de acciones tales que alguna de ellas debe darse para paralizar la agresión, la conducta en cuestión no es la menos gravosa de los miembros de la disyunción. Por otra parte, si la conducta ni siquiera forma parte de la disyunción en cuestión, por ser, por ejemplo, posterior a la agresión, entonces ella no es una defensa excesiva, no es siquiera una defensa (Nino, 2005).

La deficiencia en el requisito de proporcionalidad debe distinguirse de aquella en el sentido de que esta última cuenta la jerarquía absoluta de los bienes involucrados, su valor comparativo y el beneficio social que se obtiene a través de la eficacia preventiva de la clase en cuestión de acciones defensivas. Ejemplo de ello es el caso de una afección a un bien primario en aras de un bien secundario, aun cuando sea necesaria –por no haber otra forma menos costosa de contener la agresión– no puede ser plenamente justificada. Éste es otro caso de exceso completamente diferente al anterior y que no debe confundirse con aquél (Nino, 2005).

### **3.2.El exceso extensivo**

En el exceso extensivo o en la causa hay alguna deficiencia respecto de la agresión antecedente. La doctrina apartase mucho de ser clara acerca de qué clase de situaciones encuadran en esta categoría.

Soler (1987), por ejemplo, hace algunas afirmaciones bastante confusas sobre el hecho de que la defensa no va en la misma dirección que el ataque, y éste aparece como un simple pretexto de justificación. Wessels (1980), por su parte, llama exceso extensivo a los casos en que el ataque no es actual o el defensor no lo ha tomado conscientemente en cuenta.

Jiménez de Asúa (1976), también se refiere al pretexto de legítima defensa, y agrega, asimismo una alusión a las situaciones en que el ataque ya ha cesado.

En los proyectos de 1960 y 1979 (arts. 17 y 14, respectivamente) se propone una modificación de la regla actual en los siguientes términos (se cita el proyecto de 1979, decidiéndose tomar en cuenta que el de 1960 coloca lo que aparece aquí como segunda frase del inc. 1º, al final del artículo): “El hecho será reprimido con la pena fijada para el delito culposo: 1º) cuando el agente hubiera excedido culposamente los límites impuestos por la ley o por la necesidad. No será punible, sin embargo, el exceso proveniente de una excitación o turbación explicable por las circunstancias; 2º) cuando el agente hubiera creado culposamente la situación de peligro”. En la nota que acompaña al art. 17 en el proyecto de 1960 se identifica como exceso “en la causa” a la situación descrita por el inc. 2º de ese artículo (y del 14 del proyecto de 1979), o sea la provocación culposa de la situación de peligro. De esta manera cabría una acción defensiva –aun cuando sería punible en forma atenuada– contra un ataque legítimo (por ejemplo, otra acción defensiva precedente) que el agente no haya provocado dolosamente sino culposamente (esto implicaría a contrario, que corresponde eximir de toda pena si el agente provoca la agresión en forma no culposa). Disímil es el caso en que la provocación es intencional: pero este caso se resuelve, a través del requisito de necesidad.

Si se resistiera la interpretación de que cabría una acción defensiva contra un ataque legítimo, aun cuando cabría una punición atenuada, la solución que la disposición propone resultaría poco plausible desde el punto de vista valorativo: si, por ejemplo, alguien ofende sin darse cuenta y en forma leve a otro, quien reacciona con una represalia tan exagerada que pone en peligro la vida del primero y que sólo puede ser repelida con una acción igualmente peligrosa, no parece justo que el autor de la torpeza inicial la pague con una pena por homicidio culposo. Nada en la fundamentación de la legitimidad de la defensa autoriza semejante solución (Nino, 2005).

De la variedad que ofrece la doctrina, la posición que se comparte es la que expone que el supuesto denominado exceso extensivo se refiere a los casos en los que el sujeto, aun habiendo elegido un medio adecuado, continúa ejerciendo la acción defensiva después de que cesó la situación de peligro objetiva.

Si bien existe una tendencia creciente a incluir en las previsiones del art. 35 del Código Penal no sólo el exceso intensivo, sino también el exceso extensivo, no toda agresión posterior a una defensa legítima resulta encuadrable necesariamente en esta última categoría (Roxin, 1997).

Lo correcto en orden a la interpretación del art. 35 del Código Penal es no apelar a requisitos que esa disposición no contiene, resulta excesivo y en esa medida injustificado extender, sin más, los alcances de la aludida disposición a toda agresión posterior por el sólo hecho de haber tenido como antecedente una situación de justificación (Zaffaroni et al., 2000).

Para concluir, el exceso en la legítima defensa abarca el exceso intensivo y extensivo, aunque el caso más claro de exceso en la defensa es el del exceso intensivo, que como se desarrolló *supra* está relacionado con el requisito de la necesidad racional del medio empleado.

#### **4. El exceso como atenuante de la culpabilidad o de la antijuridicidad**

Los autores coinciden casi unánimemente en que el exceso en las justificantes constituye una causa de atenuación o exclusión de la culpabilidad, que deja intacta la antijuridicidad de la conducta.

Soler sostiene: “el principio en que se funda la disminución de pena para el caso del exceso, reduciéndose la escala penal a la que corresponde al hecho cometido por culpa o imprudencia suele encontrarse, en especial para las situaciones de legítima defensa y estado de necesidad, en el temor que suscita en el necesitado la situación misma de peligro, en la cual no es justo ni humano exigir un discernimiento preciso de los medios de salvación.” (1951, p. 426) Díaz Palos (1971) coincide con esta misma hipótesis y considera al exceso una causa de inculpabilidad. Jiménez de Asúa (1976) es concluyente en este sentido y sólo se ocupa de discutir la tesis que podría tratarse de una “excusa absolutoria”.

Fontán Balestra (1998) se inclina por considerar que la culpa puede resultar del error, de la perturbación del ánimo del autor, de la imprudencia común. Según Nuñez (1999), lo que conduce al agente al exceso, es su negligencia, o imprudencia o su inobservancia reglamentaria o de los deberes a su cargo, que induciéndole a errar acerca de las reales circunstancias del caso, no le permite apreciar correctamente la situación de necesidad o mantenerse dentro de los límites legales o de la orden superior.

Bacigalupo, por su parte plantea:

La única explicación que admite la atenuación de pena prevista en el art. 35, Cód. Penal es la siguiente: lo que el Código toma en cuenta para atenuar la pena es el error del autor sobre los límites del actuar permitido, pues el autor quiere matar y mata, creyendo que su obrar es

necesario, aunque objetivamente no lo es. Las representaciones del autor respecto del hecho coinciden con lo objetivamente dado. Sus representaciones respecto a los límites del obrar permitido, en cambio, son erróneas. De ello se deduce, que el error sobre los límites de la extensión de una causa de justificación será siempre sobre la necesidad del acto y sólo dará lugar a un error de prohibición, pues versa sobre la antijuridicidad (1971, p. 32).

Para este doctrinario el exceso tiene naturaleza dolosa, pues, según el mismo, la atenuación del art. 35 del Código Penal es evidentemente impropia, en la medida en que, quien se excede hace lo que quiere hacer, mientras que en la culpa, al contrario, produce lo que no quisiera. Lo que el autor hace cuando se excede, coincide con lo que se propuso.

De la variedad que ofrece la doctrina se coincide con la concepción del Doctor Zaffaroni (1973) quien ha expuesto y defendido con toda claridad que la disminución de la pena en el exceso en la legítima defensa no obedece a error ni emoción ni a cualquier circunstancia similar que disminuya la culpabilidad o reprochabilidad de la conducta. Dicho autor formula que no hay culpabilidad disminuida en tal supuesto, sino que se trata de disminución de la antijuridicidad: puesto que es menos antijurídica la acción que comienza siendo justificada y pasa a ser antijurídica, que aquella que comienza y concluye siendo antijurídica. El requisito que se inicie justificadamente se desprende que nadie puede exceder el límite de un ámbito en el que nunca ha estado.

Se coincide con este autor en que el exceso no requiere ninguna actitud subjetiva particular. Sin embargo, de más está decir que si al hecho de ser la acción una defensa excesiva contra una agresión ilícita, se agregan factores que afectan al consentimiento del agente de asumir responsabilidad penal –como el error o el temor– a la justificación parcial se suma una excusa que puede ser plena y excluir totalmente la punibilidad.

## **5. Diferencia entre la legítima defensa, el exceso en la legítima defensa y la justicia por mano propia**

En lo que respecta a la legítima defensa, de las definiciones tomadas en el Capítulo III del presente trabajo de investigación, debe distinguirse los supuestos de “legítima defensa propia” y “legítima defensa de terceros”. El primero ocurre cuando aquél que en defensa de su persona o sus derechos, empleando un medio racionalmente necesario para impedir o repeler una agresión ilegítima y sin que medie provocación suficiente de su parte, le ocasiona un perjuicio a la persona o derechos del agresor (art. 34, inc. 6º, C.P.).

El segundo supuesto sobreviene cuando aquél que empleando un medio racionalmente necesario para impedir o repeler una agresión ilegítima de un tercero, en la que el agredido no haya provocado suficientemente la agresión o, en caso contrario, que no haya participado en ella el tercero defensor, le ocasiona un perjuicio a la persona o derechos del agresor, (art. 34, inc. 7º, C.P.).

Por su parte, el exceso en la legítima defensa consiste en una desproporción de la acción con lo legal, lo autorizado o lo necesario. Hay exceso, no abuso o justicia por mano propia, en la acción, pero no diversidad en el fin. El exceso excluye el abuso pues supone que el autor no abuse de la ley, de la autoridad o de la necesidad, desvirtuándolas objetiva o subjetivamente. El exceso deja de serlo y se transforma en abuso “cuando se obra sin provecho propio y sólo por hostilidad, abusándose sustancialmente del propio deber, facultad o necesidad.” (Nuñez, 1987, p. 423)

Debe considerarse, entonces, que existe abuso, y no exceso, cuando el acto tiene su exclusivo origen en el puro espíritu de hostilidad, venganza o ira, siempre que tales estados de ánimo no adquieran suficiente entidad como para limitar seriamente el ámbito de determinación del autor. Éste es uno de los principales factores que permiten determinar, con alguna precisión, cuándo una conducta es excesiva, por estar ligada estrechamente con la situación de justificación anterior y cuándo deja de serlo para convertirse en un mero aprovechamiento de la situación anterior que sólo sirve de pretexto para cometer un injusto autónomo.

## **6. *Leading Case*: El caso Santos**

El “caso Santos”, fallo dictado el 19 de Julio de 1995 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal –compuesta por los doctores Guillermo F. Rivarola, Edgardo A. Donna y Carlos A. Tozzini– con la Secretaría de la doctora Guillermina Martínez.

A efectos de no abundar en las consideraciones realizadas en el análisis original, y para que ello no resulte redundante, es que se reproducen a continuación las partes más sobresalientes de este erudito fallo, que cuenta con 34 páginas, es decir, 68 carillas, de profundo contenido jurídico, y altos valores ético-morales, que sopesando por sobre todas las cosas la realidad, se inscribe en la academia pragmática de los países más modernos y evolucionados.

Previamente debemos recordar que el ingeniero Horacio Santos fue condenado en primera instancia por el delito de homicidio simple y reiterado a la pena de 12 años de prisión, de cumplimiento efectivo, fallo éste que fue apelado.

**El doctor Rivarola dijo:**

“Concedido los recursos (...) la querrela procuró mejorar los fundamentos del pronunciamiento (...) concluyó reclamando que el fallo fuese confirmado más con el incremento de la sanción que deberá elevarse –según su criterio– a 20 años de prisión.

La defensa particular del acusado (...) reclamando (...) que tal pronunciamiento sea revocado en cuanto condenó al procesado como autor del delito de homicidio simple reiterado a la pena de 12 años de prisión, debiéndolo absolver (...) calificarse el hecho como homicidio en estado de emoción violenta con la aplicación del mínimo de la escala penal (...). Posteriormente, propuso la hipótesis del exceso en la legítima defensa (...).

El día 16 de Junio de 1990, mientras se hallaba el citado Santos junto con su esposa, en el interior de un comercio del barrio de Devoto, oyó que se accionaba el mecanismo de alarma de su automóvil, salió a la calle y vio que, efectivamente, dos personas que se conducían en un Chevy, le habían sustraído el pasacasetes instalado en su automóvil Renault Fuego, previa rotura del vidrio de la ventanilla delantera izquierda (...).

Subió al vehículo, de su propiedad e inició la persecución de los ladrones, alcanzándolos, tras un intercambio de palabras con los cacos, efectuó dos disparos con el arma de fuego que portaba, dándoles muerte instantánea, a consecuencia de haber recibido cada uno de ellos un tiro en la cabeza, disparados ambos por el arma –revolver Dos Leones calibre 32 largo– que en la ocasión el procesado Santos llevaba en su auto, disparos que ejecutó el nombrado desde una distancia superior a los 50 centímetros (...).

En orden al mérito de la peritación (médico legista), los informes así recabados y obtenidos carecen de la necesaria apoyatura procesal que les permitiría a ellos ser tenidos como prueba pericial idónea, tanto más cuanto se omitió, para llevar a cabo esos informes, otro requisito esencial cual es el examen del objeto examinado, con lo cual los aludidos informes producidos por tales entidades académicas o científicas se encuentran al margen del orden procesal legítimo, o sean que a los efectos de la validez jurídica de estos informes tan singulares, ordenados durante la instrucción, no puede predicarse que ellos observen los requisitos impuestos por el Código de Procedimiento en Materia Penal, sin que siquiera puedan ser tenidos como efectuados por consultores técnicos, al tratarse los así llamados de una figura análoga a la del abogado y que, por consiguiente, las razones que puedan exponer tienen efecto como si proviniesen de la parte misma (...).

Por último, la pericia conjunta final también se aparta de lo establecido en el Código de Procedimiento primordialmente, ella parece adolecer de un vicio mayor, cual es que han puesto de relieve tanto los pleitos como la propia querrela, cuando señalan que ella –la pericia– se llevó a cabo sin que se efectuara debate alguno entre los varios expertos de la discusión y deliberación esencial subsiguiente a las operaciones y experimentos que debieron practicar unidos, y que, al parecer, no realizaron en la forma que manda la ley (...) y sin aclarar en toda su extensión el porqué de las muchas contradicciones, ni las motivaciones concretas de cada una de las antagónicas posturas asumidas, los peritos presentan sus informes.

Las circunstancias apuntadas me llevan entonces a adjudicarle, a las aludidas piezas de convicción, una significación probatoria muy relativa, en función de los dichos apartamientos de la normativa procesal aplicable, que he dejado expuestos. Y si bien la prueba pericial carece de ordinario de efectos vinculantes, más aun cuando atañe a la determinación de la imputabilidad del procesado, que es tarea exclusiva del juez, en la presente situación puede decirse que me encuentro casi eximida –o impedida– de valorar la prueba legal a la que vengo aludiendo, no obstante lo cual serán tenidos en cuenta esos estudios en cuanto, aun parcialmente, pueden aportar ellos datos y referencias útiles a la decisión del caso.

En cuanto a la capacidad de culpabilidad del procesado que no la deciden los peritos médicos, sino que la resuelve el juez después de ponderara los elementos subjetivos, objetivos, intelectuales y volitivos del acto cumplido, y la coordinación con las otras pruebas de autos (...) variadas han sido las opiniones vertidas en las causas, y ciertamente que contradictorias.

Me detendré brevemente en la observación del proceder –según las pruebas de autos– que siguiera Santos, para verificar, desde el plano valorativo, si como dice su defensa, actuó como inimputable (...).

Es dable admitir que Santos sin duda ha procedido en este lamentable y muy triste episodio bajo los efectos de una fuerte descarga emotiva producida por el injusto y sorpresivo ataque a sus bienes de que fue víctima por parte de Aguirre y González, quienes lamentablemente terminaron siendo sus propias víctimas.

Y no puede ser de otra manera, ya que la reacción normal es estos casos es la de experimentar la sensación de ser objeto de un graven vejamen que impacta fuertemente en los sentidos, y nadie, salvo situaciones de excepción que no parecen concurrir aquí, puede permanecer indiferente frente a hechos de tal magnitud que lesionan intensamente no sólo el

patrimonio, sino el sentido ético social de quien padece esa clase de turbación a sus derechos legalmente reconocidos.

Mas dicho estado emocional de existencia indubitable, ¿ha sido de tal magnitud como para afirmar que Santos perdió la aptitud de comprender la antijuridicidad del hecho, o dirigir las acciones conforme a dicha comprensión?

Descarto *ab initio* a tal eventual resultado obedeciera a la insuficiencia de las facultades o a la alteración morbosa de ellas, pues nada en tal sentido ha sido detectado en Santos, y su vida pasada nada revela tampoco en ese sentido. En cuanto a la inconciencia, es obvio que tampoco puede predicarse en una de carácter absoluto, pues ello derivaría en la total falta de acción (...).

La amnesia que dice el causante haber padecido inmediatamente después de iniciar el seguimiento de los ladrones y que habría subsistido hasta recobrar la lucidez estando ya en el baño de su casa, y hasta la fuerte descompostura, que de inmediato experimentó como descarga neurovegetativa; y en contraposición a ello, debe computarse lo que es un signo revelador que lleva a descartar la inconciencia (...) por lo tanto la motivación presupone una toma de conciencia y una determinación más o menos reflexiva, tendiente a satisfacer objetivos que no se establecen al azar sino mediante el discernimiento y la voluntad (...).

Y en cuanto a los automatismos abarca evidentemente los actos sencillos, como leer, escribir, hablar, que no se compadecen con las de mucho mayor complejidad que llevó a cabo Santos en oportunidad del hecho (...) cuando, en función sí de la agresión que recibió, emprendió el seguimiento de los cacos conduciendo su vehículo automotor por las calles de la ciudad sin tener percance alguno, efectuando las múltiples, y a veces complejas, operaciones que requiere la conducción de un automotor, y el seguimiento de otro, todo lo cual implica, a mi entender, que el estado emocional, efectivamente sufrido, no lo privó ni de la conciencia de sus actos, aunque pudo ella haber estado perturbada, bien que en un grado menor al necesario para ubicarlo en la fórmula mixta psiquiátrico-psicológica-jurídica del art. 34, inc. 1º, del Código Penal, ni la dirección de sus acciones.

Ha existido una alteración importante de la conciencia en el procesado Santos, una conmoción de su espíritu que, sin embargo, no alcanzó la intensidad necesaria para quitarle la capacidad suya que de ordinario tiene de entender y dirigir sus acciones. De suprimirse mentalmente la última etapa del episodio –el hecho concreto de disparar el arma contra los dos ladrones–, en toda la etapa anterior no se observa un proceder carente de tino, a un actuar bajo el solo automatismo marginando el ejercicio de la voluntad, ya que, por el contrario, resulta congruente con un proceder deliberado el tratar de evitar la consumación definitiva

del robo de que fuera víctima mediante la inmediata recuperación del objeto sustraído, desplegando la acción necesaria y legítima –art. 2470, Cód. Civil– (actual 2240 del C.C.C.N.) para ello, cual fue el seguimiento de los cacos logrando merced a su reacción instantánea concretada al subir al auto, ponerlo en marcha, guiarlo adecuadamente detrás del Chevy, darle alcance, y, mediante el intercambio de palabras, pretender la devolución de lo que era suyo y se le había quitado injustamente, con lo cual, si bien se advierte el factor sorpresa como desencadenante de la emoción, a modo de estímulo adecuado, debe computarse en el todo existencial la ausencia subyacente de una predisposición anormal que eclosiona una emoción patológica capaz de llegar a la inconciencia.

Debo hacer mérito, además, de los dichos del policía que procedió a detener a Santos.

No ha existido tampoco el desorden intelectual propio de estos casos extremos (...) y en cuento a la labor de los señores médicos forenses, que se inclinan por la falta de capacidad de ser culpable, ellos no establecen una correlación clara y ordenada de síntesis final, llegando a conclusiones categóricas que no surgen tan claramente de los datos en los cuales se fundamentan, como lo explican los profesionales del departamento de Salud Mental de la facultad de Medicina, no habiéndose tampoco encontrado en Santos un trastorno mental psicótico.

En cuanto a la solución del caso, afirmada ya –a mi entender– la capacidad de culpabilidad de Santos, debo decir que descarto absolutamente que el procesado sea autor del delito de homicidio simple en perjuicio de Aguirre y González, como así lo entendió y resolvió la señora juez de Sentencia.

Descarto ello en el entendimiento de estar claramente en presencia de un tipo permisivo, como es la legítima defensa, que desplaza al tipo básico de los delitos contra la vida, como también desplaza al delito de homicidio emocional, al ser ésta tan sólo una figura atenuada de aquel mismo básico, que consiste en matar a un hombre sin que medie ninguna causal de calificación o privilegio (Sebastián Soler, *Derecho Penal argentino*, t. III, 1951, p.22), y cuya vigencia, obviamente, requiere la exclusión del tipo permisivo en cuestión, cuyo efecto es mantener la conducta en el terreno lícito.

No se dan entonces, en el caso de autos, los elementos del tipo subjetivo del art. 79 del Código Penal, de forma que lo resuelto en tal sentido en el fallo, ha implicado ignorar todo lo anteriormente sucedido, desde el momento del robo del pasacasetes de Santos por parte de los nombrados Aguirre y González, hasta el momento preciso en que el procesado dispara con su revólver las balas cuyos impactos en zonas vitales ocasionan la muerte de los arriba citados. Es decir, alejado de lo que quiere el derecho, la decisión de la juez consistió en

juzgar una conducta recortándola arbitrariamente del contexto fáctico en que ocurrió, lo cual no es más que juzgar mediante una visión distorsionada, y equivocada, de la realidad.

La legítima defensa, ligeramente puesta de lado (...) en el fallo en crisis, pese a reconocerse e él la concurrencia de las exigencias previstas en los apartados a) y c) del inc. 6º del art. 34 del Código Penal –agresión ilegítima sufrida por Santos y falta de provocación suficiente por parte suya– parece mostrarse, en el caso, como la solución más acertada.

En efecto, entiendo que Santos obró, *ab initio*, en legítima defensa de su derecho de propiedad injustamente agredido por el delito del que fue sujeto pasivo, y que sólo en el tramo final de su acción excedió los límites impuestos por la necesidad de defensa racional mediante el empleo de un medio superior por excesivo, al adecuado, lo cual tuvo lugar y obedeció al error imputable suyo, al que fue llevado por la advertencia de su esposa, es decir, que incurrió –en mi opinión– en un actuar imprudente, o negligente, debiendo entonces ser responsabilizado en los términos del art. 35 del Código Penal, que específicamente tipifica esta clase de conductas.

No perder de vista la incongruencia de criticar una supuesta venganza privada cuando se reconoce, al mismo tiempo, en el fallo apelado, la concurrencia, en favor del procesado, de dos de las tres circunstancias que justifican o legitiman el proceder enjuiciado; ello, a todo evento, debió influir decisivamente en la pena, exhibiéndose entonces, la aplicada, como desmesurada frente a la comprobación de aquellas circunstancias, y por ende como injusta.

Y véase la impropiedad de criticar, bajo aquél mismo rótulo, el ejercicio de facultades que la ley concede, o que cuanto menos tolera bajo el instituto de la legítima defensa (...) de indudable arraigo histórico admitido como el caso más unívoco y tangible de una causal de justificación, sea considerada ella como un derecho elemental a la autoprotección y la autodeterminación frente a las agresiones antijurídicas de terceros, o como defensa sustitutiva de la tarea de confirmación del derecho a cargo del Estado –la legítima defensa– elimina la contrariedad de la conducta típica con el orden jurídico.

Y obsérvese que, en el caso, como ya se dijo, y como el mismo fallo lo admite, ha existido, en perjuicio de Santos, una agresión ilegítima, un ataque cierto a los derechos suyos, llevado a cabo por los nombrados Aguirre y González cuando le sustrajeron el autoestéreo, luego recuperado dentro del vehículo que ellos tripulaban, creándose un menoscabo ilegítimo, en perjuicio de Santos, contrario al derecho. Los términos generales ‘defensa propia o de los derechos’, bastan para amparar la defensa de la propiedad, la violación del domicilio y cualquier otro derecho en que nos viéramos atacados, reconociéndose no sólo la posibilidad de defender la vida, y la integridad personal, sino también el honor, el pudor, el patrimonio,

la libertad, etc., tratándose, la conducta defensiva, de aquella que despliega la víctima de la agresión ilegítima para impedir la o repelerla, lo cual, obviamente, supone que se actúa contra el agresor, y que a éste se le causa un daño, que no exista provocación por parte de quien se defiende, y aunque tal defensa sea necesaria, debiendo señalarse, sobre éste último tema, sus notas de oportunidad, es decir, su ocurrencia en tiempo o propósito y cuando conviene, y de necesidad, por la manera como fue ejercida, o se ejerce, en alusión al medio defensivo empleado.

Finalmente, el medio racionalmente necesario –las acciones ejecutadas para impedir o repeler la agresión– hace referencia a un concepto relativo, esto es, que guarde proporción, el medio empleado con la agresión o sea, un empleo adecuado de los elementos de defensa de que se dispone en el momento con relación al ataque, lo cual no significa identidad entre los instrumentos, pues la equivalencia de los medios no está preceptuada en la ley, ni en la doctrina, ni ella supone paridad estricta. Todo depende de una consideración circunstancial que toma en cuenta las situaciones individuales de las personas intervinientes, los medios que dispone el agredido, las situaciones de tiempo, modo y lugar, el objetivo del ataque, la intensidad de éste, etc., recordando que el agredido puede defender legítimamente a costa de la vida del agresor, un bien, como la propiedad, o la honestidad, y que tratándose de la defensa de los primeros su sola calidad no excluye de manera absoluta la legitimidad de la defensa como efecto moral, aunque también puede haberla luego de la consumación de un delito.

Sobre la base de estas ideas resulta adecuado entonces ubicar la acción del procesado en los términos de la legítima defensa. Si cualquier individuo que sorprende *in fraganti* a un delincuente puede aprehenderlo para someterlo a la acción de la justicia (art. 2240 C.C.C.N.) cuanto más está autorizada la propia víctima del hecho delictivo para hacer lo propio. La persecución de los ladrones se encuentra entonces al amparo de esa causal que legitima la conducta, de modo que excluyó que haya estado el procesado sólo procurando darle alcance a los ladrones con el fin ilegítimo de vengarse y matarlos, como parecen entenderlo erróneamente los acusadores y la juez sentenciante.

No es que los ladrones se rindieran y que Santos, pese a ello, abriera fuego contra los maleantes; tampoco, obviamente, el exceso radica en las puras relaciones causales establecidas *ex post facto*, lejos de la vivencia y puros del que se defiende... nadie vio que hicieran González y Aguirre el menor gesto en ese sentido, ni que por medio de movimientos o actitudes de fácil e indubitable interpretación ofrecieron ellos devolver lo que habían robado poco antes.

La prueba de la que tengo para valerme para este último tramo del hecho, aunque escasa, no fue controvertida, y a ella debo atenerme ponderando el mérito del testimonio, de la esposa del procesado, testigo único del momento crucial del episodio bajo juzgamiento, cuya relación de parentesco con el procesado no es obstáculo que impida considerar su versión como elemento de convicción eficaz (...) en tanto aparezca congruentemente ajustado el resto de la prueba incorporada.

Es decir, concretando, debo hacer mérito de lo que explica la esposa de Santos, cuando nos dice que, apareados los vehículos ante la actitud hostil de los ocupantes del Chevy, y recibiendo ellos los gritos e insultos de los ocupantes del Chevy, al ver que el acompañante del conductor se agachaba haciendo un movimiento hacia abajo como si fuera a tomar algo, y pensando que era un arma, gritó ¡nos van a matar!, escuchando acto seguido dos disparos, que fueron, no hubo otros, los que su marido efectuó, a consecuencia de los cuales murieron ambos ocupantes del Chevy.

Parece entonces decisiva esta versión, que guarda coherencia y correspondencia, con la actitud acorde a ese derecho, que el procesado había desplegado hasta ese momento, aunque denotándose, a partir de aquí, un error conceptual en la percepción de los hechos por parte de Santos, consistente en tomar al pie de la letra la expresión de alerta de su esposa, sin guardar en el trance culminante la prudencia que la situación hubiera requerido.

Claro que no debe juzgarse la situación con la frialdad del científico, y bajo las vivencias ajenas a las propias del conflicto desatado. Una cosa es estar detrás de un escritorio, juzgando a la distancia los hechos gravísimos ya ocurridos en los que no participamos de manera personal, y otra muy distinta es enfrentarse, cara a cara, con dos individuos hostiles, que habían ya dado muestras de su nulo respeto por la ley y de un grado de audacia significativo al robar a Santos en un momento del día y en un lugar que, se supone, no era el apropiado para delinquir, no obstante lo cual lo hicieron, tal vez especulando con la indiferencia o la sorpresa de los transeúntes.

En este aspecto debe decirse que la creencia de Santos, que en definitiva resultó errónea, no aparece divorciada de la realidad. Esa hostilidad que se les atribuye encuentra su reflejo, en lo que habían realizado Aguirre y González robándole a Santos en las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

En suma, estando vigente la agresión ilegítima que soportaba Santos, y actuando éste al amparo de la legítima defensa de sus derechos, fue alertado por su esposa, en momento de máxima tensión sobre la eventual agravación del ataque, esta vez, dirigido, ya no a los bienes materiales, sino a la vida misma de ambos cónyuges, motivando ello que Santos adoptara una

actitud que pareció ser acorde a la nueva situación, como ha sido emplear efectivamente el arma que hasta entonces sólo empuñaba en actitud que no pasaba de mero hostigamiento intimidatorio, buscando, con ello, sin lograrlo, vencer la voluntad rebelde de los cacos, y recuperar lo sustraído.

Tal proceder se encuentra regulado en forma autónoma en el art. 35 del Código Penal, sea que se entienda como causa de atenuación de la culpabilidad, sea como causa de atenuación de la antijuridicidad.

Santos hizo uso precipitado del arma de fuego, el caso concreto resultó sobreabundante como medio para alcanzar el fin autorizado, al observar que uno de ellos se agachaba en actitud de tomar algún objeto, y por la evidente hostilidad que exhibían, error vencible, y culpable, que pudo haber sido superado mediante la observación de una cierta prudencia en salvaguarda de bienes de indudable relevancia.

En el exceso de defensa no hay dolo, porque si se llegara a constatar la intención criminal en quien se defiende, desaparece el exceso para dar lugar al homicidio común (Nuñez, *Derecho Penal argentino*, t. I, p. 428, nota 510).

Existe exceso en quien obra en legítima defensa yendo más allá de lo que exige la defensa, y que él presupone una acción inintencional producida dentro de un campo objetivo erróneo al que es llevado el autor por negligencia o imprudencia en la apreciación de las circunstancias reales que le distorsionan la apreciación de la situación de necesidad.

Restaría, en esta materia, explicitar que el derecho no tiene por qué soportar lo injusto, que la subsidiariedad de la legítima defensa está presente en el caso, pues el reclamo o demanda al auxilio oficial habría permitido la definitiva huida de los cacos con la *res furtiva* (cosa robada), y su imposible recupero, y que las admisibles limitaciones a la legítima defensa, en virtud de lo social, lo adecuado, lo racional, y los principios antes aludidos, no han sido vulnerados en esta situación; no existió un daño amenazado incomparablemente menor, ni puede decirse que el resultado lesivo al que se arribó –lamentable sin duda– haya sido inusitadamente desproporcionado respecto de la agresión, pues no era sólo la propiedad la que estaba en juego –derecho garantizado por la Constitución Nacional– sino, en la concreta experiencia vital del matrimonio Santos, y en último término, la vida misma de ellos dos, a juzgar por la advertencia final ya citada derivada de la hostilidad de las víctimas, y del movimiento de una de ellas, que bien pudo interpretarse como siendo el que realiza el que extrae un arma de fuego.

Se dieron razones convincentes –al menos en el plano subjetivo del agente– de un eventual y renovado ataque, por parte de Aguirre y González, a bienes de Santos, superiores

incluso a su derecho de propiedad, de forma que la ley, y el Poder Judicial llamado a su aplicación, no puede ignorar esa realidad, como ocurriría imponiéndosele a Santos una pena que sería injusta como castigo del delito de homicidio simple reiterado, que no cometió, pues su actividad concreta, y la culpabilidad específica suya, se concretó a la prevista en el art. 35 del Código Penal.

En cuanto a la cuantía de la pena privativa de libertad por la acción única de legítima defensa excesiva llevada a cabo, obviamente habrá ella de estar limitada por la escala penal impuesta por el legislador para el caso de homicidio culposo, por mandato del art. 35 del Código Penal en función del art. 84 del mismo texto legal, inclinándome por la sanción expresada más en el límite superior (...) tengo en cuenta el grado de culpabilidad del encausado, la función retributiva de la pena, y los fines de prevención general y especial, ínsitos en la respuesta penal al delito, y asimismo la inconveniencia del efectivo encierro de Horacio Aníbal Santos, cuya estructura familiar, laboral, profesional, y psico-social, permiten tener por nulo el riesgo de su recaída en el delito, y por mínima, o inexistente, la necesidad de resocialización en los términos de la Ley Penitenciaria Nacional.

La pena de inhabilitación especial prevista en el art. 84 del Código Penal, se le impondrá por el término de 10 años, y habrá de estar referida a la tenencia, uso y portación de armas de fuego, de todo tipo y especie.

(...) La sanción se fijará en tres años de prisión, cuya ejecución quedará en suspenso (...)"

**El doctor Donna dijo:**

“La causa que llega a esta Sala, a los efectos de citar sentencia tiene en su base, esto es, en los hechos, una cuestión no demasiado compleja, puesta de relieve por el doctor Rivarola en su erudito voto.

El primer escollo se encuentra en el plano de la antijuridicidad, ya que de la sola lectura de la causa, se puede deducir la existencia de la legítima defensa, en tanto se acepte la doble fundamentación de la justificante, tanto en el sentido que el Derecho nunca debe ceder ante el ilícito, como a la protección del bien jurídico personal (Schönke-Schröder-Lenckner, *StGB*, par. 32, 1). Y en este punto tampoco hay dudas, ya que se da en este caso el requisito básico de la eximente completa, esto es la agresión ilegítima, contra la cual cabe la defensa necesaria, cualquiera sea el bien defendible y cualquiera sea el daño ocasionado, dentro de los recaudos del art. 34, incs. 6º y 7º del Código Penal. Y esto es así porque el ahora procesado tenía en todo momento la posibilidad de recuperar la cosa, esto es, evitar el daño a su propiedad, y éste es el fin que tuvo, tal como lo demuestra el testimonio brindado por la

persona que lo atendía, junto con su cónyuge en el local comercial, al afirmar que cuando sonó la alarma, el ahora encausado salió corriendo hacia el automóvil que estaba estacionado. En este punto hay que ser claro, ya que de las dos víctimas de este proceso, eran autores de un robo, que fue lo que los llevó a su muerte. Tanto González como Aguirre habían intentado, fuerza mediante, esto es la rotura del vidrio del automóvil de Santos, apoderarse del pasacasete, lo que los colocaba fuera del Derecho, y por ende la víctima estaba facultada a defenderse. Hay que insistir en este aspecto en la idea que en la legítima defensa no hay ponderación de bienes, lo que la distingue de estado de necesidad justificante, de allí que la doctrina no ha tenido inconveniente en aceptar tal justificante para defender la propiedad (Welzel, p. 86, Maurach-Zipf, *AT*, par. 26, II). Y tan cierto es esto que, si en la persecución iniciada por Santos, y antes de los disparos, aquéllos hubieran intentado defenderse, el Derecho no los habilitaba para ello, ya que Santos estaba ejerciendo la legítima defensa, por ende, como es unánime la opinión, tanto doctrinaria, como judicial, no hay legítima defensa en contra de la legítima defensa, ya que la acción es valorada positivamente por el Derecho (Mayer-Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la Legítima Defensa*, p. 114).

El cuestionamiento a la conducta de Santos surge del medio utilizado para recuperar el objeto que se habían apoderado los ladrones que entra en el llamado exceso intensivo; el autor que se encuentra bajo la eximente de la legítima defensa, ya sea por error, ya por miedo, temor, emoción, se excede en los medios defensivos y provoca la muerte del agresor ilegítimo, tendrá la pena que el legislador ha previsto para el tipo culposo (...).

Y no parece difícil llegar a la conclusión que nadie le puede quitar el derecho a Santos de perseguir a quienes le habían quitado lo suyo y, no sólo detenerlos, sino también recuperar sus cosas, situación habilitada por el derecho. Sin embargo, la ley argentina pone un límite, que consiste en la racionalidad del medio utilizado para defenderse, que en este caso, como es obvio, no existió. Es que visto desde el aspecto jurídico, Santos no debió utilizar el arma de fuego y matar a sus ocasionales asaltantes, ya que tenía otros medios para detener la agresión ilegítima. Baste pensar en que podía disparar a las cubiertas del automóvil, atravesarles el auto, y por qué no, directamente detenerlos y llevarlos a la policía, órgano natural de persecución penal. Más aún, cuando estaban en un lugar céntrico, en el cual podía haber pedido ayuda a terceros, a los fines que, mientras él les apuntaba con su revólver, otras personas, incluyendo a su esposa, podían ir a llamar a la ley.

De acuerdo a lo expuesto, no tengo dudas que la pena a aplicar se debe buscar en el tipo culposo, en este caso del art. 84 del Código Penal.

En cuanto al tema de la culpabilidad de Santos, a mi juicio es determinante el testimonio de su esposa, en cuanto afirma que ella creyó que los ladrones estaban armados; y, que al ver que uno de ellos se agachaba, pensó que buscaba un arma, y sí se lo hizo saber a su esposo, a los gritos. Este hecho es, a mi juicio, determinante para llegar a dos conclusiones básicas. No había en Santos un estado de turbación de la conciencia de un grado tal que lo llevara a la imposibilidad de comprender la criminalidad del acto, o de dirigir sus acciones (...).

A esta situación debe sumarse la exactitud en ambos disparos que dan en el blanco y producen la muerte, con lo cual la invocada emoción-inconsciencia, u otra alteración mental, no tiene en el caso la relevancia normativa que el Código Penal le exige.

Por otro lado, en cuanto a la evitabilidad del error, ella se determina por el poder individual del autor, basado en que el error sea racional y fundado (Rodríguez Mourullo, *Legítima defensa real y putativa en la doctrina del Tribunal Supremo*, Civitas, Madrid, 1976, p. 88). De allí que se pueda inferir en el presente caso que el error no surge de una creencia racional y fundada, sino, en cambio, de una creencia súbita del autor, evitable por el propio imputado, si hubiere tomado las precauciones del caso. Bastaba que Santos, en las circunstancias antes narradas, hubiera disminuido la marcha de su auto, o constatado, por su propia experiencia, el dato que le estaba dando su acompañante, para salir del estado de duda en que podía encontrarse.

Por último, existe un solo exceso en la legítima defensa, ya que hubo una sola agresión ilegítima, al par que hay un solo error, sobre el cual se debe trabajar la eximente incompleta (...) el doble homicidio se debe analizar dentro de solo hecho, cual es de defenderse contra dos ladrones, que primero le intentan robar, y luego atacar, que lleva no sólo a consecuencias en el injusto del acto, sino también con referencia a la pena impuesta.

Entiendo que la pena de tres años de prisión en suspenso y la inhabilitación especial por diez años para el uso de armas, se adecua a la retribución que contiene toda sanción penal. No alcanzo a ver el motivo por el cual en este caso se debe imponer pena de efectivo cumplimiento.”

**El doctor Tozzini dijo:**

“Al tener que emitir mi voto en tercer término, muy poco es lo que puedo agregar a lo dicho por los dos egregios colegas que me han precedido.

Comparto íntegramente la existencia de las características de una legítima defensa, aunque excedida o desproporcionada.

En segundo lugar, también estoy de acuerdo en que la doctrina, tanto nacional como extranjera, en su gran mayoría admite la legítima defensa también contra la acción del ladrón para reintegrar los “derechos” de la propiedad al damnificado, siempre y cuando se den todos los requisitos de la legítima defensa y, en particular, el de la necesidad racional del medio empleado para repeler o impedir la agresión injusta, actual o inminente, que el agredido no provocó.

Cuando se transgrede la norma del inc. 6º, letra b, del art. 34 del Código Penal, es decir, la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión injusta de que se es objeto, sin dejar de actuar en la creencia de estar justificado, se está actuando con exceso (...) y es que el error de prohibición que hace al sujeto actuar de un modo excesivo afecta sólo a la culpabilidad (...).

El juicio de adecuación a la necesidad racional debe centrarse, pues, en la vencibilidad o invencibilidad del error (...) El aparece cuando el agredido transgrede, por ira o por el acaloramiento probado por la situación injusta, la medida proporcional autorizada para la defensa necesaria frente al ataque del agresor (...) es obvio que a Santos la ley no le exigía abstenerse de toda reacción frente a la agresión (...) conforme al cual quien se defiende debe elegir, de entre los medios de repulsa que dispone para una defensa eficaz, el menos dañoso o peligroso. Aquí, en esta ponderación, radicó el error de Santos, perfectamente vencible si no hubiese permitido que la ira que le provocó esta nueva agresión ilegítima a su propiedad quitara claridad de juicio a sus valoraciones, hasta hacerle creer que su reacción excesiva estaba amparada por la defensa necesaria.

(...) Para terminar, no puedo dejar de señalar, en el mismo sentido en que lo hace el doctor Rivarola, que la falta de peligrosidad para terceros de Santos, y que lo hace merecedor de una pena privativa de libertad suspendida en sus efectos de encierro, ha de buscarse, evidentemente, en el exclusivo factor victimológico que medió en su caso, representado por la acción de vulneración ilegal de su propiedad de que lo hicieron víctima González y Aguirre y por cuyo motivo, tal y como lo enseña la moderna victimología, terminaron siendo ellos, a su vez, victimizados por su otrora víctima. Esta reacción, pues, contra la víctima participante o agresiva, cuya acción, al decir de Mantovani, pone en peligro a una persona y la constriñe a defenderse mediante una reacción violenta (conf. Ferrando Mantovani, *Il problema della criminalità*, Cedam, Padua, 1984, pp. 384 y ss.), hace que el doble homicidio perpetrado por Santos en un mismo y único acto, carezca de toda historia en el contexto de su vida normal y permita predecir la casi imposibilidad de cualquier reiteración futura.

En síntesis, termino mi voto adhiriéndome a las propuestas efectuadas por mis colegas de Sala y así voto”.

*La sala I en pleno y por unanimidad resolvió:*

“Confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto condena a Horacio Aníbal Santos, modificándose la calificación legal y la pena allí impuesta, a la que se disminuye a tres años de prisión, cuyo cumplimiento se deja en suspenso, y diez años de inhabilitación especial para tenencia, uso y portación de armas de fuego, de todo tipo y especie, por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio cometido con exceso en la legítima defensa”.

### **El fallo**

Es muy importante que tengamos en cuenta que el fallo dictado ha sido unánime y sin disidencias, con los matices que por supuesto es obvio esperar de tres magistrados que tienen mucho visto y escrito, en su desempeño.

Por muchos motivos esta sentencia, según nuestra opinión, se convirtió en una pieza jurídica de inestimable valor, para la jurisprudencia futura en la materia.

## **7. Conclusión**

En este último capítulo del trabajo, se examina la regulación del exceso en la legítima defensa en nuestro Código Penal, regulado en el art. 35 del mismo, que establece que quien incurre en un exceso, ya sea en la causa (extensivo) o en los medios (intensivo) será penado con la sanción para el delito culposo. Comete exceso en la legítima defensa el sujeto al considerar una acción justificada cuando en rigor dicha acción no se encuentra justificada por haberse excedido en el ejercicio de la causa de justificación, constituye un error que afecta su conciencia sobre la ilicitud del comportamiento llevado a cabo. La causa característica del exceso en la defensa es el temor provocado por una errónea apreciación de la magnitud del peligro y de los medios con que se cuenta para evitarlo. Por ello es imprescindible que exista legítima defensa, al ser una intensificación innecesaria de una actitud inicialmente justificada.

Con posterioridad, se hace hincapié en el exceso intensivo y extensivo respectivamente, para pasar a analizar de acuerdo a la postura de diferentes doctrinarios, si el exceso en la legítima defensa, constituye una atenuante del estrato de la culpabilidad o de la antijuridicidad de la “Teoría del delito”.

Por último nos referimos a la diferencia entre legítima defensa, el exceso en la legítima defensa y la justicia por mano propia, ésta última cada vez más arraigada en nuestro país desde hace un par de años.

Se concluyó el trabajo con un análisis del caso del “Ingeniero Santos” de 1995, que como ha sido mencionado *supra*, a mi humilde entender, y por muchos motivos, esta sentencia se convirtió en una pieza jurídica de inestimable valor para la jurisprudencia futura en la materia.

## CONCLUSIÓN FINAL

La legítima defensa es un instituto previsto en el derecho penal argentino y tiene como finalidad la eximición de responsabilidad penal a quien ejecuta un acto ilícito para proteger su vida o sus derechos. Pero tal acción debe ser el resultado de una agresión ilegítima, además emplear un medio racional para repelerla y no tiene que ser la respuesta a una provocación por parte de quien se defiende.

Por otra parte, la norma establece que quien excediera estos límites impuestos, le será aplicada la pena para el delito en que hubiese incurrido, pero por culpa o negligencia.

Aunque el texto define estos requisitos, tal como se explicara en el transcurso del trabajo, a pesar de estar determinadas las condiciones para la operatividad del instituto, muchas veces el contexto fáctico jurídico no es tan simple para determinar la verdadera inimputabilidad de la víctima.

Las causas objetivas de justificación muchas veces no se visualizan en forma tal clara para determinar el eximente de responsabilidad. Si bien el Código describe la procedencia en caso de: “agresión ilegítima”, “medio racional” y “falta de provocación suficiente”, tales conceptos no tienen una extensión definida. La norma carece de un límite explícito, por lo que debe ser subsanado por la doctrina y jurisprudencia. La víctima, ante una agresión consumada, no puede determinar si responde en forma racional, ya que ante un peligro inminente mayor, actúa en defensa de su vida o sus derechos.

El agredido, habitualmente, no está en condiciones de evaluar las intenciones de su agresor y podría incurrir en un exceso de legítima defensa. Lo real es que se valora la conducta del agresor y no sus intenciones, en consecuencia resulta complejo determinar la procedencia exacta del vocablo “racionalidad”. Caso concreto es cuando los delincuentes portan armas de juguete, y las víctimas repelen una agresión con un arma de fuego, desconociendo que el arma portada por el delincuente no era real.

Otro punto en el que también merece detenerse es en la actualidad de la respuesta a la agresión. Los hechos, en algunas circunstancias, no son lineales como los plantea la norma. ¿Una persona que se está defendiendo, puede tener la percepción de saber que la agresión no ha cesado? Seguramente la respuesta es no. La extensión del daño real o potencial que puede causar el agresor es muy difícil de cuantificar por el agredido, y así el eximente de responsabilidad puede transformarse en exceso de legítima defensa.

A partir de lo expresado, es complejo delimitar el lapso de tiempo dentro del cual la conducta defensiva correspondiente será oportuna, es decir, mientras se encuentre presente el

peligro del daño que, represente una agresión actual o futura para la vida o los derechos de una persona. Durante este periodo la conducta defensiva será actual porque concurre la peligrosidad de daño. El punto es que, esta “oportunidad” queda al arbitrio interpretativo de un juez.

El tema es de gran complejidad y comprende diferentes aristas, que excederían ampliamente el tema de investigación. Se ha tratado de exponer la vaguedad de redacción que expresa el Código Penal en cuanto a los requisitos para la procedencia del instituto.

Dado el estado actual de la legislación, y los incrementos de los hechos de inseguridad que se suceden a diario, según las crónicas periodísticas, puede observarse que el instituto se encuentra sujeto a interpretaciones diferentes de los magistrados, por falta de claridad y definición en el texto de la norma, lo que lleva a fallos judiciales que generan grandes cuestionamientos sociales.

Finalmente, se estima de gran conveniencia, la convocatoria urgente de grupos interdisciplinarios que representen a todos los actores sociales, para el tratamiento de una reforma del Código Penal que responda a las necesidades actuales de la comunidad. Tal método se aplicó con el Anteproyecto del Código Civil y Comercial y de ahí surgió la modificación, en materia penal debería hacerse lo mismo.

Luego, se considera necesario la instrucción de la población, ya sea mediante charlas institucionales, campañas televisivas y publicitarias, mediante los diferentes medios de comunicación –radio, televisión, vía web, redes sociales–, etc., a efectos que los ciudadanos estén informados en que supuestos y bajo qué condiciones la ley les permite defenderse de una agresión ilegítima.

## BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, E. (1971). *Fundamentación del concepto de tipo penal en la dogmática argentina*, en “Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Relatos”. Buenos aires: Universidad de Belgrano.
- BACIGALUPO, E. (1996). *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Bogotá: Temis.
- BACIGALUPO, E. (1999). *Derecho penal. Parte general* (2ª ed.). Buenos Aires: Hammurabi.
- CARRARA, F. (2000). *Programa de derecho criminal. Parte general*. Santa Fe de Bogotá: Temis.
- CERESO MIR, J. (1997). *Curso de Derecho Penal español. Parte general* (6ª ed.). Madrid: Tecnos.
- CUELLO CONTRERAS, J. (2002). *El Derecho penal español. Parte general: nociones introductorias* (3ª ed.). Madrid: Dykinson.
- DAYENOFF, D. y KOFFMAN, H. (2014). *Código penal comentado. Anotado con jurisprudencia* (3ª ed.). Buenos Aires: García Alonso.
- DE LA RÚA, J. (1997). *Código Penal argentino. Parte general* (2ª ed.). Buenos Aires: Depalma.
- DÍAZ PALOS, F. (1971). *La legítima defensa*. Barcelona: Bosch.
- FLORES SEDEK, M. (1996). *La legítima defensa en el Derecho venezolano*. Caracas: Vadell Hermanos.
- FONTAN BALESTRA, C. (1998). *Derecho penal. Introducción y parte general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- FRANK, J. (1993). *Legítima defensa con armas de fuego, Volumen II*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- FRANK, J. (2000). *Legítima defensa con armas de fuego, Volumen III*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- JESCHECK, H. (1981). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Barcelona: Bosh.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1952). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Losada.

- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1976). *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada.
- LAJE ANAYA, J. (1995). *Apuntes de derecho penal. Parte general*. Córdoba, Argentina: Lerner.
- LASCANO, C. (2005). *Derecho penal. Parte general*. Córdoba, Argentina: Advocatus.
- LUZÓN PEÑA, D. (2002). *Aspectos esenciales de la legítima defensa* (2ª ed.). Buenos Aires: B de f.
- MIR PUIG, S. (1998). *Derecho Penal. Parte general* (5ª ed.). Barcelona: Reppertor.
- MIR PUIG, S. (2004). *Derecho penal. Parte general* (7ª ed.). Montevideo-Buenos Aires: B de f.
- NINO, C. S. (2005). *La legítima defensa*. Buenos Aires: Astrea.
- NUÑEZ, R. C. (1987). *Tratado de Derecho Penal* (Tomo I). Córdoba: Marcos Lerner.
- NUÑEZ, R. C. (1988). *Las disposiciones generales del Código Penal*. Córdoba, Argentina: Marcos Lerner.
- NUÑEZ, R. C. (1999). *Manual de derecho penal. Parte general* (4ª ed.). Córdoba, Argentina: Marcos Lerner.
- NUÑEZ R. C. (2008). *Manual de derecho penal. Parte especial* (3ª ed.). Córdoba, Argentina: Marcos Lerner.
- QUINTERO OLIVARES, G. (1992). *Derecho penal. Parte general* (2ª ed.). Madrid: Marcial Pons.
- ROXIN, C. (1997). *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Civitas.
- SOLER, S. (1951). *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: La ley
- SOLER, S. (1987). *Derecho penal argentino* (5ª ed.). Buenos Aires: Tea.
- TORRES, S., GONZÁLEZ, P. (2012). *Legítima defensa*. Bahía Blanca, Argentina: Induvio Editora.
- VIDAL, H. (1992). *Derecho penal argentino. Parte general* (2ª ed.) Córdoba, Argentina: Advocatus.
- WESSELS, J. (1980). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediciones de Palma.
- ZAFFARONI. E.R. (1973). *Teoría del delito*. Buenos Aires: Ediar.

- ZAFFARONI, E. R. (1988). *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar.
- ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A. (2002). *Derecho Penal. Parte general* (1ª ed.). Buenos Aires: Ediar.
- ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A. (2002). *Derecho Penal. Parte general* (2ª ed.). Buenos Aires: Ediar.
- ZILIO, J. (2012). *Legítima defensa*. Buenos Aires: Didot.

## **ANEXOS**

Para finalizar este trabajo de investigación, se ha seleccionado, a modo de reseña jurisprudencial y legislativa, algunos casos relacionados con la temática:

### **Anexo I: Jurisprudencia nacional sobre legítima defensa**

#### **Arma blanca (cuchillo)**

- “Se configura homicidio en legítima defensa si el imputado repelió con un cuchillo la agresión que se le hizo con una botella rota; no obsta que acudiera con el cuchillo con que en ese momento comía, al lugar donde estaba su provocador si lo hizo en previsión de una agresión injusta.” (CNCrim. Y Correc., Sala de Cámara, Mayo 9-973), ED, 56-509

#### **Contenido**

- “Aunque la legítima defensa generalmente se refiere al derecho de proteger la propia vida o la de otro, también contempla la defensa de todos los derechos subjetivos.” (CNPenal Económico, Sala I, Julio 19-965), ED, 13-705

#### **Inversión de la prueba**

- “Los casos que configuran la eximente de legítima defensa, como excepción al principio general de la responsabilidad del autor, debe probarlas quien las alegue; si la confesión no contiene contradicciones, está corroborada por otros elementos de juicio y no desvirtuada por suposiciones serias y concordantes que autoricen a dividirla, debe ser tenida por verdad.” (CNCrim. Y Correc., Sala de Cámara, Diciembre 15-964), ED, 11-458

#### **Escalamiento nocturno**

- “La presunción de legítima defensa cuando meda escalamiento o fractura y nocturnidad (art. 34, inc. 6º, Código Penal) cede a la prueba contraria.” (Capel. Crim. Rosario, Mayo 13-933), ED, 17-636

#### **Preventiva**

- “La ley instituye la legítima defensa no sólo para repeler la agresión, sino también para evitarla.” (del voto en minoría del doctor Iriart) (SC Buenos Aires, Marzo 5-974), ED, 55-666

### **Peligro inminente**

- “La agresión que legitima la defensa existe, aunque ningún efecto haya producido aún, con la simple amenaza de atacar de un modo inmediato e inminente.” (del voto en minoría del doctor Iriar) (SC Buenos Aires, Marzo 5-974), ED, 55-666

### **Prueba**

- “Actúa en legítima defensa (art. 34, inc. 6º, Código Penal) quien apunta a otro con un arma de fuego que sabe descargada para terminar con el atropello de que era objeto.” (C1º Penal San Isidro, Agosto 20-970), ED, 41-767
- “Si el inculpatado por el delito de lesiones no provocó a su víctima, siendo objeto de una ilegítima agresión verbal en su honor y después de una agresión de hecho, al ser golpeado en la mandíbula, y utilizó para repelerla e impedir que continuara un cuchillo que había tomado a instancias antes para hacerlo reparar, ha mediado legítima defensa teniendo en cuenta que el uso del arma ha sido racional y que su agresor, más joven y además corpulento, mostró elocuentemente su carácter pendenciero y agresivo.” (CNFed., Sala Crim. Y Correcc., Febrero 6-970), ED, 36-527

### **Legítima defensa putativa**

- “Se configura la situación de legítima defensa putativa cuando el agente conoce todas las circunstancias de hecho que integran la figura, pero se determina porque, además, erróneamente, cree que existen otras causas que le autorizan u obligan a proceder, y esas otras circunstancias son de tal naturaleza que, si realmente hubieran existido, habrían justificado la conducta.” (CCiv., Com., Crim. Y Correcc., Trab. Y Paz Letr. De Villa Dolores, Mayo 17-968, LL, 135-1095, 20.789-S)
- “Se configura la situación de legítima defensa putativa cuando el error versa, en modo inculpable, acerca de la existencia de un peligro producido por algo que, erradamente también, se cree una agresión injusta.” (CCiv., Com. Y Correcc., Trab. Y Paz Letr. De Villa Dolores, Mayo 17-968, LLL, 135-1095, 20789-S)
- “Porque la legítima defensa putativa es siempre legítima defensa, es indispensable que concurren los requisitos que autorizan esta última: agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado y falta de provocación

suficiente por el que se defiende. Lo único que las diferencia es el error en el agente, consistente en creer, racionalmente, que es objeto de una agresión ilegítima.” (Capel. San Nicolás, Mayo 9-957, LL, 91-42)

- “El hecho de ser putativa la legítima defensa, no deroga los requisitos o exigencias propias de la eximente legal de legítima defensa verdadera, prevista en el art. 34, inc. 6º, del Cód. Penal. Lo contrario significaría colocar en situación jurídica privilegiada lo putativo, es decir, lo aparente, sobre lo real o verdadero. Por tanto, si para que proceda declarar legítima una defensa y exculpar como tal un homicidio, una herida, etc., es menester que haya existido agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado y falta de provocación suficiente del que se defiende: tales circunstancias deben también concurrir –y con mayor razón– cuando se invoca la legítima defensa putativa, porque ésta es siempre y ante todo “legítima defensa”, y el aditamento de “putativa” es sólo una circunstancia adjetiva calificativa. El único elemento que puede omitirse es aquel en que radica el error del victimario en situación putativa de legítima defensa, y en el caso consistiría en una ausencia de agresión verdadera por parte de la víctima. Pero aun con faltar tal agresión auténtica y sólo haber mediado una apariencia de agresión que haga procedente la legítima defensa putativa, ésta debe reunir el elemento indispensable de racionalidad y proporcionalidad.” (CApel. Mar del Plata, Setiembre 10-955, LL, 80-468)
- “El error de hecho no legitima la defensa, por no ser inculpable, si ha sido causado por la ebriedad del agente.” (SC Buenos Aires, Septiembre 1-959, AS, 1959-III-99)
- “La llamada ‘defensa putativa’, que es un estado subjetivo determinado por una equivocada apreciación de los hechos, no encuadra en los incs. 6º y 7º del art. 34 del Cód. Penal, sino en el inc. 1º.” (C2ª Apel. Mercedes, Diciembre 15-944, LL, 37-832)
- “Para que la defensa putativa pueda invocarse como excluyente de responsabilidad penal, es necesario 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) suficiente falta de provocación por

parte del que cree defenderse.” (CNCrim. Y Correc., Sala VI, Junio 5-981), ED, 95-471

- “Se configura la situación de legítima defensa putativa (...) si el imputado, cuando dio muerte a su cónyuge, creyó repeler la agresión de un intruso, determinado en su error por las siguientes circunstancias: anteriormente se habían cometido delitos contra la propiedad en la zona; esa noche, la esposa se despertó alarmada por el ruido de un disparo de arma de fuego y persistentes ladridos, y le pidió a su esposo que cargara el revólver; luego de volver a dormirse, despertó súbitamente por el ruido del pasador de la puerta y, semidormido, vio la figura que creyó de un hombre vestido de blanco que penetraba al dormitorio.” (C2ªCrim. Córdoba, Julio 16-940, LL, 20-59)
- “Se configura la situación de legítima defensa putativa si la víctima, que tenía un extenso historial delictivo, avanzó agazapada y echando mano a la cintura como para sacar un arma, lo que hizo creer lógicamente al autor de los disparos letales, que tal actitud y ademanes comportaban la iniciación de un peligro inminente y grave para su vida.” (CApel. Mar del Plata, Septiembre 10-955, LL, 80-468)
- “Se configura la situación de legítima defensa putativa si el inculpado mató a uno de los que creyó atacantes al parecerle ver brillar algo en la mano, determinado por un razonable error de hecho suscitado por un ruidoso incidente que le provocaron los presuntos agresores que, en número de tres, frente a la puerta de su habitación, en horas de la noche y en un ambiente oscuro, proferían insultos, golpeando la puerta e invitándolo a pelear, al tiempo que interceptaban el pasos de su suegra, que salía en busca de la policía.” (CCrim. Y Correc. Cap., 6-948, Fallos, 6-297)
- “Se configura la situación de legítima defensa putativa en el caso en que la imputada da muerte a su cónyuge cuando éste se lanzaba violento y amenazante sobre ella para arrebatárle el arma que deseaba entregarle, si dado la situación de justificado temor en que vivía, pudo fundadamente considerarlo como un acto de agresión ilegítima que ponía en peligro efectivo su vida.” (CNCrim. y Correc. Cap., Sala de Cámara, Junio 17-952, ED, 31-922, núms. 15 y 18)

- “Se configura la situación de legítima defensa putativa si el imputado dio muerte a la víctima, individuo prepotente y pendenciero que se abalanzó contra él luego de insultarlo y haciendo ademán de sacar armas; máxime si entre ellos había mediado un incidente anterior.” (CApel. Crim. Y Correc. Mercedes, Abril 9-943)
- “Se configura la situación de legítima defensa putativa cuando los acusados del delito de atentado a la autoridad se opusieron al secuestro de una bicicleta por parte de inspectores municipales que no se hicieron conocer como tales, por lo que creyeron que se trataba de un despojo.” (SC Tucumán, Marzo 10-945, LL, 37-723)

### **Exceso intensivo**

- “Si el agresor, luego de recibir el primer golpe propinado con un extinguidor, insistió en su embestida, pero retornando a los puñetazos, la aplicación de nuevos mandobles con dicho instrumento por parte del acometido importa lo que la doctrina ha catalogado como “exceso intensivo” en la legítima defensa, circunstancia que conduce a la solución prevista por el art. 35 del Código Penal. Ello es así, pues el autor obró siempre dentro de una situación de defensa necesaria, pero durante el último tramo de la contienda continuó usando un artilugio que sobrepasaba claramente los límites impuestos por la situación en la que se hallaba, por lo que cometió un injusto atenuado, cuya morigeración proviene por haberse hallado inicialmente en un estado de plena justificación y, en los momentos finales, por haberse excedido al repeler la agresión injusta.” (CNCrim. y Correc., Sala I. Febrero 20-986), ED, 120-622
- “Aunque haya existido una acción real, presente, de peligro, que debió ser repelida de la única forma que pudo el agredido, pero éste acentuó la repulsa, la continuó cuando sin la menor duda el peligro había cesado, existe exceso en la legítima defensa.” (CNCrim. y Correc., Sala de Cámara. Mayo 9-969), ED, 28-199
- “Debe calificarse como exceso en la legítima defensa (art. 34, Cód. Penal) la conducta del imputado que atacado a cachetadas, respondió usando un cuchillo y dando muerte al agresor, si por el lugar de la ocurrencia, escasa cultura, primitivismo y alcoholización de los protagonistas, es aceptable que se representara estar ante un real peligro tanto más si suponía que su oponente

era boxeador.” (CNCrim. y Correc., Sala de Cámara, Noviembre 14-972). ED, 51-635

- “Existe homicidio con exceso en la defensa si media el empleo repetido (tres veces) de un arma de poder letal (cuchillo) que no guarda la medida y razonable proporción con la agresión a latigazos de poca intensidad, que no causaron lesiones o las causaron leves, llevado a cabo por un individuo de defectuosa locomoción por ser cojo, y sin haber significado en momento alguno el ataque un riesgo de muerte para el acusado.” (CNCrim. y Correc., Junio 18-965, LL, 120-932, 12.707-S)
- “Corresponde calificar de homicidio con exceso en la legítima defensa, si la víctima provocó la situación de violencia, agrediendo a puñetazos al homicida, quien reaccionó inmediatamente golpeándolo con un hachuela que estaba utilizando, pues el medio del que se valió el agente excedió los límites de razonabilidad y no guarda relación con el ataque de que fue objeto, atento su alto poder vulnerante y su empleo con gran violencia.” (CNCrim. y Correc., Dic. 15-964, ED, 11-459, fallo 6.029)
- “Debe encuadrarse en la figura del exceso en la legítima defensa la conducta de quien acude en defensa de un tercero, si, de las eventualidades del caso –número de personas que podían defender al atacado y estado de ebriedad del agresor– se infiere que no fue racionalmente necesario que el acusado ultimara al atacante, ya que podía alcanzar el mismo resultado sin llegar a tal extremo.” (SC Buenos Aires, Noviembre 20-962, DJBA, 68-33)
- “Ha mediado abuso en los límites de la legítima defensa en la repulsa a un ataque a puñetazos con un artefacto de madera que, por su composición y modo de empleo, tenía poder para matar.” (CNCrim. y Correc., Marzo 16-961, CCC, VII-276)
- “Comete homicidio con exceso en la legítima defensa quien, al ser castigado con un cinturón, por el padre de su novio, y luego de intentar calmarlo, emplea un cuchillo para rechazar la agresión, sin que obste que ésta no pusiese en peligro su vida.” (CApel. Mar del Plata, Julio 14-960, DJBA, 61-29)
- “Configura los delitos de homicidio con exceso en la legítima defensa y abuso de armas en concurso real, la acción del acusado que en oportunidad de recorrer su establecimiento de campo, sorprende *in fraganti* a dos personas

apoderándose de un vacuno de su propiedad, y al instante, y en reacción abusiva y empleando un medio no racional para el ejercicio de esa defensa de sus bienes, mata a uno de esos individuos y luego dispara su arma sobre el otro, que se daba a la fuga, sin herirlo.” (CFed. Resistencia, Julio 5-960, LL, 104-85)

- “Si el inculpado en defensa de su persona y de su libertad puesta en peligro por el ataque ilegítimo llevado a cabo por la víctima armada de una banqueta y un trozo de hierro, descargó en contra de su agresor los cinco tiros de su revólver haciendo impacto con tres de ellos y causándole heridas, tal conducta apreciada dentro del ámbito de las modalidades circunstanciales de realización que la singularizan, encuentra correcto encaje en la figura de exceso en la defensa, pues aquellas modalidades obligan a considerar que el inculpado intensificó la repulsa más allá de los límites impuestos por la necesidad.” (CNPenal, Diciembre 6-955, LL, 82-645)

#### **Exceso extensivo**

- “Actúa con exceso en la legítima defensa quien, atacado ilegítimamente, arrebató el arma de su adversario y lo mata con ella.” (SC Tucumán, Abril 4-952, LL, 69-77)
- “Obra con exceso en la legítima defensa quien, con el agresor ya desarmado, le asesta dos golpes más con un martillo hasta ultimarlo.” (CFed. La Plata, Septiembre 2-924, JA, 14-96)
- “Si desde el primer disparo del agredido quedó la víctima en imposibilidad de seguir su ataque, debe considerarse exceso en la defensa el segundo y mortal disparo con que lo hirió el acusado, por la espalda.” (CCrim. Y Correc., Junio 14-929, JA, 30-241)
- “Representa homicidio con exceso en la legítima defensa la conducta del procesado que, si bien puede considerarse lícita en cuanto a la exhibición de un arma de fuego para imposibilitar la inminente agresión por parte de un hombre de 25 años, más joven y fornido, resulta excesiva en lo que respecta al disparo del arma, si la situación no había llegado todavía a su punto crítico.” (C2ªApel. Mercedes, Diciembre 27-962, ED, 4-94, fallo 1.874)

### **El error de cálculo**

- “El exceso en la defensa impuesto por la necesidad implica un error en la apreciación del peligro de los medios para su repulsa.” (CNCrim. y Correc., Septiembre 11-959, LL, 98-723, 4.558-S)
- “El exceso en la legítima defensa es un error de cálculo en la apreciación del peligro y en la de los medios necesarios para repelerlo, producido por la emoción de la lucha, y que se hubiera evitado con mayor atención.” (ST Entre Ríos, Abril 20-948, LL, 52-172)
- “No hay exceso en la legítima defensa si en las condiciones en que se desarrolló el hecho no existió error de cálculo en la apreciación del peligro ni en los medios necesarios para repelerlo.” (CNCrim. y Correc., Junio 9-961, ED, 1-712, fallo 355; ST Entre Ríos, Marzo 31-944, JER, 1944-173)
- “No existe exceso en la legítima defensa si la naturaleza del presunto ataque no pudo ‘razonablemente’ provocar error a quien dice haberse encontrado en situación de defenderse, respecto de su verdadera situación de peligro y de los medios necesarios para repelerlo.” (ST Entre Ríos, Julio 19-945, JER, 1945-499)
- “Para la existencia de abuso en la legítima defensa se requiere un principio de defensa legítima y culpabilidad en la elección del medio necesario para rechazar la agresión.” (CN Bahía Blanca, Junio 27-951, LL, 63-688)
- “Los golpes innecesarios cuando la víctima ya cayó no descartan por sí la legítima defensa, pues no ha de confundirse exceso en los golpes con exceso en la legítima defensa. Aquél puede explicarse con el ardor de la pelea, que no admite a veces discernir si cesaron realmente los riesgos del ataque, mientras que el último es achacable a una precipitación culposa.” (SC Tucumán, Mayo 13-941, LL, 24-49)

### **El miedo**

- “Los términos del exceso en la legítima defensa son verdaderamente adaptables al miedo, cuando respondiendo a una agresión injusta, y no provocada, el agente se excede en los límites impuestos por la necesidad. El miedo representa la inquietud razonada respecto de un peligro, que deja libre la energía de los movimientos del cuerpo y permite a la mente observar y calcular las condiciones del hecho, si bien los trastornos que traen al ánimo el

peligro pueden llevar a la repulsa de la agresión usando medios exuberantes de defensa.” (C3ª Crim. La Plata, Sala III, Abril 25-952, LL, 66-490)

- “El exceso en la defensa propia obliga que la reacción del autor tenga su causa impulsiva en el miedo derivado de su errada idea sobre la magnitud del que le amenaza o en los medios de evitarlo.” (TS Córdoba, Sala Penal y Correc., Agosto 8-958, BJC, 1-131)
- “Hay exceso en la defensa cuando el móvil del hecho fue el miedo, y el victimario no ha obrado por venganza, sino en la creencia de que su vida estaba en peligro, del cual solamente podía escapar con la violencia.” (SA Tucumán, Junio 9-934, JA, 46-1175)

### **Medios electrónicos**

- “La utilización de la energía eléctrica por manos inexpertas, que puede llevar a fatales o peligrosos resultados, supone una defensa excesiva y debe calificarse dentro de las prescripciones del art. 35 del Cód. Penal.” (C3ªApel. La Plata, Sala I, Junio 1-945, DJBA, 1945, XIII-474)

### **Lesiones**

- “Quien disparó un arma obrando con exceso en la legítima defensa no puede ser penado por abuso de armas, pues este delito no admite la forma culposa; pero si provocó heridas debe ser reprimido como autor de lesiones culposas o imprudencia aplicando el art. 35 del Cód. Penal.” (SC Buenos Aires, Junio 23-959, AS, 959-II-347)
- “Quien se excede en la defensa legítima provocando lesiones al hacer varios disparos, incurre en lo previsto en el art. 35 del Cód. Penal debiéndosele aplicar la sanción que establece el art. 94 del mismo Código –lesiones culposas–, ya que el abuso de armas solamente admite la forma dolosa de culpabilidad.” (CNPenal, Diciembre 6-955, LL, 82-645)

### **Excepciones**

- “No importa exceso en la legítima defensa la actitud de quien repele una agresión ilegítima con dos disparos de revólver que no dan en el blanco, y después, pudiendo creer que el atacante va en busca de un machete, lo sigue, ordenándole detenerse, vuelve a hacer fuego sin éxito y recién cuando el agresor está en el lugar donde se suponía que guardaba el arma, recibe los balazos mortales. Dentro del proceso lógico de los sucesos y de su apreciación

por parte del imputado, lo que aparece como persecución es el agotamiento de medios razonables de defensa.” (CFed. Bahía Blanca, Diciembre 21-944, LL, 37-687)

- “No hay exceso en la legítima defensa al repelerse con revólver la agresión llevada con cuchillo, si el grado de temibilidad comprobado en la víctima imponía acciones rápidas e inmediatas, y el prevenido es un hombre joven, a quien no se le puede exigir la tranquilidad, entereza y reflexión suficiente para aguardar que la agresión ilegítima de que era objeto adquiriera contornos todavía más peligrosos que los ya evidenciados.” (SC Buenos Aires, Diciembre 29-931, JA, 37-439)

#### **No hay legítima defensa**

- “Si el encausado motivó conscientemente y voluntariamente la situación de peligro dentro de la cual mató, no existe legítima defensa ni exceso en la legítima defensa.” (SC Buenos Aires, Octubre 6-964, JA, 1965-I-146)
- “No se justifica la defensa propia como legítima defensa en el caso del homicidio confesado –y, consecuentemente, tampoco el exceso en la defensa que requiere como elemento básico la legitimidad de ésta– si en rigor no hubo por parte del occiso una auténtica agresión ilegítima, sino una amenaza condicionada, con arma de fuego: condicionalidad que restó actualidad e incluso inminencia al peligro.” (CNCrim. y Correc., Mayo 28-963, LL, 114-159)
- “Quien ante un puñetazo propinado por un adversario que sabe inerme, y en presencia de terceros dispuestos a intervenir para impedir la pelea, contesta con tres puñaladas que causan graves heridas, no puede ampararse en la legítima defensa ni en el exceso, pues no sólo es desproporcionado el medio empleado, sino que no hubo necesidad de emplearlo.” (1ª Inst. Crim. Mar del Plata, firma, Septiembre 19-960, LL, 100-600)
- “Incorre en homicidio simple y no en homicidio con exceso en la legítima defensa quien en condiciones físicas no inferiores a las de su adversario, y aunque alcoholizado, pero sin pérdida de la noción de sus actos, infiere una puñalada letal a la víctima quien, inerme y con una provocación que no rebasó el cuadro común de otros incidentes anteriores, aplicara a su antagonista un

puñetazo no lesivo y después amenazara con un segundo golpe.” (CNCrim. y Correc., Juno 9-961, ED, 1-712, fallo 355)

- “Hay homicidio simple y no exceso en la legítima defensa si el agresor, de paridad física con el victimario, había cesado en su ataque a puñetazos por intervención de terceros que lo asistieron, y cuando intentó desasirse, el agredido dispara su revólver matándolo.” (CNPenal, Abril 27-951, LL, 62-775)
- “No hay legítima defensa, sino homicidio simple, si el inculcado infiere una puñalada letal a la víctima, quien desarmado lo provocó y aplicó un puñetazo no lesivo, amenazándolo con un segundo golpe, si esa provocación no rebasó el cuadro común de incidentes anteriores, y no hubo un peligro real o potencial para el acusado.” (CNCrim. y Correc., Junio 9-961, ED, 1.712, fallo 355)
- “Si la agresión de la cónyuge había cesado cuando el prevenido se apoderó del palo que ella esgrimía, golpeándole en la cabeza con resultado fatal, el agredido se transforma en agresor, con la responsabilidad penal consiguiente, debiendo rechazarse la excusa de legítima defensa con exceso en sus límites.” (SC Buenos Aires, Junio 28-949, DJBA, 1949-XXVII-562)
- “El ademán de extraer un arma –que no tenía– atribuido por el homicida a la víctima, no es suficiente para legitimar la repulsa, ya que ésta debe responder a un peligro actual, que el propio acusado desecha en su confesión cuando reconoce haberse anticipado, sin ver arma alguna, al posible atentado. A falta de ese estado inicial que justifique la reacción ofenso-defensiva, no procede la calificación del art. 35 del Código Penal, dado que la figura del exceso no excluye, de ninguna manera, la exigencia de aquel requisito básico.” (CS, Junio 21-948, Fallos, 211-371)
- “El simple ademán de la víctima de echar mano a la cintura y decir al acusado ‘párate’, no importa un estado de necesidad que justifique un atentado a balazos ni tampoco que medió un *raptus* emocional, o que excedió los límites de la legítima defensa.” (C1ª Crim. Tucumán, Septiembre 28-960, LL, 105-649)
- “No se configura el estado de legítima defensa putativa (...) si el imputado no actuó en la equivocada creencia de hallarse en peligro, ni en estado de emoción violenta excusable, ni afectado por miedo pavoroso, grado

indispensable en ese estado anímico para admitir tal eximente.” (CApel. Azul, Mayo 24-956, DJBA, 49-617)

## **Anexo II: Legislación comparada sobre legítima defensa**

- **Código Penal de España**

### **Art. 20.**

“Están exentos de responsabilidad criminal:

(...) El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.

Falta de provocación suficiente por parte del defensor. (...).”

- **Código Penal de Francia**

### **Art. 122-3**

“No será penalmente responsable quien justifique haber creído, por un error inevitable de derecho, que podía realizar el acto legítimamente.”

### **Art. 122-5**

“No será penalmente responsable quien, ante un ataque injustificado contra sí o contra otro, realice, al mismo tiempo, un acto ordenado por la necesidad de legítima defensa propia o ajena, salvo si existe desproporción entre los medios de defensa empleados y la gravedad de la agresión.

No será penalmente responsable quien, para interrumpir la ejecución de un crimen o de un delito contra los bienes, realice un acto de defensa, que no sea un homicidio voluntario, si este acto fuera estrictamente necesario para lograr el fin perseguido y siempre y cuando los medios empleados sean proporcionados a la gravedad de la infracción.”

### **Art. 122-6**

“Se presumirá que ha actuado en legítima defensa quien realice el acto:

1º Para repeler, de noche, la entrada por fractura, violencia o astucia en un lugar habitado;

2º Para defenderse contra los autores de robos o pillaje ejecutados con violencia.”

#### **Art. 122-7**

“No será penalmente responsable quien, ante un peligro actual o inminente que le amenace a él mismo, a otro o a un bien, ejecute un acto necesario para la salvaguarda de la persona o del bien, salvo si existe desproporción entre los medios empleados y la gravedad de la amenaza.”

- **Código Penal de Alemania**

#### **Título IV. Legítima defensa (...)**

##### **Art. 32. Legítima defensa**

“(1) Quien cometa un hecho que esta admitido por la legítima defensa, no actúa antijurídicamente (2) Legítima defensa es la defensa que es necesaria para conjurar una agresión actual antijurídica para sí mismo o para otro.”

##### **Art. 33. Exceso en la legítima defensa**

“Si el autor excede los límites de la legítima defensa por confusión temor o miedo, entonces no será castigado. (...)”

- **Código Penal Federal de México**

#### **Capítulo IV. Causas de exclusión del delito**

##### **Art. 15. El delito se excluye cuando:**

“(...) IV. Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo que encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión; (...)”

**Art. 16.** “Al que se exceda en los casos de defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones IV, V, VI del artículo 15, se le impondrá la pena del delito culposo.”

**Artículo 17.** “Las causas de exclusión del delito se investigarán y resolverán de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento.”

- **Código Penal de Chile**

#### **De las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal**

**Art. 10. Están exentos de responsabilidad criminal:**

“(…) 4.- El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

Primera. Agresión ilegítima.

Segunda. Necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo.

Tercera. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

5.- 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 inclusive, 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 circunstancia 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.

6.- El que obra en defensa de la persona y derechos de un extraño, siempre que concurren las circunstancias expresadas en el número anterior y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo.

Se presumirá legalmente que concurren las circunstancias previstas en este número y en los números 4.- y 5.- precedentes, cualquiera que sea el daño que se ocasione al agresor, respecto de aquel que rechaza el escalamiento en los términos indicados en el número 1.- del artículo 440 de este Código, en una casa, departamento u oficina habitados, o en sus dependencias, o, si es de noche, en un local comercial o industrial y del que impida o trate de impedir la consumación de los delitos señalados en los artículos 141, 142, 365, inciso segundo, 390, 391, 433 y 436 de este Código (…).”

**De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal**

**Art. 11. Son circunstancias atenuantes:**

“Las expresadas en el artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

2.) Derogada.

3.) La de haber precedido inmediatamente de parte de ofendido, provocación o amenaza proporcionada al delito.

4.) La de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge, a sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos.

- 5.) La de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos y obcecación.
- 6.) Si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable.
- 7.) Si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.
- 8.) Si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito.
- 9.) Si del proceso no resulta contra el procesado otro antecedente que su espontánea confesión.
- 10.) El haber obrado por celo de la justicia.”

- **Código Penal de Uruguay**

**De las circunstancias que eximen de pena**

**Capítulo I. De las causas de justificación**

**Art. 26. (Legítima defensa)**

“Se hallan exentos de responsabilidad:

El que obra en defensa de su persona o derechos, o de la persona o derechos de otros, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

Agresión ilegítima.

Necesidad racional del medio empleado para repelerla o impedir el daño.

Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquél que durante la noche defiende la entrada de una casa habitada o de sus dependencias, o emplea violencia contra el individuo extraño a ella, que es sorprendido dentro de la casa o de las dependencias.

El tercer requisito no es necesario tratándose de la defensa de los parientes consanguíneos en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, del cónyuge, de los padres o hijos naturales reconocidos o adoptivos, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación.

El que obra en defensa de la persona o derechos de un extraño, siempre que concurren las circunstancias expresadas en el inciso 1º y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo (...).”

- **Código Penal de Bolivia**

**Capítulo II. Bases de la punibilidad**

**Art. 11.-**

“Están exentos de responsabilidad:

- 1) (LEGÍTIMA DEFENSA): El que en defensa de cualquier derecho, propio o ajeno, rechaza una agresión injusta actual, siempre que hubiere necesidad racional de la defensa y no existiese evidente desproporción del medio empleado (...).”

**Art. 13.- (NO HAY PENA SIN CULPABILIDAD).**- “No se le podrá imponer pena al agente, si su actuar no le es reprochable penalmente. La culpabilidad y no el resultado es el límite de la pena.

Si la ley vincula a una especial consecuencia del hecho una pena mayor, ésta sólo se aplicará cuando la acción que ocasiona el resultado más grave se hubiera realizado por lo menos culposamente.”

**Art. 16.- (ERROR)**

**ERROR DE TIPO.-** “El error invencible sobre un elemento constitutivo del tipo penal excluye la responsabilidad penal por este delito. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será sancionada con la pena del delito culposo, cuando la ley lo conmine con pena.

El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá la aplicación de la pena agravada.

El delito cometido por error vencible sobre las circunstancias que habrían justificado o exculpado el hecho, será sancionado como delito culposo cuando la ley lo conmine con pena.

**ERROR DE PROHIBICIÓN.-** El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo del tipo penal excluye la responsabilidad penal. Si el error fuera vencible, la pena podrá atenuarse conforme al artículo 39.”

- **Código Penal de Paraguay**

## **Título II. EL HECHO PUNIBLE**

### **Capítulo I. PRESUPUESTOS DE LA PUNIBILIDAD**

**Art. 18.-** “Error sobre circunstancias del tipo legal

1º No actúa con dolo el que al realizar el hecho obrara por error o desconocimiento de un elemento constitutivo del tipo legal. Esto no excluirá la punibilidad en virtud de una ley que sanciona la conducta culposa.

2º El que al realizar el hecho se representara erróneamente circunstancias que constituirían el tipo de una ley más favorable, sólo será castigado por hecho doloso en virtud de ésta.”

**Art. 19.-** “Legítima Defensa

No obra antijurídicamente quien realizara una conducta descrita en el tipo legal de un hecho punible, cuando ella fuera necesaria y racional para rechazar o desviar una agresión, presente y antijurídica, a un bien jurídico propio o ajeno.”

**Art. 22.-** “Error de prohibición

No es reprochable el que al realizar el hecho desconozca su antijuridicidad, cuando el error le era inevitable. Pudiendo el autor evitar el error, la pena será atenuada con arreglo al artículo 67.”

**Art. 24.-** “Exceso por confusión o terror

El que realizara un hecho antijurídico excediéndose por confusión o terror en los límites de la legítima defensa o de un estado de necesidad justificante, será eximido de pena”.

**Art. 25.-** “Inexigibilidad de otra conducta

El que realizara un hecho antijurídico para rechazar o desviar de sí mismo, de un pariente o de otra persona allegada a él, un peligro presente para su vida, su integridad física o su libertad, será eximido de pena cuando, atendidas todas las circunstancias, no le haya sido exigible otra conducta. En caso de haber sido exigible otra conducta, la pena podrá ser atenuada con arreglo al artículo 67.”

- **Código Penal de Venezuela**

**Título V. De la responsabilidad penal y de las circunstancias que la excluyen, atenúan o agravan.**

**Art. 65.** “No es punible:

(...) 3. El que obra en defensa de su propia persona o derecho, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- a. Agresión ilegítima por parte del que resulta ofendido por el hecho.
- b. Necesidad del medio empleado para impedirlo o repelerlo.
- c. Falta de provocación suficiente de parte del que pretenda haber obrado en defensa propia.

Se equipara a la legítima defensa el hecho con el cual el agente, en el estado de incertidumbre, temor o terror traspasa los límites de la defensa.

- d. El que obra constreñido por la necesidad de salvar su persona, o la de otro, de un peligro grave e inminente, al cual no haya dado voluntariamente causa, y que no pueda evitar de otro modo.”

**Art. 66.** “El que traspasare los límites impuestos por la ley en el caso del numeral 1 del artículo anterior, y por la autoridad que dio la orden en el caso del numeral 2 del mismo, y el que se excediere en la defensa, o en los medios empleados para salvarse del peligro grave e

inminente, haciendo más de lo necesario, será castigado con la pena correspondiente, disminuida desde uno a dos tercios. La pena pecuniaria se aplicará con disminución de la mitad.”

**Art. 67.** “El que cometa el hecho punible en un momento de arrebató o de intenso dolor, determinado por injusta provocación, será castigado, salvo disposición especial, con la pena correspondiente disminuida desde un tercio hasta la mitad, según la gravedad de la provocación.”

- **Código Penal de Ecuador**

## **Capítulo II. De las circunstancias de la infracción.**

(...) **Art. 19.-** “No comete infracción de ninguna clase el que obra en defensa necesaria de su persona, con tal que concurren las siguientes circunstancias: actual agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para repeler dicha agresión, y falta de provocación suficiente de parte del que se defiende.”

**Art. 20.-** “Se entenderá que concurren las circunstancias enumeradas en el artículo anterior, si el acto ha tenido lugar defendiéndose contra los autores de robo o saqueo ejecutados con violencia; o atacando a un incendiario, o al que roba o hurta en un incendio, cuando son aprehendidos en delito flagrante; o rechazando durante la noche el escalamiento o fractura de los cercados, murallas o entradas a una casa o departamento habitados o de sus dependencias, a menos que conste que el autor no pudo creer en un atentado contra las personas, ya se atiende al propósito directo del individuo que escalaba o fracturaba, ya a las resistencias que debían encontrar las intenciones de éste.”

**Art. 21.-** “No comete infracción alguna el que obra en defensa de otra persona, siempre que concurren las dos primeras circunstancias del artículo 19 y que, en caso de haber precedido provocación al agresor, no hubiere tomado parte de ella el que defiende.”

**Art. 22.-** “Tampoco hay infracción alguna cuando uno de los cónyuges mata, hiere o golpea al otro, o al correo, en el instante de sorprenderlos en flagrante adulterio, o cuando una mujer comete los mismos actos en defensa de su pudor, gravemente amenazado.”

**Art. 23.-** “No hay infracción en los golpes que se den sin causar heridas o lesiones graves, a los reos de hurto o robo, cuando se les sorprenda en flagrante delito, o con las cosas hurtadas o robadas.”

**Art. 25.-** “Son excusables el homicidio, las heridas y los golpes, cuando son provocados por golpes, heridas u otros maltratamientos graves de obra, o fuertes ataques a la honra o dignidad, inferidos en el mismo acto al autor del hecho, o a su cónyuge, ascendiente, descendiente, hermanos, o afines dentro del segundo grado.

Son también excusables las infracciones determinadas en el inciso anterior, cuando son el resultado de un exceso de legítima defensa.”

**Art. 26.-** “Son igualmente excusables dichas infracciones cuando han sido cometidas rechazando durante el día el escalamiento o fractura de los cercados, murallas, o entradas de una casa habitada, o de sus dependencias; salvo que conste que el autor del hecho no pudo creer en un atentado contra las personas, ya se atiende al propósito directo del individuo que intentaba el escalamiento o fractura, ya al efecto de la resistencia que encontrarían las intenciones de éste.”

**Art. 27.-** (Derogado).

**Art. 28.-** “Los motivos de excusa enumerados en los artículos. 25 y 26, no son admisibles si el culpado comete la infracción en la persona de sus ascendientes.”

- **Código Penal de Costa Rica**

#### **Sección IV. Causas de justificación.**

(...) **Legítima defensa.**

**Art 28.-**

“No comete delito el que obra en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

- a) Agresión ilegítima; y b) Necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión.

Se entenderá que concurre esta causal de justificación para aquel que ejecutare actos violentos contra el individuo extraño que, sin derecho alguno y con peligro para los habitantes u ocupantes de la edificación o sus dependencias, se hallare dentro de ellas, cualquiera que sea el daño causado al intruso. (Así reformado por el Artículo 1° de la ley N° 5743 de 4 de agosto de 1975).”

#### **Exceso en la defensa.**

**Art. 29.-**

“Si en los casos de los artículos anteriores, el agente ha incurrido en exceso, el hecho se sancionará de acuerdo con el artículo 79. No es punible el exceso proveniente de una excitación o turbación que las circunstancias hicieren excusable.”