

El delito de resistencia a la autoridad y la legítima defensa

Por Luciano Censori

PALABRAS CLAVES: RESISTENCIA A LA AUTORIDAD – LEGÍTIMA DEFENSA

RESUMEN: En el presente trabajo se intentará brindar una aproximación a la delicada cuestión acerca de si al depositario del poder público debe obedecerse siempre, aunque obre ilegítimamente, o bien, si ante estos casos, al particular le es posible resistirse. No parece lógico en estos supuestos admitir la obligación de los ciudadanos de obedecer pasivamente al funcionario público, pues a aquel se le debe obediencia, mientras obre como tal, siendo que en caso contrario, cuando se excede de sus atribuciones, pasaría a ser un ciudadano como cualquier otro, ante cuya actuación es posible oponer resistencia. Sin embargo, de adoptarse esta última postura, y facultarse entonces al particular a resistir al funcionario público que obra ilegítimamente, debiera procederse con cautela, y brindarse lineamientos claros acerca de los casos en que es posible, pues, si cada cual, so pretexto de creer que el obrar del funcionario público es ilegítimo, pudiera desobedecerlo, reinaría el desorden y el caos.

I.- Introducción.-

Tal como podrá inferirse a partir del título, será objeto del presente trabajo, el analizar si el derecho ampara al particular que resiste al funcionario público que ejerce ilegítimamente sus funciones, y en tal caso, si su obrar estaría amparado por la legítima defensa -art. 34, inc. 6, C.P.-, excluyéndose de tal modo la antijuridicidad de su conducta.

Concretamente, ante éste último supuesto, habrá que analizar si el funcionario público que ejerce ilegítimamente sus funciones en contra de una persona, la agrede ilegítimamente en los términos del art. 34, inc. 6, ap. a), del C.P., siendo que para verificarse dicha causa de justificación, resulta necesario además que el medio empleado sea racionalmente necesario -art. 34, inc. 6, ap. b), del C.P.-, que no hubiera una provocación suficiente por parte del que se defiende -art. 34, inc. 6, ap. c), del C.P.- y que el que obrare conociera que se encuentran reunidos los elementos objetivos de la causa de justificación, dirigiendo su acción a la consecución del resultado valioso

inherente a la justificante, tomando de tal modo una posición en favor del bien jurídico resguardado por la misma.¹

El tema no resulta sencillo y ha sido muy discutido en la doctrina. Es por ello que, a fin de brindar una aproximación al problema, comenzaré enunciando las distintas posiciones que han existido al respecto, así como también las críticas que se le fueron formulando a cada una de ellas, para finalizar con mi opinión al respecto.

II.- Desarrollo.-

Para comenzar, me remitiré al análisis que sobre el tema efectúa Maggiore², pues creo que él, en forma clara y sintética, ilustra por donde pasa la cuestión. Así es como el autor recuerda que tradicionalmente, los tratadistas se dividieron en dos bandos, los cuales sustentaron dos teorías fundamentalmente opuestas, que dieron lugar a igual número de escuelas: la autoritaria y la liberal.

Explica que la primera de ellas, patrocinada por Hobbes, Filmer, De Maistre y Carmignani, sostenía que al depositario del poder público debía obedecerse porque la autoridad siempre tenía razón. Ahora, si el funcionario público se excedía en los límites de sus atribuciones, el particular debía ocurrir ante el superior de aquél a denunciar tales excesos, pero no rebelarse, porque ninguna ilegalidad del funcionario justificaba el uso de la fuerza por parte del particular, quien debía ser castigado si ello ocurría.

Luego, en lo atinente a la segunda teoría, menciona Maggiore que se encontraba representada por autores como Carrara, Pessina, Romagnosi y Manzini, quienes proclamaban que no era posible admitir la obligación de los particulares de obedecer pasivamente al funcionario público, pues aquéllos eran hombres libres y no esclavos. Entonces, explicaban que si bien estos estaban obligados a obedecer las órdenes justas, tenían el derecho de rechazar las injustas, encontrándose facultados para inspeccionar la conducta del funcionario, que es tal mientras obra dentro de los límites de lo lícito, convirtiéndose en un ciudadano como cualquier otro cuando los traspasa.

Sentado ello, pasará a desarrollar con más detenimiento cada una de las teorías antes señaladas, para lo cual recurriré a sus principales exponentes.

¹ Respecto a los elementos de la legítima defensa, DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte General*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2008, T. III, ps. 109/235. En lo atinente al elemento subjetivo, DE LA FUENTE, Javier Esteban, *El aspecto subjetivo de las causas de justificación*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2008, ps. 167/81, en contra, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires, Ediar, Buenos Aires, 2008, ps. 600/5, quienes niegan la existencia de un elemento subjetivo en las causas de justificación.

² MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1954/5, ps. 268/9.

a) *Teorías que no aceptan la resistencia del particular ante la autoridad que obra en ejercicio ilegítimo de sus funciones.-*

Pacheco, es según mi entender, quien con mayor claridad aborda esta postura. Es así que el autor, luego de mencionar que “... *Jamás nos vendría a la imaginación que autorizase la ley vías de hecho para contrastar los preceptos o las acciones de los que gobiernan, de los que administran, de los que ejercen el poder público ...*”, explicó que aún de darse tal extraordinario supuesto “... *la defensa contra el poder no sería nunca legítima y aceptable ...*”, porque, si bien podría haber una agresión como la requerida para que se diera una legítima defensa, “... *nunca, empero, podría haber la necesidad racional de esos actos materiales ...*”, pues “... *contra esos actos de las autoridades la ley tiene establecidos sus medios. Sobre esas autoridades existen otras, para enmendar y reformar sus fallos. Y si se trata de autoridades supremas, de sentencias contra las cuales no haya apelación, es necesario tener presente que en la esfera legal, esas autoridades son infalibles ...*”.³

Sin embargo, coincido con las críticas formuladas a esta teoría por Soler, en cuanto a que este criterio “... *sacrifica ... los derechos de los ciudadanos en aras no de la ley, sino de la autoridad, porque acuerda preferencia siempre al órgano aun en el caso en que proceda abusivamente ...*”, agregando además que un principio como el señalado “... *contraría directamente un sistema -como el nuestro, conforme a lo establecido en el art. 19 de la CNA- en el cual nadie esté obligado a hacer lo que no manda la ley ...*”.⁴

Pero además, resulta interesante lo expresado por Luzón Peña para cuestionar el postulado de esta teoría acerca de que no existiría una necesidad en la defensa del resistente, pues contra la agresión de la autoridad habrían recursos jurídicos que repararían la situación. Es así como el autor, creo que con razón, explica que “... *tal posibilidad de reparación es más que dudosa para el afectado, pues puede ocurrir que no la consiga, bien porque el agresor no esté en condiciones de ofrecerla, bien porque en cualquier caso no gane el recurso ...*”, señalando a su vez que “... *lo característico de la legítima defensa es que actúa precisamente en el momento (y no después) en que el injusto agresor se enfrenta con un bien jurídicamente protegido y, a través de ello, con el orden jurídico, y la defensa actúa impidiendo, precisamente en ese momento en*

³ PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal concordado y comentado*, Imprenta de Santiago Saunaque, 1865, ps. 168/9.

⁴ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, TEA, 1951, T. V, ps. 120/1.

que un derecho y el Derecho están en juego, que el agresor se salga con la suya. Por eso, como la pena o la indemnización civil actúan en un momento posterior, nada impide que al agresor, además de habersele opuesto en su momento una legítima defensa, se le pueda exigir responsabilidad penal y civil (si ha logrado causar determinados perjuicios)”.⁵

b) Teorías que aceptan la resistencia ante la autoridad que obra en ejercicio ilegítimo de sus funciones.-

Tal como señala Cuello Calón, esta ha sido la postura predominante entre los autores y en la jurisprudencia de la mayoría de los países.⁶ Carrara es partidario de ella, y es a quien seguiré para explicar sus postulados atento a su claridad expositiva. Comienza así el autor su análisis señalando que “... cuando el imputado obró verdaderamente para impedir el acto que iban a ejecutar los funcionarios públicos, pero pensando que ese acto no era un acto de justicia, como efectivamente resulta que no lo era ... desde un punto de vista objetivo, debe decirse que no se ha impedido un acto de justicia, sino más bien un abuso de poder, una arbitrariedad, en un palabra, un delito. Y desde el punto de vista subjetivo debe decirse que no ha habido el designio criminoso que es esencial en la resistencia, pues no tiene intención de impedir un acto de justicia ...”, lo que demuestra que ante determinados supuestos, Carrara acepta que el particular resista al obrar ilegítimo del funcionario público.⁷

A su vez, para robustecer su postura, el autor traza un paralelismo que resulta elocuente al decir que “... Así como el pueblo tiene derecho de reaccionar contra el soberano de un Estado cuando se vuelve tirano, así también todo ciudadano tiene el derecho de reaccionar contra los funcionarios subalternos cuando realizan actos tiránicos ...”⁸, caso contrario, dice, si “... debe inclinarse la cabeza ante los agentes públicos, aunque abusen de su cargo ... se mantendrá por breve tiempo el reinado del terror, pero no se consolida el imperio de la justicia ...”.⁹

⁵ LUZON PEÑA, Diego Manuel, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, ed. Bosch, 1978, ps. 268/9. En el mismo sentido, CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, Bogotá, Temis, 1977, T. VII, p. 345, agregando además con razón que “... es imposible reparar todos los daños de un arresto indebidamente sufrido, las pérdidas patrimoniales, el descrédito, los menoscabos de salud., la consternación de la familia”.

⁶ CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª edición, Barcelona, Bosch, 1945, T. II, vol. I, p. 115.

⁷ CARRARA, Francesco, *ob. cit.*, p. 337.

⁸ *Ibidem*, p. 340.

⁹ *Ibidem*, p. 359.

b.1) Supuestos en los cuales es posible resistir a la autoridad que obra ejerciendo ilegítimamente sus funciones.-

Tema no menor resulta el a analizarse en éste acápite, si es que tenemos en consideración que la principal crítica que se le ha formulado a esta teoría, es que de ser las cosas del modo en que han sido descriptas, se estaría erigiendo a los particulares en jueces de los actos de la autoridad¹⁰. Esto no es así y prestigiosa doctrina ha rebatido tal argumento, deslindando racionalmente los casos en los que es posible resistir a la autoridad de los que no.

Una primera respuesta al tópico es brindada por Gómez al decir que “... *El particular tiene derecho a juzgar si el funcionario público le da una orden de las que tiene la facultad de dar, según las atribuciones que la ley le acuerda, si es de aquellas de su competencia; si el funcionario público excede los límites que le marcaba la ley, el particular puede resistir la orden sin incurrir en responsabilidad penal; pero este principio no llega al extremo de que el simple particular pueda juzgar la justicia intrínseca de la orden, pues tal facultad sería constituirlo en juez de los actos de la autoridad, paralizando su actividad e introduciendo, en las relaciones de ésta con el público, el desorden y la anarquía ...*”.¹¹

Por su parte, Soler explica que para aclarar la cuestión deben considerarse las cosas en su aspecto objetivo y subjetivo. Así dice que “... *Objetivamente, no cabe duda de que cuando la ejecución misma es el resultado de una actividad jurisdiccional preestablecida para decidir precisamente la ejecución o no ..., es evidente que la instancia de justicia se ha agotado erga omnes, incluso al destinatario, el cual, sea cual sea su opinión sobre la orden, no tiene más remedio que cumplirla ...*”.

Sin embargo, “... *casos dudosos serán aquellos en los cuales se impartan órdenes que no presupongan un previo examen procesal decisorio y que dependan de resoluciones libradas a la discreta apreciación del órgano mismo ... Para esos casos, algunos recurren a la gravedad o a la irreparabilidad. Carrara rechaza, con razón, la idea de imponer la obligación de soportar un daño por el solo hecho de que sea reparable.*¹² *La más interesante fórmula es la que se basa en que el hecho sea insoportable. Esta expresión, dotada de manifiestas connotaciones subjetivas, fue la base para que Trébutien diese a la cuestión un giro subjetivista, pues vino a definir la*

¹⁰ SOLER, Sebastián, *ob. cit.*, p. 121.

¹¹ GOMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Argentina de Editores, 1939, t. V, p. 464.

¹² En este punto, tal como ha sido señalado en la nota al pie n° 5, Carrara tiene una posición similar a la de Luzón Peña, transcripta al final del acápite II a) del presente trabajo.

insoportabilidad como certeza de la ilegitimidad ... Si el resistente duda, obra a su riesgo ... si la orden era ilícita, no hay delito; pero si no lo era, el reniente responde ...”¹³

Una posición novedosa al respecto es la brindada por Cerezo Mir, quien sostiene que “... Cuando el acto antijurídico del funcionario sea obligatorio, lo será no sólo para sus subordinados, sino también para los particulares, afectados o no por su realización. De lo contrario se llegaría a la conclusión absurda de que el funcionario que recibe una orden antijurídica obligatoria estaría obligado a cumplirla y las personas afectadas por su cumplimiento o un extraño podrían ejercer el derecho de la legítima defensa ...”¹⁴

A partir de allí dice que “... para determinar el límite de la obligatoriedad de los mandatos o actos estatales antijurídicos es preciso acudir a la doctrina de los vicios del acto del Derecho Administrativo y el Derecho Procesal ...”¹⁵, indicando que “... En la doctrina de los vicios del acto administrativo se distinguen los vicios que hacen al acto nulo, los que lo hacen simplemente anulable y los que no permiten siquiera su impugnación. El acto nulo es como si no existiese. No produce ningún efecto jurídico ... La anulabilidad no excluye, en cambio, por sí misma la eficacia del acto. Ésta produce efectos mientras no se declare su nulidad ... Hay vicios, por último, que determinan la irregularidad del acto administrativo, pero que no afectan de ningún modo a su validez ...”¹⁶

Por otro lado explica que “... La existencia de actos jurídicos obligatorios es reconocida también por la doctrina del Derecho Procesal. Ésta distingue, en efecto, la inexistencia, la nulidad, la anulabilidad y la simple irregularidad de los actos viciados. El acto procesal no existe cuando se ha omitido un requisito tan importante, que el acto no puede ser concebido sin él ... El acto inexistente no produce efectos jurídicos ... El acto nulo existe, pero está afectado por un vicio esencial ... El acto nulo no produce los efectos jurídicos a que está normalmente destinado ... En algunos casos la ley permite la convalidación del acto nulo, pero entonces sólo produce sus efectos jurídicos peculiares desde el momento de la convalidación. Es anulable el acto afectado por un vicio no esencial. El acto anulable produce efectos jurídicos mientras su nulidad no sea

¹³ SOLER, Sebastián, *ob. cit.*, ps. 122/3.

¹⁴ CERESO MIR, José, “Delitos de atentado propio, desobediencia y resistencia”, *Temas Fundamentales del Derecho Penal*, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 2001/6, p. 279.

¹⁵ *Ibidem*, p.270.

¹⁶ *Ibidem*, p. 271.

*declarada por el juez, a petición de los interesados ... Obligatorio es también el acto meramente irregular, cuya validez no puede ser impugnada ...*¹⁷

Sin embargo, Luzón Peña, respecto a tal posición dijo que “... es correcta en los casos en que el funcionario obre en virtud de obediencia debida al mandato de un superior, aunque, no es, en cambio, aceptable para los casos en que el representante de la autoridad actúa por sí mismo ...”¹⁸. Es que según él, en tales supuestos “... la autoridad obra ... por propia decisión”, por lo cual “... no hay ninguna obligatoriedad que pudiera hacer conforme a Derecho la ejecución de un mandato antijurídico ...”¹⁹. Por otra parte, dice “... que el acto administrativo anulable, en tanto no se estime su suspensión o anulación, goza de ejecutoriedad: es eficaz ...”²⁰, pero, “... no sólo los actos anulables, sino incluso los actos administrativos nulos de pleno derecho, mientras no se declara la nulidad o su suspensión, son eficaces frente al particular, y sin embargo, tampoco esta eficacia administrativa afecta para nada a la calificación de antijuridicidad del acto nulo ...”²¹

Luzón Peña concluye entonces que “... es antijurídica la agresión de la autoridad constituida por un acto nulo o anulable de un funcionario que actúa por sí mismo, y no hay ninguna razón que se oponga a la admisibilidad de la legítima defensa contra ella”, en cambio “... si el acto de la autoridad es meramente irregular, hay que considerar que el funcionario sigue actuando en el cumplimiento de su deber o en el ejercicio legítimo de su cargo, por lo que no se podrá hablar de agresión antijurídica ...”²²

Finaliza el autor su análisis mencionando que cuando el órgano estatal actúa cumpliendo el mandato de un superior “... si la orden antijurídica es obligatoria, la ejecución de esa orden se amparará en obediencia debida, lo que quiere decir que el Derecho impone como deber la ejecución de tal orden: luego tal ejecución es conforme a Derecho y nunca una agresión antijurídica al particular. La razón de ser de que, aunque un mandato sea antijurídico, el Derecho imponga como obligatoria su ejecución (que queda así amparada por la causa de justificación de obediencia debida), estriba en que en determinadas circunstancias de no demasiada gravedad la infracción

¹⁷ *Ibidem*, p. 276/8.

¹⁸ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *ob. cit.*, p. 280.

¹⁹ *Ibidem*, p. 281/2.

²⁰ *Ibidem*, p. 283.

²¹ *Ibidem*, p. 282/3.

²² *Ibidem*, p. 287/8.

de normas jurídicas tiene menos importancia para el Derecho que el mantenimiento del orden y la disciplina frente a los mandatos de la autoridad ...".²³

Entonces, habiéndose aceptado en mérito a lo expuesto que en determinados casos el particular bien puede resistir en forma impune a la autoridad que ejerce ilegítimamente sus funciones, deberá pasar a analizarse si a tal solución se arriba porque la conducta del particular resulta atípica, o bien, por entenderse que ha obrado bajo legítima defensa, excluyéndose de tal modo la antijuridicidad en su obrar. Veamos.

b.2) Posición que excluye la tipicidad de la conducta del resistente a la autoridad que obra ilegítimamente.-

Enrolado en esta posición se encuentra Tozzini, quien explica que "... la resistencia del particular ante el acto abusivo del funcionario resulta impune por atípico, ante la falta de un elemento normativo del tipo sin que sea necesario, por tanto, recurrir a la institución de la legítima defensa, que en ocasiones puede no reunir todos sus requisitos configurativos ... En efecto, el tipo ..., al describir el actuar del funcionario, exige que dicho actuar sea "propio del legítimo ejercicio de sus funciones". De aquí se deduce que el Estado no inviste de autoridad a sus funcionarios para el abuso o la arbitrariedad ...".²⁴ En el mismo sentido se ha expedido Creus.²⁵

Pero como bien señala Donna, "... la posición antes reseñada, que acude a la atipicidad, lleva razón sólo en cuanto al delito de resistencia, pero deja sin solucionar el problema de la defensa del autor ante la agresión ilegítima del funcionario ..."²⁶, tal el caso, por ejemplo, de las lesiones que el particular pudiera ocasionar a la autoridad para repeler su obrar, las cuales serían típicas.

b.3) Posición que excluye la antijuridicidad de la conducta del resistente a la autoridad que obra ilegítimamente.-

Partidario de esta postura es Donna, quien afirma que "... es posible la legítima defensa frente al acto del funcionario ilegítimo ..., ya que el acto de quien se defiende, frente a la agresión ilegítima, sólo tiene correctivo en el artículo 34, inc. 6° del Código

²³ *Ibidem*, p. 306.

²⁴ TOZZINI, Carlos, "Los delitos de atentado y resistencia a la autoridad", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, La Ley, n° 1, enero-marzo 1969, ps. 61/2.

²⁵ CREUS, Carlos, *Delitos contra la administración pública: comentario de los arts. 237 a 181 del Código Penal*, Buenos Aires, Astrea, 1981, p. 46, postura que mantuvo en CREUS, Carlos y BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2010, T. II, p. 237.

²⁶ DONNA, Edgardo Alberto, "Derecho Penal. Parte Especial", 2ª edición, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2008, T. III, p. 94.

*Penal ...*²⁷, expidiéndose en el mismo sentido Mezger²⁸, Carrara²⁹, Luzón Peña³⁰ y Cerezo Mir³¹, aunque cada uno con las particularidades indicadas precedentemente al analizar su postura.

Ello se verificará siempre y cuando se cumplan en el caso los restantes requisitos del art. 34, inc. 6, del C.P. Esto es que el medio empleado fuera racionalmente necesario -art. 34, inc. 6, ap. b), del C.P.-, que no hubiera una provocación suficiente por parte del que se defiende -art. 34, inc. 6, ap. c), del C.P.- y que el que obrare conociera que se encuentran reunidos los elementos objetivos de la causa de justificación, dirigiendo su acción a la consecución del resultado valioso inherente a la justificante, tomando de tal modo una posición en favor del bien jurídico resguardado por la misma.³²

III.- Conclusión.-

Habiéndose reseñado las principales posiciones doctrinales en torno al tema en análisis, pasaré a brindar mi opinión al respecto. En primer lugar, como ya fuera adelantado, considero que es posible resistir a la autoridad en ejercicio ilegítimo de sus funciones, pues a ella se debe obediencia, siempre y cuando, obre conforme a la ley, lo cual estaría ausente en el caso traído a estudio. En lo referente a los supuestos en que ello es factible, comparto el análisis efectuado por Soler³³, expidiéndose en similar sentido Gómez³⁴ y Carrara³⁵, siendo los restantes criterios pasibles de algunas críticas, las cuales fueron señaladas a lo largo del trabajo.

Es así que habrá que distinguir los supuestos en que la ejecución de la orden es el resultado de una actividad jurisdiccional preestablecida, donde la instancia de justicia se ha agotado erga omnes, incluso para el destinatario, el cual, sea cual sea su opinión, no tiene más remedio que cumplirla. En los restantes casos, en los cuales se impartan órdenes que no presupongan un previo examen procesal decisorio y que dependan entonces de resoluciones libradas a la discreta apreciación del órgano mismo, habrá que

²⁷ *Ibidem*, p. 94.

²⁸ MEZGER, Edmundo, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, El Foro, 2001, T. II, ps. 377/8.

²⁹ CARRARA, Francesco, *ob. cit.*, p. 359.

³⁰ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *ob. cit.*, p. 287/8.

³¹ CEREZO MIR, José, *ob. cit.*, p. 279.

³² Respecto a los elementos de la legítima defensa, DONNA, Edgardo Alberto, *ob. cit.*, ps. 109/235. En lo atinente al elemento subjetivo, DE LA FUENTE, Javier Esteban, *ob. cit.*, ps. 167/81, en contra, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *ob. cit.*, ps. 600/5, quienes niegan la existencia de un elemento subjetivo en las causas de justificación.

³³ SOLER, Sebastián, *ob. cit.*, ps. 122/3.

³⁴ GOMEZ, Eusebio, *ob. cit.*, p. 464.

³⁵ CARRARA, Francesco, *ob. cit.*, ps. 337.

recurrir a la fórmula que se basa en que el hecho debe ser insoportable, definiéndose la insoportabilidad como certeza de la ilegitimidad. Por lo cual, si el resistente duda, obra a su riesgo, siendo que si la orden era ilícita, no hay delito; pero si no lo era, el reniente responde.

Partiendo entonces de la procedencia de la resistencia en tales supuestos, habrá que ver si la conducta del resistente resulta atípica o justificada por mediar legítima defensa. Para ello, previo a todo, comenzaré transcribiendo un párrafo de la obra de Luzón Peña, en donde señala las diferentes formas de legislar el delito de resistencia a la autoridad, explicando que en España “... los arts. 231, 2º y 237 sólo exigen que la autoridad o sus agentes ejerzan las funciones de su cargo”, por lo que “la actuación del particular contra el ejercicio antijurídico del cargo por la autoridad podrá estar justificada por la legítima defensa, pero no será atípica en sentido estricto ... En cambio, en el Derecho Alemán, ... el ... 113 StGB sólo castiga la resistencia con violencias, vías de hecho o amenazas a un funcionario ejecutor en el legítimo ejercicio de su cargo ...”, afirmándose entonces “... que si la acción del funcionario es antijurídica, no es ya que la resistencia esté cubierta por legítima defensa, sino que es directamente atípica ...”³⁶.

Ahora, nuestro artículo 239 del Código Penal, guarda mayor semejanza con la fórmula alemana, resultando entonces plenamente aplicable lo mencionado por el referido autor respecto a que la conducta de quien resiste al funcionario público que obra ilegítimamente será atípica, siendo que “... la legítima defensa sólo entrará en juego si además se causan lesiones o incluso la muerte al funcionario ...”³⁷. De ese modo, se han podido deslindar los supuestos en que el obrar del resistente resulta atípico, de aquellos en que su conducta se encuentra justificada por mediar legítima defensa.

Sin embargo, cabrá profundizar el análisis en lo atinente a tal causa de justificación, pues el art. 34, inc. 6, del Código Penal, establece una serie de requisitos al respecto. En primer lugar, es necesaria una agresión ilegítima, existente según Maurach y Zipf cuando “... representa un ilícito de conducta y hace temer la realización de un ilícito de resultado ...”³⁸, agregando que ella debe ser actual, lo que

³⁶ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *ob. cit.*, p. 273/4.

³⁷ *Ibidem*, p. 274. En el mismo sentido, DONNA, Edgardo Alberto, *ob. cit.*, p. 94.

³⁸ MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª edición, Buenos Aires, Astrea, 1994, T. I, p. 443.

implica “... una lesión inminente o persistente en referencia con los bienes jurídicos ...”³⁹.

Respecto a tal requisito habré de decir que el mismo se verifica en el caso, toda vez que la actuación de la autoridad no se encuentra dentro de la ley, por lo que el particular no tiene obligación de soportarla. Lo que sí habrá de tenerse en cuenta es que la agresión sea actual, pues como bien señala Donna, “... si el particular ataca al funcionario público una vez terminado el acto, con propósito de venganza, no estará amparado por la legítima defensa ...”⁴⁰

Luego, el art. 34, inc. 6, del Código Penal, establece como requisito la necesidad racional del medio empleado para defenderse, señalando Roxin que “... necesaria es toda defensa idónea, que sea la más benigna de varias clases de defensas elegibles y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir un daño ...”⁴¹. Como ya se vio, alegándose la inexistencia de este requisito, algunos autores han negado la procedencia de la legítima defensa ante la autoridad que obra en ejercicio ilegítimo de sus funciones, por entenderse que contra dicha agresión habrían recursos jurídicos que repararían la situación.

Ello creo que con solvencia fue rebatido por otra parte de la doctrina, al explicarse que “... tal posibilidad de reparación es más que dudosa para el afectado, pues puede ocurrir que no la consiga, bien porque el agresor no esté en condiciones de ofrecerla, bien porque en cualquier caso no gane el recurso ...”⁴², debiéndose destacar a su vez que resulta dudosa la corrección de una solución que imponga la obligación de soportar un daño al particular por el solo hecho de que éste sea reparable.

Un aspecto adicional a tener en cuenta en éste tópico ha sido brindado Luzón Peña al decir que “... Hay que partir de la base de que, como el funcionario actúa por sí mismo, normalmente va a proceder inmediatamente a la ejecución de su acto anulable, con lo que al afectado no le queda tiempo para interponer el recurso en el que solicite la suspensión. Por supuesto que si el acto tuviera un plazo antes de proceder a su ejecución, con lo que al afectado le es posible recurrir y solicitar la suspensión del acto para realizar su eficacia, y sin embargo, en vez de utilizar este medio recurre a la defensa violenta cuando el acto anulable se va a ejecutar,

³⁹ *Ibidem*, p. 447.

⁴⁰ DONNA, Edgardo Alberto, *ob. cit.*, p. 94.

⁴¹ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, 2ª edición, Madrid, Civitas, 1997, T. I, p. 628.

⁴² LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *ob. cit.*, ps. 268/9.

*ciertamente la agresión será ilegítima, pero el particular no podrá ampararse en legítima defensa completa, ya que el medio empleado no era necesario, por haber otro medio no lesivo con el que evitar la realización de la agresión ... ”.*⁴³

Finalmente, dable es recordar que además, para darse un supuesto de legítima defensa, no debe existir una provocación suficiente por parte del que se defiende, pues la provocación intencional de la víctima excluye tal causa de justificación⁴⁴, siendo que el que obrare debe conocer que se encuentran reunidos los elementos objetivos de la justificante, dirigiendo su accionar a la consecución de un resultado valioso, tomando de tal modo una posición en favor del bien jurídico resguardado por la misma.⁴⁵

Lo expuesto me lleva a concluir que de cumplirse con todos los requisitos mencionados, el particular que resiste al funcionario público en el ejercicio ilegítimo de sus funciones, obrará bajo legítima defensa, encontrándose entonces su accionar justificado, siempre y cuando al defenderse hubiera incurrido en algún delito, pues la subsunción en el art. 239 del C.P. se encontraría descartada ante la ausencia del elemento normativo del tipo -ejercicio legítimo de sus funciones-.

⁴³ *Ibidem*, p. 286.

⁴⁴ DONNA, Edgardo Alberto, *ob. cit.*, p. 207.

⁴⁵ DE LA FUENTE, Javier Esteban, *ob. cit.*, ps. 167/81.

Bibliografía

- CARRARA, Francesco, *“Programa de Derecho Criminal”*, ed. Temis, Bogotá, 1977.
- CEREZO MIR, José, *“Delitos de atentado propio, desobediencia y resistencia”*, en *“Temas Fundamentales del Derecho Penal”*, ed. Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2001/6.
- CREUS, Carlos, *“Delitos contra la administración pública: comentario de los arts. 237 a 181 del Código Penal”*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1981.
- CREUS, Carlos y BOUMPADRE, Jorge Eduardo, *“Derecho Penal. Parte Especial”*, 7ª edición, ed. Astrea, Buenos Aires, 2010.
- CUELLO CALÓN, Eugenio, *“Derecho Penal. Parte Especial”*, 7ª Edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1945.
- DE LA FUENTE, Javier Esteban, *“El aspecto subjetivo de las causas de justificación”*, ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2008.
- DONNA, Edgardo Alberto, *“Derecho Penal. Parte General”*, ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2008.
- DONNA, Edgardo Alberto, *“Derecho Penal. Parte Especial”*, 2ª edición, ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2008.
- GOMEZ, Eusebio, *“Tratado de Derecho Penal”*, ed. Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939.
- LUZON PEÑA, Diego Manuel, *“Aspectos esenciales de la legítima defensa”*, ed. Bosch, Barcelona, 1978.
- MAGGIORE, Giuseppe, *“Derecho Penal”*, Ed. Temis, Bogotá, 1954/5.
- MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *“Derecho Penal. Parte General”*, 7ª edición, ed. Astrea, Buenos Aires, 1994.
- MEZGER, Edmundo, *“Derecho Penal. Parte Especial”*, ed. El Foro, Buenos Aires, 2001.
- PACHECO, Joaquín Francisco, *“El Código Penal concordado y comentado”*, ed. Imprenta de Santiago Saunaque, 1865.
- ROXIN, Claus, *“Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito”*, 2da. edición, ed. Civitas, Madrid, 1997.
- SOLER, Sebastián, *“Derecho Penal Argentino”*, ed. TEA, Buenos Aires, 1951.

- TOZZINI, Carlos, “*Los delitos de atentado y resistencia a la autoridad*”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 1, La Ley, Buenos Aires, enero-marzo, 1969.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, “*Derecho Penal. Parte General*”, 2ª edición, ed. Ediar, Buenos Aires, 2008.