



Universidad de
San Andrés

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

**Una revisión a los alcances y límites de la legítima defensa de la
propiedad**

Sol Ingberg

DNI: 37.141.184

Tutor de tesis: Doctor Fernando J. Córdoba

Buenos Aires, 18 de junio de 2021

RESUMEN

El presente trabajo intentará analizar el instituto de la legítima defensa en relación con los bienes a defender, cuestionando fundamentalmente la desnaturalización que sufrió la eximente en los casos de defensa a la propiedad cuando el sujeto pasivo le provoque la muerte al agresor pese a que su vida no estaba en riesgo. A tales efectos, se presentará un caso jurisprudencial argentino que contó con amplia cobertura en los medios de comunicación.

Partiendo de la premisa de que todo derecho es defendible y que lo que es necesario para conjurar el ataque, en principio, marca la necesidad de la respuesta (binomio acción-reacción), se examinarán distintas posturas de la doctrina que se generan en torno a su admisibilidad o procedencia.

Para efectuar el análisis propuesto se efectuará una breve reseña de los presupuestos básicos del instituto y sus principales elementos.

Posteriormente se introducirán los diferentes criterios que adoptó la doctrina para limitar la legítima defensa, recurriendo para ello a juristas y académicos de gran renombre.

A continuación, se analizarán el exceso de legítima defensa y, luego, acudiendo a diferentes normativas, tanto nacionales como internacionales, así como de distinto rango, se abordará el interrogante suscitado y los bienes en pugna.

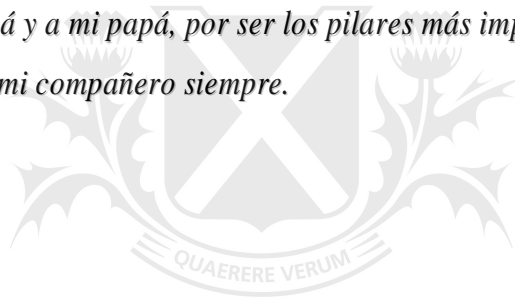
Finalmente, a modo conclusión y con base en el deber de solidaridad interpersonal, se formulará una presunción que podría agregarse a la normativa penal, con el fin de tornar operativa la cuestión.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco enormemente al Profesor Fernando Córdoba por aceptarme para realizar esta tesis de maestría bajo su dirección. Su apoyo, su confianza en mi trabajo y su capacidad para guiar mis ideas ha sido un aporte invaluable.

También quiero agradecer a Ivana S. Quinteros por tomarse el tiempo de leer mi trabajo.

*Gracias a mi mamá y a mi papá, por ser los pilares más importantes.
Y gracias a Fran, mi compañero siempre.*



Universidad de
San Andrés

Una revisión a los alcances y límites de la legítima defensa de la propiedad

ÍNDICE:

I.- Palabras previas

II.- Introducción

III.- Algunas consideraciones sobre el juicio de antijuricidad

IV.- La necesidad como base de todas las causas de justificación

V.- La función preventivo general negativa de la eximente

VI.- Bienes defendibles

VII.- Criterios interpretativos para delimitar los alcances de la legítima defensa

- a) Los que recurren a consideraciones de tipo ético – social
 - a. 1) Roxin y la agresión irrelevante
 - a. 2) Jakobs y el deber general de solidaridad interpersonal
- b) Los que apelan al abuso de derecho
- c) Los que recurren al argumento de la racionalidad del medio

VIII.- El exceso como atenuante de la culpabilidad o de la antijuridicidad

IX.- El derecho a la propiedad y su recepción en el sistema normativo argentino

X.- Binomio vida vs. propiedad

XI.- Conclusión

XII.- Bibliografía

I. PALABRAS PREVIAS

Dentro de los axiomas fundamentales del Estado de Derecho se encuentra aquel que, mediante complejos mecanismos de seguridad provistos por el orden jurídico legal, lo dota del monopolio exclusivo del uso de la fuerza para la protección integral de los derechos tanto individuales como colectivos, siendo sólo a través de estos mecanismos que se consagran los bienes jurídicos penalmente protegidos.

Sin perjuicio de ello, el mismo ordenamiento jurídico prevé una suerte de autorización o permiso al particular para actuar en determinados supuestos cuando los auxilios provistos por el Estado pudieran *llegar tarde*; es decir, el particular sustituye al ausente Estado en casos que no permiten demora.

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

Entre esas eximentes de responsabilidad, el artículo 34 inciso 6 del Código Penal prevé el caso de aquel que actúe en defensa propia o de sus derechos siempre que se reúnan tres circunstancias: agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla y falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. La legítima defensa es una reacción que actúa como

causal de justificación, es decir, elimina la antijuridicidad y, por lo tanto, evita que esa conducta sea punible.

La legítima defensa presenta una estrecha vinculación con la función social del Derecho Penal, es una institución vinculada a un modelo concreto de sociedad y depende de cada orden social; aquí la célebre expresión de MUÑOZ CONDE, para quien *“la legítima defensa es un buen barómetro de la sensibilidad democrática de un país”*¹.

Por ello, pese a tratarse de uno de los institutos más elaborados por la doctrina y jurisprudencia, el avenimiento de nuevos paradigmas en torno al valor supremo de la vida humana junto con los escenarios políticos, sociales y económicos actuales de América Latina, han cuestionado tanto su naturaleza como los criterios de valoración de sus límites en relación con los bienes a defender.

Uno de los principales cuestionamientos que surgieron se advierte frente a la concurrencia de la eximente en los casos donde **quien defiende su propiedad le provoca la muerte al agresor, determinándose ex post que no estaba en riesgo su vida.**

A simple vista, el caso parecería ser una cuestión de fácil resolución, pero, en rigor de verdad, son varias las tesituras que han intentado dar una respuesta, muchas de las cuales en su argumentación confunden los límites de la legítima defensa o conducen a soluciones escandalosas.

Ello me servirá como eje central de la crítica que elaboraré a lo largo del trayecto que culmina con una postura que, entiendo, podría resultar un aporte en la búsqueda de una solución superadora.

¹ En el prólogo al libro de FLETCHER, *En defensa propia*, trad. Muñoz Conde/Rodríguez Marín, Valencia, 1992.

II. INTRODUCCIÓN

A pesar de que la exigente de la legítima defensa es una de las causas de justificación más elaboradas por la doctrina, uno de los debates doctrinarios recurrente vinculado a ella radica en torno a la necesidad o no de exigir una ponderación de bienes, sobre todo cuando el bien jurídico que se ve afectado en la acción defensiva es la vida del agresor y el bien defendido es la propiedad.

Como punto de partida, la doctrina en general es conteste al afirmar que una de las principales características de la legítima defensa se vincula con el hecho de que no es necesario que quien se defiende efectúe una ponderación entre el bien jurídico defendido y el que habrá de lesionarse a tal fin.

SOLER explica al respecto que *"la defensa es posible, en tales condiciones, sea cualquiera el bien jurídico contra el cual la agresión se dirija. Todo bien jurídico es legítimamente defendible. Nuestra ley lo declara expresamente: 'el que obrare en defensa propia o de sus derechos', o 'en defensa de la persona o derechos de otro'. Es, pues, errado restringir la defensa a determinados bienes, o declarar que esos bienes son defendibles solamente cuando exista peligro para la persona"*².

DONNA afirma que *"tal como conceptualmente está admitido, la legítima defensa no admite ponderación de bienes, sino que, y esto basado en requisitos legales (art. 34, inc. 6°), la defensa se determina por la peligrosidad e intensidad de la agresión, y no por el valor del bien atacado"*. A su vez, al referirse a los bienes defendibles, agrega que *"la ley argentina no trae ningún tipo de*

² SOLER. *Derecho Penal argentino, Tomo I*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1992, p. 444/445.

*limitación en cuanto a los bienes o intereses jurídicos que pueden ser defendidos, sino que el único límite está dado por la idea de que sólo se pueden defender los bienes individuales, y esto depende de la relación entre el ataque y la defensa, que debe ser necesaria. No hay, por ejemplo, una limitación con respecto a los bienes jurídicos, tal como está en el Derecho austríaco"*³.

La doctrina no solamente parte de esta afirmación, sino que explícitamente remarca que la no ponderación de bienes es un extremo que diferencia la legítima defensa del estado de necesidad justificante, en el cual sí se exige que el mal que se quiere evitar sea mayor al que efectivamente se produce.

Si bien ambas eximentes descansan sobre una base común, que es la situación de peligro para un bien jurídico, el motivo de esta distinción encuentra sus raíces en los mismos fundamentos de la legítima defensa: quien se defiende lo hace respecto de una agresión antijurídica, provocada por una persona que actúa de modo contrario a derecho, y en la falta de obligación jurídica de soportar la agresión⁴.

Dicho de otro modo, lo relevante es el desvalor del comportamiento del agresor y no sólo el desvalor de resultado.

Allí descansa el por qué sí cabe exigir la ponderación de bienes en juego, cuando quien, a pesar de su comportamiento cuidadoso y en virtud de circunstancias no imputables, amenaza la producción de una lesión causal a un bien jurídico, toda vez que en estos casos solamente habría un desvalor de resultado, pero no de comportamiento, lo que también ocurre cuando la agresión proviene de personas inimputables. Caso contrario, vuelve a regir la regla general de que no es necesaria una ponderación de intereses en la legítima defensa, basada en que la

³ DONNA, *Teoría del delito y de la pena. Tomo II*, Buenos Aires: Astrea, 2001, p. 138.

⁴ LARocca. *Revista de Derecho Penal* 2007, Eximentes de la responsabilidad penal- II, “*Ponderación de bienes en la legítima defensa de la propiedad*”, Santa Fe: Editorial Rubinzal – Culzoni, 2007- p. 216

agresión ilegítima es un desvalor de acción y es por eso que prevalece el interés del que se defiende, más allá del resultado disvalioso⁵.

Entonces, tomando como base lo hasta aquí expuesto, el problema planteado aquí y que será objeto de este trabajo se presenta cuando se mata al agresor para defender un bien material, y luego se establece que no había riesgo de vida para el defensor.

Inmediatamente surgen una serie de interrogantes, como: ¿por qué se admite que se pueda matar cuando no hay riesgo para la vida? y, *burdamente* ¿por qué una cosa goza de mayor protección que una persona?

Han sido distintos los fundamentos esgrimidos para limitar esta eximente en estos casos, incluso parte de la doctrina opina que nunca se puede justificar tal extremo. Sin embargo, entiendo que *a priori* intentar reducir la cuestión al binomio vida vs propiedad para zanjar la cuestión, no sólo priva al instituto de operatividad, sino que lo desnaturaliza.

En el derecho vigente no se encuentra en discusión el permiso de aplicar medidas de tipo violento dirigidas a recuperar o proteger el objeto material cuya propiedad es agredida. La discusión finca en el grado de lesión que puede infligir quien se defiende.

LAROCCA, ha sostenido sobre la base de los fundamentos de la legítima defensa que: *“cuando una persona se encuentra defendiendo legítimamente su propiedad o la de un tercero, no le es exigible efectuar una ponderación "en abstracto" de los bienes del agresor que habrá de afectar, siempre y cuando la defensa fuera necesaria y se respete la racionalidad del medio*

⁵ HIRSCH, *Derecho Penal. Obras Completas, Tomo III*, Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2002, p. 210.

empleado”⁶. El tema que nos ocupa es relacionado íntimamente por la autora con dos elementos exigidos para la concurrencia de la justificante: la necesidad de la defensa y la racionalidad del medio empleado, elementos a través de los cuales, como desarrollaré más adelante, encuentra solución a la limitación de la eximente.

En tal sentido, en MAURACH y ZIPF puede leerse que, *"la relación valorativa entre el derecho y la ilicitud, legitima abiertamente la defensa, a diferencia de otros derechos que pueden ejercerse en situaciones de excepción (en especial en el estado de necesidad) ... básicamente la legítima defensa no depende de una ponderación de los intereses en disputa, la defensa se determina según la peligrosidad e intensidad de la agresión y no de acuerdo al valor del bien atacado* 7”.

Lo mencionado cobra especial relevancia en el marco de nuestra realidad social, económica y política, ya que, desde el inicio de este siglo, está instalado en el “imaginario” colectivo la problemática de la inseguridad. Ello incidió directamente en la suba exponencial que tuvieron en los últimos 10 años – o al menos los medios de comunicación han visibilizado más⁸ - las situaciones de *ajusticiamientos y linchamientos* por parte de los ciudadanos a delincuentes, situación que indefectiblemente desató un arduo debate alrededor de la legítima defensa, el exceso en la legítima defensa y la justicia por mano propia.

Uno de los casos recientes más representativos de esta temática fue la absolución del médico Villar Cataldo luego de que matara a su atacante en el marco

⁶ LAROCCA. Ob cit., p. 216.

⁷ MAURACH Y ZIPF, *Derecho Penal. Parte general, Tomo I*. Buenos Aires, Astrea, 1994, p. 437.

⁸ Podría afirmarse que la elección de los medios de visibilizar estas cuestiones no responde a una cuestión aleatoria sino más bien a una cuestión estratégica de acuerdo a la afiliación política que tengan, pero, adentrarnos en este análisis -aunque resulta sumamente enriquecedor e interesante- escapa el propósito de este trabajo.

de un asalto ocurrido en la localidad bonaerense de Loma Hermosa, partido de San Martín en el año 2016⁹.

En aquella oportunidad, el galeno fue atacado por Ricardo Krabler, quien intentó robarle el auto en la puerta de su consultorio. Para lograrlo, el asaltante se subió al vehículo y le dio un culatazo en la cabeza al médico, pero finalmente falleció luego de que Villar Cataldo le disparara cuatro balazos mortales¹⁰.

La fiscalía había pedido que el médico fuera considerado culpable por homicidio en exceso de legítima defensa, luego de cambiar la calificación original de homicidio simple¹¹.

No obstante, la querrela insistió en la condena del imputado bajo la calificación de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego¹².

Por su parte, el acusado aseguró que actuó amparado bajo la legítima defensa porque, genuinamente, consideró que su vida se encontraba en riesgo¹³.

⁹ Si bien, frente a la vorágine de casos, el expuesto no resultaría de lo más recientes, resulta de los más representativos por su reiterada exposición y cobertura en los medios de comunicación.

¹⁰ Declaran no culpable de homicidio al médico que mató a un ladrón en San Martín. *Clarín*. Disponible el 7 de mayo de 2021 en: https://www.clarin.com/policiales/declaran-culpable-homicidio-medico-mato-ladron-san-martin_0_WeqhGspX9.html

¹¹ En prieta síntesis se alegó: "*Cuando el encartado decidió disparar [...] ya no estaba en riesgo su vida, sino sólo el derecho de propiedad que tenía respecto de un automóvil asegurado. Su conducta entonces devino desmedida, puesto que en su afán de retener su automóvil ha afectado el bien jurídico de más valor, es decir la vida*". El *quid* de la cuestión radicó en determinar cómo llegó el arma a las manos de Villar Cataldo. El imputado afirmó que la misma estaba escondida en un macizo de plantas ubicado al borde del cordón cuneta del frente de su casa y el disparo lo efectuó desde el suelo, mientras que, para la fiscalía, el médico la llevaba encima y disparó al ladrón cuando este escapaba con el auto robado.

¹² El abogado querellante sostuvo: "*Yo sé que la acción de Krabler les puede causar rechazo y puedan sentir empatía por Villar Cataldo pero esto no es un concurso de empatías. La pregunta de fondo es ¿qué valor le damos a la vida? ¿Vamos a andar a los tiros como en el far west?*".

¹³ Declaró: "*Efectué disparos porque sentí que en ese momento me mataban, hubo amenaza verbal en todo momento, 'te voy a matar hijo de puta', y me apuntaba con ese pistolón que asusta a cualquiera*". En el mismo sentido, en el alegato, su defensa sostuvo que: "*Nadie tuvo la intención de matar. Cuando te están apuntando, te golpean, te arrastran, vos te defendés como podés [...] reaccionó como pudo*". Notas 11, 12 y 13 en: Lino Villar Cataldo, el médico que mató a un ladrón a tiros, fue absuelto por un jurado popular. *Infobae*. Disponible el 7 de mayo de 2021 en: <https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2019/04/25/lino-villar-cataldo-el-medico-que-mato-a-un-ladron-a-tiros-fue-absuelto-por-un-jurado-popular/>

Eventualmente, una serie de pericias evidenciaron que Villar Cataldo había disparado desde arriba – no desde el suelo para defenderse como había relatado- y que el ladrón, no sólo no tenía un arma de verdad, sino que al momento de ser alcanzado por el disparo de Cataldo no se encontraba empuñándola.

Por su parte, el jurado popular hizo eco de los argumentos de la parte acusada y absolvió al médico tras entender que actuó en legítima defensa.

Lo esencial, a mi criterio, radica en intentar responder por qué, pese a demostrarse que, no sólo no había riesgo para su vida, sino que tampoco se encontraba en peligro su patrimonio -pues los vehículos por lo general se encuentran asegurados- el galeno actuó justificadamente.

Es aquí donde radica el puntapié inicial para abordar la temática que se pretende desarrollar a lo largo de este trabajo. La cuestión que surge aquí supone adentrarse en las motivaciones que llevan a la aplicación de la justificación en estos casos. ¿Puede la conservación de la propiedad justificar una muerte en todos los casos?

III.- ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL JUICIO DE ANTIJURICIDAD

La antijuridicidad presupone que el autor de un hecho típico ha infringido una norma que está exigiendo su validez; si la antijuridicidad es negada, la consecuencia es que aquella norma ha retrocedido frente a otra, con el resultado de que no existe violación de la primera. Existe una valoración entre ambas normas, de

modo tal que se le reconoce al autor (es decir, a quien actúa justificadamente) el derecho a actuar y, lo que, es más, a hacerlo típicamente¹⁴.

Las conductas tipificadas como delitos en el Código Penal son conductas que son ilícitas en otras ramas del derecho, de allí que la antijuridicidad general sea presupuesto necesario, pero no suficiente, de la antijuridicidad penal.

Así vemos que en el juicio de antijuridicidad entran en juego dos normas que coexisten en el ordenamiento jurídico, las imperativas (que protegen al bien jurídico, que obligan al sujeto, de manera incondicionada, bajo imposición de sanción penal) y las normas de excepción (que eliminan la antijuridicidad – causa de justificación, que operan bajo determinados presupuestos, levantando la prohibición o el mandato).

En principio, como se afirmó, la norma es incondicional, pero deben tenerse en cuenta los factores valorativos, por lo cual no se exige una vigencia absoluta en todas las situaciones de conflicto que se dan en la realidad. Dicho de otro modo, la norma sólo se aplica incondicionalmente en los casos de normalidad; existiendo en el ordenamiento proposiciones permisivas, que justifican el accionar típico del sujeto; la tipicidad de una conducta ofrece únicamente una presunción refutable de su antijuridicidad.

Debe tenerse en cuenta que frente a la norma permisiva la antijuridicidad no desaparece, sólo retrocede, por lo que se requiere que el actuar del sujeto lesione en la medida de lo estrictamente necesario a dicha norma.

Puntualmente en el supuesto de legítima defensa, se permite la defensa del bien propio, sin límite, en tanto y en cuanto se demuestre que esa era la

¹⁴ DONNA, Teoría del delito y de la pena, T. 2, Imputación delictiva, Buenos Aires: Ed. Astrea, 1995, p. 126 § 53.

única vía posible. Es así como aparece regulada a la fecha el instituto en nuestro ordenamiento jurídico.

Tal como explica HIRSCH, “*la amplitud de la defensa necesaria se orienta a la mera necesidad de la autorización de la defensa teniendo por presupuesto necesario que el desvalor del comportamiento del agresor desplaza el criterio de la proporcionalidad del daño (...)*”¹⁵.

Así, se considera – valorativamente - que la protección legal de los bienes jurídicos del agresor y del agredido no tiene igual extensión en los casos de legítima defensa, pues axiológicamente no puede asignárseles a los intereses del agresor el mismo valor que a los de una persona que nada ha hecho.

Dicho de otro modo, quien ha pretendido poner en peligro los intereses ajenos no está en la misma situación que la víctima de la agresión, y es justo que el primero y no esta última sufra las consecuencias negativas de su acto¹⁶.

Con esto, no se afirma que quien agrede a otro antijurídicamente renuncie a la protección legal de sus bienes jurídicos, sino que -de algún modo-, al agredir gratuitamente a otro, está aceptando la posibilidad de que la víctima se resista a la agresión, y consecuentemente el agresor pone por sí mismo en peligro sus propios bienes jurídicos¹⁷.

También NINO incorpora dentro de su fundamentación compleja de la legítima defensa el criterio de la responsabilidad por la generación de la situación

¹⁵ HIRSCH, ob cit, p. 210. El destacado está en el original

¹⁶ NINO, ob.cit. p. 52, quien aclara que, si bien la preservación de sus bienes puede ser el motivo que lleva a la víctima a defenderse, no es la razón que justifica el mal que causa al agresor. El motivo sería que es moralmente adecuado que quien ha despreciado los intereses de otro sea pagado con la misma moneda y vea sacrificados los suyos. Aunado a ello, sostiene que el grado en que el agresor merece el sacrificio de sus intereses, está determinado por la magnitud de la agresión y el grado de menosprecio de los derechos ajenos que su conducta ha puesto de manifiesto.

¹⁷ Al respecto, corresponde aclarar que esta abdicación dista de ser absoluta, sus límites se comportan como el principal objeto de este trabajo, ofreciéndose un mayor desarrollo de la cuestión en los acápites siguientes.

de peligro, que explica del siguiente modo: *"se podría plantear la hipótesis de que la realización voluntaria de un acto delictivo con conocimiento de que él genera el privilegio de la víctima de defender sus bienes en peligro, implica -al igual que con relación a la pena- el consentimiento del agente a perder la protección jurídica contra lesiones a sus bienes que sean necesarias y eficaces para neutralizar la agresión (...) Este enfoque permitiría que, en defensa de derechos básicos e irrestituibles, se cause al agresor un daño mayor que el que él intenta provocar, pudiéndose afectar a sus propios derechos básicos -sin posibilidad de defensa legítima de su parte-, y estando exento el defensor de afrontar el resarcimiento por el daño causado"*¹⁸.

De todos modos, esta argumentación **no** debe entenderse como si lo que se propusiera fuese negar o excluir la personalidad del agresor tras considerar que quien actúa antijurídicamente queda excluido de la protección de la ley y, por ende, deja de ser considerado miembro de la sociedad.

Tal como sostiene PALERMO, el contenido *material* de la agresión es lo que *justifica la reacción en legítima defensa*. El mantenimiento del carácter formal de la personalidad del agresor es lo que *fundamenta los límites a la acción defensiva*. El agresor no es un proscrito, sino que es requerido como persona responsable a soportar los costes de la acción defensiva. La acción defensiva se dirige no a un "enemigo del sistema social", sino a un ciudadano responsable del uso de sus derechos¹⁹.

¹⁸ NINO, ob.cit. p 70.

¹⁹ Véase PALERMO, *La legítima defensa. Una revisión normativista*. Buenos Aires, Hammurabi, 2007. pp. 58/67 quien comenta los puntos principales de la teoría de la justificación de JAKOBS, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. a la 2ª. ed. alemana de Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, pp. 419/21

El Derecho otorga protección a los bienes del agresor tanto como a cualquier otra persona, esto surge de la ley, al exigir que la acción defensiva sea la menos lesiva posible, y que sea la necesaria para contrarrestar la agresión; simplemente que, puestos en contraposición los bienes y derechos del agresor y los del agredido, la protección no puede tener para ambos la misma amplitud²⁰.

IV. LA NECESIDAD COMO ELEMENTO BASE DE TODAS LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Como fundamento de la legítima defensa, encontramos los principios de autoprotección y de prevalencia del derecho. A partir de ellos, cualquier persona tiene derecho a defenderse de ataques antijurídicos, con el fin de evitar daños a sus bienes jurídicamente protegidos, aun cuando el sujeto pueda sustraerse al ataque; punto que cabe destacar, recordando que existe un derecho a la defensa de los bienes ante una agresión ilegítima y no una obligación²¹.

Hay quienes opinan que nunca se puede justificar matar para salvar otros bienes propios de menor valor, como la propiedad, aun cuando concurrieran en el caso los requisitos que hacen procedente a la eximente, esto es, una agresión ilegítima actual, donde la lesión a la propiedad es inminente o persistente (por ejemplo, cuando el ladrón aún no ha alcanzado un estado de apoderamiento seguro), que la defensa resulte ser necesaria (problema que resulta ser conceptualmente distinto a la necesidad racional del medio del art. 34, inc. 6º, b, del Código Penal argentino²²) y falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende.

²⁰ LAROCCA, ob. cit., p. 223.

²¹ Esta cuestión se retoma con mayor detalle en el acápite V.

²² Cf., al respecto, *infra* a continuación.

Conforme señala RUSCONI, hoy se encuentra fuertemente en crisis la idea liberal-individualista formulada por BERNER en 1886 que establece que el “derecho jamás debe ceder ante lo ilícito” y que sirve de fundamento a la legítima defensa. En tal sentido sostiene que *“los presupuestos extremadamente individualistas que inspiraban a la antigua configuración de la legítima defensa están siendo hoy erosionados por consideraciones de política criminal “externas” que toman en cuenta con más intensidad el impacto social del funcionamiento de tal eximente – restricciones ético-sociales”*²³.

Previo a continuar adentrándose en el tema, entiendo corresponde hacer una distinción entre el concepto de “defensa necesaria” y el de “necesidad racional del medio” contenido en el art. 34, inc. 6°, b del Código Penal argentino.

La defensa necesaria se determina por el conjunto de las circunstancias del caso particular bajo las cuales se desarrollan la agresión - puntualmente su actualidad e inminencia - y la defensa. El derecho de defensa comienza con la agresión y concluye con ella, en otras palabras, debe haber unidad de acto entre agresión ilegítima y defensa.

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

Para ser legítima, la defensa requiere en principio ser necesaria, o, dicho de otro modo, la necesidad es *conditio sine qua non* de la defensa. Sin esta, no puede hablarse de defensa, ni completa ni excesiva. La defensa no es necesaria cuando el sujeto dispone de otra conducta, menos lesiva, y le es exigible su realización en lugar de la conducta típica desplegada en cuestión. No obstante, la

²³ RUSCONI, *La Justificación en el Derecho Penal, Algunos problemas Actuales*, “Algunos límites para la defensa necesaria en el derecho penal”, Buenos Aires: Ed. Ad- Hoc, 1996, p. 38/39.

necesidad no refiere a la imposibilidad de usar otros medios, sino a la necesidad de usar otros cuando fueran eficaces.

El principio es que, el que se defiende, debe escoger el medio que produzca menos daños, en tanto y en cuanto le sea posible. Si no hay alternativa, el medio elegido será el necesario, que es lo que exige el art. 34, inc. 6º, b, del Código Penal²⁴.

La necesidad de la defensa supone oportunidad del empleo de la defensa, imposibilidad de usar otros medios menos drásticos e inevitabilidad del peligro por otros recursos, pero todo ello en directa relación y subordinación al peligro que amenaza al agente, a la entidad del bien jurídico y a la figura típica que surge de la reacción²⁵.

La defensa debe valorarse *ex ante* y no *ex post*, es decir desde el punto de vista del sujeto en el momento en que se defiende²⁶. Lo cierto es que si *ex*

²⁴ MAURACH Y ZIPF, ob.cit., t. I, § 26, II, B, nm. 30 y 32, p. 450/451.

²⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires, Losada, 1952. p.219 y ss.

²⁶ En este sentido, la Sala 2ª en lo Penal del Tribunal Superior de España, señaló -sobre el requisito de necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión-, que: “*La jurisprudencia ha entendido que este requisito de la legítima defensa como una exigencia que abarca dos aspectos. De un lado, la necesidad de defensa, que aquí no se discute, pues es evidente que la agresión era actual y que era precisa, (...) De otro lado, la necesidad del medio empleado, pero no como un juicio de proporcionalidad objetiva entre el medio utilizado en la agresión y el empleado por el defensor, sino en atención a todas las circunstancias concurrentes, tanto en relación a la agresión como a la situación del que defiende y a la forma en que lo hace, todo ello bajo la perspectiva de lo que, en el caso, podría considerarse una reacción eficaz. Por ello es necesario en estos casos una descripción del hecho lo más precisa posible, de forma que puedan ser valorados todos los aspectos relevantes del hecho. (...) la necesidad racional del medio empleado (...) constituye un juicio de valor sobre la proporcionalidad entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y las propias de los medios y comportamientos defensivos, juicio de valor que obliga a tomar en cuenta no tanto la identidad o semejanza de los medios agresivos y defensivos en cuanto el Código Penal en absoluto equipara la racionalidad del medio con la proporcionalidad del medio, sino el comportamiento adoptado con el empleo de tales medios, dadas las circunstancias del caso, por lo que más que la semejanza material de los instrumentos o armas empleados debe ponderarse la efectiva situación en que se encuentran el agresor y agredido, (...) Por tanto, para juzgar la necesidad racional del medio empleado en la defensa, no sólo debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio, en sí, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho. Se trata por tanto de un juicio derivado de una perspectiva ex ante (...)*” [causa 111.249, rta. el 21/07/2006]. Publicado en Suplemento LA LEY, Penal y Procesal Penal, de marzo del 2007, p. 71/74.

ante fuese posible reconocer la innecesaridad de la defensa -y ésta no se hubiera reconocido en razón de un verdadero error provocado por la perturbación del ánimo causada por la agresión- se tratará de un problema de culpabilidad y no de una causa de justificación.

Resulta dable destacar que, a mi entender, la apreciación de la proporcionalidad de la defensa suele implicar varias situaciones donde el juicio valorativo de la situación por parte de magistrados y doctrinarios parecería obviar que en la mayoría de los ataques (por ejemplo, robo con armas -sea blanca o eventualmente se tratara de un arma de juguete-) se trata de una víctima en apuros en el marco de un entorno atiborrado de violencia.

Por ello, considero que la apreciación acerca de cuál es la reacción razonablemente necesaria debe realizarse desde la perspectiva *ex ante* de un hombre *razonable* promedio (más de allá de todas las subjetividades y problemas de interpretación que acarrea el término).

Esto ha de tenerse presente a lo largo de todo el trabajo, ya que resultará de trascendental importancia para rebatir los argumentos de las posturas que intentan ponderar esos valores en abstracto para limitar el ejercicio de la legítima defensa.

V.- LA FUNCIÓN PREVENTIVO GENERAL NEGATIVA DE LA EXIMENTE

Cabe hacer referencia la función preventiva general negativa que algunos autores atribuyen al instituto de la legítima defensa y cómo desde ella se fundamenta la necesidad de ponderación de bienes en la eximente.

En este sentido, cabe destacar lo expuesto por NINO: "*No se necesitan profundas investigaciones empíricas para presumir que buena parte de los intentos delictivos no materializados son desalentados o neutralizados no por la efectiva acción policial o por el temor a ésta y a la consiguiente pena, sino por temor a una reacción defensiva de la víctima potencial*"²⁷. Este razonamiento le otorga a la defensa por parte del titular del bien amenazado un factor disuasorio, de manera análoga a lo que ocurre con la pena. Así, el autor destaca como un aspecto socialmente beneficioso a la justificante, no pudiendo ignorar su incidencia en el bienestar colectivo.

Por otro lado, y como ya fuera mencionado, ROXIN propone realizar el análisis a los límites del derecho de legítima defensa desde dos principios político – criminales que le sirven de fundamento: el de protección individual y el de la afirmación del derecho. Es justamente el principio de prevalencia del derecho, y la regla de que éste no tiene que ceder nunca ante el injusto, el que lleva a que en la exigente quede desplazado el principio de ponderación de bienes (exigido como requisito para la concurrencia del estado de necesidad justificante).

Según esta concepción, la legítima defensa se basa en el principio de la protección individual pero su marco también sirve a la afirmación del Derecho, es decir, a la finalidad preventivo-general de impedir ataques antijurídicos y garantizar el ordenamiento social pacífico.

La legítima defensa es para el particular un derecho protector, que suple la protección del Estado en circunstancias en las cuales ésta se torna imposible, otorgándole al individuo un poder de defensa personal²⁸.

²⁷ NINO, *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*, Buenos Aires: Astrea, 1982, p. 73.

²⁸ ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Madrid: Civitas, 1997, § 15, p. 608, nm. 1.

Continúa explicando el autor que, además de las necesidades de protección, el Estado persigue algunos fines de prevención general intimidatorio: *"... pues considera deseable que el orden legal se afirme frente a agresiones a bienes jurídicos individuales, aunque no estén presentes los órganos estatales que estarían en condiciones de realizar la defensa. Por eso (...) la ley permite en principio la acción lesiva de bienes jurídicos necesaria para una defensa activa incluso cuando huir o esquivar garantizarían exactamente igual o mejor la seguridad del agredido. Pues toda agresión repelida en legítima defensa pone de manifiesto que no se vulnera sin riesgo el ordenamiento jurídico y estabiliza el orden jurídico. A esa intención preventivo general es a lo que se alude cuando se habla del "prevalencimiento del Derecho" o de la "afirmación del Derecho" como idea rectora del derecho de legítima defensa. También se debe al principio del prevalencimiento del Derecho el que se conceda la protección individual no sólo dentro del marco de la proporcionalidad, sino en principio con independencia de ello, de tal manera que el daño causado puede ser considerablemente mayor que el que se impide"*²⁹.

Esto es discutido, explica ROXIN, por quienes sostienen que la renuncia a la proporcionalidad en la eximente en cuestión se debe a que no hay por qué tener consideraciones con el agresor que actúa dolosa y culpablemente, puesto que él tiene en sus manos la posibilidad de no proseguir su agresión³⁰.

A la luz de este criterio, una acción defensiva puede lesionar un bien de mayor valor del agresor (en relación con aquél que pretende preservar) y, sin embargo, ser socialmente beneficiosa porque forma parte de una práctica general

²⁹ ROXIN, ob.cit., § 15, p. 608/609, nm. 2.

³⁰ ROXIN, ob.cit., § 15, p. 609, nm. 2, nota de pie de página número 2.

que, de desaparecer o ser restringida, daría lugar a que se produjeran mayores perjuicios para los bienes de los individuos que los que su preservación acarrea.

Esta línea argumentativa se comporta de sustento para sostener que, si se exigiera al agredido que efectúe una ponderación de bienes, se restaría peso a la función preventivo general. Si en todos los casos en los que quien defiende su propiedad no cuenta con un medio menos lesivo que causar la muerte del agresor, o los medios menos lesivos que tenga a su alcance sean más inciertos o inseguros, estuviera obligado a tener que tolerar el ataque, se envalentonaría a quienes tengan en mira conculcar la propiedad ajena³¹.

No obstante, resulta dable destacar que en dicho factor preventivo general no se busca una aproximación de la función de la legítima defensa a la función de la pena, o como una subrogancia por parte del particular en el ejercicio de la actividad de administrar justicia por parte del Estado, sino que su efecto preventivo es análogo al de la coerción directa³².

Ahora bien, ROXIN a su vez aclara que *“las agresiones contra bienes jurídicos menos valiosos también constituyen simultáneamente agresiones contra el ordenamiento jurídico como tal (...). Sin embargo, las necesidades preventivo generales tienen una intensidad muy diversa según el tipo de agresión: se reducen muy considerablemente ante agresiones no dolosas, o provocadas culpablemente, o insignificantes (tan insignificantes que se pueda exigir soportarlas), y así se explica que en esos y en otros casos un amplio sector sí exija esquivar o una defensa más considerada. Por otra parte, donde esté totalmente excluido el elemento del preavalecimiento del Derecho, ya no cabe legítima defensa: frente a peligros que no*

³¹ LARROCCA, ob.cit., p. 226 en nota de página nro. 31 citando a LUZON PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Buenos Aires: B de F, 2002 p. 68.

³² LARROCCA, ob.cit., p. 226/7

se basen en un desvalor de acción humano (como pueden ser amenazas procedentes de modo incontrolable de supuestos de falta de acción o de acciones que no infrinjan el cuidado debido), no cabe defenderse mediante legítima defensa, sino sólo dentro de los límites del estado de necesidad justificante”³³.

De esa forma sostiene que en toda justificación por legítima defensa, deben operar conjuntamente los principios de protección individual y de prevailecimiento del Derecho, a cuyo efecto, las diversas necesidades del prevailecimiento del Derecho influyen de modo distinto en la configuración de las facultades de protección³⁴.

Esta inserción de las consideraciones preventivas tiene el efecto de explicar las razones para limitar la legítima defensa donde las necesidades preventivas son menores, por ejemplo, en casos en los cuales la agresión se corresponde con un delito de bagatela. Es aquí donde RUSCONI establece que el principio de mantenimiento del derecho tiene que posponerse y el efecto de la legítima defensa tiene que atenerse al marco de la proporcionalidad³⁵.

En similar dirección NINO postula que, si bien se señala como beneficio de la legítima defensa a la prevención general, no puede obviarse que *“el tomar en cuenta tal beneficio no exime de contraponerlo al perjuicio aludido. Cuando la diferencia de valor entre el bien salvado y el bien lesionado es muy grande, entonces el daño social resultante sobrepasará el beneficio generado por la función de prevención general de la práctica de la defensa privada”³⁶.*

³³ ROXIN, ob.cit., § 15, p. 609, nm. 2; la aclaración entre paréntesis fue agregada.

³⁴ ROXIN, ob.cit., § 15, p. 609, nm. 3.

³⁵ RUSCONI, ob.cit., p. 41/42, quien cita a ROXIN, *Cuadernos de Política Criminal y Estructura del Delito*, “Las restricciones ético sociales al derecho de legítima defensa”, 1982, p. 55.

³⁶ NINO, *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*, Buenos Aires: Astrea, 1982, p. 73

Siguiendo este lineamiento, sostiene que este argumento conforma la base más sólida para justificar la exigencia de proporcionalidad entre defensa y agresión, permitiendo resolver satisfactoriamente casos clásicos como el del “ladrón de frutos”³⁷: “es obvio que el perjuicio social resultante excede ampliamente cualquier beneficio obtenido a través de la disuasión de este tipo de hurtos al permitir acciones defensivas tan contundentes”³⁸.

VI.- BIENES DEFENDIBLES

Como adelantara, la doctrina es conteste en señalar que una de las características principales de la legítima defensa es que, quien se defiende, no tiene la obligación de efectuar una ponderación entre el bien jurídico defendido y el que habrá de lesionar con la acción defensiva.

El efecto moderador de la defensa lo da la necesidad racional; la proporcionalidad no debe referirse solamente a la gravedad del ataque, sino también a la naturaleza e importancia del bien que se tutela. Desde el punto de vista de un derecho penal liberal no se concibe que existan bienes jurídicos radicalmente excluidos de toda forma de defensa legítima, pues en tal caso no serían bienes jurídicos.

Nuestro código sustantivo no establece restricciones en relación a los bienes jurídicos legítimamente defendibles -se infiere que todos los derechos

³⁷ El caso del *ladrón de frutos* es un clásico que ilustra, tanto el rechazo categórico de cualquier requisito de proporcionalidad en la ley alemana de autodefensa como la posible consideración de la proporcionalidad por motivos éticos sociales en casos extremos. Allí la Corte Imperial de Justicia alemana confirmó la absolución del acusado con base en la legítima defensa (mejor dicho, defensa de la propiedad) de un hombre que había disparado y herido gravemente a otro que se estaba llevando los frutos de su árbol.

³⁸ NINO, ob.cit., p. 74.

subjetivos que el orden jurídico reconoce al individuo, sean personalísimos, patrimoniales o de familia son susceptibles de ser defendidos legítimamente-. Así lo expresa el articulado al disponer “*el que obrare en defensa propia o de sus derechos*”, o “*en defensa de la persona o derechos de otro*”; debiendo mediar en cada caso, para que concurra el factor legitimidad, tres requisitos: agresión ilegítima, medio necesario y racional para impedir la o repelerla y falta de provocación suficiente por parte del que se defiende³⁹.

ROXIN, sostiene que “*en principio, son legítimamente defendibles todos los bienes jurídicos individuales, o sea vida, salud, libertad, propiedad, custodia, honor, derecho sobre la morada, etcétera*”⁴⁰.

De allí que en nuestro derecho se declare errado restringir la defensa a determinados bienes, o declarar que esos bienes son defendibles solamente cuando existe peligro para la persona.⁴¹

En cuanto a los bienes susceptibles de defensa sólo resta aclarar, que uno de los fundamentos de la eximente es la defensa de los bienes jurídicos cuyo portador es el individuo o una persona jurídica. Ello no alcanza a los bienes de la supraindividuales o del Estado, como órgano de poder soberano: “*Los bienes jurídicos supraindividuales, cuyo portador es la sociedad (p. ej. la fe pública, la salud pública, la seguridad del tráfico) o el Estado, como órgano del poder soberano (la seguridad exterior e interior del Estado, el orden público, el recto funcionamiento de la administración de justicia, etc.), no son, por ello, susceptibles*

³⁹ Art. 34 del Código Penal de la Nación: No son punibles: ... 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 impedir la o repelerla; c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

⁴⁰ ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid: Civitas, 1997, t. I, § 15, p. 623, nm. 29.

⁴¹ LARROCCA, ob.cit., pg. 217, quien cita a SOLER, *Derecho Penal argentino*, Buenos Aires: Tipográfica Editora argentina, 1992, t. I, p. 444/445.

de legítima defensa. Sólo cuando el Estado actúe como persona jurídica serán sus bienes jurídicos (la propiedad, por ejemplo) susceptibles de legítima defensa. Frente a una agresión ilegítima a bienes jurídicos supraindividuales, que no implique al mismo tiempo un ataque a bienes jurídicos cuyo portador sea el individuo, cabrá invocar únicamente, cuando se den sus requisitos, la eximente de estado de necesidad, o, si el que actúa es la autoridad o uno de sus agentes, la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo ”⁴².

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

Entonces, aquél que, defendiéndose del robo, le causó la muerte a su agresor, pese a que luego se determinó que no corría riesgo su vida, ¿actúo en legítima defensa?

Si retomamos el caso jurisprudencial presentado inicialmente -debiendo resaltar que su desenlace no estuvo exento de polémica- la respuesta al interrogante resultaría afirmativa. No obstante, resulta prudente continuar desarrollando el tema para poder brindar una réplica más acabada y con mayores fundamentos.

VII.- CRITERIOS INTERPRETATIVOS PARA DELIMITAR LOS ALCANCES DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

⁴² DONNA, ob.cit., p. 165/166 con cita de CEREZO MIR, *Obras completas, t. II, Derecho Penal. Parte General*, Perú: Hara editores, 2006, p. 208/9.

Varios han sido los criterios interpretativos que han propuesto los autores para delimitar los alcances y, valga la redundancia, los límites de la legítima defensa, así como su aplicabilidad en los distintos supuestos.

Lo cierto es que, en varias tesis, se evidencian líneas argumentativas que esconden la ponderación de bienes en abstracto mientras que en otras se confunde la desproporción entre los bienes en sentido abstracto (por ejemplo, vida o patrimonio) con una desproporción en el caso concreto (extrema afectación contra una afectación de bagatela).

No obstante, a los fines estratégicos del presente trabajo, luce apropiado presentar, someramente, algunos de los criterios más utilizados para limitar el instituto en cuestión:

- a) Los que recurren a consideraciones de tipo ético – social
 - a. 1) Roxin y la agresión irrelevante
 - a. 2) Jakobs y el deber general de solidaridad interpersonal
- b) Los que apelan al abuso de derecho
- c) Los que recurren al argumento de la racionalidad del medio

a) Los que recurren a consideraciones de tipo ético – social:

Se ha intentado restringir el derecho a la legítima defensa recurriendo a consideraciones de tipo ético – social. Este fenómeno ocurre ante la convicción, en algunos autores, de que no es razonable otorgar un “permiso” a los sujetos pasivos de una agresión que podría considerarse insignificante.

En este caso la defensa no podrá realizarse debido a que la diferencia valorativa entre la lesión del bien jurídico evitada y la necesaria para la defensa, no puede exceder cualquier medida. Se considera inadmisibles la legítima defensa

cuando, aun en caso de agresiones más serias, el bien jurídico afectado por la acción defensiva se halla en una desproporción intolerable con el bien jurídico agredido, tal como sucede en el caso del homicidio de un ladrón que huye con un botín con un valor de diez peniques⁴³.

Señala RUSCONI, citando a GÓMEZ BENITEZ⁴⁴, que la razón de esta restricción es también de naturaleza ético – social y está vinculada a las exigencias preventivas frente a la criminalidad menor, respecto de la cual renuncia el derecho penal a la ejemplificación mediante la exacerbación de la pena. Si las penas son mínimas e incluso se prescinde, a veces, de la privación de libertad, no se entiende que se le conceda al particular la autorización para poder inferir graves lesiones, poner en peligro la vida, o matar al agresor en tales supuestos de legítima defensa⁴⁵.

Al respecto, PALERMO sostiene que no es legítima una defensa crasamente desproporcionada frente a una agresión irrelevante. En muchos de estos supuestos la insignificancia de la agresión⁴⁶ excluirá la imputación objetiva, pero cuando ello no ocurra, el agredido está obligado a un mínimo de consideración con el agresor. Ello se debe a que, como se desarrollará a continuación, el derecho a un mínimo de solidaridad integra la personalidad del agresor⁴⁷.

No obstante, la crítica que se le formula a esta postura finca en que se objeta el funcionamiento de la eximente a través de un elemento que no integra el

⁴³ DONNA, ob.cit., p. 224.

⁴⁴ GÓMEZ BENITEZ, *Cuadernos de Política Criminal*, 1982, p. 321

⁴⁵ RUSCONI, ob.cit., p. 43.

⁴⁶ Debe aclararse que definir el concepto de *insignificancia* conlleva una extrema dificultad, su extensión dependerá de cada caso en concreto. No significa lo mismo el robo de un pan a quien tiene todas sus necesidades básicas satisfechas, que a aquél para el que representa el único alimento del día. Se intentará abordar la cuestión en la conclusión del trabajo.

⁴⁷ PALERMO, ob cit, p. 440 y 441

catálogo de sus requisitos, esto es “la extrema desproporción entre los bienes en juego”⁴⁸, lo que atentaría contra el principio de legalidad.

La discusión conlleva estos interrogantes sin respuesta: ¿cuáles son las circunstancias a tener en cuenta al hacer la ponderación? ¿Cuán pronunciada puede ser la desproporción entre los dos bienes jurídicos contrapuestos ⁴⁹? ¿Cuál es la valoración de ellos que hace quien se defiende?

a. 1) Roxin y la agresión irrelevante

ROXIN ha tratado el tema bajo el rótulo de agresión irrelevante, o perturbaciones-bagatelas, afirmando que “...frente a las agresiones irrelevantes es necesario restringir el riguroso derecho de legítima defensa, porque el interés en el prevalecimiento del Derecho es considerablemente menor que en el caso normal. Ese debilitamiento del interés en el prevalecimiento del Derecho se manifiesta en la vigencia del principio de oportunidad en asuntos – bagatela..., en los delitos privados, perseguibles mediante querrela y en las contravenciones... principio del que se desprende que el legislador no considera imprescindible sin más la prevención mediante la sanción. Ahora bien, si ni siquiera está necesariamente indicada una sanción penal relativamente inofensiva, tampoco se puede admitir sin restricciones una afirmación privada del Derecho. Por eso... habrá que considerar irrelevantes las agresiones a bienes jurídicos no protegidos penalmente (p. ej. la posesión)”⁵⁰.

Aclara que: “en estos supuestos, aunque las agresiones sean irrelevantes, el interés en el prevalecimiento del Derecho no retrocede tanto como

⁴⁸ RUSCONI, ob.cit., p. 43.

⁴⁹ DONNA, ob.cit. p. 224.

⁵⁰ ROXIN, ob.cit., §15, VIII, 3, nm.71, p. 646.

para que se exija esquivar o pedir ayuda ajena ante las mismas, lo que si ocurre ante las agresiones inculpables; por eso ante un allanamiento de morada, por ejemplo, no es preciso llamar a la policía, sino que se puede expulsar personalmente al intruso. El límite se sitúa allí donde la defensa resulta peligrosa para la vida. Por ello, para defenderse de un pequeño hurto, no se puede disparar al otro de manera que resulte gravemente herido o incluso muerto; ante una defensa segura que resulte tan peligrosa para la vida del agresor, habrá que conformarse con medios más benignos, aunque menos seguros”. Para enfatizar su posición expresa: “quien sólo podría impedir un hurto de bagatelas con un disparo peligroso para la vida, en el caso extremo tendrá que dejar escapar al ladrón y limitarse a una denuncia a la policía. Pues cuando debido al interés sustancialmente menor en el prevalecimiento del Derecho la protección que en sí misma sería necesaria sólo se garantiza dentro de los límites de la consideración social para con el agresor, esa consideración requiere cuidar en todo caso la vida del agresor en caso de agresión irrelevante. Esta argumentación inmanente de la legítima defensa se ve apoyada por otra constitucional: el alto rango de la vida humana (art. 1º y 2º, GG) no autoriza a matar o lesionar gravemente a personas en defensa frente a agresiones irrelevantes. En los casos de hurto o apropiación indebida, la agresión irrelevante no se limita a la amenaza de apropiación de cosas “de escaso valor” en el sentido del § 248 a: tampoco se puede matar de un disparo en caso necesario al ladrón para proteger un objeto que valga 60 marcos”⁵¹.

Citando a KASIKE, concluye: “Al fin de cuentas, una acción de defensa totalmente desproporcionada puede alterar de manera mucho más fuerte la paz jurídica que el tolerar afecciones mínimas al bien jurídico aun cuando estas

⁵¹ ROXIN, ob.cit., §15, VIII, 3,nm 72, p. 646/647.

ocurrieran de manera antijurídica'. Pero, en caso de hechos de bagatela, el interés considerablemente reducido en la afirmación del Derecho también se deriva del Derecho escrito en que el art. 153 StPO [principio de oportunidad] permite renunciar, en tales casos, a la persecución penal”⁵².

Así el autor considera que la restricción esencial de la legítima defensa en cuanto a proporcionalidad, consiste en que las agresiones irrelevantes no se pueden repeler causando la muerte o lesiones graves al agresor⁵³.

a. 2) El deber general de solidaridad interpersonal

Una concepción individualista del hombre y de las relaciones sociales no es capaz de fundamentar la existencia de deberes de solidaridad general entre los ciudadanos de los que pueda derivarse la base teórica para restringir el derecho a la legítima defensa.

Si la función del derecho a la legítima defensa queda reducida a mantener separadas las esferas de libertad personal, el fundamento de esta causa de exclusión de responsabilidad penal se asienta sobre una consideración aislada del ciudadano, como si fuera una persona autárquica.

En cambio, si se toma como punto de partida metodológico una concepción que supere la unilateralidad individualista propia de la ética kantiana y ponga mayor énfasis en el bienestar general de los semejantes y en el interés público, es posible que se obtengan soluciones dogmáticas que – si bien probablemente no difieran en términos de resultado con las soluciones sistemáticas

⁵² En ROXIN, *La teoría del delito en la discusión actual*, 2016, p. 64. Sobre el principio de oportunidad, *infra* acápite X. y ss.

⁵³ ROXIN, *ob.cit.*, §15, VIII, 3, nm 77, p. 649.

de la doctrina del prevailecimiento del Derecho- contarán con mayor coherencia en su fundamentación.

En este sentido, a fin de establecer los límites dentro del derecho de defensa, resulta de importancia fundamental tener en cuenta la relación de reconocimiento recíproco sobre la cual los ciudadanos adquieren y afirman intersubjetivamente su libertad.

La idea de solidaridad general, en un orden social moderno, forma parte de la constitución misma de la personalidad: quien, sin riesgo para sí mismo, le niega auxilio a otro en una situación de necesidad, niega al sujeto necesitado como persona, a la vez que niega las condiciones de existencia del sistema social.

Siguiendo esta línea argumentativa, si los derechos individuales se definen como expectativas legítimas de respeto intersubjetivo recíproco entre los ciudadanos, no se necesita ningún componente ético social para fundamentar las restricciones al derecho de defensa. La idea de solidaridad no es solo una esperanza que tiene su base en la ética social, sino que forma parte del sistema social que por diferenciación ha generado el orden jurídico.

La incumbencia del agresor por la creación de la situación de legítima defensa encuentra un límite en la necesidad racional del medio empleado para la defensa de los intereses del agredido. En palabras de JAKOBS: *“ni siquiera en aquellos casos en los que quepa imaginarse la incumbencia más intensa cabe una agresión arbitraria, debiéndose elegir el medio menos lesivo de entre todos aquellos que resulten idóneos [...] No puede existir en un ordenamiento jurídico una incumbencia que se vea determinada por la arbitrariedad de otro”*⁵⁴.

⁵⁴ JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. de Cancio Meliá/ Feijóo Sánchez, Madrid: Civitas, 2003, p. 138

Dicho de otro modo, el agredido está obligado a soportar pérdidas irrelevantes antes de pasar a una defensa crasamente desproporcionada pese a no ser el responsable de la situación de legítima defensa⁵⁵.

Ello es así, no porque el principio de proporcionalidad constituya un límite para la legítima defensa, sino porque una defensa escandalosamente desproporcionada frente a una agresión insignificante supondría una negación del derecho de solidaridad mínimo que tiene el agresor⁵⁶.

Es por eso que, en determinados supuestos, el agredido está autorizado a matar al agresor si ello resulta necesario para retirar la agresión, aunque esta última haya puesto en peligro bienes materiales.

b) Los que apelan al abuso de derecho⁵⁷

Un pequeño sector de la doctrina sostiene que el derecho de defensa está sometido al principio general de la ilicitud del abuso del derecho: cuando la defensa sólo pudiera justificarse desde el aspecto formal, y se encontrara fuera de los fines pretendidos por el legislador, es plausible de ser considerada *ilegal*. De alguna manera se recurre al elemento subjetivo y desde allí se le quita legitimidad.

Este argumento encuentra fundamento en nuestro derecho interno en el artículo 10 del Código Civil y Comercial de la Nación⁵⁸.

⁵⁵Lo expuesto no significa ni implica que los bienes insignificantes no puedan defenderse, sino que la necesidad de la defensa ha de medirse con otro baremo.

⁵⁶ Así, la doctrina alemana dominante; cfr. entre otros, HERZOG, en *Nomos Kommentar Zum Strafgesetzbuch*, §32/61 y ss., **aunque con acertadas reservas respecto a los casos de extrema desproporción**; FREUND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 3/84, p. 91; MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal. Parte general*, 26/30, p.450 (consultado en PALERMO, *Ob. Cit.*, p. 394/5)

⁵⁷ Debo mencionar que cabría la posibilidad de que este acápite responda a un problema relacionado con el lenguaje, y su interpretación al traducir al español las obras doctrinarias cuyo idioma original resulta foráneo y nos encontremos ante una interpretación del exceso de legítima defensa.

⁵⁸ Art. 10 del Código Civil y Comercial de la Nación: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La cuestión reside en analizar si el abuso del derecho es de aplicación al derecho penal, atento a la vigencia del principio *nullum crimen*. Aquí debo anticipar que para que el *abuso de derecho* cambie los límites de una causa de justificación, es necesario que el principio llene la valoración necesaria que tal justificación tiene, lo que en el caso no se da. Es decir, no logra vislumbrarse cuál es el principio de valoración que se relaciona con la legítima defensa en particular - sólo son referencias a casos particulares.

En el ámbito internacional, PUPPE⁵⁹ recurre al principio del abuso de derecho en los casos de marcada desproporcionalidad entre bien preservado y bien intervenido: “*Se abusa del derecho a la legítima defensa cuando el interés defendido contra el atacante se encontrare fuera de toda relación con la intervención defensiva necesaria en el bien jurídico de éste.*” Pero con “abuso de derecho” tan solo se caracteriza la defensa que no estuviere cubierta por un interés suficiente en la afirmación del Derecho.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe agregar que pretender subsumir y definir determinadas circunstancias de legítima defensa bajo el concepto de abuso de derecho resulta desacertado, ya que la cuestión resulta más bien vinculada al tema de exceso de legítima defensa.

El desarrollo del tema se puede apreciar en NÚÑEZ, quien pretende incorporar el concepto de abuso del derecho a la teoría penal recurriendo a la

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.”

⁵⁹ PUPPE, “Strafrecht, Allgemeiner Teil” (nota 20), §12, n.marg. 17 (en ROXIN, *La teoría del delito en la discusión actual*. 2016, p. 173)

comparación con el exceso de legítima defensa, extremo que podría comportarse como la única acepción del término en el ámbito de la legítima defensa.

El autor sostiene que el exceso excluiría el abuso, pues supone que el autor no abuse de la ley, de la autoridad o de la necesidad, desvirtuándolas objetiva o subjetivamente. El exceso deja de serlo y se transforma en abuso “*cuando se obra sin provecho propio y sólo por hostilidad, abusándose sustancialmente del propio deber, facultad o necesidad*”⁶⁰ siempre que éstos no adquirieran suficiente entidad como para limitar seriamente el ámbito de determinación del autor para así convertirse en un mero aprovechamiento de la situación anterior que sólo sirve de pretexto para cometer un injusto autónomo.

No obstante, resulta evidente que en el caso de que se estuviera ante un abuso del derecho en los términos descritos en el párrafo precedente, no se estaría ante un caso de legítima defensa propiamente dicha. Por ello, y a fin de evitar cualquier tipo de confusión en una temática que ya per se acarrea conflicto, considero que la terminología del abuso de derecho no debería aplicarse para el instituto en cuestión.

c) Los que recurren al argumento de la racionalidad del medio

Autores como LAROCCA, sostienen la imposibilidad de ponderar bienes *a priori* en la legítima defensa. Esto implicaría realizar una valoración en abstracto y por fuera de un caso en concreto, como una tabla comparativa o *ranking*, para establecer qué bienes son más importantes que otros, determinando con ello, cuándo es posible defender un bien jurídico a costa de otro.

⁶⁰ NÚÑEZ. *Tratado de derecho penal. Tomo I*. Córdoba: Lerner. 1987. p. 423

Destaca que lo importante para medir la necesidad de la defensa, es la intensidad de la agresión, las características personales del agresor y del agredido, los medios de ataque utilizados, la posibilidad de defensa del afectado, entre otros⁶¹.

Sostiene que las argumentaciones que pretenden limitar la eximente sobre la base de la ponderación de bienes, llevan a soluciones injustas, porque excluyen la posibilidad de defensa de determinado tipo de bienes, sin considerar el valor o la importancia que puedan llegar a tener para el agredido (por ej., el robo de una manzana para quien ése es su único alimento), ni tampoco tienen en consideración los extremos antes reseñados, que sólo son dable analizar en el caso en concreto. A todo ello, suma el hecho de que la exclusión de la legítima defensa de determinados bienes jurídicos carece de toda base legal⁶².

La autora utiliza en su análisis el clásico ejemplo del *ladrón de frutos*⁶³. En el caso, el accionar del que se defiende será antijurídico no porque el *bien jurídico vida* tenga jerarquía superior al *bien jurídico propiedad*, sino porque el orden jurídico no puede considerar conforme al derecho que para evitar una lesión de tan pequeña magnitud se acuda a un medio que, aunque necesario por ser el único disponible, sea tan enormemente lesivo como un disparo mortal de arma de fuego⁶⁴.

RUSCONI señala que esta línea de pensamiento le otorga un rol decisivo a la calificación *racional* que el art. 34 inc. 6° del C.P. emplea para referirse a la necesidad del medio empleado. La *necesidad* y la *racionalidad* se comportarían como límites autónomos: una defensa podría ser necesaria, desde el

⁶¹ LAROCCA, ob.cit., p. 223/224.

⁶² LAROCCA, ob.cit. p.224.

⁶³ Ver nota al pie número 37.

⁶⁴ LAROCCA, ob.cit. p. 224 con cita de ZAFFARONI; ALAGIA Y SLOKAR, *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires: Eibar, 2002, p. 613.

punto de vista de la inexistencia de otros medios eficaces, pero irracional desde el punto de vista de la relación entre magnitud de la amenaza y lesividad de la defensa.

Sin embargo, el autor destaca que esto implica desconocer el contexto en el cual se utiliza el término en el art. 34, inc. 6° del C.P., donde la *racionalidad* sólo cumple el rol de selección de medios con capacidad real de rechazar la agresión. Si el legislador hubiera pretendido establecer cierto límite en casos de extrema desproporción, contaba con instrumentos lingüísticos para manifestarlo de modo más claro y preciso, sobre todo teniendo en cuenta la aproximación, en este terreno, con el estado de necesidad justificante. En ese contexto el término *racional* asegura que el medio empleado sea pura y exclusivamente el de menor capacidad potencial de daño⁶⁵.

VIII.- EL EXCESO COMO ATENUANTE DE LA CULPABILIDAD O DE LA ANTIJURIDICIDAD

Si bien inicialmente, al presentar los argumentos de la fiscalía en el ejemplo del médico Villar Cataldo y luego en el acápite **VII. b)**, se mencionó superficialmente la concurrencia del *exceso* en la legítima defensa, corresponde desarrollar -al menos tangencialmente- dicho supuesto a fin de brindar más herramientas para responder el interrogante que guía el presente trabajo.

La tipificación del *exceso* se encuentra contenida en el artículo 35 del Código Penal⁶⁶. Para su aplicación es necesario que el agente actúe en legítima

⁶⁵ RUSCONI, ob.cit., p. 48/49.

⁶⁶ Art. 35 del Código Penal de la Nación: “El que hubiere excedido los límites impuestos por la Ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia”

defensa y que, al excederse en su actuación, no lo guíe otro propósito que el de defenderse.

Hay inicialmente una justificación que se ve desnaturalizada por el error del agente al creer que ésta persiste o es de una magnitud mayor a la real, por ello se puede sostener que implica una intensificación innecesaria de una actitud inicialmente justificada.

Siempre existe una licitud inicial en la actuación del sujeto activo, quien termina sobrepasando los límites impuestos por la necesidad y obrando de modo ilícito. Lisa y llanamente, se sanciona el error del agente acerca del mal amenazado y de los medios para evitarlo con la pena correspondiente al delito culposo. Por ello, cuando ese delito no tenga prevista la forma culposa el hecho permanecerá impune.

Incluso este breve desarrollo permite inferir que su aplicación, al igual que la legítima defensa propiamente dicha, no sólo conlleva notable controversia, sino que, además, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han ocupado de presentar innumerables contradicciones en términos de su alcance y aplicación -puntualmente en si constituye una atenuante del estrato de la culpabilidad o de la antijuridicidad de la teoría del delito-.

Parte de la doctrina coincide al sostener que el exceso en las justificantes constituye una causa de atenuación o exclusión de la culpabilidad, que deja intacta la antijuridicidad de la conducta. Por ejemplo NÚÑEZ, como consecuencia de su posición causalista, sostiene que lo que conduce al agente al exceso, es su negligencia, imprudencia u inobservancia reglamentaria de los deberes a su cargo, que, provocándole un yerro sobre las circunstancias reales, le impiden

apreciar efectivamente la situación de necesidad o mantenerse dentro de los límites legales o de la orden superior⁶⁷.

Por otro lado, BACIGALUPO, explica que: *“lo relevante para atenuar la pena es el error del autor sobre los límites del actuar permitido, pues el autor quiere matar y mata, creyendo que su obrar es necesario, aunque objetivamente no lo es. Las representaciones del autor respecto del hecho coinciden con lo objetivamente dado. Sus representaciones respecto a los límites del obrar permitido, en cambio, son erróneas. De ello se deduce, que el error sobre los límites de la extensión de una causa de justificación será siempre sobre la necesidad del acto y sólo dará lugar a un error de prohibición, pues versa sobre la antijuridicidad.”*⁶⁸

Con diferente línea argumentativa, pero apuntando a la antijuridicidad, ZAFFARONI sostiene que no hay culpabilidad disminuida en el supuesto de exceso de legítima defensa sino disminución de la antijuridicidad: es menos antijurídica la acción que comienza siendo justificada y pasa a ser antijurídica, que aquella que comienza y concluye siendo antijurídica⁶⁹.

Por ello, la disminución de la pena en este supuesto no obedece a error ni emoción ni a cualquier circunstancia similar que disminuya la culpabilidad o reprochabilidad de la conducta. Es decir, no requiere ninguna actitud subjetiva particular.

Ahora bien, el art. 35 del Código Penal –tratándose de una situación que ya no se encuentra cubierta por la defensa– no brinda elementos suficientes para dar una explicación al caso de desproporción de bienes.

⁶⁷ NÚÑEZ. Ob. Cit., p.423

⁶⁸ BACIGALUPO. *Fundamentación del concepto de tipo penal en la dogmática argentina*, en “Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Relatos”. Buenos aires: Universidad de Belgrano, 1971, p.32

⁶⁹ ZAFFARONI, *Teoría del delito*. Buenos Aires: Ediar, 1973, p.626

En el caso del médico Villar Cataldo que fuera mencionado precedentemente, el Ministerio Público Fiscal -sin éxito- instó la aplicación del supuesto bajo el entendimiento de que el actuar del galeno no estaba justificado: si bien había existido una agresión ilegítima por parte del agresor, este eligió el medio más gravoso de los que tenía a su alcance para recuperar la cosa, sin que su vida estuviera en riesgo, y por esto su conducta no resultaba justificada.

Aquí debo señalar que hay detalles -no menores-, vinculados a cuestiones de hecho y prueba, que no pueden ser contemplados porque resultan inaccesibles. Si bien ello dificulta el análisis pormenorizado del caso en concreto, la información disponible permite sostener que la vindicta pública abogó por condenar bajo la figura de homicidio en exceso de legítima defensa porque resultaba inaceptable defender la propiedad a costa de la vida y, al momento de defensa, lo único que se encontraba en peligro era el derecho de propiedad del médico sobre el auto.

Distinto razonamiento adoptó el jurado, que subsumió la conducta de Villar Cataldo en el supuesto del art. 34 inc. 6° del C.P., bajo el entendimiento de que el accionar del galeno cobró racionalidad en la medida en que la lesión a la propiedad puso además en peligro otros bienes (integridad física, libertad, vida, etc. del agredido).

IX.- EL DERECHO A LA PROPIEDAD Y SU RECEPCIÓN EN EL SISTEMA NORMATIVO ARGENTINO

Corresponde abocarse a la cuestión del *binomio propiedad vs. vida* para así delimitar los alcances de la legítima defensa en el caso de que el sujeto pasivo le

provoque la muerte al agresor al defender su propiedad pese a que, posteriormente, se pudo determinar que su vida no estaba en riesgo.

En primer lugar, debe efectuarse una reseña acerca de la extensión del derecho de propiedad en nuestro derecho positivo para así compararlo con el valor supremo vida⁷⁰.

La acepción del derecho a la propiedad es receptada en los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional⁷¹, artículos que a su vez prestan concordancia con el art. 23 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales, conforme el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna, poseen rango constitucional.

El último de los documentos mencionados presenta al derecho a la propiedad privada como un derecho humano -entendiéndolos como aquellos que hacen a la dignidad humana y cuyo respeto se relaciona íntimamente con la posibilidad de cada sujeto de poder realizar su plan de vida-.

El derecho de propiedad debe ser considerado parte de esta categoría en la medida que es un medio para realizar ese proyecto de vida; por el contrario, cuando

⁷⁰ Por cuestiones de extensión, se tomará al dogma del valor supremo de la vida como un derecho humano fundamental, cuyo goce es prerequisite para disfrutar el resto de los derechos humanos. Al respecto ver: PIQUÉ, Art. 4. *Derecho a la vida.*, en *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*. Buenos Aires: La Ley, 2012, p. 39 y ss.

⁷¹ Art. 14 de la Constitución Nacional: “*Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender*”.

Art. 17 de la Constitución Nacional: “*La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4°. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie*”.

el fin en sí mismo es el derecho de propiedad, es decir, acrecentar esa relación sujeto - cosa, queda fuera de este entramado.

Sin perjuicio de ello, el derecho de propiedad es un derecho que admite graduación, es decir que puede ser ampliado o restringido razonablemente sin que ello implique su aniquilación⁷².

Ahora bien... ¿cuál es el límite *razonable*? Lo cierto es que el análisis de razonabilidad implica una cuestión de política criminal, por ello variará según la realidad social de cada Estado.

La Argentina efectuó una reserva⁷³ al artículo 21 de la CADH⁷⁴, resultando dificultoso determinar su significado intrínseco. No obstante, los precedentes de la Corte Suprema y la técnica legislativa permitirían inferir que la veda es respecto a la valoración de la política económica del gobierno, limitado únicamente al no aniquilamiento del derecho o su afectación irrazonable.

Por ello, se podría concluir -conforme el mismo texto de la CADH y de la propia Constitución Nacional- que el derecho de propiedad es un derecho que puede ser subordinado a otro derecho o principio en pos del interés social.

La ponderación de los elementos de protección de la propiedad vs interés social se comporta quizás como el punto más difícil en términos interpretativos, conduciéndonos a una dicotomía similar a la del eje central de este trabajo.

⁷² PERRONE. *Artículo 21. Derecho a la propiedad privada*, en La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino. Buenos Aires: La Ley, 2012, p.355/60

⁷³ Reserva de la Argentina al Art. 21 de la CADH: “El Gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un Tribunal Internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los Tribunales nacionales determinen como causas de ‘utilidad pública’ e ‘interés social’, ni lo que éstos entiendan por indemnización justa”.

⁷⁴ Art. 21 de la CADH . Derecho a la propiedad privada: “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.”

Al respecto nuestra Corte Suprema ha dicho: “Ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución reviste el carácter de absoluto. Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial”⁷⁵.

En este sentido, nuestro Alto Tribunal ha tenido en cuenta el concepto de interés social a la hora de analizar la afectación de un derecho para determinar si una medida es conforme o no con nuestra Constitución Nacional. Para ello, realiza un escrutinio sobre el medio elegido por el legislador a fin de corroborar la existencia de una “relación racional con el fin que le sirve de presupuesto, el cual deberá representar un interés social de intensidad tal que justifique la decisión. Asimismo, el medio será admisible si no suprime ni hiere sustancialmente otros bienes amparados por la misma estructura constitucional. Todo ello conforme los límites dispuestos en el artículo 28 CN”⁷⁶.

Siguiendo este lineamiento, debe mencionarse que incluso el Código Civil y Comercial, en su art. 2240⁷⁷, prescribe la defensa extrajudicial de la posesión (remitiendo directamente a la propiedad), estableciendo al final del articulado los límites a los que la reacción se ve sujeta.

En virtud de lo expuesto, se podría concluir que el derecho constitucional de propiedad es un derecho fundamental para la dignidad humana, que, como todos los derechos, puede ser restringido razonablemente para ponerlo en

⁷⁵ CSJN, Brunella Vda. de Weiser, 1974, Fallos 289:67.

⁷⁶ CSJN, Itzcovich, Mabel vs. Administración Nacional de la Seguridad Social, 29/3/2005, Fallo I. 349. XXXIX.

⁷⁷ Art. 2240, CCyCN. Defensa extrajudicial: “Nadie puede mantener o recuperar la posesión o la tenencia de propia autoridad, excepto cuando debe protegerse y repeler una agresión con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la autoridad judicial o policial llegarían demasiado tarde. El afectado debe recobrarla sin intervalo de tiempo y sin exceder los límites de la propia defensa. Esta protección contra toda violencia puede también ser ejercida por los servidores de la posesión”.

consonancia con los demás. La clave radica en el respeto más absoluto por el principio de *razonabilidad*, esto es la adecuada proporción entre medios y fines.

X.- BINOMIO VIDA VS. PROPIEDAD

Llegada esta instancia corresponde destacar que, a diferencia de otras legislaciones, nuestro derecho positivo sí establece como un requisito para la procedencia de la legítima defensa la necesidad racional del medio empleado, es decir, exige no sólo que la acción de defensa sea necesaria, sino también racional.

Lo que sucede es que la mayor parte de los criterios postulados tendientes a limitar el derecho de legítima defensa esconden bajo sus líneas argumentales la inclusión de la ponderación de bienes en la justificante, desnaturalizando el instituto.

El parámetro para el juicio de racionalidad que propone nuestro ordenamiento lo proporciona el principio de solidaridad mínima que, siguiendo a JAKOBS y luego a PALERMO, es el fundamento que explica la restricción al derecho de defensa del agredido en casos de crasa desproporción. En otras palabras, la acción de defensa, aunque necesaria, deja de ser racional en los casos de absoluta desproporción⁷⁸.

Es decir, el principio de proporcionalidad es ajeno y no debe ser introducido en la legítima defensa. Pero con fundamento en la solidaridad mínima, que expresa el requisito de la racionalidad, es posible excluir del ámbito de la exigente los casos de absoluta desproporción.

⁷⁸ En este sentido ver acápite **VII. a. 2)**

Partiendo de la idea de que la solidaridad, en un orden social moderno, forma parte de la constitución misma de la personalidad, es que se puede afirmar que los deberes de solidaridad se comportan como fundamento de la restricción del derecho a la legítima defensa frente a agresiones irrelevantes; el reverso del deber general de solidaridad interpersonal es el derecho del agresor a un mínimo de solidaridad.

Mediante la acción de legítima defensa, el agredido cumple materialmente con el deber de no lesión que pesa sobre el agresor, quien, por otra parte, sigue siendo el garante de revocar su comportamiento lesivo: sigue siendo persona autorresponsable. Si el agresor tiene en sus manos la posibilidad de evitar el suceso lesivo retirando la agresión, ¿por qué debería ocuparse el agredido de cuidar los intereses jurídicos que el propio agresor ha descuidado, incluso siendo él (el agresor) quien “dispone de sus bienes” en la concreta situación de legítima defensa⁷⁹?

La respuesta es que la incumbencia del agresor por la creación de la situación de legítima defensa encuentra un límite en la necesidad racional del medio empleado, requisito éste, el de la racionalidad, donde se manifiesta, como venimos diciendo, el deber de solidaridad intersubjetiva.

En otras palabras, en los casos de legítima defensa no se ve suspendida la comunidad entre atacante y defensor, sino que experimenta una restricción. Esto guarda correspondencia con el principio de la solidaridad mínima y la reducción concordante con ello del interés en la afirmación del Derecho. Si con la acción de defensa se está defendiendo el orden jurídico, esto sólo puede

⁷⁹ PALERMO, Ob. Cit., p. 396

configurarse si con ella se respetan los valores esenciales vigentes dentro de dicho orden.

Ahora bien, abocados al tema que compete, a lo largo de la exposición me he centrado en particular en la cuestión acerca de si, con arreglo al requisito de necesidad racional, se podría ocasionar la muerte del agresor cuando ése es el único modo de evitar la lesión de la propiedad.

El análisis, más allá de la protección jurídica de la que goza la propiedad, no debe centrarse en la propiedad *neta* como bien defendido para compararla en abstracto con la vida, puesto que esto implicaría perder de vista que usualmente los hechos delictivos tenidos en consideración (principalmente robos en sus distintas modalidades⁸⁰) no constituyen exclusivamente una agresión contra la propiedad, sino también masivamente contra la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad de la víctima.

También es altamente discutible el extremo de sostener que, como la propiedad es un bien jurídico reparable y la vida no lo es, no cabe defender la propiedad a costa de la vida.

Supongamos el caso de la sustracción de una moneda: si bien en algunos casos puede ser considerado un hecho insignificante o restituible, para una persona en situación de calle podría ser el único medio para el sustento de todo el día; o el ejemplo de “motochorros”, quienes, para robar un bolso o un teléfono celular, provocan caídas en la calzada con golpes fatales, riesgo de atropellamiento o incluso el arrastre por la acera; o el ataque a personas mayores propiciándoles palizas desmedidas que provocan lesiones irreversibles y muchas veces mortales. La

⁸⁰ Al respecto, ver casos presentados al inicio, en el acápite **II**.

riqueza de detalles de cada caso hace que no sea posible una ponderación en abstracto tomando en cuenta únicamente el valor del bien en términos económicos.

Pero, sin perjuicio de lo anterior, la conclusión a la que creo posible arribar a partir del desarrollo precedente es que, en principio, con base en el requisito de racionalidad, la mera protección de la propiedad no justificaría la defensa si la acción necesaria implica dar muerte al agresor. Por cierto, que, en atención a la riqueza de detalles de cada caso particular ya apuntada, esta regla debería operar como una presunción *iuris tantum* para así poder dar cabida a la consideración de esas otras circunstancias e intereses que pueden incidir también en la ponderación general.

A los fines metodológicos, esta presunción podría incluirse en la normativa penal de manera semejante a las llamadas defensas privilegiadas⁸¹; **por supuesto con sus respectivas salvedades.**

En estos casos, previstos en el último y el anteúltimo párrafo del art. 34 del CP, no se hace preciso efectuar una apreciación de la racionalidad del medio empleado; la defensa es legítima cualquiera sea el daño causado al agresor. Por ello, quien se defiende no está obligado a probar los extremos de la legítima defensa común.

Para la ley penal hay una presunción respecto a que la conducta puesta de manifiesto por el agredido -cualquiera sea el daño que cause al agresor- es un medio necesario y racional para repeler tal agresión injusta, ello incluso si, desde

⁸¹ Art. 34 anteúltimo y último párrafo del Código Penal de la Nación.: “*No son punibles: [...] 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;*”.

un punto valorativo, hubiera una crasa desproporción entre agresión y defensa (es precisamente allí donde radica el privilegio).

Siguiendo esta lógica de manera inversa, podría esbozarse una presunción inversa que opere para aquél que, al defender su propiedad, le provoque la muerte al agresor, determinándose luego que no estaba en riesgo su vida.

La regla quedaría formulada de la siguiente manera: **en principio**, no aparecería justificada la muerte del agresor provocada por el que se defiende de un ataque a la propiedad -es decir no actuaría en legítima defensa- si su vida no estuvo en riesgo (recurriendo a tales efectos a los principios de solidaridad intersubjetiva).

En el terreno de las probanzas, lo que cabría probar –desde la óptica de un hombre *razonable* promedio⁸²– es la extensión de la agresión más allá del ataque contra la propiedad, es decir, si, además, como consecuencia de aquél, se vio amenazada también la vida de la víctima.

Pero incluso con estas salvedades, a la hora de precisar la operatividad de la regla, pienso que, en la medida en que el bien **prevalentemente** protegido sea la mera propiedad, es posible afirmar que así como el Estado debe agotar todos los instrumentos y medios menos lesivos antes de recurrir al derecho penal (*última ratio*), el individuo agredido debería optar por medios menos violentos e ir subiendo la intensidad de repulsión -incluso huyendo (*duty to retreat*⁸³)- hasta agotarlos, antes de acudir al medio *necesario* para repeler el ataque, pero extremadamente *violento* en relación con la magnitud del bien jurídico o la intensidad de la agresión. El agredido está obligado a un mínimo de consideración

⁸² Cfr. lo apuntado en el acápite IV.

⁸³ Sobre el *duty to retreat* ver a LAGSTEIN, *Beyond the George Zimmerman trial: the duty to retreat and those who contribute to their own need to use deadly self-defense*, en *Harvard Journal on Racial & Ethnic Justice*, No. 30, primavera 2014, p. 373 y 374; y a BROWN. *No Duty to Retreat: Violence and Values in American History and Society*. Nueva York: Oxford University Press. 1991. p. 268.

con el agresor y la idea es que la reacción debe estar sometida a una máxima de “economía de violencia”.

Sin embargo, es primordial aclarar una vez más que el fundamento de esta restricción radica en la solidaridad mínima, que expresa el requisito de la racionalidad, más no en el principio de proporcionalidad, como pretenden hacerlo algunas de las posiciones que fueron analizadas a lo largo del trabajo.

Por lo demás, sin desconocer que se trata de un tópico de una gran complejidad y diferentes aristas, que aquí sólo mencionaré sin poder desarrollarlo, considero que el principio de oportunidad⁸⁴ podría también proporcionar un fundamento adicional para la tesis desarrollada.

El supuesto más ejemplificativo es el hecho de bagatela, donde el interés por la afirmación del Derecho se ve considerablemente reducido. Resulta tan claro que en estos supuestos debe ceder la reafirmación del ordenamiento jurídico, que hasta se le reconoce al Ministerio Público Fiscal la posibilidad de no instar la acción y renunciar a la persecución penal.

Una acción de defensa groseramente desproporcionada puede alterar en mayor medida la paz jurídica que el tolerar afecciones mínimas al bien jurídico, incluso cuando estas ocurrieran antijurídicamente.

XI.- CONCLUSIONES

En prieta síntesis, puede sostenerse que nuestro derecho positivo establece como un requisito para la procedencia de la legítima defensa la necesidad racional del medio empleado, es decir, exige no sólo que la acción de defensa sea

⁸⁴ Sobre el principio de oportunidad ver a ROXIN en *La teoría del delito en la discusión actual*, 2016, p. 64.

necesaria, sino también racional. De no cumplir estos requisitos, como fue desarrollado *ut supra*, no se estará ante un caso de legítima defensa.

El parámetro para el juicio de racionalidad que propone nuestro ordenamiento replica la doble fundamentación o fundamentación compleja, mencionada por ROXIN, en virtud de la cual el derecho a la legítima defensa se basa en dos principios esenciales: la protección individual y el prevalecimiento del Derecho.

Por otro lado, resulta sumamente enriquecedor aunar esta fundamentación con el principio de solidaridad mínima que, siguiendo a JAKOBS⁸⁵, postula la restricción al derecho de defensa del agredido en casos de crasa desproporción: la acción de defensa, aunque necesaria, deja de ser racional en los casos de absoluta desproporción.

Es decir, el principio de proporcionalidad es ajeno y no debe ser introducido en la legítima defensa. Pero, con fundamento en la solidaridad mínima, que expresa el requisito de la racionalidad, es posible excluir del ámbito de la exigente los casos de absoluta desproporción.

En la medida en que el bien prevalentemente protegido sea la mera propiedad, esta tesitura se comportaría como un piso, o en otras palabras, como un deber de tolerancia a partir del cual aún no es legítimo defenderse a costa de la vida del agresor.

Entonces, sucintamente, la cuestión abordada a lo largo del trabajo quedaría zanjada de la siguiente manera: *en principio*, cuando hay una clara desproporción entre los bienes a defender -vida vs. propiedad-, existe un *mínimo* que inhibe la acción necesaria del que se defiende, si ella tiene como consecuencia

⁸⁵ Al respecto acápite **VII. a. 2)**

la muerte del agresor (su fundamento radicaría en el concepto de solidaridad mínima de JAKOBS). Una vez superado ese umbral, porque la agresión pone en peligro otros bienes (integridad física, libertad, vida, etc. del agredido), deja de regir la presunción y la acción del agresor contra la propiedad justifica la realización de todo lo que fuese necesario para impedirlo o repelerlo.

La situación de Villar Cataldo fue traída a colación a lo largo del trabajo porque las particularidades del caso lo posicionan dentro del elenco de los casos *de manual*, no sólo nivel jurídico, sino también a nivel sociológico y político.

Pese a que las pericias indicaron que, cuando el galeno disparó mortalmente contra su atacante, su vida no se encontraba *objetivamente* en riesgo⁸⁶, lo cierto es que, las circunstancias de este caso en concreto, permitirían afirmar que su vida sí estaba en peligro⁸⁷. La víctima de la agresión actuó en un contexto de peligro para su vida (o al menos de error acerca de esa circunstancia inevitable) y se encontró amparado bajo los parámetros de la legítima defensa.

Recordemos que la valoración de la relación vida *vs* propiedad efectuada en los párrafos precedentes queda condicionada a que las circunstancias del caso concreto no indiquen que había otros intereses en peligro⁸⁸, así como al juicio objetivo *ex ante* de la necesidad de la acción, con lo que prima la perspectiva de un hombre *razonable* en el lugar del autor⁸⁹.

⁸⁶ Guardo mis reparos sobre esta afirmación, principalmente en términos de la falta de aptitud de disparo del arma del atacante, ya que ello implicaría analizar un error de prohibición, que podría tildarse como inevitable. ¿Cómo debe juzgar una persona agredida, en cuestión de segundos, las intenciones del agresor y la letalidad de su arma?

⁸⁷ Esta conjetura se compone tanto como por el golpe con la culata del arma del agresor propiciado a Villar Cataldo, así como las amenazas de muerte proliferadas y la violencia de la que se valió el agresor para llevar a cabo el ataque.

⁸⁸ No escapa mi consideración que, probablemente, en un amplio número de casos, la agresión lesione a la propiedad y otros bienes de forma conjunta.

⁸⁹ Cfr. lo apuntado en el acápite **IV**.

Si hubiera estado en riesgo pura y exclusivamente la propiedad del médico -en este caso puntual su automóvil-, su actuar no estaría justificado, ya que la defensa de la propiedad a costa de la vida deviene, a todas luces, irracional. Lo cierto es que la apreciación de los hechos, efectuada bajo parámetros de un hombre *razonable* promedio, permiten sostener la racionalidad de la defensa, puesto que el galeno vio su vida comprometida.

En definitiva, la presunción apuntada no es más que un intento de establecer criterios socialmente útiles que, junto con su garantía jurídico-penal, contribuyan a precisar los límites y alcances del instituto de la legítima defensa de cara al binomio vida *vs* propiedad⁹⁰.



⁹⁰ En los términos desarrollados a lo largo del trabajo, es decir, cuando quien defiende su propiedad le provoque la muerte al agresor, determinándose *ex post* que no estaba en riesgo su vida.

XII.- BIBLIOGRAFÍA:

- BACIGALUPO, Enrique. *Fundamentación del concepto de tipo penal en la dogmática argentina*, en “Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Relatos”. Buenos Aires: Universidad de Belgrano, 1971.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª. Edición, Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1999.
- BROWN, Richard Maxwell. *No Duty to Retreat: Violence and Values in American History and Society*. Nueva York: Oxford University Press, 1991.
- DONNA, Edgardo Alberto. *Teoría del delito y de la pena*, Tomo II. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1995.
- DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo III. Santa Fe: Editorial Rubinzal – Culzoni, 2008.
- FLETCHER, George. *En defensa propia*, trad. Muñoz Conde/Rodríguez Marín, Valencia, 1992
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*. Madrid: Civitas, 1988.
- HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho Penal. Obras Completas*. Tomo III. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2002.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. a la 2ª. ed. alemana de Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Madrid, 1995.
- JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. de Cancio Meliá/ Feijóo Sánchez, Madrid: Civitas, 2003.

- JAKOBS, Günther. *Sobre los grados de la incumbencia. Reflexiones sobre el origen y la importancia de los deberes de actuación y de permisión*, trad. de Feijóo Sánchez, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, n°4, 2004.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Losada, 1952.
- LAGSTEIN, Alon. *Beyond the George Zimmerman trial: the duty to retreat and those who contribute to their own need to use deadly self-defense*, en *Harvard Journal on Racial & Ethnic Justice*, No. 30, primavera 2014.
- LAROCCA, Patricia Ana. *Eximentes de la responsabilidad penal. Ponderación de bienes en la legítima defensa de la propiedad* en *Revista de Derecho Penal*. Santa Fe: Editorial Rubinzal – Culzoni, 2007.
- MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I. Buenos Aires: Astrea, 1994.
- NINO, Carlos Santiago, *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 1982.
- NÚÑEZ, Ricardo C. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Córdoba: Ediciones Lerner, 1987.
- PALERMO, Omar, *La legítima defensa*. 1ª. Edición. Buenos Aires: Hammurabi, 2007
- PERRONE, Nicolás M. y otros, *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino*. Buenos Aires: La Ley, 2012.

- PUPPE, Ingeborg, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Im Spiegel Der Rechtsprechung*, 2ª. Edición. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft Mbh & Co, 2010.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima: Grijley, 2016.
- RUSCONI, Máximiliano Adolfo, *Algunos límites para la defensa necesaria en el derecho penal*, en “La Justificación en el Derecho Penal, Algunos problemas Actuales”. Buenos Aires: Ed. Ad- Hoc, 1996.
- SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1992.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Teoría del delito*. Buenos Aires: Ediar, 1973.

JURISPRUDENCIA:

- CSJN, Brunella Vda. de Weiser, 1974, Fallos 289:67.
- CSJN, Itzcovich, Mabel vs. Administración Nacional de la Seguridad Social, 29/3/2005, Fallo I. 349. XXXIX.
- CCC, Sala II, “Santos, Horacio A...”, resuelta el 19/09/1992.
- Tribunal Superior de España, Sala 2ª en lo Penal, causa 111.249, resuelta el 21/07/2006.

ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS:

- Declaran no culpable de homicidio al médico que mató a un ladrón en San Martín. *Clarín*. Disponible el 7 de mayo de 2021 en: https://www.clarin.com/policiales/declaran-culpable-homicidio-medico-mato-ladron-san-martin_0_WeqhGspX9.html
- El fallo que absolvió a Villar Cataldo generó diversas opiniones entre especialistas y víctimas de la inseguridad. *Infobae*. Disponible el 20 de marzo de 2020 en: <https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2019/04/25/el-fallo-que-absolvio-a-villar-cataldo-genero-diversas-opiniones-entre-especialistas-y-victimas-de-la-inseguridad/#:~:text=%22Es%20muy%20importante%20lo%20que,cien%20a%C3%B1os%22%2C%20dijo%20Blumberg.&text=Y%20agreg%C3%B3%3A%20%22Villar%20Cataldo%20vivi%C3%B3%20un%20calvario.>
- Lino Villar Cataldo, el médico que mató a un ladrón a tiros, fue absuelto por un jurado popular. *Infobae*. Disponible el 7 de mayo de 2021 en: <https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2019/04/25/lino-villar-cataldo-el-medico-que-mato-a-un-ladron-a-tiros-fue-absuelto-por-un-jurado-popular/>