

PROYECTO DE LEY

El Senado y la Cámara de Diputados sancionan con fuerza de ley:

MODIFICACIONES AL CÓDIGO PENAL SOBRE DERECHOS DE QUIEN EJERCE LA LEGÍTIMA DEFENSA

Artículo 1°- Incorpórase como artículo 34 bis del Código Penal el siguiente:

“Artículo 34 bis.- Actuará justificadamente en el legítimo ejercicio de un derecho, quien indistintamente:

- a) Obrare en cumplimiento de un deber, autoridad o cargo;
- b) obrare en defensa propia o de sus derechos, en protección de su vida e integridad física y las de su familia, su propiedad o los mismos derechos de terceros, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:

b.1) Agresión ilegítima;

b.2) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, siempre que esta limitación no implique riesgo para su vida o la de su familia; o

b.3) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Se entenderá que concurren estas circunstancias, salvo prueba en contrario, respecto de quien rechazare durante la noche el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, o aún afuera, en las inmediaciones de estos sitios; cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor.

Igualmente respecto de quien repeliere la presencia de un extraño dentro de su hogar, siempre que este ejerza resistencia o amenace con agresión inminente o actual que implique riesgo para la vida del que repele, la de su familia o moradores presentes; cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor.

- c) obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias mencionadas en los subincisos b.1, b.2 y b.3., de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, que no haya participado en ella el tercero defensor.”

Artículo 2 °.- Deróganse los incisos 4, 6 y 7 del artículo 34 del Código Penal.

Artículo 3°.- Comuníquese al Poder Ejecutivo”

FUNDAMENTOS

Señora Presidente:

Esta iniciativa fue presentada en el año 2021, expediente 791-D-2021 - Trámite Parlamentario 15 -, pero no tuvo tratamiento en esta H. Cámara, por lo que mediante el presente se reproduce su contenido.

La ola de inseguridad que impera en nuestro país hace necesario la promoción de cambios en el ordenamiento jurídico, de modo que cualquier persona que tenga herramientas que le permitan el ejercicio pleno de derechos inalienables, en este caso el de la legítima defensa, legislado a nuestro entender de manera insuficiente en el Código Penal.

La legítima defensa es un motivo de justificación que por su naturaleza no detiene el delito, sino que permite comportamientos delictivos típicos en determinadas circunstancias: la existencia de una agresión ilegítima por parte del agresor, la necesidad y proporcionalidad del acto de defensa, la falta de provocación por parte de quien se defiende y podríamos agregarle un cuarto que no está en el Código pero que surge de su naturaleza y ha sido incorporado por la doctrina y que es la inmediatez entre el ataque y la defensa. Solo en los casos en que exista un comportamiento previsto por una norma del CP pero que satisfagan estos requisitos, - ninguno de los cuales puede faltar -, podemos aseverar que hemos actuado en defensa propia.

Por lo tanto, la legítima defensa es la reacción necesaria de una persona frente a una agresión generada por un atropello ilegal a los derechos, y que es necesario su repelencia. Esta reacción defensiva está dirigida a rechazar o impedir la agresión y debe ser ejecutada empleando medios necesariamente racionales.

Este requisito del medio racional para repeler o impedir la agresión está establecido en el artículo 34, inc. 6º, apart. b) del Código Penal - CP -, pero es tal vez uno de los supuestos que genera más controversias a la hora de juzgar un caso concreto, toda vez que debe analizarse si está dado el marco de justificación que establece el Código.

En este orden de ideas, podemos afirmar que la legítima defensa es un derecho reconocido por la ley a todas las personas, pero sin duda que no se trata de un derecho absoluto e ilimitado, porque no puede ser ejercido de cualquier modo. Sin embargo, de la forma en que está legislado, cuando se quiere ejercer en la vida real, casi no puede ser ejercido de ningún modo.

Es así que resulta importante determinar con más certeza y otorgar otro alcance a esta figura en nuestro derecho penal, de modo que quien se defiende de una agresión no se vea obligado a soportar ataques - por ejemplo contra su propiedad y su vida -, cuando por la determinación normativa vigente, el atacante puede ampararse para cometer y perpetrar el

delito, sabedor de que el marco legal dificulta las causales que permitirían la defensa efectiva del agredido.

Soler entiende a la legítima defensa como “*la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada*” (Soler, 1987, p. 444), por lo que se la considera como un derecho de ejercicio excepcional que excluye la antijuridicidad de una conducta típica, tornándose una acción lícita que exime de responsabilidad penal a su autor. Por lo tanto, la legítima defensa no es una concesión que hace la ley o una gracia que se le otorga al acusado de un delito, sino que es un derecho y como tal corresponde que sea tratado.

Entonces el Código Penal, en su actual artículo 34, inc. 6°, establece que para que proceda la legítima defensa es necesario la concurrencia de tres condiciones: a) agresión ilegítima, b) necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla y, c) falta de provocación suficiente por parte del quien se defiende. Estas condiciones - a las que incorporamos la inmediatez - enmarcan la legítima defensa y definen los alcances de la eximente y en consecuencia, delimitan el derecho de las personas a defenderse a sí mismas ante una agresión ilegítima. Esta defensa corresponde a la autoridad del Estado, quien tiene el monopolio natural de la fuerza pública, pero que para el acontecimiento de inseguridad que genera el hecho en cuestión, no está presente.

Así como se regula la legítima defensa propia y la defensa de terceros como un supuesto propiamente dicho de esa defensa, el CP también regula la legítima defensa privilegiada. En el primer supuesto se permite que quienes se defienden lo hagan en cualquier lugar, mientras que el segundo caso, es decir, legítima defensa privilegiada, es de un tipo especial en los que quienes se defienden lo hacen en su casa o residencia. Si bien ambos tipos de justificación requieren la presencia de los tres elementos de una legítima defensa, en los casos de privilegio existe una fuerte presunción de legitimidad de la defensa, por lo que suele ocurrir que no es el que se defiende quien deba probar los extremos de la legítima defensa, sino que es el fiscal o en su caso quien fue el presunto ofensor o sus representantes quienes deben probar que quien se defendió no actuaba encuadrado en los requisitos que lo justifican.

Por su parte, el artículo 2240 del Código Civil y Comercial (CCC) señala que “*Nadie puede mantener o recuperar la posesión o la tenencia de propia autoridad, excepto cuando debe protegerse y repeler una agresión con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la autoridad judicial o policial llegarían demasiado tarde. El afectado debe recobrarla sin intervalo de tiempo y sin exceder los límites de la propia defensa*”, mientras que el 1718 establece “*Artículo 1718.- Legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho. Está justificado el hecho que causa un daño:*

a) en ejercicio regular de un derecho;

b) en legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el tercero que no fue agresor

ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena;

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

PUNTOS PRINCIPALES DE LA INICIATIVA

En este sentido, esta iniciativa propone la incorporación de un nuevo artículo, el 34 bis, en el que se regulen todos los supuestos de ejercicio de un derecho y la derogación de los incs. 4, 6 y 7 del art. 34 del Código Penal para otorgarle correspondencia a esas modificaciones.

Si se observa con detenimiento el inc. 4 del actual artículo 34 del CP dispone que no es punible quien obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo. Pues bien, quién obra en legítima defensa, obra en el ejercicio de un derecho. Este derecho surge como consecuencia necesaria del derecho a la vida, la propiedad, la salud y la integridad física (arts. 17, 28, 33 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, y 4 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos), pues, de nada serviría contar con la titularidad de esos derechos, si no existe el deber de los demás de respetarlos, y el de uno mismo de hacerlos respetar en caso de que los auxilios estatales a tales fines sean tardíos.

Puesto de otro modo ¿Se puede afirmar que tengo derecho a vivir si a la vez no tengo la posibilidad de repeler a quien intente atentar contra mi vida? ¿Se puede afirmar que tengo derecho a conservar mi propiedad si no se puede repeler un ataque contra ella?

Somos conscientes de que puede haber una réplica del sector opuesto de pensamiento que diga: "¿Qué clase de derecho a la vida defendemos si alguien tiene el derecho de tomar la ajena?; sin embargo, no se trata de que alguien tenga el derecho de quitar la ajena, sino que tiene el derecho de defender la propia, y siendo que es el atacante quien expone su vida en procura de un fin ilícito - que son los casos en los que aplica la legítima defensa -, la pérdida de la vida de este último ocurre porque él ha provocado las condiciones para que ocurra, por apartarse del comportamiento social que de él se espera.

Es lo que se describe en la Teoría de la imputación objetiva¹, de la que Günther Jakobs es uno de sus representantes, quien expuso que ese comportamiento que se espera de alguien a quien se imputan las desviaciones, que son como aquellas expectativas que se refieren al

1

https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/la_imputacion_objetiva_en_el_derecho_penal_jakobs_gunter.pdf

portador de su rol, definido éste como un sistema de posiciones que deben ser comprendidas de modo normativo integral, y social, porque en él intervienen personas.

Dice Jakobs, "*Las expectativas dirigidas al portador de un rol configuran el esquema de interpretación cuyo concurso es imprescindible para que puedan adquirir un significado socialmente vinculante las acciones individuales*", por ejemplo quien conduce un automóvil a velocidad excesiva constituye la puesta en peligro de las personas, aunque el conductor no haya pensado en ese peligro. Esta interpretación sobre la posición que toma el autor del hecho también se aplica a los delitos dolosos.

En otras palabras el objeto de esta moderna doctrina es la configuración del nexo objetivo que ha de existir entre acción y resultado para que pueda confirmarse la responsabilidad del autor por la lesión del bien jurídico protegido. Nace no sólo como un intento de resolver problemas surgidos en el marco del nexo entre acción y resultado, sino que pretende dar fin a los problemas de la causalidad, pero en el ámbito del injusto penal. Según Esteban Righi ², es una teoría que anticipa juicios de antijuridicidad, ya que: A) es un juicio de imputación que supone atribuir normativamente el resultado al autor; B) es objetivo, porque prescinde de todo dato subjetivo (como el conocimiento del autor).

En definitiva la teoría de la imputación objetiva tiene básicamente por objeto sostener que en todo tipo penal existen cualidades objetivas. Se parte de dos ideas básicas: 1) El resultado sólo debe ser imputado cuando la acción generadora del peligro sobrepase el riesgo permitido. 2) Se conceptualiza el riesgo permitido como la determinación descontextualizada de ámbitos de responsabilidad, "de riesgos" (comportamientos peligrosos) que están dentro del ámbito de libertad de los ciudadanos.

Es por esto que en el caso de la legítima defensa, legislada en el art. 34 inc. 6 del Código Penal, entendemos que corresponde hacer una reevaluación integral del concepto, y ubicarlo de forma precisa dentro de su naturaleza jurídica y de dogmática penal, para a partir de ahí, poder derivar conclusiones que permitan realizar una modificación sustancial de la legislación vigente, que se traduzca en resultados prácticos y no meras alteraciones legales sin trascendencia alguna.

De modo preliminar corresponde aclarar que quién será el beneficiario de la legítima defensa es el imputado en un proceso penal. Es decir, el ejercicio de la legítima defensa no obsta la apertura de un proceso penal, y que el imputado sea perseguido por ello, lo que hará

² Righi, Esteban. Derecho Penal Parte General. Abeledo Perrot. 2018

es permitir finalizar de modo anormal con ese proceso³ mediante la acreditación de que concurren al caso los extremos de la legítima defensa.

Ahora bien, esto tiene implicaciones dogmáticas importantes. Dentro de la teoría del delito, el delito es una acción típica, antijurídica, culpable y punible. Dentro de esta estructura, el "injusto penal" se configura cuando el "iter criminis" alcanza la antijuridicidad, pero ese injusto penal sólo recibirá castigo, si el mismo es "culpable" y "punible". Es decir, que si se alcanza el estadio de la antijuridicidad, pero por algún motivo u otro se puede excluir la culpabilidad o la punibilidad, estaremos ante un hecho ilícito que no recibe castigo penal.⁴

Entonces, si la legítima defensa es un derecho, no podría configurarse un injusto penal con su ejercicio, pues como dice el artículo 10 del CCC, el ejercicio de un derecho no puede configurar en ilícito ningún acto. Es decir, que si la legítima defensa es un derecho, entonces lo que impide es que se configure la antijuridicidad de la conducta, de modo tal que ni se llegue a configurar el injusto penal.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento legal, la legítima defensa pareciera ser tratada como una causa de exclusión de la punibilidad.⁵ Esto lo afirmamos porque basta con leer el artículo 34 del CP en el que se establece que "no son punibles:..." y enumera una larga lista de actos no punibles. Entonces, en este punto se configura una contradicción, porque si realmente es un derecho no es que se excluye la punibilidad de quien lo ejerce, sino que éste actúa justificadamente.

La primera modificación es incluir en un nuevo artículo 34 bis, el cumplimiento de un deber y el que obrare en defensa propia o de sus derechos, como dentro de los supuestos de ejercicio de un derecho y no como una causal de no punibilidad. Este deber debe ser legal, principio que reiteramos, se encuentra en el artículo 1.718 del CCC, que establece la justificación del hecho que causa daño en el ejercicio regular de un derecho. Es decir que el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación no puede constituir en sí mismo un acto ilegal.

La segunda de las modificaciones que introduce la reforma propuesta, es que en el requisito vigente de que el medio empleado para defenderse legítimamente sea racionalmente

³ Siendo que el modo normal de finalización del proceso penal es un juicio oral, la legítima defensa muchas veces permite terminarlo durante la etapa de investigación con un sobreseimiento, y ello es un modo anormal de terminación del proceso.

⁴ Los casos más usuales de esto son demencia, o excusas absolutorias, como por ejemplo la que dice que no se castiga el hurto entre cónyuges.

⁵ Toda la doctrina coincide que es un derecho, pues así lo determina su naturaleza jurídica, y de hecho se trata como un derecho, pero la ley dice algo diferente.

necesario, se agrega que esa racionalidad debe entenderse siempre y cuando esto no implique riesgo para la vida del que se defiende o su familia (Subinciso b.2).

Esto permitiría resolver - sin llegar a resultados disparatados -, aquellos casos en los que quién se defiende, sólo tiene opción de hacerlo mediante algún elemento cuya agresividad supera con creces el que se utiliza para atacarlo. En ese caso, no se puede poner a quien está ejerciendo un derecho - como es el de defenderse -, en la disyuntiva de tener que tener que sacrificar su propiedad, su vida, su salud, o su integridad física, o la de sus allegados, o la de un tercero, o sino en caso contrario, tener que ir preso por cometer un delito, tal como está legislado ahora.

Además, proceder en ese sentido implicaría concederle una indebida extensión al derecho a la vida, o a la integridad física del agresor, que se está apartando de las expectativas de comportamiento que corresponden a su rol social, en desmedro del derecho a la vida de aquel que estaba comportándose conforme lo esperado. Puesto en otros términos, si se continúa por el sendero que venimos, aquel que va a cometer un delito tiene un derecho a la vida o a su integridad física más amplio que la persona que acata las normas del derecho, pues este último deberá cuidarse de afectar al primero sólo en la medida de lo necesario, mientras que aquel podrá hacerlo a voluntad.

Si quién está llevando adelante su vida normalmente es atacado por otro individuo que busca lesionarlo, matarlo o desapoderarlo de sus bienes, a él o a un tercero, pero a la vez se le impide al atacado infringirle un daño desmedido a aquel que lo perjudica, exigiéndole incluso que, en última instancia ceda su vida, su propiedad, o su integridad física, o su libertad (si es que actúa y va preso) para evitar una lesión "excesiva" a los derechos de su agresor, entonces se está premiando la conducta del que actúa al margen de la ley.

Otra discusión son las razones que tiene para actuar al margen de la ley quien proceda en ese sentido, pero esas razones no son atribuibles a la víctima de sus ataques, y entonces no tiene porque soportarlas.

Con lo cual, entendemos que la modificación propuesta es positiva, pues - y volviendo a la teoría de la imputación subjetiva - protegerá al ciudadano que adecua su conducta a lo que se espera de él, en lugar de proteger al que se aparta de las expectativas de comportamiento asignadas a su rol.

Ya dentro de la legítima defensa privilegiada, hemos incorporado en otra modificación el supuesto de que esta defensa pueda estar justificada por ocurrir en las inmediaciones de la casa del agredido, su departamento habitado o de las dependencias de estos sitios. Esto porque en la práctica se limita el ejercicio de lo que pueda ocurrir por el escalamiento o rotura de cercados en el lugar de residencia de quien se debe defender, durante la noche, pero no se tiene en cuenta que estos hechos y las circunstancias de peligro inminente y amenazas a la vida

podrían ocurrir muy cerca de ese lugar - por ejemplo antes de entrar una persona a su casa -, con las mismas características del caso vigente legislado.

Otra cuestión que hemos modificado en la legítima defensa privilegiada es que a la vigente resistencia que ejerza el intruso, se incorpore como justificante la amenaza con agresión inminente o actual que implique riesgo para la vida del que repele, la de su familia o moradores presentes, supuestos que complementan la agresión ilegítima general y que implican una presunción a favor de quien tenga que aplicar este tipo especial de defensa.

Por último, se derogan los incisos 4, 6 y 7 del artículo 34, este último para dar correspondencia a la norma en el nuevo artículo 34 bis, al referirse a la legítima defensa a terceros.

Señor Presidente, el uso de la violencia privada para repeler un ataque ilegal siempre ha sido difícil de justificar. Sin embargo, desde antiguas prácticas y costumbres sociales, la defensa contra la agresión ilegítima ha sido aceptada como un hecho irreprochable incluso por los dogmas religiosos, basados en el derecho natural a la autodefensa. Sin embargo, las dificultades de su justificación renacieron cuando los Estados se constituyeron como entidades de poder organizado, exigiendo para sus gobernantes y jueces, el monopolio del uso de la fuerza y la protección de los derechos de las personas.

La realidad es que en la actualidad casi todos los Estados modernos, han tenido que contemplar la legítima defensa en sus respectivas legislaciones como causas de justificación, de exclusión de antijuridicidad o de irreprochabilidad penal, ya que ningún Estado podría arrogarse efectivamente tanto poder como para evitar que determinadas conductas de algunos ciudadanos lesionen o destruyan los derechos de otros actores sociales. En tales circunstancias, sería una gran inconsistencia del poder público obligar a las víctimas a no reaccionar ante un hecho delictivo que las afecta y más aún, punir el acto de quien se defiende de una agresión ilegítima cuando esta se produce en realidad por una carencia o una imprevisión en la función protectora del Estado.

Por los motivos expuestos solicito a mis pares que me acompañen en la aprobación de este proyecto de ley.