



**UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21**  
**TRABAJO FINAL DE GRADUACION**  
**PIA**

“LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL MARCO DEL CUMPLIMIENTO  
DE LAS FUNCIONES DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD”.

**ABOGACIA**

**ALUMNO: José Mauricio Erben**

**DNI: 31.717.903**

**NÚMERO DE LEGAJO: VABG54585**

**TUTOR: Ab. Leonardo Marcellino**

**Tipo de Investigación: PIA**

**2019**

## **Agradecimientos**

*A todos y cada uno de ustedes, quienes supieron brindar su invaluable ayuda en los momentos en los que la precisé. Gracias.*

## **Dedicatoria**

*Dedico mi trabajo final de graduación a mi familia; A mis padres por no haber bajados jamás los brazos conmigo, a mis hijos por haber sabido sobrellevar en silencio la ausencia de su padre en esos momentos dedicados al estudio, y especialmente a mi amada esposa, por ser el principal sostén familiar y haberse puesto el hogar a sus espaldas, otorgándome tranquilidad y tiempo necesario para poder cumplir mi sueño. Los amo.-*

## **Resumen**

En el presente Trabajo Final de Graduación se van a analizar los requisitos de la legítima defensa y específicamente acerca de que si los miembros de las fuerzas de seguridad deben actuar conforme los parámetros establecidos en sus normativas disciplinarias institucionales (regulados bajo distintas pautas del Derecho Público) de acuerdo con los estándares generales del art 34 Inc. 6) del Código Penal.

Siguiendo por un análisis exhaustivo del requisito de la “proporcionalidad” como componente ineludible en el accionar de un funcionario estatal, un estudio de las diferentes normativas que rigen el actuar de las fuerzas de Seguridad y Policiales, federales y provinciales y su recepción en el derecho comparado.

Para continuar se realizará una descripción de las diferentes posturas doctrinarias, basadas en distintas visiones desde la concepción de Derecho Público y el Derecho Privado, analizando ambas, comparándolas e intentando llegar a una posición intermedia conocida como “soluciones de la diferencia”.

Para finalizar se hará un repaso de los antecedentes jurisprudenciales, nacional e internacionales sobre el mencionado instituto jurídico y con él se tratará de concluir que postura es la utilizada por los tribunales argentinos.

## **Palabras Claves:**

**Legítima defensa – Fuerza de seguridad – Funcionarios – Causa de justificación - Proporcionalidad**

## **Abstract**

In the present Final Work of Graduation will be analyzed the requirements of self-defense and specifically about whether members of the security forces must act according to the parameters established in their institutional disciplinary regulations (regulated under different guidelines of Public Law) in accordance with the general standards of art 34 Inc. 6) of the Penal Code.

That is why, in principle, we will try to make a deep description of the institute contemplated from different points of view, its antecedents, legal nature and its reception in the Argentine fund code.

Following a thorough analysis of the requirement of "proportionality" as an inescapable component in the actions of a state official, a study of the different regulations that govern the actions of the security and police, federal and provincial forces and their reception in the law compared.

To continue it will be a description of the different doctrinal positions, based on different views from the conception of Public Law and Private Law, analyzing both, comparing them and trying to reach an intermediate position known as "solutions of difference". In order to finalize a review of the jurisprudential, national and international antecedents on the mentioned legal institute and with him it will be tried to conclude that position is the one used by the Argentine courts.

## **keyword:**

**Legitimate defense - Security force - Officials - Cause of justification –  
Proportionality**

## Índice:

<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>6</b>
<b>2. <u>CAPÍTULO 1: LA LEGÍTIMA DEFENSA.....</u></b>	<b>8</b>
a. Concepto.....	9
b. Naturaleza Judicial y elementos constitutivos.....	11
c. Antecedentes históricos.....	15
d. Recepción en el Código Penal Argentino.....	17
<b>3. <u>CAPÍTULO 2: EL REQUISITO DE LA PROPORCIONALIDAD EN EL ACCIONAR DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD Y POLICIALES.....</u></b>	<b>19</b>
a. Recepción en el Código Penal Argentino.....	20
b. Recepción en las normas de actuación de los cuerpos policiales.....	22
i. Ley Orgánica de Gendarmería Nacional Nro.19.349.....	23
ii. Ley Nro 5688 “Sistema integral de Seguridad Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.....	24
c. Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley.....	27
d. Características especiales de la legítima defensa de las fuerza de seguridad respecto de los particulares.....	32
<b>3. <u>CAPÍTULO 3:LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL DERECHO COMPARADO.....</u></b>	<b>33</b>
a. Cuestiones Generales.....	34
b. Código Penal de la República de Chile.....	38
i. Diferencias y semejanzas con el Código Penal Argentino.....	39
ii. Análisis de casos más relevantes.....	41
c. El Common Law y la Jurisprudencia de la Supreme Court of the United States..	47
i. La fuerza Letal como instituto receptado en el actuar policial.....	47
ii. Análisis de casos.....	49
a. Análisis y diferencias con la ley argentina.....	51

<b>4. <u>CAPÍTULO 4: ANÁLISIS DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA</u></b>	
<b>ARGENTINA.....</b>	<b>57</b>
a. Análisis Doctrinarios.....	58.
i. Las soluciones del Derecho Penal.....	60
ii. Las soluciones de la Diferencia.....	61
iii. Las soluciones de la Público.....	61
b. Análisis Jurisprudenciales.....	62
c. Proyecto de las modificaciones del Código Penal Argentino.....	64
d. Conclusiones parciales.....	65
<b>5. <u>CONCLUSIONES GENERALES</u>.....</b>	<b>66</b>
<b>6. <u>BIBLIOGRAFÍA</u>.....</b>	<b>68</b>

## **1. Introducción**

El Código Penal Argentino establece como una causa de justificación el instituto de la legítima defensa, pero cuando la misma es alegada por los miembros pertenecientes a las fuerzas de seguridad en cumplimiento de sus funciones, podemos observar una zona gris, en lo referido a su aplicación, alcance y encuadre, exigiendo además de otros requisitos, la “proporcionalidad” para los funcionarios públicos encargados de hacer cumplir la ley.

Es por ello que el tema en sí proporciona un constante debate, en razón a si la figura nombrada debe ser aplicada indistintamente a miembros de las fuerzas de seguridad como a los particulares.

Asimismo, en el artículo 34 en su inc. 4 del Código Penal Argentino se hace mención a otra causa de justificación, como es “obrar en cumplimiento de un deber”, la cual contiene otros requisitos que la conforman, sumado a que existen normas de carácter interno que regulan la forma en que deben proceder los agentes de las fuerzas de seguridad frente a determinadas circunstancias.

En última instancia y realizando un profundo análisis se puede observar varias diferencias sustanciales a la hora de cotejar el mismo instituto en el derecho comparado.

En virtud de la falta de claridad respecto a si esa fuerza utilizada por los funcionarios policiales debe cumplir con los requisitos de la legítima defensa del derecho penal (utilizar un medio necesario o racional para repeler el ataque antijurídico,)o si en realidad debe utilizar proporcionalmente la fuerza a la luz de los estándares requeridos por el derecho público es que se considera de importancia su realización en el presente trabajo.

Existe una distinción corriente, que constituye un verdadero sentido común en los discursos políticos y científicos sobre la cuestión criminal entre dos finalidades de la política criminal: la represión del delito y la prevención del delito. Reprimir el delito es la intervención ex – post, después que el delito ha sido producido, para castigar al sujeto que lo ha realizado.

El Código Penal Argentino autoriza a los particulares, como causa de justificación, el estado de necesidad, el ejercicio regular de un derecho y además la legítima defensa, esta última debe ser comprendida como un instrumento de política criminal, destinado a actuar siempre y cuando posea capacidad de prevenir daños a las personas sin ocasionar efectos aún peores de los que sea capaz de impedir.

Existen discrepancias en torno al modo de aplicar este instituto cuando en el hecho interviene un agente de las fuerzas de seguridad o policial, el cual al ser un funcionario público posee un régimen especial, y donde hay que analizar los presupuestos de la legítima defensa con otros parámetros. En consecuencia, y conforme al análisis del material recopilado hasta el momento, considero muy importante el estudio de este instituto en el presente trabajo, teniendo en cuenta además que no se ha podido encontrar un trabajo que recopile de manera completa el material de estos institutos.

Si bien el instituto de la legítima defensa fue recepcionado por el Código Penal sancionado sobre la base del proyecto de Carlos Tejedor (Ley 1920 año 1886) en sus artículos 152 a 156, nos centraremos en el Código Penal Argentino sancionado mediante la ley 11.179 en septiembre de 1921 vigente hasta la fecha, como línea directriz para la recopilación de información de nuestra investigación teniendo en cuenta que, además de otras modificaciones, se unifica de la legislación penal (común y federal). Por otra parte, es dable destacar, que la temática analizada se presenta en situaciones o hechos relativamente actuales, o contemporáneos, los cuales fueron tomando estado público (sobre todo en nuestro país) en sus casos más relevantes en los últimos años los cuales se analizarán en el presente trabajo.

El trabajo está dividido en 4 capítulos: capítulo 1 se analizó la legítima defensa en el que se analizó el concepto, la naturaleza judicial y elementos constitutivos, los antecedentes históricos y la recepción en el código penal argentino. En el capítulo 2 se describió el requisito de la proporcionalidad en el accionar de las fuerzas de seguridad y policiales. En el capítulo 3 se explicó la legítima defensa en el derecho comparado establecido en el código penal de la república de Chile analizando las diferencias y semejanzas con el código penal argentino. El Common Law y la jurisprudencia de la Supreme Court of the United States, la fuerza letal como instituto receptado en el actuar policial y el análisis y diferencias con la ley argentina. En el capítulo 4: análisis de la doctrina y la jurisprudencia argentina con las soluciones del derecho público y derecho privado y proyecto de las modificaciones del código penal argentino.

**CAPÍTULO 1:**

**LA LEGÍTIMA DEFENSA**

### **a. Concepto**

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, autorizada por el ordenamiento Jurídico ejecutada empleando medios necesariamente racionales (Olivares 2012).

Este último requisito, consagrado en forma expresa en nuestro Código Penal<sup>1</sup>, nos genera ciertos inconvenientes al momento de analizar, en el caso concreto, si la reacción necesaria, se encuentra o no justificada por el ordenamiento jurídico cuando es realizada por los funcionarios policiales, en base a diferentes factores que inciden en el tipo normativo dependiendo de cómo es ejecutado.

Ahora bien, cuando el brazo armado del Estado, el cual se encuentra embestido de un conjunto de atribuciones y potestades para intervenir, prevenir y reprimir, en situaciones que representan un peligro inminente hacia bienes jurídicos que merecen la protección estatal, necesita cumplir con requisitos esenciales, que limitan esa incidencia del instituto jurídico. Dicho esto, es que el Estado pone en cabeza del funcionario, la responsabilidad de realizar un examen de proporcionalidad en un sentido muy estricto, ya que supone medir la necesidad de la realización del fin por la intensidad de la limitación de los derechos fundamentales (Clérico, 2009).

Esto ha sido reglado desde el año 1979 cuando Argentina suscribe tratados internacionales<sup>2</sup> que introducen el principio de proporcionalidad como límite de la actuación de las fuerzas de seguridad dictando al mismo tiempo, leyes decretos y reglamentos que remiten a esos instrumentos y establecen regulaciones explícitas y detalladas con respecto al empleo de la fuerza<sup>3</sup>. Ergo, para que la injerencia estatal sea legítima debe estar reglamentada por normas positivas, en cambio la actuación del ciudadano se rige por la regla inversa “está permitido todo

---

<sup>1</sup> Código Penal Argentino, Ley 11.179, artículo 34, inc. 6° apartado b) Buenos Aires, 30 de septiembre de 1921

<sup>2</sup> Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, Asamblea General de la ONU.

<sup>3</sup> Ley de Seguridad Interior Nro. 24.059, Honorable Congreso de la Nación Argentina, diciembre 1991. Art 21 y 22.-

lo que no está expresamente prohibido por ley”<sup>4</sup>. Esta máxima se denomina principio de reserva de ley y exige que la ley formal se encuentre reglamentada y determine los alcances específicos de aquella injerencia. Cuanto más grave sea la intervención, se exige mayor detalle en la norma positiva.-

Al analizar esta disidencia desde una perspectiva más crítica, caemos en el problema de ubicar el accionar del funcionario estatal en la normativa adecuada que ampare un posible exceso o desproporción entre el medio utilizado y el peligro repelido, y al mismo tiempo, nos abre el paradigma de contemplar diferentes opciones para una posible solución.

La solución del derecho penal, la solución del derecho público y una tercera postura que denominan “Soluciones de la Diferencia” (Beguelín, 2012).

La primera sostiene que, los funcionarios policiales que se ven en las circunstancias de tener que, por la necesidad imperante, intervenir para contrarrestar el peligro que amenaza un bien jurídico, (siendo éstos en su mayoría la vida del mismo funcionario o de terceros) pueden invocar la causa de justificación tipificada en el Código Penal argentino, en su artículo 34, Inciso 6°, la cual justificaría cualquier desproporción no muy grave, y que la misma debería ser considerada lícita.

La segunda postura doctrinal, la “solución del derecho público”, en contradicción con la anterior atiende a la cuestión intentando únicamente resolver la situación considerando únicamente las normativas internas policiales de derecho público negando la posibilidad de acudir a las causas de justificación del derecho penal. (Beguelín, 2012)

La tercera y última concepción, las “soluciones de la diferencia”, expone que las causas de justificación no distinguen entre ciudadanos particulares y funcionarios policiales, que cuando éstos últimos se extralimitan dentro de su marco permitido en las normativas policiales internas que regulan su accionar, pero no exceden el límite de la legítima defensa, su conducta no es penalmente ilícita, sin embargo se le atribuye cierta responsabilidad estatal, atendiendo (tomando como referencia la teoría del órgano) a que las fuerzas de seguridad son parte de la administración estatal. (Beguelín, 2012)

---

<sup>4</sup> Constitución de la Nación Argentina, 1853, Cap. 1ro, Art. 19.-

## **b. Naturaleza Judicial y elementos constitutivos**

La legítima defensa para Luzón Peña, D. (2006) “es una causa de justificación, un tipo permisivo que elimina la contrariedad de la conducta típica con el orden jurídico”. (p.115)

Respecto del fundamento de la impunidad del hecho realizado en legítima defensa, Fontán Balestra, C. (1979) distingue en dos grupos de teorías:

- Las que sostienen que el hecho es intrínsecamente en sí mismo injusto, debiendo buscarse en otra parte las causas que lo eximen de pena.
- Las que lo juzgan intrínsecamente justo y por lo tanto lícito. Para este grupo se está ante una verdadera causa de justificación. Hoy se constituye en mayoría el grupo que ve en la defensa legítima una acción lícita apoyándose en la situación de necesidad y la colisión de derechos.

En la visión actual del derecho a la legítima defensa según Fontán Balestra, C. (1979), existe una combinación de intereses individuales y comunitarios, ambos tienen importancia para su fundamentación:

Desde la perspectiva del individuo particular “se entiende como un derecho individual a la protección y la autodeterminación frente a agresiones”. (p.256) Desde el punto de vista del Estado, “aparece como la defensa que sustituye la tarea de confirmación del derecho, la que en principio, sólo compete al Estado”. (p.265).

La doctrina y jurisprudencia reconocen que el fundamento de este permiso proviene de la especial situación del autor y del bien jurídico en el momento de la acción.

En la actualidad se reconoce unánimemente la naturaleza justificante de la legítima defensa: la legítima defensa es una afirmación del derecho. El fundamento se ve en el principio según el cual "el derecho no necesita ceder ante lo ilícito".

Sostiene Zaffaroni, E., (1981) *"se define el fundamento por la necesidad de conservar el orden jurídico y de garantizar el ejercicio de los derechos."* (p.160). El fundamento de la legítima defensa, dice este autor, “se basa en el principio de que nadie puede ser obligado a

soportar lo injusto”. (p.162). Se trata de una situación conflictiva en la cual el sujeto puede actuar legítimamente porque el derecho no tiene otra forma de garantizarle el ejercicio de sus derechos o mejor dicho la protección de sus bienes jurídicos.

De esta manera y siguiendo la línea de pensamiento de Fontán Balestra, C. (1979) la legítima defensa se configura cuando existe una situación de necesidad. “Cuando entre el mal que evita quien se defiende y el que le quiere causar quien le agrede media una desproporción inmensa” (p.161), porque el primero es muy pequeño en comparación al segundo, y la defensa deja de ser legítima. Entonces para este autor “la defensa sólo es legítima si es necesaria”. (p.161).

El ordenamiento jurídico Nacional establece que para que exista defensa necesaria o legítima defensa, según el art. 34 inc. 6º y 7º es necesario que concurren los siguientes requisitos:

- Agresión ilegítima.
- Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.
- Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Cuando se trata de la defensa de terceros los requisitos la agresión ilegítima y la racionalidad en el medio empleado se mantiene. En cuanto a la provocación suficiente aun habiendo mediado de parte del agredido la defensa es legítima si no ha participado en ella quien repele la agresión. (Fontán Balestra, C. 1979)

Para que se configure la legítima defensa, otro de los requisitos mencionados es que la agresión debe ser real, no siendo suficiente que el que se defiende se imagine la agresión. En este sentido existe una opinión unánime en doctrina y jurisprudencia que “la agresión debe ser real, de lo contrario habría un error del que se defiende y podría darse el caso de una legítima defensa putativa”. (p.99). Pero, no se puede exigir al sujeto que esté seguro plenamente del ataque que va recibir para luego defenderse, basta con que se dé una creencia racional. (Pérez López, J., 2016)

También se mencionó que la agresión debe ser actual o inminente, pero este requisito se deduce tácitamente del código penal, donde se expresa solo la situación de repeler la agresión y de impedir el daño. Ser actual para Pérez López, J., (2016), implica que “el ejercicio de la

defensa debe efectuarse dentro del mismo tiempo de la agresión, es decir, que está debidamente interrumpir la ejecución del hecho agresivo antes que el ataque quede consumado”. (p.99)

No puede haber legítima defensa después de haber terminado la respectiva agresión, de lo contrario estaríamos situándonos ante un abuso de derecho, que podrían afrontarse en venganza o justicia por mano propia. Asimismo, el ataque deberá de ser inminente cuando la resolución del agresor sea irrevocable respecto al inicio del ataque; no podría llamarse inminente aquella acción jurídicamente imposible. (Pérez López, J., 2016, p.100)

La necesidad racional no debe entenderse como proporcionalidad de medios, sino que hace referencia al propio medio necesario para frenar o evitar la agresión ilegítima. Este requisito ha sido un tema controvertido en la doctrina penal, la misma que se ha llevado a interpretaciones judiciales disparejas y poco coherentes, en relación a la necesidad de la defensa y racionalidad de la defensa necesaria. (Pérez López, J., 2016, p.100)

Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa implica el castigo de una acción de defensa racional y necesaria ante una agresión ilegítima. El agredido que se defiende no de haber provocado la agresión al agresor ni sobrepasar los límites permisibles. (Pérez López, J., 2016, p.100)

En cuanto a los bienes defendibles el código no los distingue ni determina, por lo que puede ser cualquier bien perteneciente al agredido o a un tercero, y cualquier interés reconocido jurídicamente.

Otra de las características de la legítima defensa expone Luzón Peña, D. (2006), “es que la situación de peligro del bien jurídico debe ser la consecuencia de un obrar humano” (p.238), es decir, que la conducta debe ser antijurídica sin importar que sea típica.

La agresión es ilegítima cuando se trata de una situación a la que el autor no tiene derecho, que el agredido no está obligado a soportar. Es el presupuesto ineludible de la legítima defensa y premisa o antecedente de las otras dos circunstancias requeridas. Es también presupuesto indispensable del exceso. (Luzón Peña, D. 2006).

El problema radica en saber si se puede considerar agresión a la acción de un incapaz de culpabilidad o inimputable, o del que obra por error. Un sector minoritario según Luzón Peña, D. (2006), piensa que en estos casos falta ya la agresión. Otro sector como Reinhart Maurach-Heinz Zipf (1998), piensa que en el caso de un enfermo mental o un niño, por ejemplo, se restringe la amplitud de la defensa, en razón de que frente a tales sujetos sólo queda un derecho individual de defensa y carece de sentido la defensa del orden jurídico. (Luzón Peña, D. 2006).

Tampoco hay acuerdo total en la doctrina acerca de la intencionalidad de la agresión, algunos autores, como Bacigalupo, sostienen que puede ser tanto intencional como provenir de una acción realizada sin la debida diligencia. Para otros, como Zaffaroni E., (1981):

“se requiere que la agresión sea intencional, no siendo admisible la agresión "culposa", puesto que en tal caso es una enormidad pretender que quien se ve amenazado tenga derecho a causar un daño sin proporción alguna con la magnitud del mal”. (p.162)

La agresión debe ser actual o inminente. No puede oponerse defensa legítima al ataque futuro que aun puede ser evitado por otros medios, ni al ya cumplido cuando el peligro ha pasado. Pero siempre que se impide la agresión se actúa ante un ataque futuro que no puede evitarse pre otros medios. (Zaffaroni E., 1981).

Por otro lado, el carácter antijurídico de la agresión excluye la posibilidad de una legítima defensa contra una legítima defensa.

Como dijimos anteriormente, según el pensamiento de Fontán Balestra, C. (1979):

“se trata el ejercicio de la defensa necesaria, de repeler la amenaza de un bien jurídicamente protegido por una conducta humana, si bien esto parece una obviedad puede despertar algún interés en el caso de las personas jurídicas”. (p. 162)

En contra de una opinión extendida en el derecho privado, de la misma manera en el derecho penal anglosajón, que acepta la responsabilidad criminal de estos entes, la mayoría de la doctrina entiende la incapacidad de las personas jurídicas para actuar en el derecho penal “societas delinquere non potest”. (Fontán Balestra, C., 1979)

En referencia a la tentativa no idónea, en función de que no exista una necesidad de protección, podemos decir que no constituye entonces una agresión.

La antijuricidad de la agresión debe suponer necesariamente tanto un desvalor de acción como de resultado, por lo que si la agresión resulta amparada por una justificante no estará presente ni el desvalor de acción ni el desvalor de resultado. (Fontán Balestra, C., 1979)

### **c. Antecedentes históricos**

Sin embargo, es Jiménez de Asúa, (1952) quien dice que "*la legítima defensa no tiene historia*"(p.27,) en el sentido que ha existido siempre, no obstante, ella no puede ser anterior al Estado, pues es éste quién garantiza el ejercicio de los derechos a sus ciudadanos. "Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio reclama (con éxito) para sí el monopolio de la violencia física legítima" (p.27), y como tal poseedora es que decide cederla a sus habitantes para ser utilizada en los momentos en que el éste no pueda estar presente (Weber, 1919).

La legítima defensa ha sido reconocida por las antiguas culturas del mundo occidental, tal fue el caso de las leyes de Manu de la India, donde se lee "por propia seguridad en una guerra interpuesta para defender sagrados derechos y para proteger a una mujer o un brahmán "el que mata justamente no es culpable" (p.28), como vemos las leyes Manu permitían la legítima defensa de sí mismo y de un tercero (Leyes Manu libro VIII, Nro 349). No obstante, exigían que no hubiera otra forma de evitar la agresión.

Jiménez de Asúa, (1952) cuenta que el derecho Romano, que ha sido la cuna no solo del nuestro, sino de diferentes ordenamientos jurídicos, no podía ser ajena a esta concepción. La frase latina *vim vi repellere licet* (Digesto de Justiniano), "es lícito repeler la violencia con la violencia", nos expresa ya la existencia de este instituto, en dicho compendio jurídico del emperador bizantino Justiniano I. En la ley de las XII tablas introduce un concepto de legítima defensa contra el ladrón nocturno (Tabla II "De Judicio"), que se reproduce en su Digesto, y Cicerón proclama la naturaleza de derecho natural que asume la legítima defensa y así lo cita Luis Jiménez de Asúa "no es esta una ley escrita, sino que con ella se nace" (p. 28).

Asimismo, según Jiménez de Asúa, (1952), se proclaman una serie de condiciones para su procedencia. En primer lugar, la agresión del atacante debe ser injusta, y en segundo lugar, es necesaria la existencia de peligro “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). En última instancia se exige la necesidad de que el agente no pueda salvarse de otro modo.

El derecho canónico, concibe también la realización de la legítima defensa en su Código Canónico, Art.1323 Inciso 5 que expresa “actuó en legítima defensa contra un injusto agresor de sí mismo o de otro, guardando la debida moderación”. (Jiménez de Asúa, 1952, p. 30).

Históricamente, explica Jiménez de Asúa, (1952) “la legítima defensa nació unida a los delitos de homicidio y lesiones, y permanece así en los códigos antiguos” (p. 30), pero en las demás legislaciones contemporáneas se aceptaba la posibilidad de que “justifique la defensa de cualquier bien jurídico, incluso aunque no se halle penalmente tutelado” (p.30).

Ésta extensión y generalización es fruto del industrialismo, es el resultado de la necesidad de asegurar la riqueza que se concentraba en las ciudades de la amenaza de las masas miserables que también se concentraban en ellas cuando la acumulación de capital productivo no era suficiente como para asimilar su mano de obra. Desde entonces ha parecido normalmente aceptable la defensa de la propiedad a costa de la vida del agresor. (Jiménez de Asúa, 1952)

Jiménez de Asúa, (1952) continua explicando que al "revaluarse" notoriamente la vida humana en los documentos de Derechos Humanos de la post guerra que expresamente incluyen el "derecho a la vida", surge la duda acerca de si es posible admitir en nuestro derecho positivo la defensa de la propiedad a costa de la vida del agresor. El problema ya se planteó en Europa con motivo del art. 2 de la Convención de Roma, que establece expresamente que sólo se admite cuando es resultado de un recurso de fuerza absolutamente necesaria para *"asegurar la defensa de cualquier persona contra la violencia ilegal"*. (Jiménez de Asúa, 1952)

Los autores alemanes, se han dividido, sosteniendo unos que sólo se refiere a la acción del estado y otros que abarca la de los particulares en la extensión del instituto de la legítima defensa.

#### d. Recepción en el Código Penal Argentino

Las causas de justificación para Roxin., C, (2001), se encuentran en todo el ordenamiento jurídico, algunas se hallan en la parte general del código penal, otras específicamente previstas en la parte especial del código y otras surgen del enunciado genérico de "*ejercicio de un derecho*".

Entre las primeras podemos ubicar a la legítima defensa o defensa necesaria, que es regulada en forma expresa en el art. 34<sup>5</sup> inc. 6º del C.P.

La defensa puede ser propia o de terceros, regulando la propia el inc. 6º del art. 34 CP y la de terceros el inc. 7º del mismo artículo.

La defensa "*propia o de sus derechos*" abarca la posibilidad de defender legítimamente cualquier bien jurídico. En otras palabras, es suficiente con que se trate de un bien que proteja el derecho con lo que queda absolutamente a salvo su legitimidad, sin que imperiosamente deba resultar resguardado por el ordenamiento jurídico penal. (Roxin., C, 2001)

En nuestro derecho no tenemos una ley expresa, como es el art. 2 de la convención de Roma, pero la Convención de San José, ley 23.054, ley interna para nuestro país, indica el alto respeto por la vida humana.

El inc. 7º del art. 34 extiende el tipo permisivo de la legítima defensa a la defensa de terceros, en los siguientes términos: "el que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inc. anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor". (Roxin., C, 2001)

La única diferencia que media entre la defensa propia y la de terceros es que respecto de la provocación: en tanto que quien provocó suficientemente no puede defenderse legítimamente, puede hacerlo un tercero a condición de que no haya participado en la agresión. La circunstancia

---

<sup>5</sup> ARTÍCULO 34.- No son punibles: 6º. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia

de que el tercero conozca la provocación no le inhabilita para defender legítimamente al agredido. (Roxin., C, 2001)

**CAPÍTULO 2:**

**EL REQUISITO DE LA PROPORCIONALIDAD EN EL ACCIONAR DE LAS  
FUERZAS DE SEGURIDAD Y POLICIALES**

### **a. Recepción en el Código Penal Argentino**

Claus Roxin (2001) expone que las palabras necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión el Código Penal argentino caracteriza la acción de defensa propiamente dicha. De ello resultan dos premisas: a) que se haya creado una situación de necesidad para el que se defiende, b) que el medio empleado sea el racionalmente adecuado para evitar el peligro. (p.211)

La necesidad debe resultar de la agresión que pone en peligro un bien jurídico: necesidad de defensa, la necesidad es exigencia sin la cual la defensa no es legítima. La necesidad supone oportunidad del empleo de la defensa e imposibilidad de usar otros medios menos drásticos, inevitabilidad del peligro por otros recursos, pero todo ello en directa relación y subordinación al peligro que nos amenaza o la utilidad del bien jurídico que violentamente amparamos y a la figura típica que surge de la reacción.

La ley requiere que el medio con que se impide o repele la agresión sea el racionalmente necesario para lo cual ha de tomarse en cuenta todas las circunstancias del caso concreto.

Al calificarse la necesidad racional se hace un distingo entre necesidad y proporcionalidad que tiene por consecuencia por una parte determinar una cierta proporción en los medios y por la otra que la proporción entre el daño que se evita y el que se causa no sea absoluta. (Palermo O. ,2007 p. 412)

Proporción en los medios no es lo mismo que igualdad de lesión jurídica o igualdad de mal. Los autores argentinos señalan a este requisito el efecto de permitir una interpretación institucionalizada, es decir que tome en cuenta las circunstancias concretas de cada caso con el criterio común a las personas en condición semejante o la del atacado o bien desde el punto de vista de un agredido razonable en el momento de la agresión.

El sistema de la ley argentina determina un criterio flexible para apreciar la proporcionalidad. Esta no debe ser absoluta sino racional, no debe ser apreciada en abstracto sino para cada caso concreto. El medio es racional cuando ha sido el necesario dentro de las posibilidades de que el autor dispone.

La consecuencia del empleo de medios que no sean razonables torna a la defensa imperfecta y la acción antijurídica.

La legítima defensa per se no exige el requisito de proporcionalidad sino más bien la utilización de un medio necesario o racional. Es decir, entre dos medios, se deberá optar por el menos lesivo pero no tiene que ser un medio proporcional al ataque que está siendo repelido. Es cierto que cuando es manifiestamente desproporcional, no se podrá alegar esta causal de justificación.

No obstante, la actuación en el marco de la legítima defensa no conoce una cota de proporcionalidad entre el ataque sufrido y la reacción al mismo ni tampoco respecto del medio utilizado. Por tanto, si se permitiera que el funcionario policial pueda actuar en el marco de la legítima defensa, sólo debería guiarse por la utilización de un medio racional o necesario.

Cabe aclarar que tanto la legislación nacional como la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires remiten a las normas de la Organización de las Naciones Unidas que requieren el uso proporcional de la fuerza por parte de los funcionarios de la seguridad.

Consecuentemente, mientras que en la actuación en legítima defensa no es necesaria la proporcionalidad, el uso de la fuerza por los funcionarios de seguridad debe encontrar su límite en las normas internacionales de derecho público interno e internacional. Y está asociado, como explica Jakobs, al hecho de que el funcionario policial no actúa espontáneamente al momento de recurrir a la fuerza, sino más bien que realiza una tarea que ha sido previamente ensayada y además en tanto funcionario policial debe sujetar su actuar a las normas estatales. (p. 24)

Otro autor alemán, Seelmann (1978), también destaca el hecho de que el funcionario policial responde a una actuación reglada y a instrucciones precisas, lo cual se contrapone con el derecho a la legítima defensa cuya fundamentación está mayormente asociada a una reacción no premeditada ni ordenada.

De allí que la legítima defensa del ciudadano común no requiera de la proporcionalidad pues ante el repentino ataque, el ciudadano no tiene la oportunidad de sopesar la proporcionalidad del medio en cuestión. En este sentido, creemos indispensable recurrir a los

estándares internacionales de derecho internacional de los derechos humanos para limitar y constreñir el uso de la fuerza por parte de los agentes policiales.

#### **b. Recepción en las normas de actuación de los cuerpos policiales**

Los policías recurren a la fuerza para protegerse a sí mismos y a terceros constantemente. Pero lo que no queda tan claro es si esa fuerza utilizada debe cumplir con los requisitos de la legítima defensa del derecho penal, a saber, utilizar un medio necesario o racional para repeler el ataque antijurídico, o si en realidad debe utilizar proporcionalmente la fuerza a la luz de los estándares requeridos por el derecho público. Este artículo propone que a raíz de las obligaciones de derechos humanos a las que el Estado argentino se ha sometido, el funcionario policial debe utilizar proporcionalmente la fuerza. Consecuentemente, éste deberá ser el criterio prevalente al analizar el actuar policial.

Zaffaroni E. (1981) realiza una distinción entre la legítima defensa ejercida por un ciudadano o por un efectivo policial. Así es como remarca que la primera corresponde al ejercicio de un derecho y la segunda al deber de un policía de defender a terceros. En este sentido, el curso de acción que surge de ese deber debe interpretarse de manera estricta, considerando que se trata de un funcionario que se encuentra autorizado por la ley para portar armas de fuego. (p.68)

Indica también que

“dada su profesionalidad, se le exige una más ajustada valoración ex ante de la necesidad de la defensa, pues se supone que dispone de los conocimientos, entrenamiento y medios técnicos para hacer una aplicación más fina y precisa de la violencia: no se trata de un ámbito menor de intervención sino de una más estricta economía de la violencia”. (p. 69)

Por su parte, Omar Palermo (2007) , en su análisis exegético sobre la legítima defensa, dice que la actuación de la autoridad policial no se encontraría abarcada por el permiso de la

legítima defensa pues tiene sus propias reglas y aboga por la utilización proporcional de la fuerza (pp. 415/420)

### **i. Ley Orgánica de Gendarmería Nacional Nro.19.349**

La Gendarmería Nacional Argentina fue creada por ley N°12.367 del 28 de julio de 1938, con carácter de fuerza de policía militarizada federal, estableciendo que se mantendría bajo la órbita del Ministerio de Guerra durante tres años hasta estar consolidada institucionalmente, momento en que pasaría a depender del Ministerio del Interior. Este período de tres años se fue prorrogando sucesivamente y el traspaso tuvo lugar recién en 1951.

La Gendarmería comenzó a tomar un rol activo en las acciones represivas contra la población civil que el Ejército llevó adelante en forma creciente. En los relatos oficiales de la historia de la fuerza, se reconoce haber participado desde entonces en la represión de huelgas obreras y manifestaciones de agrupaciones políticas, sindicales y estudiantiles, destacándose su participación en hechos como la huelga en el frigorífico Lisandro de la Torre en 1959, las primeras manifestaciones insurreccionales por parte de agrupaciones armadas en Salta en 1963, el Cordobazo y sus antecedentes inmediatos en Corrientes y Rosario en 1969. Un antecedente interesante respecto de la institucionalidad de estas acciones es por ejemplo el hecho de que, ante la implementación del Plan Conintes en 1962, la fuerza organizó dos agrupaciones homónimas destinadas a la protección de objetivos específicos. Todas estas acciones preanunciaban el rol que la GNA, como subordinada del Ejército, tendría a partir de 1975 en la denominada “lucha contra la subversión” y que tomaría impulso en 1975 con el Operativo Independencia en la provincia de Tucumán.

El accionar de la fuerza en esos años estaba reglado por nuevas normativas. La Ley Orgánica aprobada en 1958 fue sustituida en 1970 por la Ley 18.834, modificada al año siguiente por la 19.349. La razón de la modificación inmediata tuvo que ver con la sanción de una nueva ley de personal militar que demandó un ajuste por parte de la normativa de la GNA. Al mismo tiempo, diversos decretos estipularon que la GNA funcionaría en determinadas regiones, bajo el control operacional del Ejército, a la par de la Prefectura Naval y la Policía Federal. La directiva N° 404/75 dictada por el Comandante General del Ejército, cuyo fin era “poner en ejecución inmediata las medidas y acciones previstas por el Consejo de Defensa en la Directiva N° 1/75

para la lucha contra la subversión”, determinaba que la Gendarmería Nacional constituía un “elemento orgánico” para este fin, dependiendo su Dirección Nacional Comandante General del Ejército. Ese fue el marco en el que la GNA participó de la estructura represiva que enmarcó las acciones del terrorismo estatal durante la última dictadura militar. Con el retorno de la democracia, en 1983, se estableció nuevamente la independencia de la GNA respecto del Ejército y se determinó que ésta pasaría a operar bajo el mando directo del Poder Ejecutivo de la Nación, a través del Ministerio de Defensa. Estas directivas se plasmaron en los decretos 132/83 y 436/84 y en el acta 2259/84. La dependencia de esa repartición del Estado fue ratificada sucesivamente por la Ley de Defensa Nacional de N° 23.554 de 1988 y por la Ley de Seguridad Interior N° 24.059 de 1992.

La Gendarmería Nacional se define a sí misma como una fuerza de seguridad de naturaleza militar con características de fuerza intermedia, en tanto comparte el estatuto policial con características propias del militar. Sus integrantes tienen el estado militar de gendarme, y la fuerza posee capacidades para disuadir y responder amenazas, actuar en contexto de crisis, contingencias e incidentes en los ámbitos de la seguridad interior y de la defensa nacional y puede intervenir en operaciones de apoyo a la política exterior de la Nación. Actualmente también colabora con tareas de seguridad ciudadana en algunos municipios de la Provincia de Buenos Aires y en zonas de la Ciudad de Buenos Aires.

## **ii. Ley Nro 5688 “Sistema integral de Seguridad Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.**

En el año 2016 se creó ley 5688 de Seguridad Integral, por medio de la cual se creó la policía de la ciudad autónoma de Buenos Aires. La ley tuvo como objetivo la reorganización, o readecuación de las circunscripciones de las Comisarías a la División territorial en Comunas, que está establecido en la Constitución de la Ciudad.

La ley 5588 establece las bases jurídicas e institucionales fundamentales del Sistema Integral de Seguridad Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en lo referente a su composición, misión, función, organización, dirección, coordinación y funcionamiento, así como

las bases jurídicas e institucionales para la formulación, implementación y control de las políticas y estrategias de seguridad pública.

La Ley define como seguridad pública a *la situación de hecho basada en el derecho en la cual se encuentran resguardadas la libertad, la vida y el patrimonio de los habitantes, sus derechos y garantías y la plena vigencia de las instituciones*”.

No se va a detallar todo lo que expone esta ley pero si es importante saber que implica la seguridad pública para esta ley, por ello haciendo referencia a su artículo tercero se puede decir que es la *“acción coordinada y la interacción permanente entre las personas y las instituciones del sistema”* que componentes del Sistema Integral de Seguridad Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Con la sanción de esta ley se dejó en manos de la seguridad pública como un deber del Estado, arbitrar los medios para *salvaguardar la libertad, la integridad y derechos de las personas, así como preservar el orden público*, y ello se debe realizar a través de políticas públicas tendientes a asegurar la *convivencia y fortalecer la cohesión social*.

Un punto importante que hace referencia al tema de investigación es que la seguridad pública tiene que realizar las tareas de control, aplicando el régimen disciplinario sancionatorio de la actuación policial, y tiene a cargo una tarea preventiva de la violencia y el delito, estrategias de persecución penal, de seguridad preventiva, comunitaria y de seguridad, con el objeto de mantener el orden, la tranquilidad pública y proteger la integridad física de las personas, así como sus derechos y bienes.

La Policía de la Ciudad de Buenos Aires se crea a partir de esta ley y cumple con las funciones de seguridad general, prevención, conjuración, investigación de los delitos, protección y resguardo de personas y bienes, y de auxiliar de la Justicia como una institución civil armada, jerarquizada profesionalmente, depositaria de la fuerza pública del Estado en el ámbito de la Ciudad, con excepción de los lugares sujetos a jurisdicción federal.

Las tareas que desarrolla el personal de la Policía de la Ciudad constituyen un servicio público esencial tendiente a la promoción de las libertades y derechos de las personas y, como consecuencia de ello, a su protección ante hechos lesivos de dichas libertades y derechos, y para

realizar esta función debe actuar con el grado de responsabilidad y ética profesional que su función exige con sujeción a la ley, y los Principios de las Naciones Unidas sobre el Uso de la Fuerza y Armas de Fuego.

Es importante mencionar que la actuación de la policía esta sujeta a una serie de principios:

- El principio de oportunidad, según el cual el personal policial cuenta con discrecionalidad conforme a deber para prescindir de la actuación funcional cuando, de acuerdo con las circunstancias del caso, la injerencia resulte inapropiada o inidónea para su fin. La discrecionalidad lleva ínsito el deber de evaluar previamente el riesgo, bajo propia responsabilidad del funcionario actuante.
- El principio de proporcionalidad, según el cual toda injerencia en los derechos de las personas debe ser idónea y necesaria para evitar el peligro que se pretende repeler y no puede ser excesiva. Por medida idónea se entiende aquella que sea apta para evitar el peligro; por necesaria, aquella que, entre las medidas idóneas, sea la menos lesiva para el individuo y para la generalidad; por no excesiva, aquella que no implique una lesión desproporcionada respecto del resultado perseguido.
- El principio de gradualidad, por medio del cual el personal policial debe privilegiar las tareas y el proceder preventivo y disuasivo antes que el uso efectivo de la fuerza, procurando siempre preservar la vida y la libertad de las personas en resguardo de la seguridad pública. En el uso de armas serán de preferencia las incapacitantes no letales siempre que fuera apropiado, con miras a restringir cada vez más el empleo de medios que puedan ocasionar lesiones o muertes.
- El principio de responsabilidad, según el cual el personal policial responde personal y directamente por los hechos que en su actuación profesional realizare en infracción de las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de la responsabilidad civil que pueda corresponder a la administración pública.

El artículo 96 de la mencionada ley regula sobre el uso de las armas de fuego determinando que el personal policial debe respetar al usar las armas los principios de *proporcionalidad, racionalidad, necesidad y responsabilidad* mencionados anteriormente.

**b. Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley**

Las normas y reglamentaciones sobre el empleo de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben contener directrices que:

a) Especifiquen las circunstancias en que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley estarían autorizados a portar armas de fuego y prescriban los tipos de armas de fuego o municiones autorizados;

b) Aseguren que las armas de fuego se utilicen solamente en circunstancias apropiadas y de manera tal que disminuya el riesgo de daños innecesarios;

c) Prohíban el empleo de armas de fuego y municiones que puedan provocar lesiones no deseadas o signifiquen un riesgo injustificado;

d) Reglamenten el control, almacenamiento y distribución de armas de fuego, así como los procedimientos para asegurar que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respondan de las armas de fuego o municiones que se les hayan entregado;

e) Señalen los avisos de advertencia que deberán darse, siempre que proceda, cuando se vaya a hacer uso de un arma de fuego;

f) Establezcan un sistema de presentación de informes siempre que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley recurran al empleo de armas de fuego en el desempeño de sus funciones.

Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 34/169, de diciembre de 1979 Artículo 1 Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cumplirán en todo momento los deberes que les impone la ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión.

La expresión "funcionarios encargados de hacer cumplir la ley" incluye a todos los agentes de la ley, ya sean nombrados o elegidos, que ejercen funciones de policía, especialmente las facultades de arresto o detención.

En los países en que ejercen las funciones de policía autoridades militares, ya sean uniformadas o no, o fuerzas de seguridad del Estado, se considerará que la definición de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley comprende a los funcionarios de esos servicios.

En el servicio a la comunidad se procura incluir especialmente la prestación de servicios de asistencia a los miembros de la comunidad que, por razones personales, económicas, sociales o emergencias de otra índole, necesitan ayuda inmediata. Esta disposición obedece al propósito de abarcar no solamente todos los actos violentos, de depredación y nocivos, sino también toda la gama de prohibiciones previstas en la legislación penal. Se extiende, además, a la conducta de personas que no pueden incurrir en responsabilidad penal.

En el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas.

Los derechos humanos de que se trata están determinados y protegidos por el derecho nacional y el internacional. Entre los instrumentos internacionales pertinentes están la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y la Convención de Viena sobre relaciones consulares.

En los comentarios de los distintos países sobre esta disposición deben indicarse las disposiciones regionales o nacionales que determinen y protejan esos derechos.

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.

En esta disposición se subraya que el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe ser excepcional; si bien implica que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley pueden ser autorizados a usar la fuerza en la medida en que razonablemente sea necesario, según las circunstancias para la prevención de un delito, para efectuar la detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes o para ayudar a efectuarla, no podrá usarse la fuerza en la medida en que exceda estos límites.

El derecho nacional restringe ordinariamente el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de conformidad con un principio de proporcionalidad. Debe entenderse que esos principios nacionales de proporcionalidad han de ser respetados en la interpretación de esta disposición. En ningún caso debe interpretarse que esta disposición autoriza el uso de un grado de fuerza desproporcionado al objeto legítimo que se ha de lograr.

El uso de armas de fuego se considera una medida extrema. Deberá hacerse todo lo posible por excluir el uso de armas de fuego, especialmente contra niños. En general, no deberán emplearse armas de fuego excepto cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún otro modo, la vida de otras personas y no pueda reducirse o detenerse al presunto delincuente aplicando medidas menos extremas. En todo caso en que se dispare un arma de fuego, deberá informarse inmediatamente a las autoridades competentes.

Por la naturaleza de sus funciones, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley obtienen información que puede referirse a la vida privada de las personas o redundar en perjuicio de los intereses, especialmente la reputación, de otros. Se tendrá gran cuidado en la protección y el uso de tal información, que sólo debe revelarse en cumplimiento del deber o para atender las necesidades de la justicia. Toda revelación de tal información con otros fines es totalmente impropia.

Ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, como estado de guerra o amenaza de guerra,

amenaza a la seguridad nacional, inestabilidad política interna, o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Esta prohibición dimana de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General, y en la que se estipula que: "

constituye una ofensa a la dignidad humana y será condenado como violación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos

En la Declaración se define la tortura de la siguiente manera:

"se entenderá por tortura todo acto por el cual el funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que haya cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán torturas las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos."

El término "tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" no ha sido definido por la Asamblea General, pero deberá interpretarse que extiende la protección más amplia posible contra todo abuso, sea físico o mental.

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley asegurarán la plena protección de la salud de las personas bajo su custodia y, en particular, tomarán medidas inmediatas para proporcionar atención médica cuando se precise.

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no cometerán ningún acto de corrupción. También se opondrán rigurosamente a todos los actos de esa índole y los combatirán.

Cualquier acto de corrupción, lo mismo que cualquier otro abuso de autoridad, es incompatible con la profesión de funcionario encargado de hacer cumplir la ley. Debe aplicarse la ley con todo rigor a cualquier funcionario encargado de hacerla cumplir que cometa un acto de corrupción, ya que los gobiernos no pueden pretender hacer cumplir la ley a sus ciudadanos si no pueden, o no quieren, aplicarla contra sus propios agentes y en sus propios organismos.

Si bien la definición de corrupción deberá estar sujeta al derecho nacional, debe entenderse que abarca tanto la comisión u omisión de un acto por parte del responsable, en el desempeño de sus funciones o con motivo de éstas, en virtud de dádivas, promesas o estímulos, exigidos o aceptados, como la recepción indebida de éstos una vez realizado u omitido el acto.

Debe entenderse que la expresión "acto de corrupción" anteriormente mencionada abarca la tentativa de corrupción.

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán la ley y el presente Código. También harán cuanto esté a su alcance por impedir toda violación de ellos y por oponerse rigurosamente a tal violación. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que tengan motivos para creer que se ha producido o va a producirse una violación del presente Código informarán de la cuestión a sus superiores y, si fuere necesario, a cualquier otra autoridad u organismo apropiado que tenga atribuciones de control o correctivas.

El término "autoridad u organismo apropiado que tenga atribuciones de control o correctivas" se refiere a toda autoridad o todo organismo existente con arreglo a la legislación nacional, ya forme parte del órgano de cumplimiento de la ley o sea independiente de éste, que tenga facultades estatutarias, consuetudinarias o de otra índole para examinar reclamaciones y denuncias de violaciones dentro del ámbito del presente Código.

En algunos países puede considerarse que los medios de información para las masas cumplen funciones de control análogas a las descritas en el inciso c supra. En consecuencia, podría estar justificado que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, como último recurso y con arreglo a las leyes y costumbres de su país y a las disposiciones del artículo 4 del presente Código, señalaran las violaciones a la atención de la opinión pública a través de los medios de información para las masas.

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que observen las disposiciones del presente Código merecen el respeto, el apoyo total y la colaboración de la comunidad y del organismo de ejecución de la ley en que prestan sus servicios, así como de los demás funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

**c. Características especiales legítima defensa de las fuerza de seguridad respecto de los particulares**

Las fuerzas policiales deben según Frister, H (2011), recurrir a la fuerza para proteger a los ciudadanos pero también a sí mismos. Pero el tema se torna confuso en relación a si la fuerza utilizada por ellos debe ajustarse a los estándares y requisitos de la legítima defensa establecidos en el código penal, es decir, si un medio racional para repeler el ataque antijurídico, o si deben utilizar proporcionalmente la fuerza a la luz de los estándares requeridos por el derecho público.

La doctrina en pensamiento de Frister, H (2011) piensa que el funcionario público de seguridad “debe utilizar proporcionalmente la fuerza”. (p.22)

La realidad muestra que en torno a este tema se comenzaron a suscitar casos de violencia institucional (gatillo fácil), por ello hay que avocarse a que solo se “*podrá usarse la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiere el desempeño de sus tareas*”.

Frister, H (2011) dice que “el policía es un funcionario estatal y dado su rol específico y su entrenamiento previo, no puede ser considerado como cualquier ciudadano al momento de analizar su actuación en legítima defensa”. (p.23)

### **CAPÍTULO 3:**

#### **LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL DERECHO COMPARADO**

### a. Cuestiones Generales

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).

### b. Código Penal de la República de Chile

*La legítima defensa en el Código Penal chileno.*

El artículo 10 del Código Penal, en sus numerales 4, 5 y 6, señala los requisitos o presupuestos esenciales para que la defensa del agredido injustamente se encuentre legitimada. Para efectos de este trabajo interesa la figura básica descrita en el numeral 4, que dispone lo siguiente:

*"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 impedirla o repelerla. Tercera. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende".*

#### a) La agresión ilegítima.

Se ha sostenido uniformemente según Cousiño (1999), que la circunstancia donde se refiere a la concurrencia de una agresión ilegítima actual o inminente; complemento estos últimos que se derivarían de la última parte de la circunstancia segunda del mismo artículo, en

cuanto habla de impedir o repeler la agresión ilegítima. Es prácticamente conteste la doctrina Chilena en señalar que esta agresión ilegítima actual o inminente se refiere a una conducta humana, activa u omisiva, dolosa o culposa, incluso inculpable, objetivamente idónea para lesionar o poner en peligro un interés ajeno protegido por el ordenamiento jurídico.

Que sea ilegítima significa que sea antijurídica, sin que obste a ello que no sea típica. Es actual aquella agresión que se está ejecutando, en tanto la agresión al bien jurídico no se haya agotado totalmente; e inminente, en cuanto a que sea lógicamente previsible. (Cousiño., 1999)

Si bien algunos autores sostienen que ha de tratarse de una agresión grave, la mayoría afirma que no se exige gravedad de la agresión, pues dice Cousiño (1999), *"lo que hace legítima la reacción del ofendido no es la gravedad de la ofensa sino su injusticia"*. (p.120)

b) Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima.

Cousiño distingue -correctamente a nuestro entender- entre la necesidad de la defensa y la defensa necesaria, advirtiendo que por su similitud terminológica se confunden, pero, en definitiva, se trata de ideas bastante disímiles:

Se hace referencia al requerimiento mismo de que el agredido se encuentre apremiado para proteger su persona o bienes jurídicos, o la persona o bienes jurídicos de un tercero, ante el peligro en que se encuentran.

El Código Penal Chileno exige como requisito para que opere la legítima defensa la *"Necesidad racional del medio empleado para impedir o repelerla"*. Esto es, justamente, lo que Cousiño (1999), denomina defensa necesaria, que significa que en la acción de defensa "no deben utilizarse medios excesivos, sino únicamente aquellos que son requeridos para la protección todo exceso elimina la legitimidad de la defensa". (p. 121)

Buena parte de la doctrina chilena asimiló esta exigencia de proporcionalidad a la comparación matemática o aritmética entre el elemento o medio usado para ejercer la acción defensiva y el utilizado en la agresión, en circunstancias que la expresión necesidad racional se refiere al modo de llevar a cabo la defensa necesaria, sin excesos, atendida las circunstancias concretas de la agresión ilegítima, de tal forma de cumplir el objetivo del instituto, que no es otro que impedir o repeler la agresión para salvaguardar un interés propio o de terceros. En este

último sentido, Etcheberry (2006) sostiene que "*Hay que entender esta expresión como si dijera "necesidad racional de la manera de defenderse".* (p.254)

Entendiendo entonces que la necesidad racional del medio empleado para defenderse no implica un cálculo aritmético de equivalencia entre los medios defensivos y de ataque sino su ejercicio efectivo y no excesivo, dentro de los objetivos del instituto, cabe plantear un problema de suyo relevante en la práctica, que guarda relación con la forma de valorar o apreciar la concurrencia de esta circunstancia en el caso concreto. En este punto encontramos dos posturas antagónicas: Por una parte, aquellas que abogan por la valoración subjetiva de la circunstancia; y por otra, las que sostienen que tal valoración debe ser objetiva. Ni la una ni la otra entregan resultados satisfactorios.

En efecto, Novoa (1999), dice que una consideración subjetiva, basada únicamente en el análisis del sujeto que se defendió en concreto, podría alcanzar en mayor medida los anhelos de justicia respecto de la persona que se defiende. Sin embargo, acarrea problemas probatorios complejos para los sentenciadores al intentar reproducir exactamente el estado de ánimo e intenciones de quien se defiende, con el consiguiente peligro de discrecionalidad que ello conlleva. Por su parte, la pura consideración objetiva desatiende -o podría obviar- las circunstancias concretas en que se produjo la agresión ilegítima y los efectos que ella tiene o podría haber tenido en el sujeto que impide o repele dicha agresión.

La doctrina Chilena es prácticamente conteste en apreciar la necesidad racional de la defensa de acuerdo a un juicio objetivo que se emite retrotrayéndose al momento de la reacción defensiva, esto es, de acuerdo a una valoración ex ante. En este sentido Garrido (2000), señala lo siguiente:

"El criterio para determinar la necesidad racional debe ser objetivo, o sea apreciando la realidad de las circunstancias concurrentes, pero poniéndose en el lugar del sujeto que se defendió y en el momento de la agresión, sin perjuicio de descartar su mera aprensión o su excesiva imaginación". (p 26)

Este presupuesto, descrito en la circunstancia tercera del número 4 del artículo 10 del Código Penal no ha de consistir en una verdadera agresión, pues en tal caso el provocado no sería agresor.

Tal como sostiene Novoa (1999),

"Provocar significa irritar o estimular a otro de palabra o de obra para que adopte una actitud agresiva (77) será menester legalmente que la provocación sea suficiente, esto es, que baste para explicar humanamente el ataque que el provocado descarga en seguida sobre su provocador". (p. 78)

Se ha exigido, al menos, que esta provocación sea próxima e inmediata y de cierta entidad o gravedad. Algunos autores precisan que la provocación puede ser dolosa o culposa, debiendo partir de quien se defiende.

Algo que se debe señalar en Chile, son las instrucciones respecto a los carabineros de Chile y el uso de la fuerza, en relación al marco jurídico para el uso de la misma.

El uso de la fuerza para Etcheberry (2002), potencialmente letal constituye una medida extrema sólo justificada por la legítima defensa de la vida (propia o de un tercero). Por lo tanto, el arma de fuego únicamente se empleará para interrumpir una agresión, es decir, para hacer cesar un ataque grave que afecta la integridad de una persona. Es así como este recurso no debe emplearse para hacer demostraciones de fuerza, sino que para neutralizar a un agresor peligroso de la manera más inmediata posible. Por ello, los disparos tienen que efectuarse hacia la dirección en la que proviene el ataque y apuntando a la masa central o tronco para que el proyectil tenga un mayor poder de parada. Es desaconsejable preparar el arma en casos que no son extremos, o bien, disparar al aire o a los neumáticos de un vehículo.

#### **i. Diferencias y semejanzas con el Código Penal Argentino**

En términos generales se ha entendido la legítima defensa como "la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada".

No existió mayor debate en la redacción del Código Penal para adoptar las disposiciones relativas a la legítima defensa del Código Penal español de 1848, reformado el año 1850.

Buena parte de la doctrina y de nuestros Tribunales vio, en principio, que esta exigencia legal decía relación con la proporcionalidad de los medios utilizados por quien se defiende. Las consecuencias de esta interpretación tuvo, según algunos, "consecuencias gravísimas", pese a los intentos por tratar de morigerar su sentido y alcance por medio de la expresión proporcionalidad racional.( Etcheberry. 2002 p. 223),

Esto es así, pues se asimiló esta exigencia de proporcionalidad a la comparación matemática o aritmética entre el elemento o medio usado para ejercer la acción defensiva y el utilizado en la agresión, en circunstancias que la expresión necesidad racional se refiere al modo de llevar a cabo la defensa necesaria, sin excesos, atendida las circunstancias concretas de la agresión ilegítima, de tal forma de cumplir el objetivo del instituto, que no es otro que impedir o repeler la agresión para salvaguardar un interés propio o de terceros.<sup>23</sup> En este último sentido, Etcheberry (2002), sostiene que "Hay que entender esta expresión como si dijera "necesidad racional de la manera de defenderse". (p 224)

Etcheberry (2002), entiende que la necesidad racional del medio empleado para defenderse no implica un cálculo aritmético de equivalencia entre los medios defensivos y de ataque sino su ejercicio efectivo y no excesivo, dentro de los objetivos del instituto, cabe plantear un problema de suyo relevante en la práctica, que dice relación con la forma de valorar o apreciar la concurrencia de esta circunstancia en el caso concreto. En este punto encontramos dos posturas antagónicas: Por una parte, aquellas que abogan por la valoración subjetiva de la circunstancia; y por otra, las que sostienen que tal valoración debe ser objetiva. Ni la una ni la otra entregan resultados satisfactorios.

La agresión ilegítima crea en el sujeto que se defiende, en primer término, una defensa necesaria, de carácter principal, que, no obstante, no es suficiente para tener por justificada dicha reacción defensiva. Es menester, además, que exista una necesidad racional en la forma de ejercer la acción de defensa, lo que Etcheberry (2002) entiende como "necesidad racional de la manera de defenderse". ( p. 256)

Determinar cuál es el medio que dispone efectivamente el defensor para hacer frente a una agresión ilegítima es un problema que al día de hoy sigue presentándose en las sentencias dictadas por nuestros Tribunales y tiene importantes consecuencias, que se manifiestan por sí solas al realizar una lectura de las sentencias que han sido expuestas en este trabajo:

En primer lugar, para considerar lo que es racional y lo que no lo es, la reacción defensiva necesaria como consecuencia, es necesario valorar, sin consideración al momento, accidentes y lugar de los hechos.

En segundo lugar según Etcheberry (2002), suele dejar desprovista de una debida fundamentación las sentencias que se pronuncian conforme a él, pues siguiendo este criterio, resulta innecesario adentrarse en las circunstancias concretas del caso sometido a conocimiento y resolución.

A diferencia del pensamiento de la doctrina Nacional, dice Etcheberry (2002), este no es el criterio seguido por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias en Chile, donde sus Tribunales han sostenido con claridad que *la apreciación de la necesidad racional ha de efectuarse con un criterio objetivo ex ante, esto es, de acuerdo a la conducta del hombre razonable, retrotrayéndose al lugar y momento de los hechos*. Así, se entrecruzan criterios generalizadores e individualizadores que evitan caer en subjetivismos extremos que podrían terminar entendiendo y perdonando todo. Lo relevante de este criterio es el rechazo absoluto a la forma de apreciación basada en la proporcionalidad matemática de los medios, lo que conlleva necesariamente el deber de dictar un fallo motivado que explique circunstanciadamente cómo y por qué una determinada reacción defensiva está justificada. (Etcheberry., 2002)

## **ii. Análisis de casos más relevantes**

A continuación se analizaran casos de legítima defensa de los temas desarrollados en la parte general del presente trabajo:

Arma blanca (cuchillo)<sup>6</sup> “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

---

<sup>6</sup> CNCrim. Y Correc., Sala de Cámara, Mayo 9-973), ED, 56-509

el cuchillo con que en ese momento comía, al lugar donde estaba su provocador si lo hizo en previsión de una agresión injusta.”

“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.”<sup>7</sup>

“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 83 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)

“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.”<sup>8</sup>

“Si el inculcado 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.”<sup>9</sup>

Legítima defensa putativa<sup>10</sup> “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.”

---

7 CNPenal Económico, Sala I, Julio 19-965), ED, 13-705

8 SC Buenos Aires, Marzo 5- 974), ED, 55-666 Prueba

9 CNFed., Sala Crim. Y Correcc., Febrero 6-970), ED, 36-527

10 (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.”

“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.” (procedente la legítima defensa putativa, ésta debe reunir el elemento indispensable de racionalidad y proporcionalidad).”<sup>11</sup>

“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 arrebatarle 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.”<sup>12</sup>

### **El Common Law y la Jurisprudencia de la Supreme Court of the United States**

Aldoney Ramírez., R., (2009) explica que la Constitución de los Estados Unidos es la ley suprema de los Estados Unidos de América. Fue adoptada en su forma original el 17 de septiembre de 1787 por la Convención Constitucional de Filadelfia (Pensilvania) y luego ratificada por el pueblo en convenciones en cada estado en el nombre de «Nosotros el Pueblo» (We the People).

La Constitución tiene un lugar central en el derecho y la cultura política estadounidense y es la constitución federal más antigua que se encuentra en vigor actualmente en el mundo.

Los Estados Unidos, dice (Aldoney Ramírez., R., (2009), al igual que la mayoría de los países de la Mancomunidad Británica de Naciones, son herederos de la tradición del Common Law procedente del Derecho inglés.

---

<sup>11</sup> CApel. Mar del Plata, Setiembre 10-955, LL, 80-468

<sup>12</sup> CNCrim. y Correc. Cap., Sala de Cámara, Junio 17-952, ED, 31-922, núms. 15 y 18)

El Derecho inglés fue introducido en el Derecho de los Estados Unidos a través de diversas vías: la primera consiste en que todos los estados de los Estados Unidos, a excepción de Luisiana, promulgaron leyes de "recepción" del Derecho inglés, en las cuales normalmente se establecía que el Common Law de Inglaterra (y en especial el proveniente de la jurisprudencia) sería la ley del estado siempre que no fuese contraria a las leyes locales o a las condiciones indígenas. (Aldoney Ramírez., R., 2009)

Algunas de dichas leyes establecen una fecha concreta para la entrada en vigor del Derecho inglés en la zona (por ejemplo, la fecha de fundación de la colonia), mientras que otras son deliberadamente vagas en ese sentido.

Por todo ello, los tribunales contemporáneos de los Estados Unidos a menudo citan casos previos a la Revolución de Independencia cuando discuten la evolución de un antiguo principio de Common Law, como por ejemplo ocurrió con el incremento histórico de la responsabilidad impuesta al transportista sobre los bienes transportados. (Aldoney Ramírez., R., 2009)

La segunda vía de recepción del Derecho inglés consiste en que algunas leyes británicas que estaban en vigor durante la época de la revolución fueron promulgadas de una forma casi idéntica en los estados estadounidenses. Se puede citar, por ejemplo, el caso de la Ley de Fraudes ("Statute of Frauds"). La cuestión es que estas leyes todavía se citan en casos contemporáneos que tratan de interpretar las leyes posteriores que han ido desarrollando a partir de estas. (Aldoney Ramírez., R., 2009)

En cualquier caso, es importante tener en cuenta que a pesar de las leyes de recepción, gran parte del Derecho contemporáneo de los Estados Unidos ha ido divergiendo de forma significativa del Common Law británico. La razón es que a pesar de que los tribunales de las naciones de la Commonwealth se vean influenciados a menudo por las decisiones de los demás tribunales, los tribunales de los Estados Unidos raramente siguen las decisiones tomadas en otros lugares de la Commonwealth salvo que no exista una decisión estadounidense relevante, y siempre que los hechos y la ley aplicable a la cuestión sean casi idénticos, y los argumentos sean muy persuasivos. (Aldoney Ramírez., R., 2009)

Los casos estadounidenses más antiguos, incluso después de la Revolución, explica Aldoney Ramírez., R., (2009), citaron a menudo casos británicos contemporáneos. Sin embargo,

ese tipo de citaciones poco a poco fueron desapareciendo durante el siglo XIX debido a que los tribunales estadounidenses comenzaron a publicar sus propias decisiones. Los congresistas y jueces, hasta entonces, utilizaron la jurisprudencia inglesa como fuente a través de la cual integrar las lagunas jurídicas. Gradualmente este tipo de apelaciones al Derecho inglés fueron desapareciendo, a medida que las cortes estadounidenses desarrollaban sus propios principios de resolución de conflictos legales. (Aldoney Ramírez., R., 2009)

El número de volúmenes sobre jurisprudencia de los Estados Unidos se disparó desde unos dieciocho en 1810 hasta más de 8.000 en 1910.<sup>10</sup> Hoy en día, y en palabras del profesor de Derecho de Stanford, Lawrence Friedman, *"la jurisprudencia estadounidense raramente cita materiales foráneos. Las Cortes ocasionalmente citan uno o dos clásicos británicos, algún famoso y antiguo caso o alguna mención a Blackstone, pero la actual ley británica casi nunca recibe ninguna mención."*

Algunos defensores del originalismo y del constitucionalismo estricto, como el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Antonin & Scalia (1989), sostienen que las cortes estadounidense nunca deben buscar soluciones para los casos que se les presentan a través de los casos post-revolucionarios de sistemas legales externos de los Estados Unidos, a pesar de que los argumentos esgrimidos sean persuasivos, con la única excepción de los casos que interpretan tratados internacionales a los que Estados Unidos se hayan adherido. (Aldoney Ramírez., R., 2009)

Esta postura deriva inevitablemente de la filosofía del originalismo, que postula no sólo que la Constitución es la última fuente de la autoridad jurídica en los Estados Unidos, sino también que el único análisis válido del documento consiste en averiguar el sentido original del documento en el momento de su creación. Por lo tanto, las discusiones sobre el Derecho británico posterior a la Constitución es irrelevante, puesto que no arroja ninguna luz sobre el significado original de la Constitución. Otros juristas, como los jueces Anthony Kennedy o Stephen Breyer, no están de acuerdo con este punto de vista y citan leyes extranjeras de vez en cuando, siempre y cuando consideren que el estudio de dichas leyes ofrece información relevante y sus argumentos sean persuasivos, útiles o provechosos. (Aldoney Ramírez., R., 2009)

En cualquier caso, los precedentes extranjeros nunca se citan como precedentes vinculantes, sino como un reflejo de los valores compartidos entre las civilizaciones anglosajonas u occidentales.

La europeización del Derecho (penal) presenta la, hasta ahora muy poco discutida, pregunta respecto de los estándares relevantes en materia de DDHH y de ese modo respecto de las fronteras del proceso de armonización jurídica a nivel europeo. Al principio de la legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) le corresponde en tal sentido una significación preponderante, ya que, al menos según su concepción teórica, debiera actuar como límite estatal y especialmente jurídico-penal. (Aldoney Ramírez., R., 2009)

### **I. Common Law y "principle of legality"**

El common law es Derecho consuetudinario jurisprudencial, que se impuso desde mediados del siglo XIII frente al county custom local y, de ese modo, se convirtió en el Derecho vigente para todos los súbditos de la corona inglesa - "common to the free people of England".

Common law es entonces "judge made law" en base a costumbres y usos tradicionales. Los tribunales sientan o articulan common law, resultando difícil trazar una frontera entre creación jurídica constitutiva e interpretación declaratoria. Lo que no merece duda es que la ratio decidendi de las más altas decisiones jurisprudenciales despliega fuerza vinculante siguiendo la regla del precedente, quedando, sin embargo, a menudo poca claridad respecto de cuál es el Derecho vigente. (Aldoney Ramírez., R., 2009)

En nuestro contexto, con miras al Art. 7 CEDDHH, se tratará el Derecho británico, ya que Gran Bretaña (Inglaterra/Gales, Escocia e Irlanda del Norte) no sólo constituye la cuna del common law, sino que forma parte de la CEDDHH; ésta forma parte del Derecho interno desde la Human Rights Act de 1998. Junto a ello, Gran Bretaña no cuenta hasta el día de hoy con una codificación completa del Derecho penal,<sup>5</sup> sino que el derecho penal codificado (statute law) se limita a sectores parciales de la Parte General<sup>6</sup> y preponderantemente de la Parte Especial. (Aldoney Ramírez., R., 2009)

A diferencia, el common law en las antiguas colonias, especialmente Estados Unidos de América, ha sido desplazado progresiva y prácticamente de manera completa por el Statute Law.

Si en el common law al menos no se trata de un Derecho legislado o codificado (statute law), sino que a lo sumo de fijación jurisprudencial de reglas reconocidas consuetudinariamente - por ende de Derecho jurisprudencial escriturado- parece "necessarily retrospective in character" y entra a limine en conflicto al menos con la comprensión continental de la componente lex scripta del principio nullum crimen. (Aldoney Ramírez., R., 2009)

En el common law el principio del nullum crimen es, como regla, entendido (solamente) en un triple sentido como principio de irretroactividad, principio de certeza y prohibición de la analogía ("non-retroactivity, maximum certainty and restrictive construction"). Desde una perspectiva europeo-continental se trata de una nullum crimen sine lege minus lex scripta, si bien otros autores definen el "principle of legality" de modo menos sistemático.

En el Derecho inglés no es posible desde ya tal regulación, porque allí no existe Constitución escrita.

Sin perjuicio de estas cuestiones conceptuales se presenta el problema de fondo de qué medida la tradicional competencia de la jurisprudencia, especialmente de la House of Lords, en cuanto a poder establecer Derecho -en el sentido del llamado Judicial Law Making- es posible compatibilizarla con una comprensión moderna del principio del nullum crimen en el sentido del Art. 7 de la CEDDHH. La pregunta se tornó relevante en el año 1961 con el caso Shaw, el que fue acusado por haber publicado y divulgado un llamado "Ladies Directory" que contenía nombres, números telefónicos e imágenes de damas para la prestación de servicios sexuales, bajos el cargo, entre otros, de una "conspiracy to corrupt public morals".(Aldoney Ramírez., R., 2009)

La discusión se suscitó respecto de la posibilidad de que tal tipificación penal siquiera existiese en el Common Law explica Aldoney Ramírez., R., (2009), o si más bien su aplicación comportaba una fundamentación retroactiva del castigo. En cuanto al resultado los Lores siguieron la primera opinión mencionada, con lo cual se hacía patente en la argumentación, que querían perseverar en el rol tradicional de la justicia como custodio de las costumbres morales ("Custos morum of the people").

De este modo les asignó a los tribunales competencia residual o bien de recepción para evitar vacíos de punibilidad por razones de interés público preponderante. Así, por ejemplo, no

sería aceptable que con la legalización de prácticas sexuales entre hombres adultos quedara despenalizada la incitación pública a tales prácticas. En este caso no sería posible hacer referencia a un common law impotente; más bien tendrían los jueces la tarea de llenar los vacíos de punibilidad existentes. Los demás jueces se unieron a este voto, en parte bajo la invocación de criterios públicos y reconocidos. (Aldoney Ramírez., R., 2009)

Los Lores se encontraron ahora ante el dilema de reconocer el efecto vinculante de la decisión en Shaw y en el fondo darle una legitimación ulterior o de anularla y arrogarse nuevamente una competencia para sentar Derecho, en vez de dejar posibles cambios legales al parlamento. Precisamente por esta razón Lord Reid, que en la decisión Shaw había sostenido una opinión minoritaria, se sintió vinculado a esta decisión.

Con Knüller el House of Lords habría renunciado a su competencia de Judicial Law Making, y en 1991 sólo se había tratado de la creación de nuevos tipos penales o la ampliación de unos ya existentes, ahora se presentaba la pregunta, si también una defence, vale decir una causal de exoneración de responsabilidad penal (material o procesal) podía ser suprimida retroactivamente. (Aldoney Ramírez., R., 2009)

En Regina un marido había violado a su mujer después de la separación física, pero antes de haberse iniciado el proceso formal de divorcio. Los Lores debían decidir si la regla de Common Law que se remontaba al año 1736, según la cual una mujer con el matrimonio consentía sin posibilidad de retractación la relación sexual con el marido, aún tenía validez. Hasta Regina se seguía en la jurisprudencia la concepción según la cual el marido podía invocar una "marital immunity", hasta que el matrimonio fuese disuelto o se dictase un correspondiente decreto judicial. Esto no sólo se criticó vehementemente en la literatura, sino que también en un working paper de la Law Commission -bajo el significativo título "rape within marriage"- y se propuso abolir esta inmunidad.

También el House of Lords se sumó en el resultado a este parecer bajo el argumento de que el matrimonio sería, según el entendimiento actual, una relación de pareja entre personas con iguales Derechos y que el Common Law habría, en tal sentido, evolucionado. La pregunta decisiva sería por ello, si al momento del hecho aún existía un consentimiento de la mujer hacia la relación sexual; esto constituiría meramente una cuestión de prueba.

Otro problema consistía empero, en que el legislador del año 1976 había definido la violación como "unlawful sexual intercourse", lo que fue interpretado por algunos en el sentido de que la relación sexual forzada sólo podía ser punible como violación fuera del matrimonio. Los Lores consideraron, en cambio, el término "unlawful" como superfluo; el término, al menos, no podía evitar la necesaria eliminación de una "common law fiction". Esta argumentación orientada hacia el resultado, por cierto, no se compatibiliza en absoluto con la circunstancia de que el legislador del año 1994 eliminó de la definición de la violación la palabra "unlawful" para aclarar definitivamente que sólo importa el consentimiento de la víctima. (Aldoney Ramírez., R., 2009)

Se puede extraer que existe una tendencia clara en contra de la creación de nuevos -o la ampliación de existentes- tipos penales, sin embargo, parece que la irretroactividad (aún) no se ha impuesto como protección existencial para las defences reconocidas en el common law. (Aldoney Ramírez., R., 2009)

## **II. Art. 7 CEDDHH y common law**

El Art. 7 CEDDHH, explica Aldoney Ramírez., R., (2009), en relación al principio de certeza legal y al principio de irretroactividad se pretende proteger la administración de justicia de la obstrucción y ataques abusivos (también de la prensa), y configura una limitación lícita a la libertad de expresión en los términos del Art. 10 CEDDHH ("prescribed by law"). En primer lugar, que el concepto "law" debe entenderse de igual modo a lo largo de toda la Convención y que también incluye al common law, ya que de lo contrario un Estado del common law quedaría fuera del ámbito de protección del Art. 10 CEDDHH y su sistema legal en sí estaría cuestionado. (Aldoney Ramírez., R., 2009)

El Tribunal, por otra parte, está dando pie a una relativización del principio de certeza y de la prohibición de analogía cuando comprueba, ya en Sunday Times, que una "certeza absoluta" sería inalcanzable y que el Derecho debiera ir acorde con las circunstancias cambiantes. Así, afirma, sería inevitable, que numerosas leyes fueran redactadas en mayor o menor medida de forma vaga y que su interpretación sea un problema de la práctica. (Aldoney Ramírez., R., 2009)

Al respecto es especialmente relevante como expone Aldoney Ramírez., R., (2009), que el Tribunal recurra a la jurisprudencia consolidada para la comprobación de la suficiente certeza y previsibilidad en sentido del Art. 7 CEDDHH.

En *Steel v. UK* el Tribunal consideró la tipificación inglesa del "quebrantamiento de la paz" (breach of the peace) como suficientemente determinada, ya que la jurisprudencia de las últimas dos décadas lo habría definido suficientemente; ésta consistiría en la (probable) lesión de bienes jurídicos de personas y propiedad, que inducen a terceros a actos violentos. (Aldoney Ramírez., R., 2009)

Desde luego no contribuye a la certeza y previsibilidad de este tipo, el que en Escocia sea entendido de modo más amplio, vale decir, sin el requerimiento de una lesión de bien jurídico ("harm principle").

En todo sistema penal existiría un "inevitable element of judicial interpretation". El desarrollo progresivo del Derecho penal mediante un judicial lawmaking sería en Inglaterra una parte necesaria de la tradición jurídica y una tal "judicial interpretation" sería compatible con el Art. 7 CEDDHH cuando el resultado de la interpretación corresponda a la esencia del hecho punible y pudiese ser razonablemente previsto. (Aldoney Ramírez., R., 2009)

En concreto, la supresión de la regla de inmunidad no habría sido más que la consecuencia de una "perceptible line of case law development" y un "reasonable foreseeable development", que correspondería a la esencia del tipo de la violación. (Aldoney Ramírez., R., 2009)

Si bien, por un lado, con ello el Tribunal sobrepasa una comprensión meramente subjetiva y de un Derecho penal de la culpabilidad del principio nullum crimen al objetivizar la previsibilidad y recurrir a una interpretación teleológica y orientada al fin de protección del Art. 7 de la CEDDHH y de la Convención en su conjunto. Por otro lado, sin embargo, con ello entran en juego, en reemplazo del análisis del caso concreto, consideraciones generales de policy y valoraciones político-criminales, que son conocidas en el Derecho inglés como "argumento de social defence" o "purposive approach". Ellos tornan la decisión aparentemente inmune a críticas, pero fracasan, cuando la sentencia no puede decidir entre correcto o falso de forma tan unívoca como en *Regina*. (Aldoney Ramírez., R., 2009)

### **III. Art. 7 CEDDHH, Art. 103 II Grundgesetz y los disparos del muro**

Por una parte, el Art. 7 CEDDHH se entiende en forma menos estricta que el Art. 103 II Grundgesetz (GG, Constitución alemana), en lo que respecta a la prohibición de analogía (lex stricta) y especialmente a la admisibilidad de un castigo en base a Derecho internacional consuetudinario (lex scripta), siendo posible apoyar este castigo ya en el Art. 7 párrafo 1° - punibilidad según "Derecho internacional"- y no recién en la llamada cláusula de Nürenberg del párrafo 2°; la cláusula de Nürenberg más bien representa una verdadera excepción a la irretroactividad, ya que permite un efecto retroactivo en caso de crímenes internacionales. (Aldoney Ramírez., R., 2009)

Por otra parte, sin embargo, el Art. 7 CEDDHH excede el Art 103 II GG, ya que la CEDDHH subsume el principio de culpabilidad en el Art. 7 CEDDHH, el cual en Alemania deriva, como es sabido, del Art. 1 I, 2 I, 20 III GG. Por cierto, la posterior comprensión del Art. 7 CEDDHH sólo tendría efecto inmediato sobre el Art. 103 GG, si el Art. 7 CEDDHH no sólo tuviese rango legal (Art. 59 GG), sino prioridad sobre el Art. 103 II GG. De este modo, queda entregado a la jurisprudencia, si y en qué medida el Art. 7 CEDDHH influye la interpretación del Art. 103 II GG. El Tribunal en todo caso aprueba la concepción del common law del principio de legalidad, convirtiendo el mínimo denominador común en el standard válido en toda Europa.

Si se repasa una vez más la jurisprudencia del TEDDHH expuesta, especialmente en atención al respeto a las decisiones valorativas de índole político-criminales nacionales, ya sea del poder legislativo o judicial, no sorprende que el Tribunal haya negado una infracción del Art. 7 CEDDHH en el proceso por los disparos del muro. (Aldoney Ramírez., R., 2009)

#### **i. La fuerza Letal como instituto receptado en el actuar policial**

Los policías recurren a la fuerza para protegerse a sí mismos y a terceros constantemente. Pero lo que no queda tan claro es si esa fuerza utilizada debe cumplir con los requisitos de la legítima defensa del derecho penal, a saber, utilizar un medio necesario o racional para repeler el ataque antijurídico, o si en realidad debe utilizar proporcionalmente la fuerza a la luz de los estándares requeridos por el derecho público. Este artículo propone que a raíz de las obligaciones

de derechos humanos a las que el Estado argentino se ha sometido, el funcionario policial debe utilizar proporcionalmente la fuerza. Consecuentemente, éste deberá ser el criterio prevalente al analizar el actuar policial.

Desde el retorno a la democracia en la Argentina en el año 1983, el accionar de las fuerzas de seguridad fue cada vez con mayor frecuencia objeto de monitoreo por parte de actores de la sociedad civil. Así fue como no solo se colocó en cuestión la actuación de las fuerzas armadas durante la última dictadura militar (1976-1983) sino que se comenzaron a plantear reclamos en torno a los denominados casos de violencia institucional, principalmente los casos de gatillo fácil, cuya existencia no hacía más que reflejar los resabios de una lógica de actuación de los integrantes de las fuerzas que con tanta frecuencia se había llevado adelante al amparo de la impunidad reinante durante el terrorismo de estado. Con el correr de los años se fueron sucediendo las condenas a aquellos policías encontrados responsables de una utilización de la fuerza por fuera de los estándares regulados de manera penal e internacional. Sin embargo, no es sino hasta años recientes que el enfoque de derechos humanos ha cobrado su parte en el encuadre jurídico de este tipo de casos. De esa manera, se pasó a brindarle un mayor protagonismo a los derechos de los familiares de las víctimas, quienes cada vez con mayor fuerza logran visibilizar y poner en marcha la obligación que tiene el Estado de investigar y sancionar a los responsables de las fuerzas de seguridad.

Como ya hemos descripto, la legítima defensa per se no exige el requisito de proporcionalidad sino más bien la utilización de un medio necesario o racional. Es decir, entre dos medios, se deberá optar por el menos lesivo pero no tiene que ser un medio proporcional al ataque que está siendo repelido. Es cierto que cuando es manifiestamente desproporcional, no se podrá alegar esta causal de justificación. No obstante, la actuación en el marco de la legítima defensa no conoce una cota de proporcionalidad entre el ataque sufrido y la reacción al mismo ni tampoco respecto del medio utilizado. Por tanto, si se permitiera que el funcionario policial pueda actuar en el marco de la legítima defensa, sólo debería guiarse por la utilización de un medio racional o necesario.

Empero, cabe aclarar que tanto la legislación nacional como la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires remiten a las normas de la Organización de las Naciones Unidas que requieren el uso proporcional de la fuerza por parte de los funcionarios de la seguridad. Consecuentemente,

mientras que en la actuación en legítima defensa no es necesaria la proporcionalidad, el uso de la fuerza por los funcionarios de seguridad debe encontrar su límite en las normas internacionales de derecho público interno e internacional. Y está asociado, como explica Jakobs, al hecho de que el funcionario policial no actúa espontáneamente al momento de recurrir a la fuerza, sino más bien que realiza una tarea que ha sido previamente ensayada y además en tanto funcionario policial debe sujetar su actuar a las normas estatales. Otro autor alemán, Seelmann, también destaca el hecho de que el funcionario policial responde a una actuación reglada y a instrucciones precisas, lo cual se contrapone con el derecho a la legítima defensa cuya fundamentación está mayormente asociada a una reacción no premeditada ni ordenada. De allí que la legítima defensa del ciudadano común no requiera de la proporcionalidad pues ante el repentino ataque, el ciudadano no tiene la oportunidad de sopesar la proporcionalidad del medio en cuestión. En este sentido, creemos indispensable recurrir a los estándares internacionales de derecho internacional de los derechos humanos para limitar y constreñir el uso de la fuerza por parte de los agentes policiales.

### **iii. Análisis de casos**

Otro de los casos de la Corte que nutren la jurisprudencia sobre el tema en análisis que expone Osse Anneke, (2006), es *Hermanos Landaeta Mejía y otros c. Venezuela*.<sup>13</sup>

El caso es acerca de la ejecución extrajudicial de dos niños de 17 y 18 años a manos del Cuerpo de Seguridad y Orden Público del estado de Aragua. Uno de ellos fue ejecutado de dos disparos por personal vestido de civil que realizaba tareas de inteligencia.

La Corte IDH vuelve a mencionar los tres tipos de acciones referidas al accionar policial, destacando que las medidas preventivas también resultan aplicables a las actividades de inteligencia. (Osse Anneke, 2006).

También explicita el alcance del principio de proporcionalidad de una manera más detallada, al establecer que “debe evaluarse la gravedad de la situación que enfrenta el funcionario. Para ello, se debe considerar, entre otras circunstancias: la intensidad y peligrosidad de la amenaza; la forma de proceder del individuo; las condiciones del entorno, y los medios de

---

<sup>13</sup> Corte IDH

los que disponga el funcionario para abordar una situación específica. Además, este principio exige que el funcionario encargado de hacer cumplir *“la ley busque en toda circunstancia reducir al mínimo los daños y lesiones que pudieran causarse a cualquier persona, así como utilizar el nivel de fuerza más bajo necesario para alcanzar el objetivo legal buscado”*. (p.126)

Lo interesante del caso es que la Corte tiene por dado que existió un enfrentamiento armado entre las fuerzas de seguridad y el sospechoso, pero considera que, en virtud del resultado de la autopsia que determinó que una de las víctimas había recibido disparos en la espalda baja y en el puente nasal de la frente, la actuación de los funcionarios no se adecuó a los principios.<sup>14</sup>

Finalmente expone Osse Anneke, (2006), en el caso Tarazona Arrieta y otros c. Perú la Corte IDH<sup>15</sup> se pronunció en un caso en que un miembro de las fuerzas armadas disparó accidentalmente contra dos civiles en el marco de un control de tránsito, finalizando con la vida de aquellos.

En esta oportunidad, la Corte se pronunció sobre el deber del estado de adoptar medidas para regular el uso de la fuerza, destacando que, al momento de los hechos, en Perú *“la normatividad interna sobre el uso de la fuerza por agentes estatales no contaba con disposiciones sobre precaución y prevención, ni tampoco sobre asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas”*.

Se debe priorizar y hacer especial énfasis en la solución pacífica de controversias y en medios técnicos que no sean letales como primera aproximación al conflicto. Se contempla como requisito la legitimidad del uso de la fuerza en tanto y en cuanto el funcionario se atiene a la legislación nacional y a las reglamentaciones policiales, que a su vez deben contener directrices claras que *“especifiquen las circunstancias en que los agentes de policía estarían autorizados a portar armas de fuego y prescriban los tipos de armas de fuego o municiones autorizados; aseguren que las armas de fuego se utilizan solamente en circunstancias apropiadas y de manera tal que disminuya el riesgo de daños innecesarios; prohíban el empleo de armas de fuego y municiones que puedan provocar lesiones no deseadas o signifiquen un riesgo injustificado;*

---

<sup>14</sup> Corte IDH, Landaeta Mejía c. Venezuela, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 126. 60.

<sup>15</sup> Corte IDH, Tarazona Arrieta y otros c. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 167. 64.

reglamenten el control, almacenamiento y pensar en derecho y despliegue de armas de fuego, así como los procedimientos para asegurar que los agentes responden de las armas de fuego o municiones que se les hayan entregado; señalen los avisos de advertencia que deberán darse, siempre que proceda, cuando se vaya a hacer uso de un arma de fuego; establezcan un sistema de presentación de informes siempre que los funcionarios policiales recurran al empleo de armas de fuego en el desempeño de sus funciones.” (Osse Anneke, 2006, p.126).

Osse Anneke, (2006) dice que el funcionario debe rendir cuentas, es decir se deberán instaurar mecanismos y procedimientos adecuados para la presentación de informes y revisión de cualquier incidente que involucre el uso de armas de fuego. Por último, debe primar un requisito de necesidad, es decir que el uso de la fuerza debe ser una medida excepcional y de última ratio.

Respecto a la discusión sobre la legítima defensa, el Tribunal en lo Criminal N°1 de La Matanza resolvió que:

*“Existe falta de proporción en el medio empleado requerido para configurar legítima defensa, en la conducta del policía imputado que disparó contra un delincuente provocándole la muerte, luego de que quedara reducido en el patio de una casa, ya que de haber empleado una acción menos letal, tal como disparar al aire y tener en cuenta la calidad de tirador inexperto y neófito de la víctima, el resultado mortal, tal vez no se hubiese producido”.*

Esta postura dice Osse Anneke, (2006), se puede tomar como una muestra del desconocimiento de la normativa que rige el accionar policial. En efecto, el medio menos lesivo que el Tribunal menciona –efectuar disparos al aire– constituye lo que técnicamente se denomina “disparos intimidatorios” los que reglamentariamente se encuentran prohibidos según el Reglamento General de Armas y Tiro de la PFA (R.G.P.F.A. N°8).

Debe tenerse en cuenta que la calidad de funcionario policial se tiene en cuenta al momento de graduar la pena. Así es como recientemente se sostuvo que en la determinación de la pena contra un policía que había dado muerte a una persona se debía tomar en cuenta que este no había ejercido la debida diligencia para determinar si se encontraba en una situación de

peligro inminente que lo autorizara a utilizar su arma reglamentaria así como también había procedido a disparar sin apuntar. (Osse Anneke, 2006).

Otros elementos que se toman en cuenta como agravantes son “la nocturnidad en el momento del hecho, el empleo por parte del oficial de un arma particular y no la provista por la repartición en el evento, su condición de tirador experto y la superioridad numérica de oficiales en el lugar del hecho”.

El Tribunal en lo Criminal N°1 de La Matanza<sup>16</sup> decidió que un Sargento ayudante de la policía bonaerense no había actuado dentro de los límites de la legítima defensa. El caso se relacionaba con el robo a un comercio efectuado por tres asaltantes, uno de los cuales, de apellido Osuna, emprendió la fuga y finalizó prácticamente encerrado en un patio de escasas dimensiones y con pocas posibilidades de huida, encontrándose rodeado por 4 funcionarios policiales, que portaban sus armas reglamentarias de alto calibre, en la ubicación privilegiada que les brindaba la terraza de una de las casas lindantes, y siendo superado en número. El joven recibió disparos de los efectivos pero solo se identificaron los disparos realizados por uno de los efectivos.

Por la dinámica de los proyectiles concluyeron que el cuerpo de Osuna no se encontraba de frente al de su tirador. En vista de los hechos el Tribunal concluyó:

*“La conducta del oficial que luego de perseguir a un delincuente le disparó provocándole la muerte, no encuadra en el supuesto de legítima defensa, ya que no se acreditó que este último intentara agredir al acusado dado que quedó encerrado en el patio de una casa en el que no poseía ángulo idóneo que permitiera establecer una relación de perpendicularidad entre su posición y el encartado que se encontraba en la terraza de la vivienda, y por el contrario éste siempre ocupó una mejor ubicación y cualquiera que fuera el arma que portara el occiso no resultó eficaz para configurar una agresión legítima”.*

Al considerar que la conducta del efectivo no encuadraba dentro de la legítima defensa el Tribunal de La Matanza concluyó que “el oficial de policía que disparó a un delincuente

---

<sup>16</sup> Causa N° 12.156 – Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal “Gómez, Miguel Ángel s/recurso de casación”, 30/09/2013. 73. Tribunal en lo Criminal N°1 de La Matanza, Azame, Gerardo Rodolfo; Lencina, Gabriel Ángel; Cereijo, Néstor Álvaro y Díaz, Fabio Marcelo s/ delito de homicidio calificado por el número de intervinientes (art. 80 inciso 6° del C.P.), 30 de septiembre de 2011. 74. *Ibíd.* 424

provocándole la muerte debe responder por el delito de homicidio simple a título de dolo eventual por cuanto, al colocarse deliberadamente en una posición de tiro privilegiada de arriba hacia abajo, en su condición de eximio percutor y al amparo de un corte de luz ordenado por las fuerzas de seguridad, efectuó disparos en torno de la víctima, pudo representarse como posible y actual que el destinatario de aquellos podía perder la vida”.

#### **d. Análisis y diferencias con la ley argentina**

Mientras que en Alemania no es tan claro que la proporcionalidad sea un requisito en el uso de la fuerza del funcionario policial, los autores y la jurisprudencia argentina son más receptivos a diferenciar los requisitos de la legítima defensa por parte de un civil y de un policía. Por ejemplo, Zaffaroni E. (1981), realiza una distinción entre la legítima defensa ejercida por un ciudadano o por un efectivo policial. Así es como remarca que la primera corresponde al ejercicio de un derecho y la segunda al deber de un policía de defender a terceros. En este sentido, el curso de acción que surge de ese deber debe interpretarse de manera estricta, considerando que se trata de un funcionario que se encuentra autorizado por la ley para portar armas de fuego.

Así es como Zaffaroni E. (1981), indica que “dada su profesionalidad, se le exige una más ajustada valoración ex ante de la necesidad de la defensa, pues se supone que dispone de los conocimientos, entrenamiento y medios técnicos para hacer una aplicación más fina y precisa de la violencia: no se trata de un ámbito menor de intervención sino de una más estricta economía de la violencia”.

Por su parte, Omar Palermo, en su análisis exegético sobre la legítima defensa, dice que la actuación de la autoridad policial no se encontraría abarcada por el permiso de la legítima defensa pues tiene sus propias reglas y aboga por la utilización proporcional de la fuerza.

En cuanto a la jurisprudencia, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal debió pronunciarse sobre la existencia de la legítima defensa alegada por un efectivo de la Policía Federal Argentina.<sup>71</sup> Según las constancias de la causa Lezcano, éste había disparado ocho veces, matando a un joven de apellido Carballo de 5 impactos (4 le ingresan por la espalda) el cual intentaba robarle junto a otro sujeto. En la causa se debatió si el accionar de Lezcano estaba

amparado por el art. 34.6 del CPN en base a la prueba producida (una declaración testimonial, un plano del lugar, informes médicos de autopsia e histopatológico).

La Cámara consideró que la decisión del a quo, que sostuvo que “se encuentra plenamente acreditado que Diego Lezcano con conocimiento y voluntad disparó su arma reglamentaria en ocho oportunidades contra quien en vida fuera Hernán Humberto Carballo, provocando su muerte al impactar cinco proyectiles –cuatro de ellos por la espalda–, cuando éste, luego de despojarse de su teléfono celular, había emprendido su huida al sospechar que era un policía”, había sido razonable y suficientemente motivada.

## **CAPÍTULO 4:**

### **ANÁLISIS DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA**

#### a. **Análisis Doctrinarios**

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).

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).

El Código Civil y Comercial, vigente desde el 1° de Agosto de 2015, en su art. 2240 prescribe la defensa extrajudicial de la posesión y establece *que 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.

El Código Procesal Penal El Código Procesal Penal de la Nación amplió los límites de la legítima defensa porque el límite de la legítima defensa está en el momento exclusivo de los acontecimientos, y además hay que solicitar los auxilios de la fuerza pública.

La norma hace referencia a la detención in fraganti 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 y se estipula que se considera in fraganti sólo respecto del que haya presenciado –o sufrido– la perpetración del ilícito.

El Código modificado contempla el tema con mayor amplitud, ya que incluye el sistema acusatorio criminal y juicio oral. *“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”.*

Así queda estipulado que se 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.

El Código Penal El Código Penal 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”.

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.” 14 Ley 11.179. Honorable Congreso de la Nación Argentina

#### **i. Las soluciones del Derecho Penal**

Según este punto de vista, los funcionarios policiales que se enfrentan a una situación de necesidad propia o ajena pueden invocar la causa de justificación de la legítima defensa propia o de terceros (Beguelín, 2012). Esto significa que aun cuando la actuación resultase desproporcionada dentro de los parámetros del Derecho Público, la acción debería ser considerada lícita, tanto en el aspecto de la responsabilidad penal de la persona del funcionario como, de la responsabilidad que le cabe al Estado. De esta manera la causa de justificación del derecho penal vale también como norma potestativa, es decir como fundamento legal para que actúe el estado.

Asimismo Beguelín, afirma sobre esta doctrina lo siguiente:

*“en general, quienes defienden esa doctrina intentan limitar sus alcances recurriendo al principio de proporcionalidad que rige en toda actuación estatal. Esto crearía una legítima defensa SUI GENERIS, para los funcionarios de policía, que podrían invocarla, pero limitando el daño causado en proporción al evitado. En lo que respecta a las restricciones propias de los derechos de policía”.*

Esta tesis interpreta las cláusulas de reserva de modo más amplio, pues entiende la remisión al Derecho Penal como justificación de la conducta del funcionario (exclusión de la antijuridicidad), y como norma potestativa.

## **ii. Las soluciones de la Diferencia**

En el ámbito de la solución del derecho Público se desarrolló una tesis que es actualmente dominante también en el derecho penal.

Las causas de Justificación del Derecho Penal, según esta idea, se dirigen a todos los ciudadanos, sean particulares o funcionarios. Si un agente de policía actúa en exceso de los límites del derecho público, pero dentro del marco dentro de lo permitido por el derecho de legítima defensa, su conducta no será jurídica-penalmente ilícita (Beguelin, 2012). Sin embargo, bajo los estándares del derecho público, la acción allí es valorada como ilícita, ya que se opone a los límites impuestos a la actuación estatal.

Esta doctrina expone que las causas de justificación no distinguen entre ciudadanos particulares y funcionarios policiales, que cuando éstos últimos se extralimitan dentro de su marco permitido en las normativas policiales internas que regulan su accionar, pero no exceden el límite de la legítima defensa, su conducta no es penalmente ilícita, sin embargo se le atribuye cierta responsabilidad estatal, atendiendo (tomando como referencia la teoría del órgano) a que las fuerzas de seguridad son parte de la administración estatal. (Beguelín, 2012)

## **iii. Las soluciones del Derecho Público**

En antípoda a la primera doctrina, la solución del derecho Público pretende resolver la cuestión atendiendo únicamente a las normas internas disciplinarias Policiales, negando la posibilidad de acudir a la legítima defensa del derecho penal. El funcionario que actúa excediéndose en ambos límites (tanto del Derecho Penal como del Derecho Público), su conducta se considera antijurídico en ambos aspectos. (Beguelín, 2012)

En defensa de esta tesis, se sostiene que la nota característica de la legítima defensa del Derecho Penal, es la ESPONTANEIDAD de la reacción, en cambio la prevención del delito es una tarea que se supone ha sido ensayada previamente, de manera que es previsible y se encuentra sujeta a las normas específicas que regulan el actuar del Estado. Según Beguelín, el

concepto de efectividad en el rechazo del peligro se mide de manera generalizadora: El fracaso en un caso concreto se contrarresta por el saldo positivo de la mayoría de las intervenciones y a la inversa en la legítima defensa particular, sólo cuenta el caso concreto, ya que el margen de tolerancia al fracaso concreto será peor.

### **b. Análisis Jurisprudenciales**

En cuanto a la jurisprudencia argentina, podemos observar la tendencia de los magistrados nacionales a inclinarse por la solución del derecho público, adjudicando al funcionario policial una formación, técnico-profesional para poder discernir en cada situación, la capacidad de realizar una exanimación las posibles consecuencias y asumir los riesgos menos lesivos para neutralizar el peligro, atendiendo siempre a garantizar los derechos fundamentales que gozan los habitantes y los cuales se encuentran custodiados por la Constitución Nacional y distintos tratados de Derechos Humanos incorporados a ella con la misma jerarquía.

Así lo tendría contemplado en los fallos emitidos en la Causa N° 12.156 – Sala III “GOMEZ, Miguel Ángel s/recurso de casación” Cámara Nacional de Casación Penal, en donde dicho tribunal sostuvo que el Cabo Primero GOMEZ (Policía Federal Argentina) superó los límites impuestos por la situación, al utilizar su arma al repeler un ataque en la oscuridad, causando la muerte del supuesto criminal por un disparo en la cabeza, manifestando en dicho fallo que Gómez tendría que haber apuntado hacia un lugar menos lesivo.

En otro fallo la sala 1 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. de Capital Federal asume una idéntica postura en el caso “TENENBAUM, Jorge O. s/ RESISTENCIA A LA AUTORIDAD. LEGITIMA DEFENSA”, “Por cuanto la actuación del denunciante -policía- constituyó una verdadera agresión ilegítima, intentando por un problema de estacionamiento indebido del automóvil del procesado frente al local policial, restringir indebidamente la libertad ambulatoria del encausado, al tiempo que lo manoseaba sin motivo y con reiteración tomándole bruscamente por la corbata. Un solo golpe de puño, aplicado para obtener el cese del ataque, aparece como el medio racionalmente aceptable para tal fin y coloca a la repulsa efectuada dentro del tipo permisivo estatuido por el art. 34 inc.6to”.

Otros antecedentes jurisprudenciales encontramos una óptica diferente, en el fallo emitido en “RUSSO, Edgardo H. s/.” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y

Correccional. Capital Federal, Sala 04. En dicho antecedente, si bien el tribunal que homologa el sobreseimiento del funcionario policial, admite el actuar negligente previo del imputado constituyó una provocación suficiente (al acercarse arma en mano hacia la ventanilla del acompañante del vehículo donde se encontraba del occiso) al momento de ver el arma del sospechoso, se erigió en un error invencible para él, que torna su conducta inculpable, al dispararle provocando su muerte.

En lo que respecta al derecho comparado, tomando como referencia el “*commonlaw*” de los Estados Unidos de América, en donde cada Estado posee su ley soberana, y muchas de ellas autorizan el uso de la fuerza letal (*deadlyforce*) en distintas circunstancias, la Corte Suprema de ese país dictaminó que, con respecto al uso de la fuerza por parte de los cuerpos policiales, las leyes que autorizaban el uso policial de la fuerza letal contra sospechosos desarmados y no violentos (vigentes hasta el caso Tennessee) fueron declaradas inconstitucionales.

Antes del caso de Tennessee (*Tennessee vs. Garner*, 1985), en donde se dijo que la fuerza letal no puede ser usada a menos que sea necesario para prevenir el escape y el oficial tenga una causa probable para creer que el sospechoso plantea una amenaza significativa de muerte o graves daños físicos para él mismo o los demás oficiales, la ley estatal guiaba el uso de la fuerza letal por parte de los oficiales de la ley con el solo requerimiento que los oficiales de policía advirtieran a un delincuente en fuga que dispararían si continuaban su fuga. El oficial podría usar todos los medios necesarios para realizar un arresto. (Baker, 2007)

Muchas agencias policiales desarrollaron pautas mediante la implementación de nuevas políticas y protocolos para abordar el uso de la fuerza letal que establecían que la misma no puede ser usada a menos que (1) sea necesario para evitar que escape y el oficial tenga una causa probable para creer que el delincuente en fuga representa una amenaza significativa de muerte o u otros, y, (2), una advertencia debe preceder al uso de fuerza letal. En ese marco directamente relacionado con la fuerza policial letal, la Corte dictaminó en el caso *Graham v. Connor*, 490 U.S. 386 (1989) un estándar de "objetividad razonable" donde el uso de la fuerza letal aplicada por un oficial podría ser evaluado por la "razonabilidad en ese momento". La Corte dictaminó que la evaluación de la decisión de usar la fuerza debería ser juzgada desde la perspectiva de un oficial razonable en la escena, no con el beneficio del análisis retrospectivo (Barker, 2007).

## **b. Proyecto de las modificaciones del Código Penal Argentino**

A lo largo de la historia ha sido difícil tarea la misión de justificar el uso de la violencia privada para repeler el ataque ilegítimo a determinados bienes jurídicos. De hecho las antiguas prácticas mostraban como se efectuaba la defensa en manos propias ante la agresión ilegítima, y ha sido sin embargo aceptada como un hecho irreprochable hasta por dogmas religiosos, fundado en el derecho natural a la autodefensa.

Las causas de justificación comenzaron a cobrar entidad a la hora de que los estados constituidos como entes de poder organizado, reivindicaron para sus gobernantes y jueces, el monopolio del uso de la fuerza y la protección de los derechos de las personas.

De hecho el estado policial o militarizado ha instaurado incluso en las dictaduras totalitarias, la posibilidad de anular el delito por completo en las sociedades que eran gobernadas y así, aun bajo estos sistemas, se han consumado en perjuicio de los titulares de bienes jurídicos protegidos, ilícitos aberrantes que proviniendo de particulares o de los referentes del mismo gobierno; los han destruido definitivamente o dañado irreparablemente. (Bortolozzi de Bogado, A., 2011)

Ante el contexto descrito, la realidad es que en la actualidad casi todos los estados modernos, la han tenido que contemplar en sus respectivas legislaciones como causas de justificación, de exclusión de antijuridicidad o de irreprochabilidad penal, en cuanto ni siquiera la más respetable deidad ni menos algún estado, pudo arrogarse eficientemente el poder omnímodo para evitar que determinadas conductas de ciertos miembros de una sociedad, dañen o destruyan los derechos de otros actores sociales. Ante tales circunstancias hubiera sido una grave incoherencia del poder público obligar a las víctimas a permanecer inmóviles ante un hecho delictivo que las afecte y más aún, castigar la acción de quien se defiende de una agresión ilegítima cuando esta es desplegada por el mismo fracaso o imprevisión de la función protectoria del estado. (Bortolozzi de Bogado, A., 2011).

La legislación penal no ha sido ajena a la previsión de supuestos de antijuridicidad y entre ellas la denominada “legítima defensa” ha ocupado desde su redacción originaria un sitio de privilegio motivando incontables fallos judiciales que lo han contemplado.

El auge de determinados “modus operandi” para la afectación violenta de determinados bienes jurídicos, sin embargo autoriza a readecuar a través de la reforma que se pretende, la redacción legislativa de la parte final del inciso sexto del artículo 34 del Código Penal Argentino, incorporando de manera clara y meridiana como supuesto de legítima defensa, la salvaguarda del hogar familiar cuando el ingreso indebido de un intruso a cualquier hora del día por lo violento, justifique la defensa racional de sus moradores de su integridad, e intimidad.

La normativa vigente si bien prevé supuestos similares exige por un lado nocturnidad (cuando hoy día los robos con ingreso a la casa de los damnificados, se producen a cualquier hora del día) o que el afectado encuentre al agresor en su domicilio y este oponga resistencia, (cuando quienes se introducen a los domicilios particulares utilizan actualmente medios que no necesariamente implican la clandestinidad o la sorpresa. (Bortolozzi de Bogado, A., 2011)

La iniciativa propuesta excluye la necesidad de nocturnidad, e incluye diversas hipótesis en las que quien ingresa al domicilio de la víctima utiliza medios violentos, tales como los supuestos de ingreso de delincuentes a casas particulares, facilitados por aprehensión de rehenes, a miembros de la misma familia afectada. (Bortolozzi de Bogado, A., 2011)

Con lo expuesto queda mencionar que el texto modificado del Inciso sexto del artículo 34 del Código Penal Argentino, quedó redactado de la siguiente manera:

*“El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.*

*Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de quien encontrándose en su domicilio o morada, fuere sorprendido a cualquier hora del día, por un extraño que habiendo ingresado ilegítimamente al*

*espacio habitado, amenace con agresión inminente o actual, la integridad física o los bienes de los moradores.*

#### **d. Conclusiones parciales**

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).

## **Conclusiones Generales**

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, sus derechos e incluso los de terceros. Pero tal acción debe ser el resultado de una agresión ilegítima, empleando 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 Penal describe la procedencia en caso de: “agresión ilegítima”, “medio racional” y “falta de provocación suficiente”, tales conceptos no tienen una extensión definida y concreta, por el contrario 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

Al ser la legítima defensa un tipo permisivo abierto, el juez deberá evaluar en el caso concreto la legitimidad del acto de defensa, teniendo en cuenta las diversas circunstancias que rodearon el hecho, especialmente las referidas al arma utilizada, el lugar, características

personales del agresor y de quien se defiende. El concepto de actualidad no puede aplicarse severamente como una regla invariable para todos los casos. No es posible solucionar los diversos casos que presenta la realidad con una línea de razonamiento uniforme.

Tanto los funcionarios Público y los agentes policiales son los encargados de hacer cumplir la ley y por ello deben estar especialmente capacitados para hacer uso de la fuerza pública en la medida de la necesidad a fines de resguardar un bien jurídico protegido, razón por la cual el análisis para constatar la existencia de un supuesto de legítima defensa debe realizarse de manera estricta y siempre en el marco del cumplimiento de sus funciones con el uso proporcional de la fuerza por parte de los funcionarios de la seguridad.

Es por ello que, mientras los particulares en la actuación en el marco del art 34 inc. 6°, del Código Penal argentino no requiere una exigencia de “proporcionalidad”, los funcionarios policiales y de seguridad deben hacer uso de la fuerza pública encontrando como límite las normas de procedimientos policiales de derecho público interno e internacional que se han expuesto en el presente trabajo.

Los policías como funcionario estatales tienen en la sociedad un rol específico, y es por ello que no pueden ser considerados como cualquier ciudadano al momento de analizar su actuación en legítima defensa para determinar con mayor precisión las responsabilidades al momento de emplear un arma de fuego y evitar que se consagre la impunidad de los efectivos que no emplean su armas de acuerdo a los estándares vigentes.

Es de suma importancia que durante la etapa de formación de los funcionarios policiales se tenga especial atención en el requisito de la proporcionalidad para evitar un uso abusivo de la fuerza y que las mismas se enmarque dentro de las exigencias de la normativa nacional e Internacional.

## **Bibliografía:**

### LEGISLACION

- Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, resolución 34/169 Asamblea General de la ONU, diciembre de 1979. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/lawenforcementofficials.aspx>
- Código Penal de la Nación. Ley 11.179. octubre de 1921. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>
- Constitución de la Nación Argentina, Ley N° 24.430, diciembre de 1994. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
- Ley de Seguridad Interior Nro. 24.059, diciembre 1991. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/458/texact.htm>

### DOCTRINARIOS

- ALDONEY RAMÍREZ Rodrigo, Becario de Investigación Instituto de Criminología y Derecho Penal Económico, Universidad de Friburgo de Brisgovia, Alemania Federal.
- BAKER, T.E. (2007). *The Encyclopedia of Police Science: Deadly Force*. (3° Ed.). Nueva York, Londres: Jack R. Green. Routledge. Taylor & Francis Group. [Traducido al español de Mg. Carlos G. Blanco].
- BEGUELIN, J. R.(2012), *Jurisprudencia de Casación Penal: ¿Puede un Funcionario de Policía ejercer el derecho de Legítima Defensa del Código Penal?* Buenos Aires.
- CLÉRICO, M. L. (2009), *El examen de proporcionalidad del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Eudeba.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos (1979) *Derecho Penal Introducción y Parte General*, Ed. Abeledo Perrot.

- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1952) *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ed Losada.
- LOISELEUR DESLONGCHAMPS, A. L. A. (1833): “*Les lois de Manou*” (las Leyes de Manú). Paris.
- LUZÓN PEÑA, Diego, Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2006,
- NUÑEZ, R. C. (1999). Manual de derecho penal. Parte general (4a ed.). Córdoba, Argentina: Marcos Lerner.
- OLIVARES RODRÍGUEZ, E. (2013). “El estado de necesidad racional de la legítima defensa: *Análisis jurisprudencial sobre la forma de apreciar la necesidad racional del medio empleado frente a la agresión ilegítima*”. Recuperado de: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_08/n\\_15/Vol8N15A1.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_15/Vol8N15A1.pdf)
- OSSE, Anneke, (2006) Entender la labor policial. Recursos para activistas de derechos humanos, Madrid, Editorial Amnistía Internacional
- PÉREZ LÓPEZ, Jorge, Las 15 Eximentes de Responsabilidad Penal, Gaceta Jurídica, 2016
- REINHART MAURACH-HEINZ (1994) Derecho Penal Parte General, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma,
- SOLER, S. (1951). Derecho penal argentino. Buenos Aires: La ley.
- WEBER, Max. (1919). *La Política como vocación*. Recuperado de: <http://www.copmadrid.es/webcopm/recursos/pol1.pdf>

## JURISPRUDENCIA

- Cámara Federal de Casación Penal I, Sala III “*GOMEZ, Miguel Ángels/RECURSO DE CASACIÓN*” 30 de septiembre de 2013.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Sala 1 de Capital Federal “*TENENBAUM, Jorge O. s/ RESISTENCIA A LA AUTORIDAD. LEGITIMA DEFENSA*”, 10 de octubre de 1985.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 4. Capital Federal, “*RUSSO, Edgardo H. s/*” 22 de Marzo de 2005.
- Supreme Court of the United States, “*Tennessee v. Garner*”, 471 US 1 (1985).