



## **TRABAJO FINAL DE GRADUACION**

---

**“La actualidad e inminencia de la agresión en la Legítima Defensa.”**

**ALUMNO: Fermín Zamudio**

**D.N.I. N° 33.602.898**

**Legajo: ABG04596**

**ABOGACÍA**

**2019**

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradezco:

A Dios, por sostenerme y acompañar cada momento de mi vida.

A la Universidad Empresarial Siglo 21, por ayudarme a cristalizar mi proyecto de vida.

A los profesores, que me habilitaron el camino del conocimiento.

A los tutores, que me guiaron y condujeron en la construcción de este trabajo final de grado.

A Laura, por su generoso acompañamiento.

A mi familia, por la confianza, la presencia constante y el infinito amor.

A la vida, que me demostró que con responsabilidad, compromiso y perseverancia es posible alcanzar nuestros sueños.

## **RESUMEN**

En el presente trabajo se analiza la legítima defensa como una reacción necesaria frente a una agresión que se encuentra autorizada por el ordenamiento jurídico, empleando medios necesariamente racionales. Lo que se pretende con este análisis es determinar si el juez cuenta con parámetros claros para determinar cuándo la agresión ilegítima es actual e inminente para poder aplicarse al supuesto de legítima defensa si además se dan los demás requisitos descritos por el art. 34 inc 6.

Se analiza el mencionado problema jurídico en relación a los límites que presenta la legítima defensa, determinándose cuáles son los estándares objetivos que permiten la correcta interpretación de lo actual e inminente.

Palabras Claves:

Legítima defensa, agresión, inminente, causa de justificación.

## **ABSTRACT**

In this paper, legitimate defense is analyzed as a necessary reaction against an aggression that is authorized by the legal system, using necessarily rational means. What is intended with this analysis is to determine if the judge has clear parameters to determine when the illegitimate assault is current and imminent to be able to apply to the assumption of legitimate defense if the other requirements described in art. 34 inc 6.

The aforementioned legal problem is analyzed in relation to the limits presented by the legitimate defense, determining which are the objective standards that allow the correct interpretation of the current and imminent.

### **Keywords**

Legitimate defense, aggression, imminent, cause of justification.

## ÍNDICE:

|   |      |    |
|---|------|----|
| <b>Introducción</b> .....   | Pág. | 7  |
| <b>Capítulo 1: Aspectos Generales</b> .....   | Pág. | 10 |
| Introducción.....   | Pág. | 11 |
| 1.1 Conceptualización.....  | Pág. | 11 |
| 1.2 Causas de justificación en el Código Penal Argentino.....                                       | Pág. | 11 |
| 1.3 Fundamento de las causas de justificación.....  | Pág. | 14 |
| 1.4 Análisis normativo de la legítima defensa.....  | Pág. | 16 |
| 1.5 Problemas de subsunción jurídica.....   | Pág. | 19 |
| Conclusión Parcial.....   | Pág. | 21 |
| <b>Capítulo 2: Alcances y limitaciones de la legítima defensa</b> .....                             | Pág. | 23 |
| Introducción.....   | Pág. | 24 |
| 2.1 Bienes jurídicamente protegidos y defendibles.....  | Pág. | 24 |
| 2.2 Clases de acciones defensivas.....  | Pág. | 25 |
| 2.3 Legítima defensa privilegiada y putativa .....  | Pág. | 27 |
| Conclusión Parcial.....   | Pág. | 30 |
| <b>Capítulo 3: Antecedentes históricos y análisis crítico de la doctrina y jurisprudencia</b> ..... | Pág. | 32 |
| Introducción.....   | Pág. | 33 |
| 3.1 Antecedentes históricos.....  | Pág. | 33 |
| 3.2 Posturas doctrinarias.....  | Pág. | 37 |
| 3.3 Evolución legislativa nacional.....   | Pág. | 39 |
| 3.4 Tutela Constitucional.....  | Pág. | 40 |
| 3.5 Criterios jurisprudenciales.....  | Pág. | 41 |
| Conclusión Parcial.....   | Pág. | 47 |
| <b>Conclusión</b> .....   | Pág. | 48 |
| <b>Bibliografía</b> .....   | Pág. | 51 |
| <b>Doctrina</b> .....   | Pág. | 51 |
| <b>Legislación</b> .....  | Pág. | 53 |
| <b>Jurisprudencia</b> .....   | Pág. | 54 |



## **Introducción**

El Código Penal de la Nación establece y tipifica la legítima defensa en su parte general, como una acción en la cual se actúa en respuesta a una agresión injustificada como víctima de dicha acción.

El Código Penal expone que la legítima defensa es aquella acción que resulta necesaria para repeler una agresión actual o inminente, y que la misma atente contra los bienes jurídicos propios o ajenos tutelados por el Derecho Penal. En relación a esto, se determina que están exentos de responsabilidad criminal quienes obren en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren determinados requisitos. Para que la legítima defensa tenga lugar, debe ser ejecutado empleando medios necesariamente racionales que están establecidos en el artículo 34, inc. 6°, apart. b del Código Penal que se va a analizar en el primer capítulo.

Debe aclararse como punto de partida, que no toda acción defensiva constituye legítima defensa. Para que se configure, tienen que presentarse diferentes presupuestos que describe la normativa que se van a analizar en el presente trabajo.

El problema jurídico que genera esta situación determina una subsunción del hecho a la norma, ya que se presenta al momento donde el juez debe determinar si la reacción necesaria, se encuentra o no justificada por la norma penal que manifiesta que la agresión debe ser “actual e inminente”, lo que determina conceptos vagos y se origina una laguna de reconocimiento.

El problema principal que presenta este instituto nos lleva a preguntarnos: ¿El juez cuenta con parámetros claros para determinar cuándo la agresión ilegítima es actual e inminente para poder aplicarse al supuesto de legítima defensa si además se dan los demás requisitos descriptos por el art. 34 inc 6°?

En el presente trabajo surge de la necesidad de delimitar que se entiende por actual e inminente, mostrándose posturas contradictorias a la hora de desentrañar el sentido y alcance de la norma penal para poder aplicar el instituto de la legítima defensa.

El Objetivo General fue determinar cuáles son los estándares objetivos con los que cuenta el juez para determinar la correcta interpretación de lo actual e inminente de la legítima defensa para poder aplicarse al supuesto de legítima defensa y determinar si se dan los demás requisitos descritos por el art. 34 inc 6.

Para ello se plantearon como objetivos específicos analizar las posibles causas que pueden justificar un hecho delictivo, determinar cuál es el problema de aplicación de la legítima defensa en relación al art 34 inc 6 del código penal, analizar el requisito temporal para la configuración de la legítima defensa, especificar cuándo comienza y cuando finaliza el derecho de legítima defensa.

Como hipótesis de trabajo se plantea, que la legítima defensa, si bien se encuentra autorizada por el ordenamiento jurídico penal en el artículo 34, inc. 6º, apart. b del Código Penal, no define ni determina que se entiende por conducta actual e inminente generando una laguna normativa de reconocimiento al momento de aplicar la figura. Se puede evidenciar la vaguedad en un caso límite (borderline cases), porque no es posible asignar “(...) una determinada clase ni a su complemento” (Guastini R. s/d, p.68).

Según Dankhe (1986) es posible marcar que existen cuatro tipos de investigaciones: exploratoria, descriptiva, correlacional y explicativa.

En el presente trabajo final de grado, se realiza una investigación descriptiva, por lo que se pretende abrir el camino para dar pasos preliminares frente a un problema jurídico en relación al análisis de la legítima defensa, específicamente el artículo 34, inc. 6º, apart. b del Código Penal analizando, evaluando y recolectando datos sobre diversos aspectos, dimensiones o componentes del fenómeno en sus diferentes formas y ámbitos.

La investigación está orientada según Dankhe (1986), a descubrir o ampliar la información sobre un objeto específico (legítima defensa), a fin de obtener nuevos datos que se traduzcan en nuevos conocimientos.

Como estrategia metodológica, según la clasificación que plantea Sampieri, (2006), se plantea una metodología cualitativa orientada a la “exploración, descripción y entendimiento” sobre la normativa vigente en materia de legítima defensa. (p. 26), marcando los puntos de vista de los legisladores y doctrinarios especialistas en el tema, con el objetivo de entender la situación actual del fenómeno por el que atraviesa la sociedad.

Este trabajo toma como centro de análisis la situación jurídica y social. El límite temporal adecuado para esta investigación será de los últimos 10 años. En cuanto a los niveles de análisis, la investigación toma como referencia la jurisprudencia internacional y nacional, y la legislación nacional y provincial.

El presente Trabajo Final de Graduación se divide en 3 capítulos:

En el Capítulo 1 se analizan los aspectos generales y normativos de la legítima defensa estudiando específicamente el fundamento de las causas de justificación en el Código Penal Argentino. En el Capítulo 2 se abordan los alcances y limitaciones de la legítima defensa, los bienes jurídicamente protegidos y defendibles y las clases de acciones defensivas. En el Capítulo 3 se realiza un análisis crítico de la reglamentación con la posición de la doctrina y jurisprudencia comenzando por los antecedentes históricos, siguiendo con las posturas doctrinarias, la evolución legislativa nacional, la tutela constitucional y los criterios jurisprudenciales.

## Capítulo 1: Aspectos generales

## **Introducción**

En el presente capítulo se va a establecer lo que establece la normativa en relación a la legítima defensa. Esto constituye el marco teórico para el análisis del problema jurídico planteado, en relación a los fundamentos esgrimidos por la legislación y el pensamiento de doctrina como causa de justificación.

### **1.1 Conceptualización**

La legítima defensa viene a exteriorizar una actuación ilegítima, justificada por presentar ciertas circunstancias contempladas en la ley, que permite disminuir e incluso eximir de una sanción al responsable del ilícito justificado, por lo que queda eximido de responsabilidad a su autor.

Soler (1987) explica que la legítima defensa es una reacción contra una agresión injusta e inevitable que está aconteciendo en ese momento y que no ha sido inducida por quien se defiende, lo que significa que si esa reacción llegase a lesionar a una persona o los bienes de quien resulte agredido o incluso de terceros, esa acción que está tipificada por la norma penal como antijurídica, siendo necesaria, es absolutamente lícita.

Por su lado Jiménez de Asúa (1952), en relación a ello expresa que la legítima defensa es la reprobación de una agresión ilegítima, actual o inminente, por la víctima, contra el que ejecuta la agresión, sin transferir la necesidad del resguardo o amparo y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirle o repelerla.

### **1.2 Causas de justificación en el Código Penal Argentino**

Las causas de justificación se encuentran reguladas en la Parte general (art. 34<sup>1</sup>, incs. 3º, 4º, 5º, 6º, 7º) y en la Parte especial (art. 86<sup>2</sup>, incs. 1º y 2º, art. 111<sup>3</sup>, inc. 1º, art. 152<sup>4</sup> y art. 156<sup>5</sup>) del Código Penal Argentino.

---

<sup>1</sup> 3º. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño; 4º. El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo; 5º. El que obrare en virtud de obediencia debida; 6º. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Ossorio M., (2006) en el diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales define la causa de Justificación “(...) como una norma o hecho que legitima la conducta. En el Derecho Penal las circunstancias eximentes en la que el sujeto no incurre sino en apariencia de delito, pues no existe infracción del ordenamiento jurídico” (p. 162).

Las acciones que se realizan amparadas por una causa de justificación para Nuñez, R., (1999), se adecuan a lo que está previsto en la norma tanto del delito consumado para defenderse con una causa justificante, como a los requisitos que prevén el fundamento de dichas causas. Las causas de justificación tienen una naturaleza objetiva por que se apoyan en circunstancias ajenas al sujeto que comete el hecho delictivo y si falta el elemento esencial que viola la norma.

En definitiva lo que Núñez (1999) quiere decir con esto, es que las causas de justificación tienen su fundamento en la supremacía en el ejercicio de un derecho en el interés por el que se actúa que se intenta proteger por encontrarse en un estado de

---

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

<sup>2</sup> ARTICULO 86. - Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1º Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

<sup>3</sup> ARTICULO 111. - El acusado de injuria, en los casos en los que las expresiones de ningún modo estén vinculadas con asuntos de interés público, no podrá probar la verdad de la imputación salvo en los casos siguientes:

1) Si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiere dado lugar a un proceso penal.

<sup>4</sup> ARTICULO 152. - Las disposiciones de los artículos anteriores no se aplicarán al que entrare en los sitios expresados, para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hiciere para cumplir un deber de humanidad o prestar auxilio a la justicia.

<sup>5</sup> ARTICULO 156. - Será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa.

necesidad, o defenderse. Es necesario resaltar que lo mencionado opera en el actual sistema penal como regla-excepción, ya que en el mismo cuerpo legal se establecen los delitos, y frente a su comisión, se prevé su excepción para que la acción sea considerada legítima.

Las causas de justificación que establece el código son las siguientes:

- Legítima defensa
- Estado de necesidad
- Cumplimiento de un deber
- Ejercicio de un derecho

El art. 34, inc. 3º, del Código Penal, regula el estado de necesidad. La norma reza:

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

Para Nuñez, R. (1999), quien lesione bienes jurídicos ajenos para resguardar otro bien (propio o ajeno), de mayor valor, se encuentra penalmente justificado. El fundamento de lo mencionado, pondera el bien jurídicamente más apreciable que representa el mal menor de quien se defiende.

El estado de necesidad como causa de justificación, tiene una limitación en relación a la provocación de un mal menor para evitar un mal mayor, en problema radica en esa determinación y cuando aparecen situaciones de un mismo valor, porque entraría en juego la situación de exigir razonablemente la realización de una conducta determinada.

Por otro lado Fontan Balestra (1998), explica que el valor relativo de los bienes en conflicto deben ser resueltos de manera objetiva, ello implica que la ley penal establece un criterio de apreciación de las escalas penales para distintos tipos de lesiones a un mismo o distinto bien jurídico.

Esta situación se aplica cuando el sujeto activo es una autoridad o funcionario que se encuentra autorizado por la ley, y que el acto se haya ejecutado dentro del ejercicio de sus funciones y según el cargo que ocupa; y finalmente, que acudir a la fuerza, debe ser necesario en función de los intereses que les corresponda proteger y en cumplimiento de un mandato proveniente de un superior. Además, la fuerza utilizada tiene que ser proporcional a la situación y debe concurrir un cierto “(...) grado de resistencia o de actitud peligrosa en el sujeto pasivo que justifique que sobre él recaiga el acto de fuerza”.

Esta situación configura un ejercicio legítimo que se debe justificar con los límites correspondientes determinados en la ley.

### **1.3 Fundamento de las causas de justificación**

Righi (2016), explica que uno de los fundamentos de la legítima defensa son que ni una persona, ni el orden público deben ceder frente un hecho ilícito.

En consecuencia, según Efrain Garzon (2016) quien cita a Bacigalupo (1999); que establece que quien obra bajo una causa de justificación “(...) no sólo protege sus propios bienes jurídicos tutelados, sino que además cumple una función de reafirmación categórica del derecho” (p.502).

En la actualidad, existen distintas posturas en relación a la fundamentación de la legítima defensa en relación a su carácter individual o social, con lo que según la primera, la legítima defensa estaría protegiendo los bienes jurídicos que se encuentren bajo el ataque del agresor de forma individual; mientras que de acuerdo al segundo, la función de la legítima defensa consistiría en salvaguardar al ordenamiento jurídico en general (Pawlik, 2013).

La fundamentación social, está originada en las ideas de Hegel (1987) cuyo pensamiento también es expuesto por Efrain Garzon (2016), y expresa que la legítima defensa constituye la aserción del derecho y lo relaciona con la idea de que si un delito configura la usencia del derecho, la legítima defensa estaría negando el delito.

Para Kindhäuser (2013), la argumentación esgrimida a favor de lo expuesto sobre los fundamentos de la legítima defensa radica en proteger el bien agredido, por lo que una medida de aseguramiento, sería más aceptable que una maniobra utilizada para defenderse pero que su consecuencia es incierta.

Siguiendo el pensamiento de Nino C. (2014), explica que la legítima defensa es una causa de justificación que está destinada a impugnar la acción de su autor material del ilícito.

Por otro lado, Nino (2014), dice que la defensa es “un acto de necesidad” que constituye un justificativo de lo que *prima facie* sería un acto delictivo, pero para fundamentarse la conducta debe ser efectiva para evitar un daño concreto, el daño generado con la conducta del que se defiende a sí mismo o a sus bienes o de terceros de una agresión, debe ser inferior que el que se hubiera producido de consumarse la agresión y la conducta arrogada debe ser necesaria por no poder contar con otro medio menos dañoso.

De lo expuesto se puede inferir que, la legítima defensa es un componente esencial de los derechos individuales fundamentales y se presupone que son derechos que toda persona tiene que tener garantizado por el ordenamiento jurídico en todas sus orbitas, las medidas necesarias para la protección de su persona, sus bienes y los de terceros, previendo todas aquellas situaciones en las que los mismos puedan verse vulnerados.

Sin embargo, pese a lo explicado por los diferentes autores citados, no existe en el ordenamiento jurídico actual, una postura unánime por lo que no resulta suficiente la fundamentación de la legítima defensa, y esa situación genera consecuencias que ni la sociedad, ni el derecho están dispuesta a aceptar.

Es por ello que esta situación lleva a la justificación de la legítima defensa a un plano más social que individual, en relación a la minimización de los daños o el peligro que se puedan producir.

Con lo explicado se puede decir, y concordando con el pensamiento de Nino (2014), que el fundamento real de la legítima defensa debería fundarse en la función

preventiva de un daño ya sea de naturaleza individual o social, lo cual sería una postura intermedia. Con esto se fundamenta una postura diferente a la tradicional que se explico anteriormente y abre el camino a otro análisis en torno al daño ocasionado a la sociedad.

#### **1.4 Análisis normativo de la legítima defensa.**

Para comenzar con el análisis normativo es necesario en primer lugar, señalar los establecido en el Código Penal (CP) en su art.34, inc. 6<sup>6</sup> donde se establecen las circunstancias que deben concurrir para que un hecho típico no sea susceptible de ser penalmente sancionado.

Estas circunstancias están explicitadas en el Código Penal en el mencionado artículo y Terragni (1993), propone una clasificación y explicación de cada una de ellas:

a) Agresión ilegítima, y ésta constituye la base de la figura de la legítima defensa, por oposición.

b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.

c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende, las que serán analizadas acto seguido.

Según lo expresado por Efrain Garzón (2016), en el desarrollo de su tesis “La legítima defensa como causa de justificación aplicada en la función policial” parafraseando a Terragni, (1993), en relación a la enumeración que precede es importante aclarar el significado de estos supuestos.

En primer lugar, agredir es atacar a una persona hasta lograr su muerte o lesionarlo; se trata de un embate ofensivo que perjudica a quien lo sufre. Para que se configure la figura jurídica contemplada por la ley penal, la agresión debe proceder únicamente de una persona humana.

---

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

Roxin, (1972), por su lado, en esta línea de pensamiento, explica que la situación de legítima defensa empieza con la agresión emitida por una persona de manera antijurídica que lesiona algún bien que se encuentra tutelado por el ordenamiento jurídico, y ese ataque puede ser actual e inminente o puede configurar un peligro potencial.

A partir de lo expuesto, se puede señalar que el periodo en la cual esa conducta antijurídica defensiva va a ser oportuna, se determinará según el peligro de daño frente a una agresión actual o futura.

En este lapso, debe subsistir la agresión y justificar la conducta que sea defensiva, entonces allí se considera que será oportuna, porque la víctima tiene la necesidad racional de defenderse a sí mismo, sus bienes o a terceros.

Para la configuración y ejercicio de la legítima defensa explica Roxin (1995), no hace falta que la agresión haya comenzado a ejecutarse, sin embargo, uno de los requisitos esenciales es que sea actual e inminente, o porque esté sucediendo en ese momento o continuando, y no cuando la misma ya haya sido consumada. Para este autor, y coincido con él en este punto, sólo cabe admitir un resguardo posterior al acabamiento del hecho, en el caso que se mantenga la lesión del bien jurídico que el ordenamiento jurídico penal debe o intenta proteger.

Entonces según lo explicado, se puede inferir que algunas acciones típicas (lesiones y daños causados a un secuestrador por ejemplo que se ocasionen en el intento de recuperar la libertad que está contemplando en el art. 170<sup>7</sup>, CP), quedan contempladas y por ende justificadas por legítima defensa (art. 34, inc. 6º, CP).

Siguiendo a Roxin, (1995) se puede interpretar que es necesaria, toda defensa que sea menos lesiva que la que se está recibiendo y que quien está siendo atacado pueda tener a su alcance.

---

<sup>7</sup> ARTICULO 170. - Se impondrá reclusión o prisión de cinco (5) a quince (15) años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona para sacar rescate. Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho (8) años.

En consecuencia, a lo explicado, se puede decir que la norma del código penal, autoriza a cometer una acción lesiva, para preservar los bienes propios o ajenos siempre que resulten menos perjudiciales, pero se debe aclarar que un agresor puede justificarse para repeler una agresión utilizando un material más peligroso o nocivo si el agredido pudo repeler la agresión de otra manera utilizando una herramienta o material menos contundente.

La legítima defensa es contemplada en el Código Civil y Comercial de la Nación en la hipótesis de defensa extrajudicial de la posesión contemplada en el art. 1718.<sup>8</sup>

Por otro lado, Orgaz (1979), señala que la defensa legítima se presenta cuando una persona que se encuentra en un escenario de urgencia, con la utilización de medios racionales, le genera un daño a otro cuando intenta resistir o repeler contra aquel que lo está agrediendo de manera actual ilegítimamente.

Es una causa de justificación que intenta proteger de los daños a los bienes personales o patrimoniales que se puedan ocasionar por quien se defiende dirigidos al autor de la agresión, en las condiciones que la ley estipula.

En materia civil, causar un daño a otro configura un acto ilícito reprochable que por consiguiente da lugar a responsabilidad. Con ello, la ley argumenta la justificación de la agresión, convirtiéndola en lícita, considerando que el agresor actúa en una situación de peligro extrema, y que si espera los auxilios de la autoridad pública no podría repeler esa conducta por parte de quien comete el ilícito.

---

<sup>8</sup> ARTICULO 1718.-Legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho. Está justificado el hecho que causa un daño:

a) en ejercicio regular de un derecho;

b) en legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena;

c) para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo; el hecho se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo.

El Código Penal establece cuales son los requisitos configurantes de la legítima defensa, estableciendo de manera expresa que se debe emplear un medio racionalmente proporcionado ante la agresión actual o inminente, ilícita y no provocada.

Es importante mencionar lo que establece el Código Procesal Penal de la Nación (Ley 23.984), ya que el mismo faculta a cualquier persona a detener a una persona cuando ésta es sorprendida cometiendo un ilícito o inmediatamente luego de cometido; o mientras es perseguida por la fuerza pública, o incluso que presente rastros que hagan presumir que participó recientemente en la comisión de 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), esto es importante destacar porque esta norma autoriza a prescindir de la fuerza pública siempre y cuando la misma no llegase a tiempo para hacer efectivo los derechos de los ciudadanos que puedan ser vulnerados.

### **1.5 Problema de subsunción jurídica**

El problema de subsunción jurídica se evidencia en lo establecido en el art 34 del Código Penal en relación a los conceptos de actual el inminente en la legítima defensa, ya que ambos son muy genéricos y dejan un amplio margen para su interpretación y aplicación al caso concreto, originando problemas de interpretación al momento de aplicar la norma.

Esta situación actualmente es subsanada y resuelta por la doctrina y jurisprudencia en el caso específico que se pretenderá resolver, pero lo cierto es que también la doctrina y jurisprudencia no plantean posturas unánimes, sino que incluso contradictorias a la hora de aplicar los presupuestos legales de la legítima defensa.

Moreso (2015), explica que existe una laguna de reconocimiento ya cuando se presenta “(...) un caso individual de difícil subsunción en un caso genérico de un sistema normativo dado” (p.68). De lo que se puede extraer que en la norma penal del art. 34 del CP presenta esta situación.

Si bien el derecho penal ha evolucionado con sus reformas, para determinar cuando la agresión es actual e inminente se tiene que recurrir a la decisión de un magistrado para

que establezca la determinación del momento en que debe considerarse que comenzó la agresión y cuando culminó.

Entonces aquí encontramos una figura que está contemplada normativamente, pero resulta problemático en el caso individual para la determinación de los límites de la legítima defensa en cuanto a la determinación de lo actual e inminente, configurando “(...) un caso de laguna de reconocimiento” (p.67).

La equiparación con la tentativa reduce considerablemente el derecho de defensa, porque existen actos que no encuadran en la tentativa pudiendo ser incluso agresivo pero que no se esté en miras de cometer un ilícito, pero según esta teoría se estaría en condiciones de ejercer un acto de defensa.

Otros autores que se han expuesto sostienen que una agresión es inminente cuando posteriormente ya no se la podría repeler o sólo sería posible en condiciones más graves, es decir que no hay tiempo de pensar la conducta defensiva o dicho de otra manera, la reacción defensiva.

Pero es cierto que la agresión puede existir antes de la tentativa y después de la consumación. Roxin (1993), como hemos explicado, plantea que una agresión sólo pensada y preparada de ante mano, no podría ser actual ni constituir una agresión, por lo que se le quita a la legítima defensa fines preventivos. Ello justifica porqué una agresión en fase de preparación no configura la tentativa de legítima defensa.

Lo previsto en el 34, inc. 6º, apart. b. del Código Penal es una norma vigente indeterminada, en el sentido que no se sabe exactamente qué casos entran en su campo de aplicación lo actual e inminente. Esto se desprende de la vaguedad que presente el predicado de la norma (Guastini R, 2014).

Guastini R (2014), explica que cuando “(...) una referencia dudosa y abierta se ve afectada por la vaguedad extensional”, se presenta una “(...) irresolución acerca de los atributos que la norma debe tener para pertenecer a la clase de que se trata” (p.69). Por ello en este caso, lo actual e inminente es aplicado o interpretado de una forma y para otros los

términos son interpretados de otra manera, y ello configura según lo analizado un caso “dudoso”.

### **Conclusión Parcial**

Luego de la explicación efectuada en base a la legítima defensa, se puede concluir el presente capítulo determinando conceptos fundamentales que guiaran el desarrollo de este trabajo.

En primer lugar se debe mencionar que la legítima defensa es una causa de justificación que viene a exteriorizar una actuación ilegítima, que encuentra su justificación por presentar determinadas circunstancias contempladas en la ley penal Argentina. Uno de los problemas encontrados en el presente capítulo está dado en la interpretación que tiene este tipo determinado en la ley penal, esto es en cuanto a la determinación de lo que es actual e inminente y su relación con la tentativa provocando una laguna normativa de reconocimiento.

Para que se configure la misma se debe tratar de una agresión ilegítima como base de la figura de la legítima defensa, por oposición, además se exige racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la acción, y la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende, las que serán analizadas acto seguido.

También el Código Penal dice que la agresión debe ser actual e inminente, y a partir de lo expuesto, se puede señalar que el período en la cual esa conducta antijurídica defensiva deberá ser oportuna, por ello ahora se analizará este aspecto.

La figura de la legítima defensa presenta un problema subsunción jurídica en lo establecido en el art 34 del Código Penal en relación a los conceptos de actual e inminente, ya que ambos términos son muy genéricos y dejan un amplio margen para su interpretación originando problemas al momento de aplicar la norma.

Se puede decir que existe una laguna de reconocimiento en lo previsto en el vigente art. 34, inc. 6º, apart. b. del Código Penal, ya que es una norma indeterminada, en el sentido

que no se sabe exactamente qué casos entran en su campo de aplicación lo actual e inminente.

## **Capítulo 2: Alcances y limitaciones de la legítima defensa.**

## **Introducción**

El en presente capítulo se explica cuál es el alcance y cuáles son las limitaciones de la legítima defensa que se presentan a raíz de la laguna normativa de reconocimiento de lo actual e inminente.

Para ello se comienza explicando cuales son los bienes jurídicamente protegidos por la legislación nacional y se exponen las acciones defensivas que contempla la figura.

### **2.1 Bienes jurídicamente protegidos y defendibles.**

En la actual fase del derecho a la legítima defensa 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 las agresiones. 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 (Bacigalupo, E. 1998).

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.

Para que se configure la legítima defensa, explica Frank, J. (1993), debe existir en primera medida una agresión, y la misma será una acción humana dolosa que ponga en peligro bienes jurídicos personales y/o propios.

Cuando analiza el bien jurídico protegido se debe tener en cuenta que el bien jurídico particular tiene que pertenecer a una persona específicamente, y esto determina con claridad que la legítima defensa no protege a los bienes colectivos.

Para determinar cuáles son los bienes jurídicos particulares referidos, no se debe tener en cuenta solamente la titularidad de ellos, sino que se deberá tener en cuenta que bienes pertenecen al Estado, pero que actúa como un particular, entonces si se podría configurar la legítima defensa.

Según este planteamiento que hace Frank, se pueden distinguir dos tipos de casos que pueden plantearse de bienes de titularidad pública, eso ocurre cuando por ejemplo un individuo destroza una cosa o un bien de propiedad pública (una cámara de seguridad), pero una propiedad similar a la correspondiente de una entidad privada, pudiendo darse el caso de que las cámaras sean de una empresa privada y tenga mayoritariamente participación pública.

Con lo explicado hasta aquí, surge que la legítima defensa tiene como objetivo, salvaguardar bienes jurídicos sacrificando los bienes jurídicos pertenecientes otros, mediante un comportamiento antijurídico porque es un acto que lesiona bienes jurídicos de un tercero, como sería la persona que agrede, siempre que no se traspase la medida necesaria para la protección.

De lo expuesto, se puede extraer que el pensamiento mayoritario de la doctrina penal señala que la legítima defensa es una reacción frente a una agresión injusta, actual o inminente contra un agresor, utilizando de una fuerza material, que pretende repeler una agresión ilegítima que esté atentando o esté próxima a vulnerar ya sea la integridad o bienes jurídicos propios o de terceros.

## **2.2 Clases de acciones defensivas.**

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 (Bacigalupo, E. 1998).

Según Frank J., (1993), existen dos clases de acciones defensivas: la legítima defensa propia y la legítima defensa de terceros.

Existe legítima defensa propia cuando el que en defensa de su persona o de sus derechos, empleando un medio racionalmente necesario para impedir o repeler una agresión

ilegítima, y sin que medie provocación suficiente de su parte, le ocasiona un perjuicio a la persona o derechos del agresor (art. 34, inc. 6º, C.P.).

Kohler (2017), explica que la situación de legítima defensa propia comienza cuando se hace manifiesta la voluntad de agredir, es decir, lisa y llanamente, cuando existe un peligro inminente. Y termina cuando la defensa puede concretarse, ya que el Código Procesal Penal de la Nación faculta al agente a aprehender al delincuente aun después de haber cometido el acto ilegítimo (arts. 287 y 284, incs. 1º, 2º y 4º).

El que pretende defenderse de una acción debe hacerlo proporcionalmente, pero ello no implica la igualdad, ya que si nos basamos en ese concepto se estaría considerando que ha obrado con exceso, quien utiliza un instrumento diferente para ejercer su defensa legítima, respecto del que es utilizado para atacarlo.

Frank (1993) explica que cuando se logra un mismo resultado final que la consecuencia del ataque (no mayor) se considera proporcional el medio utilizado para la defensa, caso contrario se configurará el exceso.

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

La legítima defensa de terceros El art. 34, inc. 7º, del Código Penal, reza:

No son punibles: el que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor (CP, 1921, art. 34 inc. 7).

El art. 34, inc. 6º, apart. c), C.P.), en relación a la falta de provocación suficiente, establece “(...) la misma procede aun cuando el tercero que se defiende haya provocado a su

agresor, siempre que el que lo defiende no haya participado de la misma provocación” (p. 18).

### **2.3 Legítima defensa privilegiada y putativa**

Se denomina “defensa privilegiada” a la situación prevista en el art. 34, inc. 6º, in fine, del Código Penal, que reza:

Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente, respecto de aquel que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia (CP, 1921 art. 34).

El privilegio consiste en que para la ley, según Soler, S., (1987), concurren en estos casos, las circunstancias o requisitos de la defensa legítima, es decir que se debe configurar una agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado y la falta de provocación suficiente.

Soler, S. (1987), explica que los tres requisitos que son exigidos y debe acreditar quien ejerce un acto de legítima defensa, no van a ser requeridos cuando concurren las situaciones que justifiquen el daño ocasionado a quien agrede, por presumirse según la ley el peligro para las personas.

El fundamento del privilegio para Soler, (1987), radica en la presunción de peligro para las personas y no contra la propiedad. Lo que debe existir es la “posibilidad de peligro” para las personas, pues requerir la existencia cierta de peligro supondría situar el caso dentro de la defensa legítima común.

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

Para Fontan Balestra, (1998), existen supuestos diferentes que contempla la ley penal donde “entenderá” que concurren las circunstancias de la legítima defensa cuando una persona “durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera sea el daño causado al agresor”, y cuando una persona encontrare a un extraño dentro de su casa y el mismo haya ejercido resistencia.

En el primer supuesto, para Fontan Balestra (1998), la noche se refiere a la “oscuridad” y no a la hora, comprende el período que transcurre entre la puesta del sol y el amanecer. En el segundo caso, en este caso la norma no contempla la exigencia de la noche pero si agrega el requisito de la resistencia.

Para que haya presunción de peligro para las personas, Fontan Balestra, (1998) dice, la persona que ingresa al hogar debe ejercer una resistencia sobre quien se defiende e incluso de un tercero. El concepto de resistencia es aquí vasto y comprende toda actitud del extraño de la que resulte que su presencia obedece a un propósito ilegítimo.

En el segundo supuesto, que señala Fontan Balestra, (1998), hace referencia al ingreso de un extraño, y ello implica la idea de que por falta de previsión genera una sorpresa no esperada. El término extraño no debe implicar que esa persona deba ser un desconocido sino que se refiere a que esa persona no tiene ningún derecho a ingresar a la misma, debido a que por ejemplo, si se encuentra súbitamente a un viejo enemigo, quien opone resistencia, por más de que se conozca al viejo enemigo, no parece que haya razón para no hacer jugar la presunción legal.

En ambos supuestos para Fontan Balestra, (1998), se exige que quien ejerce la defensa se encuentre en el interior de una morada, y si alguien advirtiese desde afuera que un individuo ingresa en su casa de noche, no podría pretender ejercer el derecho de legítima defensa privilegiada, porque en este caso concreto no se rechaza un escalamiento o fractura, ni se encuentra al extraño dentro de su casa.

La legítima defensa putativa es la defensa que se utiliza para repeler una agresión imaginada, no real y objetivamente inexistente.

Cuando un sujeto se defiende lo hace teniendo la convicción de que está actuando en legítima defensa y se configura un error en la creencia de la situación, y para probarse que actuó dentro del marco de la ley se debe demostrar que se incurrió en error esencial e invencible, es decir que el sujeto que se defiende debe haber hecho lo posible por poder evitar la situación.

Tozzini C. (1964), ha dicho que la defensa putativa se plantea por una creencia errónea de una persona sobre su agresor, pero que en realidad no lo es ya que el que no comete en realidad ningún hecho ilícito, grave o actual. Se trata aquí de un caso de error, originado en una equivocada estructuración de los datos perceptibles, y que el error para ser tal, ha de ser siempre sin conciencia.

Al respecto, Calvo Suárez, D (2010), parafraseando a Zaffaroni se refiere al delito putativo a “(...) los casos de error al revés, en que el sujeto cree que existe lo delictivo objetivo y en realidad falta” (p.548). La verdadera legítima defensa es objetiva o real, es decir, se ejercita para repelar una violencia grave e injusta que materialmente existe.

Soler (1987), dice que la defensa putativa, es aquella donde el autor cree que se dan los requisitos de buena fe, pero en realidad no se dan. Se configura cuando existe un error esencial y no imputable al que esgrimió la defensa, acerca de la existencia de una agresión ilegítima, o de la necesidad o proporcionalidad de la defensa desplegada.

En relación a lo expuesto para que se configure el error es esencial, el mismo debe recaer sobre elementos constitutivos de la figura delictiva, algún suceso agravante de calificación o sobre la antijuridicidad del hecho. Presuponiendo todas las figuras delictivas, el error será también esencial cuando el sujeto crea encontrarse en situación de justificación. El error inculpable es aquel que es inevitable, y por lo tanto no puede atribuirse a la negligencia de la víctima.

Entonces, con lo explicado se puede establecer que en la defensa putativa se dan las tres condiciones de la legítima defensa, pero el que la ejerce lo hace en la creencia de “buena fe”, bajo los efectos de un error esencial de conocimiento invencible.

Para poder ilustrar lo relatado se puede traer a colación un ejemplo explicado por Soler (1987), que puede clarificar la situación. Supongamos que un grupo de adolescentes con la intención de hacer una broma a un amigo, entran en su casa con pistolas (sin cargar) y con sus rostros tapados.

El compañero al que se va a llamar agente cree, fundadamente y en error invencible, que se encuentra frente a una auténtica agresión y dispara causando la muerte a uno de los amigos, se hallará el hipotético defensor en una defensa putativa. Al tratarse de un error de hecho esencial e invencible, el resultado de la defensa putativa siempre será la impunidad, pero por exclusión de la culpabilidad de la conducta desplegada, y no por supresión de la antijuridicidad.

Asimismo, aunque el error sea imputable, siempre que sea esencial, dice Soler (1987), destruye el dolo en todo caso. En consecuencia, el hecho es punible pero no a título de dolo sino bajo la forma culposa. Si la forma culposa no está prevista en la parte especial, el hecho no será punible.

### **Conclusión Parcial**

En el presente capítulo cuando se analizó el bien jurídico protegido en la legítima defensa, y al exponer el pensamiento de la doctrina jurídica mayoritaria, se pudo establecer de manera concreta que se trata de un bien jurídico particular, es decir, que tiene que pertenecer a una persona individualizada específicamente, con lo que se determina con claridad que la legítima defensa no protege a los bienes colectivos.

Es importante señalar que existen dos clases de acciones defensivas dentro de esta figura, la legítima defensa propia y la legítima defensa de terceros que se realiza contra un agresor, utilizando una fuerza material para repeler una agresión ilegítima que esté atentando o esté próxima a vulnerar ya sea la integridad física o bienes jurídicos propios o de terceros.

También se explicó la defensa “putativa”, donde el autor cree que se dan los requisitos “de buena fe”, pero en realidad no se da configurándose un error esencial y no imputable al sujeto que esgrimió la defensa para repeler una “agresión ilegítima”. Y la legítima defensa

privilegiada que para los casos que se planteen circunstancias específicas explicadas en el presente capítulo. Este punto es importante porque la legítima defensa putativa es la defensa que se utiliza para repeler una agresión que no es real y quien se defiende lo hace en la creencia que está actuando en legítima defensa cuando en realidad no lo está.

Aclarado esto, es el juez quien deberá valorar si existe un ataque antijurídico, actual e inminente, porque las posturas no son unánimes frente a una situación de legítima defensa cuando un defensor en la creencia de que será atacado, donde se deberá evaluar lo actual e inminente de ese ataque, y allí determinar si se está frente a una situación de legítima defensa.

**Capítulo 3: Antecedentes históricos y análisis crítico de la posición de la doctrina y jurisprudencia**

## **Introducción**

El presente capítulo comienza exponiendo los antecedentes históricos de la legítima defensa para lograr comprender la evolución de la causa que justifica actualmente un obrar que es considerado por el tipo como ilegítimo.

Luego se aborda más precisamente el problema de investigación expuesto, en relación a determinar cuáles son las posturas doctrinarias y jurisprudenciales en relación a la oportunidad que configura la legítima defensa.

### **3.1 Antecedentes históricos**

La legítima defensa es una de las figuras jurídicas más antiguas en el derecho penal. Desde la antigüedad se ha aceptado el derecho del hombre a defenderse ante agresiones injustas e ilegítimas. En las antiguas legislaciones la legítima defensa era un derecho natural de reprimir por la violencia a toda agresión injusta.

Geib, citado por Jiménez Asúa (1962) dice "(...) la legítima defensa no tiene historia" con esto explico que es tan antigua como el hombre. Naturalmente, ella no puede ser anterior al Estado pues este es quién garantiza el ejercicio de los derechos.

Como expone Jiménez Asúa (1962), según algunos escritores como Sisco L (1956) piensan que la legítima defensa, no puede ser anterior al Estado, en su función de administrador. Partiendo de esta idea se estableció que no existió la legítima defensa en los pueblos primitivos por que no existían órganos tales como hoy conocemos y tenemos en un Estado de derecho organizado.

Haciendo un recorrido histórico, se puede comenzar lo expuesto por Jiménez Asúa (1962), mencionando que en la Antigua Grecia se constituyó el primer Estado, y la legítima defensa se encontraba comprendida entre las causas de justificación.

En Roma, cuenta Jiménez Asúa (1952), la ley de las doce tablas traía el concepto de legítima defensa. Gayo produce en el Digesto de las doce tablas que se permitía matar al ladrón nocturno con tal que ello se pruebe ampliamente por testigos.

En el Derecho Romano se la consideró como elemento justificante que se sustentaba en la razón; remontándose también a los preceptos de las doce tablas. También se definió como ley innata, no escrita que viene de la mano de la propia naturaleza.

Esta idea fue compartida por Ulpiano en relación a las condiciones en que se podía presentar la legítima defensa haciendo hincapié en la injusticia del ataque que se tenía que repeler, su inminencia, los riesgos y el carácter necesario de la defensa, por no poder salvarse una persona de otro modo.

La legítima defensa fue reconocida explícitamente en las siete partidas, el fuero juzgo, la nueva y novísima recopilaciones y demás normativas españolas.

En las siete partidas se impusieron supuestos concretos como la defensa de la vida contra el injusto ataque inminente, la muerte dada al forzador de la mujer, hija o hermana y a la adúltera o hija deshonestas.

Puede extraerse que Romanos y Germanos, concebían a la legítima defensa de una misma manera; según estos, si un hombre mataba otro dentro de su casa debía sacarlo fuera y abandonarlo poniendo encima de las heridas una o tres monedas y a veces una cabeza de gallo, esto era por tradición y puro simbolismo. Otras veces el matador debía permanecer junto al cadáver; en otros debía dar cuenta inmediata del hecho sin dejar pasar una noche.

Los romanos, cuenta Jiménez de Asúa, (1952), son los primeros en proclamar una serie de condiciones para la procedencia de la legítima defensa. En primer lugar, la agresión del atacante debe ser injusta y, en segundo término, es necesario la existencia de peligro, no siendo preciso que se encuentre comenzado, sino que basta con que el peligro sea inminente. En el caso que el ataque desaparezca, también desaparece el derecho de defensa.

Según explica Peña Pesina, (2003), el derecho germánico puso límites y restricciones al curso de la legítima defensa, como el hecho de tener que acreditar haber recibido alguna lesión. Como es de inferir, la legítima defensa como causa excluyente de la responsabilidad penal frente a la comisión de un ilícito y tal, ha sido regulada desde la antigüedad por tratarse de un instituto que defiende a quien previamente defendió su persona, sus bienes o los de terceros.

Para Cova Garcia L. (1952), la legítima defensa fue también admitida como el derecho de venganza, y es por ello que se ejercía de manera anticipada sobre quien la provocaba o atacaba a una persona o que infringía en un domicilio. Pero el cristianismo modificó estas ideas.

Acosta García, J. (1993), explica que en el derecho canónico existieron dos momentos en la historia de la legítima defensa. En los primeros tiempos Graciano reconoció por decreto el Derecho Natural (es de derecho natural rechazar violencia con violencia).

Acosta García, J. (1993) explica que el derecho canónico amparaba la posibilidad de dictaminar la muerte de una persona que agrediera injustamente a otro, remarcando que ese ataque debía ser injusto y la defensa debe haber sido realizada proporcionalmente a la gravedad de la agresión con lo que se comenzó a plantear la idea de una justa defensa que posteriormente fue aceptada por la doctrina romana y en las legislaciones posteriores.

El Derecho Canónico promulgaba la idea de la justicia por mano propia, eso debido a que la normativa permitía contrarrestar una agresión por medio de otra agresión.

Cuenta Acosta García, J. (1993), que para Santo Tomas era lícito el ejercicio de la legítima defensa aunque ponía obstáculos, según él (Si alguien para defender su propia vida ejerciere mayor violencia que la adecuada, será ilícito, pero será lícita la defensa cuando moderadamente rechace la violencia).

Dotel Matos H. (1998), cita algunos autores que plantean que el Derecho Canónico fue un obstáculo al desarrollo de la legítima defensa. Si bien es cierto que debemos reconocer que el cristianismo insta a la no violencia, lo cual no significa que no se pueda defender quien haya sido agredido sin causa de justificación.

En Italia la constitución siciliana, el estatuto de Turín 1260 y otras absolvían al que se defendía legítimamente según el derecho canónico.

En Francia, la norma estableció que no existe el homicidio legítimo. El artículo 6 establecía que "(...) el homicidio se comete legítimamente cuando está

indispensablemente impuesto por la necesidad actual de la legítima defensa de sí mismo o de otro". Cuenta Dotel Matos H. (1998), que más tarde se consigno esto en el artículo 328 código penal francés y aun se mantiene como también se mantiene en nuestra legislación dominicana.

Ramos, L. (2001), explica que en Italia el criterio definido sobre legítima defensa no nace hasta que un práctico llamado Tulio Claro lo establece, según su doctrina debe reunir ciertas condiciones, entre las que mencionaba que el peligro debe ser actual por ende acompañado de una reacción inmediata proveniente de una causa injusta. En general los prácticos admitían la legítima defensa del honor, de la integridad sexual, de un tercero y de los bienes siempre que se ejerciera en forma moderada.

Finalmente, Pérez Méndez, A. (1971), cuenta que en España en la alta edad media los fueros y las constituciones de las cortes, admitían la legítima defensa. El fuero de Druca de 1142 la admitía. El de San Emeterio, dado por Alfonso VIII el 11 de julio de 1187 y la constitución de las cortes de Huesca de 1188 la admitían. Luego se impusieron restricciones a la legítima defensa.

El Código Penal español de 1821 admite la legítima defensa y de un tercero además de la propiedad y de la libertad en su artículo 621.

Para Pérez Méndez, A. (1971), la doctrina y la legislación penal a lo largo de la historia, tienden a extender la legítima defensa a todos los bienes que están jurídicamente protegidos.

Gordillo A (2009), caracteriza al estado Nacional como “condicional” la sociedad en su conjunto tiene una participación activa frente a “(...) la exigencia de la igualdad, la libertad, derechos sociales, la descentralización, la imperatividad de las normas y los medios para combatir la corrupción” (p. 31). Ello demuestra que la sociedad fue dejando de lado la idea de la justicia por mano propia para entregar al estado la responsabilidad de proteger a los ciudadanos, prevenir el delito y penar a quienes lo comentan según las estipulaciones legales que prevé el ordenamiento.

### 3.2 Posturas doctrinarias

Si bien existen diferentes posturas doctrinarias en materia civil y penal que describen la figura de la legítima defensa, la mayoría es pacífica en aceptar que la misma opera como una causa de justificación.

En el ámbito penal, se entiende que la persona que actúa en legítima defensa no debe ser condenada, porque está justificado conforme a lo establecido en el Código Penal en el art. 34, por lo que la conducta de quien se defiende es jurídicamente aceptable conforme a la ley

En el ámbito civil, explica Soler, S., (1987), es necesario mencionar 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.

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

La legítima defensa para Soler, S. (1987), es entendida como “(...) la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada” (p. 444), es un derecho de ejercicio excepcional, que excluye la antijuridicidad de una conducta típica, tornándola lícita y eximiendo de responsabilidad penal a su autor.

Mayoritariamente según Roxin, (1997), la doctrina acepta que cualquier tipo de autorización, ya sea que se origine en el derecho civil, administrativo o público, por lo que exceptúa en todos los casos la antijuridicidad de una conducta típica. Una conducta

autorizada en cualquier campo del Derecho, no obstante sea castigada penalmente, sería contradictoria con la subsidiariedad del derecho penal.

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, y Gustin M. citando a Frank (2000), en relación a esto, sostiene que quien se defiende de una agresión ilegítima no realiza una conducta típica, antijurídica y culpable, idónea para ser impugnada, por el contrario, actúa jurídica y legalmente lo establece el texto de la ley, por lo que debe ser considerado inocente.

Francesco Carrara (2004), explica que sobre la necesidad racional del medio empleado, la doctrina penal coincide en que no se refiere al instrumento empleado para defenderse sino a la conducta con que se lleva a cabo la defensa. Lo que el autor interpreta, es que la proporcionalidad está dada en la acción de quien se defiende, y que la misma sea suficiente para repeler la agresión ilegítima encontrando allí el límite para que no se configure un exceso.

Otro punto relevante al momento de determinar si una persona actuó en legítima defensa es si el hecho constituye una unidad de acción. Cuando existe uso de armas y lesiones cometidas con exceso en la defensa, procede aplicar la pena correspondiente al art. 94 del Código Penal, lesiones culposas, a pesar de ser inferior, pues el abuso de armas culposo no está legislado en el Código Penal argentino.

A quien disparó un revólver obrando con exceso en la legítima defensa, no se lo puede penar por abuso de armas, ya que este delito sólo admite la forma dolosa; pero si causó heridas, debe reprimírsele como autor de lesiones por culpa o imprudencia, aplicando el art. 35 del C.P.”<sup>9</sup>

Terragani (s/d) parte de la idea de que ninguna persona debe tolerar una injusticia y por ello prevalecen los intereses de quien se defiende por encima de los intereses de quien pretenda agredir. Lo que explica el autor se justifica en “(...) la perspectiva colectiva de resguardo del orden jurídico” (p.2)

---

<sup>9</sup>SCBA, 23/6/1959, JA, 1960-I-25, 149.

El ordenamiento jurídico otorga la posibilidad de que las personas puedan resguardarse frente a una agresión o un peligro cuando el Estado no puede asistir de forma inmediata. Reemplaza al Estado en funciones que el Estado no puede desempeñar. Sin embargo, el marco de la ley es estricto y no admite la justicia por mano propia (Terragani, s/d).

Entre las diferentes posturas doctrinarias, es importante señalar una diferencia en cuanto al fundamento de carácter objetivo y subjetivo, donde el primero defiende la tesis de que la legítima defensa es una causa de justificación; mientras la segunda es subjetiva y la señala como una causa de inculpabilidad.

Gran parte de la doctrina explica que el Código Penal argentino adopta la postura de que la legítima defensa es un derecho de necesidad que tiene una postura privilegiada donde se reconoce al hecho como lícito pero no se castiga a quien lo realiza en defensa propia o de sus derechos, pero se debe aclarar que esta postura promueve una interpretación debe ser restrictiva de dicha situación, es decir que se puede hacer uso de la misma solo cuando no haya otra vía o solución otorgada por la ley o el ordenamiento jurídico (Terragani, s/d).

El problema se presenta al momento de la aplicación de la norma si se toma en cuenta su literalidad, ya que se excluyen de la impunidad los hechos que debería ser penados aun cuando .se den todos los requisitos determinados en la ley que componen la Teoría del Delito.

### **3.3 Evolución legislativa nacional**

Peña Pesina, (2003), cuenta que el proyecto de Código Penal de Carlos Tejedor que fue sancionado en 1865 tomó los preceptos de la legítima defensa en los arts. 152 al 156 de este cuerpo normativo, como su texto todo. Este código, tiene el mérito en este punto de haber incluido, en la parte general la propia defensa. En cuanto a la justificación figuran también en el proyecto argentino de Código Penal.

Según Peña Pesina, (2003), en 1881 el proyecto de Código Penal de Villegas, Ugarriza y García en el art. 93<sup>10</sup>, incs. 8º, 9º y 10º habla de la legítima defensa.

El Código Penal de 1886, explica Peña Pesina, (2003), en el art. 81, incs. 8º y 9º, previó una fórmula amplia de la legítima defensa, y en el inc. 15º establece una disposición en la que exime a “(...) la mujer que hiere o mata al que intente violarla o robarla”.

En el art. 82 se establece la obligación de avisar a la autoridad lo más pronto posible antes de actuar en legítima defensa, porque ese es el límite que se analizará para no excederse, aun cuando se pruebe que se obró en legítima defensa se podrá justificar el caso de lesiones o la muerte, pero será condenado por el ocultamiento del hecho.

Más adelante expone Peña Pesina (2003), en el proyecto de 1906 lo reproduce en los incs. 7º y 8º del art. 41, y también el de 1917, llegando al Código actual (1921) con el mismo texto, modificando solamente la numeración del articulado (art. 34, incs. 6º y 7º, C.P.).

### **3.4 Tutela Constitucional**

La Constitución Nacional prevé en su art. 21, primera parte, 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” (CN, 1994, Art. 21). Según Frank, (1993), se puede decir entonces, que la defensa de la Nación, como de su Constitución, implica también la de su persona, su familia y sus semejantes.

De la premisa constitucional se desprende que todos los habitantes de la nación deben ser protegidos y defendidos, asegurando así el reguardo contra agresiones contra la vida, la

---

<sup>10</sup> “el que obra en legítima defensa de su persona y derechos, entendiéndose por persona y derechos propios los del cónyuge, parientes por línea recta y por la colateral dentro de segundo grado pero es necesario que para ello concurren las siguientes circunstancias: Falta de provocación; Agresión ilegítima, Necesidad racional del medio empleado-, Carencia de exceso en la defensa con relación al peligro; El que hiere mata en defensa de un extraño en los momentos de una agresión grave y concurriendo las circunstancias detalladas en el artículo anterior.

libertad, el honor, la moralidad, la paz, el patrimonio, la integridad física, entre otros que están garantizados constitucionalmente.

Entonces con lo expuesto se puede inferir en que todos los derechos amparados por la Constitución Nacional, son susceptibles de legítima defensa, basta con que esté tutelado por el ordenamiento jurídico.

La Constitución garantiza el derecho fundamental a la legítima defensa, donde una conducta que es prohibida, es aceptada por el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, se torna lícita excluyendo su antijuricidad (Cerezo Mir, J., 1998).

### **3.5 Criterios jurisprudenciales**

A través del análisis de la jurisprudencia se intenta determinar cuales son los estándares objetivos que permiten determinar la correcta interpretación de lo actual e inminente de la legítima defensa ya que como se ha explicado a lo largo del trabajo, si bien esta establecida como una causa de justificación, la ley no determina de manera concreta que se entienda por actual e inminente, y el análisis del pensamiento de algunos tribunales podrán aclarar el panorama, determinando cuando se configura la legítima defensa y cuando hay exceso de la misma.

Como se analizó anteriormente, en el exceso en la legítima defensa se debe tener en cuenta la importancia de dos elementos, uno objetivo, es decir, que debe existir una causal de justificación en el origen, y un elemento subjetivo, que es la intención que determina la causa psíquica que impulso la actuación del agente, vale decir el temor a ser atacado.

Al respecto, la jurisprudencia ha aportado al presente trabajo presupuestos que ayudan a resolver el problema jurídico planteado pudiendo obtener una postura en relación a lo actual e inminente que determina la ley.

Para comenzar este análisis se trae a colación un fallo en forma breve a modo de ejemplificar lo que se viene planteado a lo largo del trabajo en relación a la legítima defensa en forma sistemática:

Autos: S. J. A. s/ homicidio

Tribunal: Cámara nacional criminal. Sala/Juzgado: I

Fecha de sentencia: 16 de Mayo de 2018

Cita: MJ-JU-M-111346-AR | MJJ111346 | MJJ111346

Acusado: J. A. S

Hechos: El caso es sobre un homicidio, donde la denunciante (culpable de la muerte) alegó que actuó en legítima defensa para defenderse de su agresor y en consecuencia le ocasionó la muerte. El acusado se sintió amenazado, por una agresión esgrimida en su contra, de hecho, creyó que su vida corría peligro, y con un cuchillo mató a su agresor. El imputado sostuvo el cuchillo, y en un intento de repeler la agresión con el cuchillo y le asestó una puñalada letal tomó un cuchillo y lo introdujo en el cuerpo de la víctima.

Antecedentes procesales: la defensa criticó la sentencia apelándola, ya que se interpretó que no habría motivos para sostener que se afectaron garantías constitucionales que invalide el fallo con la sentencia condenatoria para quien pretendía defenderse.

Resolución: En relación a lo que la demandada pretendía, la cámara consideró que la agresión que se pretendió repeler excedió los límites de la legítima defesan ya que se consideró que fue desmesurada; y debe responder en los términos del art. 35 del Código Penal por lo que no se hizo lugar al recurso de casación deducido por la defensa, y la cámara termino confirmando la sentencia.

Los jueces consideraron que en “(...) ningún momento creyeron a los vocablos como acciones diferentes y que las alegaciones de la defensa vinculadas a ello, son insuficientes generando una contradicción que pueda determinar la arbitrariedad de decisión que se tomo y luego haya sido impugnada”.

La defensa aludió que se trató de un suceso desafortunado de “pura defensa” o de un supuesto de “legítima defensa pura”. Con lo esgrimido por la defensa pareciera que lo que se criticó es la manera en que se conceptualizó la acción de haber arrojado la puñalada, esto es, como un exceso en la legítima defensa, cuando en realidad la postura defensista se realizó en base a la premisa de que se ha provocado el ingreso del cuchillo que ocasionó la muerte a la víctima.

A raíz de este fallo, se puede evidenciar que al momento de considerar la legítima defensa como causa de justificación, se deben tener en cuenta todos los elementos que rodean al caso, para poder determinar si hubo o no exceso en la defensa y este pensamiento de los magistrados ayuda a resolver en parte el problema jurídico planteado.

Lo que se tuvo en cuenta al momento de fallar, es la intención de matar que podía tener el autor al momento de cometer el hecho, ya que quien se defiende, lo hace para proteger su propia vida, y que tal exceso no se logró verificar.

El Tribunal deja manifestado que existe una situación de laguna normativa de reconocimiento por que la ley penal no determina de manera concreta cuando ese peligro es actual e inminente, por lo que se intenta evitar los subjetivismos de la sentencia al momento de fallar.

Otro caso que se puede mencionar es un fallo dictado por Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires.

Autos: B. R. A s/ s/ recurso de casación

Tribunal: Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires.

Fecha de sentencia: 9/11/17.

Cita: 82.662

Partes: Denunciante: La esposa de la víctima, M. T. G

Acusado: R. A. B.

Hechos: Se trata de un homicidio donde el acusado intentó en su apelación, esgrimir legítima defensa como causa de justificación del ilícito cometido.

La esposa de la víctima, afirmó que el homicida abrió la puerta y atacó a su marido. La mujer se interpuso ante el ataque mientras tiraba de la remera de su marido para separarlos. En esas circunstancias, el imputado le pegó una trompada y su marido en reacción a esa agresión lo golpeó. Recordó que la señora se interpuso y el acusado la cortó también a ella. El imputado había alegado que la víctima cortó una botella para golpearlo pero la mujer negó que su marido hubiera roto algún envase.

Por su parte, la esposa del acusado, refirió que su marido intentó calmar al agresor. Que el nombrado no entraba en razones. Que su marido abrió la puerta para hablarle y se

empezaron a pelear. Que su esposo quiso cerrar la puerta, pero el acusado le pegó una patada y salieron afuera. Que se pelearon. Expresó que había un cuchillo debajo de la máquina. Dijo no saber en qué momento lo agarraron. Recordó que quería separarlos, que la señora de G. también, que ella tiraba para un lado y la mujer para el otro. Que se metió en el medio y la cortaron, que no sabe si fue con el cuchillo o con la botella. Explicó que el marido rompió una botella en la ventana, cuando agarró las que estaban vacías.

Contrariamente a lo que opina la defensa, se manifestó que no sabía cómo se produjo la lesión en su brazo. Así, explicó que el corte pudo ser provocado por el cuchillo o por la botella. Entonces si bien el acusado rompió uno de los envases de cerveza, no puede afirmarse que con la botella cortó a P. El hecho de que hubiera trozos de vidrio en el negocio y en el patio no resultan suficientes para afirmar que el acusado ingresó al local con una botella cortada con la intención de agredir. Ni siquiera el propio imputado en su versión de los hechos sostuvo la hipótesis que la defensa pretende introducir.

En efecto, al prestar declaración, B. no dijo que se defendió de la agresión del acusado provocada con una botella cortada, sino que explicó que la víctima tomó la cuchilla con la que cortaban el fiambre y que en su intento por sacársela fue que lo hirió.

Esta circunstancia también se contradice con lo que expuso su esposa quien no pudo determinar el origen del corte que presentaba en el brazo, es decir, que cuando B. ingresó al negocio no estaba herida.

En este sentido, el Tribunal entendió que la herida de P. resultó demostrativa de la imposibilidad de hacer cesar la agresión. Por el contrario, siguiendo las manifestaciones de P. quien no pudo determinar quién le produjo el corte sumado al estado de ebriedad que presentaba la víctima, de considerar que el corte lo produjo B., la lógica y el sentido común indican que ello resultó producto de su accionar desproporcionado y no de la imposibilidad de frenar a G.

Antecedentes procesales: Comenzado con los antecedentes del caso, se pudo mencionar que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 6 del Departamento Judicial San Martín resolvió condenar a R. A. B. (acusado), a la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales y

costas, por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio con exceso en la legítima defensa. Contra dicho resolutorio se interpuso recurso de casación.

Si bien en el caso se analizaron algunas cuestiones procesales como la determinación de la admisibilidad del recurso de casación interpuesto, lo importante que se debe plantear en este caso es la cuestión del exceso de la legítima defensa. La Sra. Fiscal Adjunta ante el Tribunal, había peticionado el rechazo del recurso destacando que los planteos de la defensa resultan ser una reedición de lo expuesto en la instancia anterior, omitiendo refutar adecuadamente las razones brindadas por él a quo para rechazarlos. En relación a lo determinado por el tribunal, la recurrente cuestiona la pena impuesta. El Tribunal aceptó la casación parcial del fallo.

Derecho: Habiéndose otorgado la legitimidad para hacer uso del recurso interpuesto, se comenzaron a analizar los motivos del agravio interpuesto donde el recurrente plantea la errónea interpretación del art. 35 en función del art. 34 inc. 6 y 79 del C.P.

Resolución: El tribunal termino entendiendo que la testigo también mintió cuando expresó que la agresión ocurrió en el patio y que G. no ingresó a la vivienda. Afirma que la localización de los restos hemáticos contradice sus dichos, sumado a la lesión que presentó B. indicativa de la agresión desplegada por G. Argumenta que el hecho de que la Sra. P. haya sido lastimada antes o durante los eventos en nada modifica que se trata de un claro supuesto de legítima defensa. Uno de los puntos que creo se debe resaltar, es en relación a lo que añade la defensa en que debió considerarse el estado emocional vivido en el contexto y en la situación dada.

Al desarrollar la primera cuestión de la sentencia, se entendió que la conducta del acusado al utilizar la cuchilla con la cual lesionó a G. sobrepasó los límites del permiso legal, mereciendo por ello un reproche penal conciliable con el instituto del exceso en la legítima defensa prevista en el artículo 35 del C.P.

En este sentido el tribunal determinó que lo que se tuvo en cuenta al resolver es el análisis de todas las condiciones y circunstancias de la legítima defensa, porque el exceso

es la intensificación no necesaria de una actitud que se encuentra desde el comienzo justificada.

En este sentido se entendió que lo que se presupone es la concurrencia en la iniciación del hecho de las condiciones legales autorizadas en el artículo 34 incisos 6° y 7° del Código Penal, condicen con lo actuado por el autor quien puede haber estado en una situación de temor que traen como consecuencia la magnificación de los medios necesarios para hacer cesar el peligro.

El requisito legal referido a la necesidad racional del medio empleado, se integra además por lo que podríamos dar en llamar la “intensidad racional” en su utilización, de lo que resulta que en caso de no existir necesidad racional del medio, la conducta sería antijurídica correspondiendo la condena por la figura dolosa, mientras que en caso de no haber intensidad racional del medio que era necesario emplear, existirá un exceso en la legítima defensa, correspondiendo aplicar la regla prevista por el artículo 35 del C.P.

En función de lo expuesto, el Tribunal consideró que la conducta desplegada por B. encuadra en la figura de homicidio simple con exceso en la legítima defensa.

Esto demuestra una vez más que la determinación judicial de la pena no es susceptible de formalizarse en estándares determinados, dada la imposibilidad de transformar los juicios de valor en cantidades numéricas, por lo que no sólo debe fundarse razonadamente sino de adecuar las valoraciones que conforman el llamado “marco de la culpabilidad” dentro de los parámetros contenidos en los artículos 40 y 41 del C. Penal. Esta situación presenta particularidades que difícilmente puedan reducirse a estandarizados al menos que surjan de la legislación actual determinando concretamente que se entiende por actual e inminente y con ello resolver el problema de laguna normativa de reconocimiento que presenta la norma.

Si el a quo creyó justo mantener el monto de la pena propuesto por las partes, por encontrarlo acorde al grado de culpabilidad que a su parecer le cupo al imputado, debió motivar su decisión, expresando cuáles eran los fundamentos que lo llevaron a sostener que en el caso concreto las atenuantes no debían materializarse en una disminución del monto

de pena. No existiendo tal fundamentación, el segmento del fallo relativo a la pena a imponer resulta arbitrario.

### **Conclusión Parcial**

Como conclusión del presente capítulo se puede señalar que la legítima defensa si bien no tiene un momento histórico determinado, desde la antigüedad, se esbozó la idea de la defensa a sí mismo o a terceros de la que hoy habla el ordenamiento jurídico.

Desde la antigüedad y sobre todo con el derecho canónico se promulgaba la idea de “la justicia por mano propia”, como defensa frente a una agresión, y en relación a ello, la normativa permitía contrarrestar una agresión por medio de otra agresión.

Luego, con el análisis del derecho comparado en relación a la legítima defensa, se puede concluir con que todos los ordenamientos jurídicos contemplan la figura de la legítima defensa, y al igual de lo estipulado en la legislación nacional, para que la misma se configure, se deben reunir ciertas condiciones que operan con límites a la figura.

La doctrina jurídica en su mayoría, toma la postura de que la legítima defensa no se trata de una conducta ilícita sino que es “una causa de justificación” y que se encuentra contemplada por el ordenamiento jurídico penal.

Finalmente, se realizó un análisis de las posturas de diferentes tribunales, donde se pudo esclarecer que la mayoría sostiene que para analizar el exceso en la legítima defensa, se debe tener en cuenta la importancia de elementos objetivos, es decir que debe existir una causal de justificación en el origen, y uno de carácter subjetivo, que implica la intención que determina la causa psíquica, que impulso la actuación del agente y ello constituye un límite al momento de analizar la figura de la legítima defensa.

## **Conclusión**

Luego del análisis de la Legítima Defensa, habiéndose planteado un problema jurídico de interpretación de la norma penal donde se partió de la siguiente pregunta: ¿El juez cuenta con parámetros claros para determinar cuándo la agresión ilegítima es actual e inminente para poder aplicarse al supuesto de legítima defensa si además se dan los demás requisitos descritos por el art. 34 inc 6?, se puede finalizar afirmando la hipótesis planteada.

La legítima defensa, si bien se encuentra autorizada por el ordenamiento jurídico penal en el artículo 34, inc. 6º, apart. b del Código Penal, no define ni determina que se entienda por conducta actual e inminente generando una laguna de reconocimiento al momento de aplicar la figura y el juez no cuenta con parámetros claros para determinar cuándo la agresión ilegítima es actual e inminente para poder aplicarse al supuesto de legítima defensa.

Como surge del análisis realizado, resulta controvertido determinar el requisito temporal de la legítima defensa, es decir, la determinación concreta y exacta de cuándo la agresión es actual y cuándo es inminente. De hecho, en el ordenamiento jurídico actual, no existe un concepto unívoco o una respuesta única al respecto.

En doctrina jurídico penal es tema de discusión constante la determinación del momento en que debe considerarse que comenzó la agresión y cuando culminó. Existen distintas posturas en la doctrina que intentan dar solución a este problema y cuando no se logra una posición unánime al respecto los casos llegan a los tribunales donde los magistrados deben decidir en controvertidos casos que llegan a su conocimiento.

Debe dejarse en claro que la legítima defensa como causa de justificación, no debe bajo ningún punto de vista concederse ilimitadamente, por ende, su existencia como derecho debe estar sujeto a la concurrencia de requisitos objetivos y subjetivos.

Particularmente, en referencia al requisito temporal de la legítima defensa, podemos afirmar, es una cuestión que aun no ha sido debidamente precisada. No hay acuerdo

unánime en cuanto a su determinación, y prueba de ello son las diferentes posturas y teorías que se han esgrimido en la doctrina científica sobre el tema.

La doctrina reconoce el fundamento de la legítima defensa apoyada en la protección del ciudadano y la preservación del orden jurídico, pero advirtiendo que la defensa encontrará justificación siempre frente a una agresión antijurídica con los presupuestos determinados en la ley.

Frente a un tema tan complejo, debe quedar totalmente claro que mi postura no es que la ley autorice al agredido, a ejecutar un acto de gravedad como matar frente a una agresión gravísima, sino sólo a utilizar las herramientas que, en el momento, le permitan razonablemente rechazar y neutralizar el ataque y que la misma delimitación surja claramente de la ley.

La legítima defensa se justifica en el cuadro de necesidad generado, en la responsabilidad del agresor de haber obligado a la víctima a tener que decidir, en este caso, entre su propia vida o la vida del agresor causante.

La legítima defensa no tiene antecedentes constitucionales ni está presente en el Derecho Internacional, de hecho, como se ha podido observar en el presente trabajo, se trata de un instituto penal justificante de responsabilidad penal.

Con el análisis que precede, se puede manifestar que existe una complejidad del sistema jurídico penal que se presupone como ideal para lograr la posibilidad de clasificar la legítima defensa dentro de una norma determinada que comprende la norma general.

La función clasificatoria del sistema normativo es vista “como la función de establecer correlaciones entre casos y soluciones” (Alchourrón y Bulygin, 1974, p. 32), ello equivale al método de aplicación del derecho de la “subsunción”.

La legítima defensa hace parte del sistema de Derecho Penal; es decir, existen proposiciones normativas que resultan problemáticas, considerando esta situación de la dificultad de determinar cuando la agresión es actual e inminente en la existencia de indeterminación en el lenguaje del derecho y, generando la presencia de lagunas de

reconocimiento originadas en la vaguedad de conceptos que se presentan en el sistema; y con ello la “inaplicabilidad” es el resultado final que reportan estas falencias del sistema de derecho penal argentino. La redacción de la norma debe ser precisa debiendo incluir más atributos y así lograr la disminución de la referencia.

Como se explicó a lo largo del trabajo la legítima defensa actúa como causa de justificación, excluyendo la antijuridicidad como una conducta típica, tomándose como jurídicamente lícita. Lo que se ha podido analizar es que no toda acción defensiva constituye legítima defensa, porque para que la misma se configure se tienen que presentar diferentes presupuestos que describe la norma penal.

Al momento de analizar en el caso concreto se configura uno de los problemas planteados en el presente trabajo, decir, que al determinar si la reacción necesaria, se encuentra o no justificada por el ordenamiento jurídico.

A modo de cierre, considero que la legítima defensa, debe estar limitada, considerando que la persona que ha observado dichas limitaciones, en respuesta a una agresión ilegítima, pueda contar con una medida legal protectora. Resulta conveniente examinar los límites de la legítima defensa con el fin de arribar a soluciones más justas frente a un debate abierto en la doctrina.

El Código Penal debería definir la agresión actual en una conducta que, aunque aún no haya lesionado ningún derecho, puede transformarse inmediatamente en una lesión. Respeto al carácter de "inminente" será necesario que la legítima defensa se ejercite cuando se esté en presencia de una agresión actual. Por lo que, si ya ha sido consumada, la acción posterior no se la podría considerar como causa de justificación, por lo que no configuraría una legítima defensa.

## Bibliografía

### Doctrina

- ACOSTA GARCÍA, J., (1993). *La Legítima Defensa*. (2° ed.), Editora Olga, Santo Domingo.
- BACIGALUPO, E. (1998). *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires: Ed. Temis S.A.
- CALVO SUÁREZ, D (2010). *Legítima defensa putativa*. Recuperado en <http://www.csdabogados.com.ar/>
- CARRARA, F. (2004). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires. ARA.
- CARRARA, F. (2004). *Programa de Derecho Criminal*. Madrid. Jurídica Continental.
- CEPEDA, A. (2012). *Legítima defensa o defensa propia*. LLGran Cuyo
- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, T.II, 6a Edición*, Madrid: Tecnos.
- COVA GARCIA, L. (1952). *Homicidio con Jurisprudencia de Casación y Doctrina Extranjera*. Madrid. Jaime Villegas.
- CUELLO CALÓN, E. (1987). *Derecho Penal*. Salamanca. BOSCH/BERENGUE.
- DANKHE, G. (1986). *Investigación y comunicación*. México. Mc.Graw-Hill.
- DOTEL MATOS, H. (1998) *Introducción al Derecho Penal*. (2° ed.). Sto. Domingo. Rep. Dominicana. Tavaréz.
- FRANK, J. (1993). *Legítima Defensa con Armas de Fuego. Situaciones, aspectos jurídicos y atenuantes* (Vol II). Argentina. Ad-Hoc
- GARCÍA ZAVALÍA. (1989) *Exceso en los límites de la defensa*. Buenos Aires. La Ley.
- GARZON H. (2016) Trabajo Final de Graduación *La legítima defensa como causa de justificación aplicada en la función policial*. Recuperado en [www.repositorio.uesiglo21.edu.uy](http://www.repositorio.uesiglo21.edu.uy)
- GORDILLO A. (2009) *Derecho administrativo y obras selectas Tomo 1, Parte general 10ª ed.*, Buenos Aires, Macchi, Recuperado en <https://www.gordillo.com/>

- GUASTINI R. (2015) Interpretar y argumentar. Centro de estudios políticos y constitucionales.
- GUSTIN M. (2017) Trabajo Final de Graduación *La legítima defensa: las características y sus problemas de aplicación en el derecho Penal Argentino*. Recuperado en [www.repositorio.uesiglo21.edu.ar](http://www.repositorio.uesiglo21.edu.ar)
- HEGEL, G. (1987) Filosofía del derecho, (trad. de Mendoza de Montero), Buenos Aires. Depalma.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (2000) *Lecciones de Derecho Penal*. Volumen VII, Primera Serie Biblioteca Clásicos del Derecho. México D.F. Castillo.
- KINDHÄUSER, U., (2013) *Acerca de la génesis de la fórmula “el derecho no debe ceder ante el injusto”*, en *La antijuridicidad en el derecho penal*, Mañalich (coord.), Montevideo/ Buenos Aires. Ed. B de F.
- MORESO J. (2015). Sobre la determinación normativa: lagunas de reconocimiento, lagunas normativas y antinomias. AFD, 2015 (XXXI), pp. 55-72, ISSN: 0518-0872. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- NINO, C. (2014) *La legítima defensa*. Buenos Aires. Astrea.
- NUÑEZ, R. C. (1999). *Manual de derecho penal. Parte general* (4° ed.). Córdoba, Argentina. Marcos Lerner.
- ORGAZ, A., (1979). *La ilicitud (extracontractual)*. (1° reimp.) Córdoba. Marcos Lerner.
- OSSORIO, M. (2006). en el *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. (34° ed.) Buenos Aires. Helista.
- PARMA, C. (2017). *Teoría del Delito*. Bs. As. Adrus.
- PAWLIK, M., (2013) La legítima defensa según Kant y Hegel, en Mañalich (coord.), *La antijuridicidad en el derecho penal*, Montevideo -Buenos Aires. B de F.
- PEÑA PESINA, L. (2003) *El exceso en la legítima defensa*. Tesis para obtener el grado de Maestría en Ciencias Penales. Universidad Autónoma de Nuevo León. Facultad de Derecho y Criminología.

- PÉREZ MÉNDEZ, (1971), Artagñán. *Código Penal Dominicano Anotado*. Tomo II, Rep. Dominicana. Dalis Moca.
- QUINTERO OLIVARES, G. (1992). *Derecho penal. Parte general* (2° ed.). Madrid. Marcial Pons.
- RAMOS, LEONCIO. (2001). *Notas de Derecho Penal Dominicano*, (3° ed.), Santo Domingo. Tiempo.
- RIGHI, E. (2016) *Derecho Penal. Parte General*. (2°ed.) Buenos Aires: La Ley
- ROXIN, C. (1997). *Derecho penal. Parte general*. Madrid. Civitas.
- SILVESTRINI RUIZ, VARGAS J. (2008). *Fuentes de Información*. DocPlayer.
- SOLER, S. (1951). *Derecho penal argentino*. Buenos Aires. La ley.
- TERRAGNI, M. A. *Las causas de justificación en particular*. Terragnijurista. Recuperado en <http://www.terragnijurista.com.ar/derecho/cap13.htm>
- TOZZINI C. (1964) "Dolo, Error y Eximentes Putativas". Buenos Aires: Ed. Depalma. Recuperado en <http://www.csdabogados.com.ar>
- VILLEGAS, SISTO, UGARRIZA, A., y GARCÍA, J., *Proyecto de Código Penal*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. <http://www.bibliotecadigital.gob.ar>
- VON LISZT, F. (2000), *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires. Prosa.
- YUNI, J. y URBANO, C. (2003). *Técnicas para investigar*. Córdoba. Brujas.

### **Legislación**

- Constitución Nacional, 1994, Recuperado en <http://servicios.infoleg.gob.ar>
- Código Civil y Comercial de la Nación, 2014. Recuperado en <http://servicios.infoleg.gob.ar>
- Código Procesal Penal de la Nación. Ley 23.984, 1991. Recuperado en <http://servicios.infoleg.gob.ar>
- Código Penal de la Nación Argentina, 1984, Recuperado en <http://servicios.infoleg.gob.ar>

## **Jurisprudencia**

- Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala V, c. 82.662 "B. R. A. s/ recurso de casación" del 9/11/17. (Jorge Hugo Celesia y Martín Manuel Ordoqui) Recuperado en <https://derechopenalonline.com>
- Cámara Nacional Criminal. y Correccional, sala de cámara, Mayo 1999-973, ED, 56-50. Recuperado en <http://escuelajudicial.justiciacordoba.gob.ar>

## **Sitios de Internet**

- Villegas, Sisto, Ugarriza, Andrés, y García, Juan Agustín, "Proyecto de Código Penal," recuperado en *Biblioteca Digital*, consulta 1 de abril de 2019, <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/891>
- Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal Recuperado en <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/39856> el 12/03/19
- Recuperado el 18/03/2019 en <http://www.terragnijurista.com.ar/derecho/cap13.htm>