

Legítima defensa propia.

Sassón, Isidoro

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE.

Catamarca n° 1189 - Corrientes – Argentina.

Tel: (03783-436298).

E mail: i_sasson25@hotmail.com

Antecedentes.

El Proyecto de Código Penal de Carlos Tejedor (1865/1866) reguló la legítima defensa (arts. 152 a 156) tomando como antecedente las disposiciones del Código de Feurbach para Baviera de 1813. La influencia de la legislación española en esta materia comienza en el proyecto de Villegas, Ugarriza y García (1881, art. 93 incs 8º; 9º y 10º), resultando mayor en el Código de 1886 (art. 81 inc. 8º; 9º; 10º y 11º), que a su vez tenía una disposición particular para los casos que la mujer hiere o mata al que intenta violarla o rabarla (art. 81 inc. 15º) prescribiendo, también, que todo aquel que hiere o mata a alguien en legítima defensa debe dar aviso tan pronto como sea posible a la autoridad más inmediata (art. 82). El Proyecto de 1891 (art. 59 inc. 8º y 9º) prescinde de estos agregados y simplifica su regulación, de donde paso al Proyecto de 1906 (art. 41 incs. 7º y 8º) y al de 1917 (art. 41 incs. 7º y 8º), llagando así al Código vigente de 1921 (art. 34 incs. 6º y 7º).

Materiales y métodos.

El material de trabajo lo constituyen el Código Penal argentino, la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, la legislación extranjera en los casos que resulte de interés y aplicación al tema que es objeto de estudio, la bibliografía que al mismo se refiere y los precedentes jurisprudenciales.

Para la interpretación de la ley se utiliza principalmente el método dogmático, recurriéndose al comparativo para marcar diferencias o semejanzas en la forma que el instituto se encuentra tratado por otras legislaciones cuando resulta de interés y aplicación para resolver las cuestiones atinentes a la interpretación de la ley penal argentina.

Discusión de resultados.

La legítima defensa propia se encuentra prevista en el art. 34 inc. 6º del CP argentino. A diferencia de lo que ocurre con otras legislaciones, por ej. con el Código Penal alemán (par. 32) o el Código Penal paraguayo (art. 19), que expresamente manifiestan que en este caso no se obra antijurídicamente, nuestra ley penal, al igual que para todos los supuestos previstos en el art. 34, tan sólo dice que no es punible.

Sin embargo se puede sostener que en la actualidad es uniforme la opinión que considera a la legítima defensa una causa de justificación. Esta afirmación, a su vez, resulta admisible a partir de lo que cabe deducir del art. 34 inc. 6º del CP desde el momento que fija como presupuesto de la reacción defensiva la existencia de una agresión *ilegítima*. Como señala el Prof. Nelson R. Pessoa, en este caso, el Código Penal, considera que frente a lo ilegítimo procede el acto de defensa, el cual, por ser un acto de réplica, necesariamente deviene en *legítimo*, es decir, se encuentra autorizado o justificado.

Pero no son unánimes las respuestas tendentes a explicar los fundamentos de esta causa de justificación, o si se prefiere, cuáles son las razones que determinan que quien actúa en legítima defensa se encuentre justificado.

Quienes privilegian el derecho del agredido a conservar su bien jurídico, fundamentan la legítima defensa sobre la base del principio de que nadie está obligado a soportar lo injusto, por el contrario, para quienes el núcleo fundamente se encuentra en el prevalecimiento del derecho, parten de la premisa de que el derecho no debe ceder ante lo injusto. Siguiendo a Roxin considero que el derecho a la legítima defensa se funda en la protección de bienes individuales y en el prevalecimiento del derecho, con lo que se persigue simultáneamente una función de prevención general y de afirmación del orden jurídico frente a agresiones a bienes jurídicos individuales, lo cual, a su vez, constituye una exigencia derivada del art. 34 incs. 6º y 7º que se refieren a la *defensa propia o de sus derechos* o a la *defensa de la persona o derechos de otro*.

Determinar cuales son los principios fundantes de la legítima defensa no constituye una cuestión de la que no se deriven efectos prácticos, por el contrario, la interpretación de su alcance y contenido está condicionada por los principios en los

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE
Comunicaciones Científicas y Tecnológicas 2006

que se fundamente esta causa de justificación. A partir de los principios que aquí se postulan, entre otras cosas, se puede concluir: a.) no son susceptibles de legítima defensa los bienes jurídicos de la comunidad, por cuanto los ciudadanos no pueden hacer frente a una perturbación del orden jurídico sino en la medida en que se afecten sus propios derechos; b.) la legítima defensa queda excluida ante el ataque de los animales, debido a que ante ellos no resulta necesario el prevalecimiento del derecho; c.) del principio de protección de bienes individuales, deriva la exigencia de proporcionalidad (o racionalidad) entre el mal que se causa con el acto de defensa y el bien jurídico que se protege; d.) sólo resulta posible la legítima defensa de terceros si media el consentimiento del agredido, en atención a que si no hay un bien jurídico individual necesitado de protección tampoco resulta necesario el prevalecimiento del derecho.

Son susceptibles de legítima defensa todos los bienes jurídicos individuales, aun cuando no se encuentren penalmente tutelados. Esta afirmación encuentra su fundamento en la propia ley penal que se refiere al que obrare en defensa propia o de sus *derechos*, sin establecer excepciones de ningún tipo.

Resultan por lo tanto defendibles los derechos a la intimidad y a la propia imagen como manifestaciones del derecho a la personalidad. Cabe por lo tanto defenderse contra quien mira a través de la cerradura de la puerta o pretende obtener una fotografía sin autorización. Sin perjuicio de ser una cuestión debatida, también se puede considerar que puede ser objeto de legítima defensa el derecho a ocupar un espacio destinado al uso común, por ej.: que se respete la prioridad para ocupar un lugar destinado al estacionamiento de los vehículos, o el derecho a transitar libremente por la vía pública sin recibir entorpecimientos de ninguna especie. Debatible resulta a su vez si puede ser objeto de legítima defensa la vida del feto desde el momento que el inc. 7° del art. 34 se refiere a la defensa de la persona o derechos de otro. La expresión otro, utilizada cuando se tipifican los delitos de homicidio (art. 79) y lesiones (art. 89), es interpretada en el sentido que se refiere a una persona. Otro, es otra persona. Sobre la base de esta interpretación se podría considerar que la vida del feto no resulta defendible por legítima defensa, a lo cual se puede agregar que el inc 7° cuando expresa el que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, alude a los derechos de otra persona. En estos casos se debería distinguir los supuestos de aborto sin consentimiento de aquellos en los que media. Si el aborto se practica sin consentimiento, es factible la legítima defensa porque la madre está defendiendo sus propios derechos, en los casos en que media consentimiento, se puede argumentar que resulta posible la legítima defensa en la mediada que se encuentra tutelada la vida en formación.

No resultan objeto de legítima defensa los bienes jurídicos de la comunidad. La comunidad, no es *otro* en los términos del art. 34 inc.7° del CP. Pero a su vez, el orden social, se vería más perjudicado si cada persona pudiera actuar como su guardián. Por lo tanto, los bienes jurídicos de la comunidad, son defendibles en los caos en que simultáneamente se afecten bienes individuales. Resultan legítimamente defendibles los bienes individuales que pertenezcan al Estado. Es doctrina mayoritaria la que considera que no puede ser objeto de legítima defensa la organización política del Estado, interpretándose que el derecho de resistencia previsto en el art. 36 de la CN es un derecho de estado de necesidad y no de legítima defensa.

El art. 34 inc. 6° del CP condiciona la posibilidad de actuar en legítima defensa a 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. La doctrina señala a su vez como condición de procedencia del acto defensivo la actualidad de la agresión. Estos elementos forman parte del tipo objetivo de esta causa de justificación. Seguidamente pasará a su análisis mencionado algunos de los problemas que su interpretación plantea.

El presupuesto necesario de la reacción defensiva es la existencia de una agresión ilegítima. Su interpretación exige precisar la diferencia que media entre agresión e ilegitimidad desde el momento que resulta posible la existencia de agresiones legítimas, por ej. quien actúa en estado de necesidad justificante (art. 34 inc. 3° CP).

Por agresión se entiende la amenaza a un bien jurídico proveniente de una conducta humana. Al requerirse que el origen del conflicto se encuentre en una acción del hombre se excluye del concepto de agresión los ataques de los animales (que deben diferenciarse de los casos en los que la persona se vale de un animal) y los riesgos provenientes de la naturaleza al no ser tampoco necesario en hechos de esta especie la afirmación del derecho. Por no constituir la expresión de una conducta humana, no obstante darse la intervención de una persona, también quedan excluidos del concepto de agresión los casos que se definen como supuestos de exclusión de la acción. Por lo tanto, no cabe legítima defensa contra quien es víctima de una fuerza física irresistible o contra quien estando dormido realiza un movimiento que lesiona a otro. Constituyen agresiones las conductas con voluntad lesiva, aun cuando no sean típicamente dolosas. No obstante ser objeto de debate considero que constituyen agresiones la tentativa inidonea y las conductas imprudentes. Reviste también el carácter de agresión el comportamiento de quien actúa en error de tipo. Se encuentra también debatido si constituyen agresiones los comportamientos inculpables. En mi opinión estas conductas deben ser consideradas de ese modo debido a que, frente a nuestro Código Penal, también cabe afirmar como señala Roxin que sólo se exige que la conducta sea ilegítima, pero no que sea culpable. Constituyen también agresiones las conductas que se encuentran eximidas de pena, por ej. el art. 185 del CP. No es uniforme la doctrina con relación a si las omisiones pueden ser definidas como agresiones, están quienes consideran que adquieren esta condición tanto las omisiones

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE
Comunicaciones Científicas y Tecnológicas 2006

propias como las impropias a diferencia de quienes entienden que sólo revisten el carácter de agresiones las omisiones impropias.

Ilegítima es la acción antijurídica. Cuándo una acción es antijurídica es una pregunta que ha sido objeto básicamente de dos respuestas: a.) cuando no se tiene el deber de tolerar la acción; b.) si la acción es emprendida sin derecho. Sin embargo, se puede sostener que estas repuestas no son antagónicas desde el momento que no se tiene el deber de tolerar aquellas acciones que son emprendidas sin derecho.

La doctrina exige como condición de esta causa de justificación la actualidad de la agresión. El Código Penal establece la posibilidad de que el acto defensivo se realice para impedir o repeler la agresión. Se impide la agresión que no se ha concretado pero que es de inminente realización y se repele la agresión existente. Sin embargo con esto no se llega a responder cuándo la agresión es actual, es decir, en qué momento se inicia y cuándo concluye. A los fines de determinar el comienzo de la actualidad, o a partir de qué momento es de inminente realización, considero acertada la opinión de quienes entienden que ello es así cuando posteriormente no se podría repeler o sólo sería factible en condiciones más graves. Tampoco debe considerarse concluida la agresión, aun cuando este formalmente consumada, si no se encuentra materialmente agotada. Tratándose de delitos de estado, es actual la agresión, a pesar de haberse producido la consumación formal, si no ha concluido la consumación material.

Para que la reacción defensiva esté justificada debe también ser necesaria y racional. Necesaria es la defensa que resulta idónea y menos ofensiva. Por lo tanto, la necesidad demanda no sólo la utilización de un medio adecuado sino también el menos lesivo. La necesidad de la defensa marca una relación entre la conducta agresiva y la acción defensiva y está desvinculada de la proporcionalidad que debe mediar entre el bien jurídico protegido y el mal causado. Son también necesarios los efectos no queridos pero que constituyen una consecuencia típica y adecuada del medio utilizado. Está por lo tanto justificado quien encontrándose en la necesidad de dar un golpe en el rostro le quiebra la nariz al agresor. No es uniforme la respuesta que se da respecto de la forma en que se debe valorar la necesidad de la defensa Entiendo que lo que resulta necesario debe determinarse según parámetros objetivos mientras que la medida de la defensa necesaria de valorarse *ex ante*. La racionalidad implica que exista proporcionalidad entre el bien jurídico que se tutela y el mal que se causa. Mientras que la necesidad está vinculada a la conducta agresiva, la racionalidad se refiere a los bienes jurídicos que se encuentran en conflicto. No toda defensa necesaria es también racional. Se ejemplifica habitualmente este concepto con el caso de la persona invalida, que al no contar con un medio menos ofensivo, dispara mortalmente contra quien hurta una manzana. Aun cuando se sostenga que el medio es necesario esto no significa que sea racional, debido a la desproporción existente entre el bien que se protege (la propiedad de la manzana) y el mal que se causa (la muerte del agresor). Como parte de los problemas vinculados a la necesidad de la defensa deben tratarse las cuestiones concernientes a las defensas predispuestas u *offendicula*. Para resolver los problemas que se presentan resultan útiles las reglas propuestas por Roxin y que están dadas por entender que el riesgo de estos medios de defensa siempre perjudicará a quien se sirva de ellos y por considerar que por lo común los mecanismos peligrosos para la vida casi nunca resultan necesarios.

Finalmente exige la ley penal que quien se defiende no haya provocado suficientemente la agresión. Precisar qué se entiende por provocación suficiente quizás constituya la cuestión más debatida en torno de la legítima defensa. La ley autoriza la reacción defensiva, en tanto no se haya creado la situación que la determina. Por lo que cabe concluir, que no tiene derecho a la legítima defensa quien no ha sido ajeno al conflicto que se ve en la necesidad de conjurar. Sin embargo con que esta afirmación no se llega a precisar qué se entiende por provocación suficiente. Considero que tiene la condición de provocadora aquella conducta que, no siendo necesariamente antijurídica, importa una infracción a deberes y pautas de convivencia que tornan aconsejable que no se la realice. En este sentido, lo determinante no pasa por la intención que pueda tener la conducta provocadora, sino por precisar si genera un estado de cosas en el cual resulte previsible la agresión. Por ej., si los afiliados del partido triunfante en las elecciones van a festejar su victoria frente a la casa partidaria de sus opositores, aun cuando sus cantos no hagan alusión a sus adversarios, es previsible que reciban alguna injuria. Por su parte, la suficiencia, importa un grado de correspondencia entre la provocación y la agresión. Siguiendo con el ej. anterior, conductas de esta especie podrán ser suficientes para provocar una injuria, pero no una agresión con un arma de fuego.

El aspecto subjetivo de esta causa de justificación se constituye sobre la base de la representación de los elementos que forman parte de su aspecto objetivo.

Conclusiones.

La legítima defensa es una causa de justificación y por lo tanto de exclusión de la antijuricidad. Sus fundamentos inciden directamente en su interpretación tanto, en lo que respecta a la determinación de los bienes jurídicos que resultan defendibles como, al sentido que se le debe asignar a los distintos elementos que constituyen su presupuesto. Sobre esta base resulta factible por lo tanto sostener que la legítima defensa constituye una autorización o permiso, que

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE
Comunicaciones Científicas y Tecnológicas 2006

no siempre demanda la necesidad de terminar con la vida del agresor o con una lesión que requiera tratamiento médico, que se reconoce a favor de quien no haya creado la situación que la determinó.

BIBLIOGRAFÍA.

Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal*, “Parte general”, 2º ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1.999.

Baldó Lavilla, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1.994.

Blasco Fernández de Moreda, Francisco, *Legítima defensa*, en Enciclopedia Jurídica Omeba, Bibliográfica Omeba, t. XVIII, Buenos Aires, 1.964.

Domínguez Henáin, Daniel H., *Análisis dogmático de las expresiones “agresión ilegítima” y “provocación suficiente” del art. 34 inciso 6 del Código Penal argentino*, en Revista de la Facultad de Derecho, U.N.N.E., nº 10, Corrientes, agosto de 1.993.

Jakobs, Günther, *Derecho penal*, “Parte general”, 2ª ed. corregida, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1.995.

Jescheck, Hans H. – Weigend Thomas, *Tratado de Derecho Penal*, “Parte general”, 5º ed. renovada y ampliada, traducción de Miguel Olmedo Cardenette, Comares, Granada, 2.002.

Luzón Peña, Diego M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1.978.

Pessoa, Nelson R., *Legítima defensa*, MAVE, Buenos Aires, 2.001.

Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, en Código Penal y Normas Complementarias, t. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 1.997.

Roxin, Claus, *Derecho Penal*, “Parte general”, traducción de la 2º edición alemana de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1.997.

Zaffaroni, Eugenio R. – Alagia, Alejandro – Slokar, Alejandro, *Derecho Penal*, “Parte General”, Ediar, Buenos Aires, 2.000.