

LEGITIMA DEFENSA. SU VIABILIDAD CONTRA UNA ORDEN DE DETENCION ILEGAL.-

I) INTRODUCCION. PRESENTACION DEL TEMA:

Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber:...; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino.

Es claro que el derecho a la libertad ambulatoria, reconocido a todos los habitantes de la Nación por el artículo 14 de la Constitución Nacional, sólo puede ser restringido por el Estado a título de pena luego de un proceso legal en el que se declare la culpabilidad de una persona por haber cometido un hecho punible (existen teorías procesalistas que le otorgan a la actividad coercitiva del Estado una finalidad consistente en asegurar el resultado del proceso, evitando el daño jurídico que podría sobrevenir ante la falencia de elementos indispensables para la averiguación de la verdad y la ejecución de las posibles condenas, teorías que considero violatorias al mandato constitucional).-

Así, el artículo 18 constituye una de las máximas garantías de la libertad personal frente al abuso del poder y aún ante los legítimos derechos de la sociedad de defenderse de la acción delictiva.-

Desde la perspectiva de los derechos humanos, las seguridades y límites del citado artículo consagran tanto la dignidad del eventual afectado por aquellas prácticas prohibidas, como de la sociedad en su conjunto, que se denigra a sí misma si las permite y del Estado quien, si emplea conductas delictivas, pierde su legitimidad moral y jurídica.-

En este orden de ideas, cuando el agente de la autoridad actúa u omite arbitrariamente, es indudable el derecho del afectado a ejercer la legítima defensa dentro de los límites establecidos en el inciso 6°

del artículo 34 del Código Penal (ya que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe -art. 19 Constitución Nacional) y constituye una herramienta válida ante los eventuales actos y/o medidas de coerción efectuados por los órganos o individuos que representan al Estado, contrarios a la Carta Magna y al derecho positivo en general.-

Aquí, intentará fundamentar dicha afirmación, analizando específicamente la viabilidad de la causal de justificación reglada en el artículo 34 incisos 6° y 7° del Código Penal contra órdenes de detención ilegítimas.-

Por último, vale aclarar en este acápite, que el desarrollo que se le dará a la legítima defensa y a los tipos de atentado y resistencia a la autoridad (art. 237 C.P.) y resistencia y desobediencia a la autoridad (art. 239 C.P.) son meramente introductorios del tema, con el objeto de no desvirtuar el preciso tratamiento de la cuestión detallada en el título del presente trabajo.-

II) LA LEGITIMA DEFENSA COMO CAUSA DE JUSTIFICACION. FUNDAMENTO.-

Podemos afirmar que las normas son incondicionales (ordenan o prohíben conductas). Este principio cede cuando debe tenerse en cuenta las condiciones valorativas, por lo cual no se exige una vigencia absoluta del mandato en todas las situaciones de conflicto que se den en la realidad.-

Como expresa el Dr. Donna¹: *la norma sólo se aplica incondicionalmente en los casos de normalidad. La norma se aplica en todos los casos normales .-*

¹ Donna, Edgardo A., Teoría del Delito y de la Pena, t.2, p.127.-

Es pacífica la doctrina y la jurisprudencia en tratar la legítima defensa como causal de justificación o de licitud (la diferencia con el estado de necesidad es que este último trabaja con la idea del interés preponderante). Este instituto autoriza a defender bienes propios atacando bienes jurídicos de quien trata de agraviar aquellos. Creus² la cataloga como *una acción de repulsa autorizada*.-

Jescheck³ la define como "*la defensa requerida para apartar de sí o de otro una agresión actual antijurídica*".-

¿Cuál es su fundamento?

Para Welzel y Jakobs (citados por Zaffaroni⁴) se halla en el principio de que "el derecho no tiene por qué soportar lo injusto".-

Donna⁵ sostiene un doble fundamento: 1) *la defensa del bien jurídico en particular, que surge de la propia normativa, en el sentido de que la defensa sólo es permitida en cuanto se trate de la persona o derechos propios o ajenos, esto es, de bienes personales y 2) la necesidad de defensa del orden jurídico, en el sentido de que el derecho siempre debe prevalecer sobre el injusto*. Con respecto a su naturaleza, el Profesor la considera un derecho, ya que no es posible exigir a la persona que se defienda ante la agresión ilegítima cuando la misma decide huir o retirarse, siendo su elección, jurídicamente inobjetable.-

Zaffaroni⁶ en su Tratado plantea la dicotomía entre *objetivistas y subjetivistas*.-

Para los primeros existe una concepción social o colectiva y su legitimidad deriva de la preponderante función defensiva del derecho objetivo. Esta teoría, al cargar el acento sobre la defensa del orden jurídico

² Creus, Carlos, Derecho Penal Parte General, 4ºed., p.317.-

³ Jescheck, Hans, Tratado de Derecho Penal Parte General, 4ºed., p.303.-

⁴ Zaffaroni, Derecho Penal Parte General, 2ºed., p.610.-

⁵ Donna, ob. cit., p.139.-

entendido como derecho en sentido objetivo, acotó su campo de aplicación, exigiendo en mayor medida la equivalencia entre el mal que se causa y el que se evita, acercándola al estado de necesidad justificante y minimizando con ello la relevancia de la antijuridicidad de la agresión. La vertiente más radicalizada de este pensamiento equipara la legítima defensa con la pena y la erige en un deber jurídico.-

En cambio para los segundos, es prioritario el derecho subjetivo injustamente agredido. Esta vertiente tiene un origen contractualista: cuando el derecho no llega y no puede proteger los derechos naturales del individuo, cesa el deber de obediencia que éste tiene para con el estado, porque no pudiendo el estado proteger al individuo, tampoco puede exigirle obediencia (símil al pacto comisorio tácito legislado en el art. 1204 del Código Civil). El extremo de esta corriente es un individualismo a ultranza que no le importa la magnitud del daño que se causa con la defensa, que sólo esta limitada por la necesidad, que no conoce ley.-

Roxin ⁷adscribe a esta tesis agregándole un objetivo político-criminal. De este modo la defensa cumple también una función de prevención general, lo que le permite trasladar límites de la pena a la legítima defensa.-

Concretamente Zaffaroni⁸ sostiene: *Su fundamento no puede ser otro que el derecho del ciudadano a ejercer la coerción directa cuando el estado no puede proporcionarla en el caso concreto con parecida eficacia. Como todo derecho, tiene límites, que no son sólo los impuestos por la necesidad sino también los que devienen de la racionalidad. Los límites racionales al ejercicio de un derecho no le privan de su naturaleza sino que lo acotan de modo republicano.*

⁶ Zaffaroni, ob. cit., p.609.-

⁷ Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General tºI, p. 608.-

Más adelante acota: *Este límite no implica renunciar al fundamento subjetivista sino reconocer que no existe ningún orden jurídico que admita un individualismo tal que lleve la defensa de los derechos hasta el extremo de hacer insostenible la coexistencia, convirtiendo la vida social en una selva, porque tal extremo no sería otra cosa que su propia negación.-*

El autor ⁹citado le da un carácter de subsidiariedad a la causal de justificación analizada. Subsidiariedad en el sentido que el individuo no encontró una respuesta oportuna, cierta y efectiva del estado (o el propio estado es el agresor) y debió, al no quedarle otro medio jurídico para evitar la vulneración del bien, defenderse por mano propia.-

II.a) REQUISITOS.-

Los tres requisitos exigidos por el inc. 6° del art. 34 son: *agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla, y falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende.-*

El primero de ellos necesita de cuatro condiciones: debe ser conducta humana, actual, agresiva y antijurídica.-

El requisito temporal consiste en la actualidad/inmediatez que debe darse en la agresión. Para ampararse en la causal de justificación es indispensable que la agresión sea actual, o sea, esté en curso, o por lo menos, que aparezca como inminente, es decir, cuando el peligro de la agresión es suficientemente próximo como para que el agente se vea obligado a actuar para neutralizarla.-

⁸ Zaffaroni, ob. cit., p. 612.-

⁹ Zaffaroni, ob. cit., p. 611.-

La voz *agresión* indica la necesidad de una dirección de la voluntad hacia la producción de una lesión; en castellano *agredir* es acometer a alguno para matarlo, herirlo o hacerle daño¹⁰.-

La conducta además debe ser ilegítima (antijurídica), es decir, toda aquella conducta con voluntad lesiva, (no puede ser culposa - en contra Donna ¹¹: *Debe aceptarse también que pueda haber legítima defensa en contra de actos culposos, en tanto existe acción de la persona. Y esto es así porque la ley no limita la agresión a las acciones intencionales, y tampoco se puede aceptar que exista una limitación de tipo lógico o conceptual-*) que afecta bienes jurídicos sin derecho.-

Con respecto a la racionalidad en el medio empleado, es correcto afirmar que en la legítima defensa, aunque no haya ponderación de males, el límite en el ejercicio del derecho está dado por el límite general del ordenamiento jurídico que prohíbe su uso abusivo (1071 del Código Civil). En el caso específico, se entiende la racionalidad *como la ausencia de una desproporción insólita y grosera, casi indignante, entre el mal que se evita y el que se causa* ¹².-

El tercer requisito negativo ha sido definido por Zaffaroni ¹³como: *la provocación de la conducta anterior del que se defiende, que da motivo a la agresión y que se desvaloriza jurídicamente como suficiente cuando es previsible, sin que ha este efecto puedan tomarse en cuenta las características personales del agresor contrarias a los principios elementales de coexistencia, salvo que la agresión que se funde en esas características sea desencadenada por una conducta lesiva al sentimiento de piedad.*-

¹⁰ Enciclopedia Ilustrada de la Lengua Castellana

¹¹ Donna, ob. cit., p. 145.-

¹² Zaffaroni, ob. cit., p. 612.-

¹³ Zaffaroni, ob. cit., p.626.-

El adjetivo "suficiente" denota una "cierta gravedad" en la provocación. Así, no excluye la legítima defensa una pequeña falta de uno frente a una reacción desmedida del otro.-

II.b) BIENES Y OBJETOS DEFENDIBLES.-

Con la expresión del inc. 6º "*o de sus derechos*" podemos afirmar que es susceptible de legítima defensa todo interés jurídicamente protegido que pertenezca al agredido, privilegiando siempre el principio republicano de racionalidad en la elección del medio para repeler y el daño causado al agresor en sintonía con el bien u objeto atacado (ej: no puedo pegarle un tiro en la cabeza a un niño que pretende robarme una manzana).-

III) ATENTADO, RESISTENCIA Y DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD.-

La conducta que tipifica el art. 237 de nuestro Código Penal consiste en *emplear intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le presta asistencia para que aquél haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones* ¹⁴.-

La distinción entre atentado y resistencia está dada en que mientras el primero supone imponer al sujeto pasivo una acción u omisión para que este no comience a realizar el acto; la segunda, presupone impedir el cumplimiento del acto cuando este ya esta en curso.-

En cambio, la desobediencia (art. 239 C.P.) *constituye una resistencia pasiva frente a la activa del delito de resistencia. La oposición se*

¹⁴ Breglia Arias, Omar, Código Penal Comentado, t. 2, p. 557.-

manifiesta aquí como un no acatamiento de una orden, cometido por el destinatario individualizado en ella ¹⁵.-

En fin, con este breve recorrido y las definiciones reseñadas, podemos adentrarnos en el análisis específico del trabajo: *¿Se puede oponer la legítima defensa cuando atento, resisto o desobedezco una orden de detención ilegal?.-*

IV) LEGITIMA DEFENSA CONTRA MEDIDAS DE COERCION O INJERENCIAS ILEGALES.-

Centrándonos en el núcleo temático del presente trabajo, vale como aclaración previa, que se tomará como sinónimo cualquier medida de coerción o injerencia realizada por un funcionario público (inmovilización en el lugar del hecho, arresto, detención, allanamiento, requisa, etc.), y la posibilidad, o no, de esgrimir contra aquellas la legítima defensa.-

Introduciéndonos al tema con un breve desarrollo histórico, podemos apuntar que ya desde el Imperio Romano se autorizaba a los contribuyentes de las provincias a resistirse contra las arbitrariedades de los funcionarios recaudadores locales ¹⁶.-

En el siglo XIX se dividen las aguas que marcarían ideológicamente las dos posturas que dan lugar a igual número de escuelas: la autoritaria y la liberal.-

La primera de ellas encabezada por Hobbes, *sostenía que el depositario del poder público debía obedecer siempre y en todo , porque la autoridad siempre tiene razón...el ciudadano, a los efectos de asegurar la paz y evitar la guerra civil, debía entregar todos sus derechos al soberano* ¹⁷.-

¹⁵ Breglia Arias, ob. cit., p. 562.-

¹⁶ Donna, Edgardo A., Derecho Penal Parte Especial t. III, p. 64.-

¹⁷ Donna, ob. cit. p. 64.-

La posición liberal, representada por Carrara, Romagnosi y Manzini, proclamaba: *no era posible admitir la obligación, a cargo de los ciudadanos, de obedecer pasivamente al funcionario público, porque aquellos son hombres libres y no esclavos; por lo que, si bien están obligados a obedecer las órdenes justas, tienen el derecho de rechazar las injustas, porque están facultados para inspeccionar la conducta del funcionario, que es tal mientras obra dentro del límite de lo lícito, y se convierte en un ciudadano como cualquier otro si pasa de ellos* ¹⁸.-

Como se dijo anteriormente, estas dos escuelas marcaron el camino ideológico de las variadas posturas que enfrenta la solución del problema, abriéndose un abanico de posibilidades que van desde la negación absoluta de permitir la legítima defensa contra actos injustos y/o arbitrarios del estado; hacia una permisividad total de esta causal de justificación, tornando la conducta del agente que se revela contra esa clase de actos, en impune.-

IV.a) INVIABILIDAD TOTAL DE LA LEGITIMA DEFENSA.-

Dentro de la postura extrema que niega completamente la posibilidad de la legítima defensa, se encuentran los conceptos de Pacheco, Gómez de la Serna-Montalbán y Groizard, citados por Luzón Peña¹⁹, que estiman que debe acudirse a los mecanismos recursivos (procesales y/o administrativos) en contra de los errores y abusos del Estado. Asimismo, consideran que las presunciones legales siempre son a favor de la autoridad.-

¹⁸ Donna, ob. cit., p. 66.-

¹⁹ Luzón Peña, Diego M., Aspectos esenciales de la legítima defensa, p. 267.-

Donna²⁰ cita textualmente a Pacheco: *Y la razón de esto es evidente. 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 tratara de autoridades supremas, de sentencias contra las cuales no haya apelación, es necesario tener presente que en la esfera legal, esas autoridades son infalibles; esas sentencias pro veritate habentur.-*

IV.b) POSTURAS INTERMEDIAS.-

Cerezo Mir²¹ considera la existencia de actos antijurídicos pero obligatorios y que gozan de ejecutoridad mientras no sea declarada su nulidad, siendo eficaces en razón de la presunción de validez y legitimidad que poseen los actos estatales (*Los actos administrativos, por serlo, tienen a su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la autoridad administrativa y, por consiguiente, toda invocación de nulidad contra ellos debe ser necesariamente alegada y probada en juicio; así sucede cuando se han desconocido o vulnerado principios de derecho público o garantías constitucionales (CSJN, 19/2/76, ED, 68-417).-*

Para esta teoría, denominada *administrativista*, el vicio o la ilegitimidad del acto depende si el mismo es de carácter nulo, anulable o irregular.-

El carácter de anulabilidad del acto estará dado en el grado o importancia del vicio que padezca. Así, el autor considera que los actos nulos, aquellos que son evidentemente antijurídicos, imposibles o constituyen delitos, podrán dar lugar a la legítima defensa. En cambio, los actos anulables o irregulares, aquellos que presentan alguna irregularidad, omisión o vicio, que no alcanzan a afectar a algunos de sus

²⁰ Donna, ob. cit. p. 65.-

²¹ Cerezo Mir, José, Temas fundamentales del Derecho Penal, Colección Autores de Derecho Penal.-

elementos esenciales, gozan de ejecutoriedad, y mientras no sea declarada su nulidad, son eficaces, no pudiéndole oponérsele la causal de justificación estudiada.-

Asimismo, Luzón Peña²² agrega la distinción entre el supuesto que el agente u órgano estatal actúe por sí mismo, o que lo haga cumpliendo órdenes o mandato de un superior (obediencia debida). Si el funcionario está obrando por decisión propia y el acto es nulo y/o anulable o cuando el agente estatal no está obligado a cumplir la orden antijurídica de su superior, se reconoce el derecho a la legítima defensa. En cambio, si el mandato es obligatorio para el funcionario subordinado, lo será también para el destinatario, para evitar que quien respeta el derecho obrando en obediencia debida tenga que exponerse contradictoriamente al ejercicio de la legítima defensa.-

Para Jescheck²³ *el deber de soportar el estado de necesidad surge, sobre todo, cuando procede aceptar en interés público las **intervenciones de la autoridad ajustadas a Derecho...** Asimismo, ha de tolerarse la pena carcelaria injustamente impuesta, pero firme, sin que el interno pueda acogerse al parágrafo 35 si, por ejemplo, mata en su fuga a un funcionario de prisiones, siempre que el juicio en sí respetara los principios del Estado de Derecho.-*

V) CRITERIO AMPLIO DE VIABILIDAD DE LA LEGITIMA DEFENSA. DOCTRINA. JURISPRUDENCIA.-

Esta corriente, apoyada en un cuño de tinte netamente liberal, estima viable la legítima defensa contra una orden de detención arbitraria y/o ilegal.-

²² Luzón Peña, ob. cit.-

²³ Jescheck, ob. cit., p. 441.-

Comenzamos reseñando brevemente los conceptos de algunos autores enrolados en esta postura.-

Francisco Orts Alberdi²⁴ *Pero cuando el agente de la autoridad actúa u omite arbitrariamente, es indudable el derecho del afectado a ejercer la legítima defensa dentro de los límites establecidos en el inciso 6° del artículo 34 del Código Penal. Este derecho tiene raíces constitucionales ya que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 19 de la Constitución Nacional) y es incontestable en un orden jurídico como el nuestro, en el que impera el principio de legalidad sobre el de autoridad, lo que trae como consecuencia que cuando el acto es arbitrario deja por ello de ser de autoridad ya que ésta es una función pública y no una calidad personal del agente. Si el obra contra la ley su actuación debe considerarse a los efectos de la justificante, como la de un particular. Más adelante agrega que es indiferente que el agente esté cumpliendo órdenes superiores y que no tenga facultades para examinar la legalidad de las mismas. Si son arbitrarias procede la defensa.-*

Breglia Arias²⁵: *También, para que exista la resistencia típica del art. 239 se debe enfrentar un acto legítimo de autoridad; si la orden es ilícita no hay delito, pero el destinatario debe conocer realmente que esa disposición no lo obliga, o por lo menos, que contra ella cabe legítima resistencia...De igual manera, y dado que la correcta triplicación de este delito exige que el funcionario público actúe en la esfera de legítimas atribuciones, cabe la legítima defensa frente al acto funcional abusivo.-*

Donna ²⁶afirma que para que la resistencia sea antijurídica es necesario que el funcionario haya actuado jurídicamente. Esta actuación exige como mínimos dos requisitos: 1) que el funcionario actúe dentro de

²⁴ Orts Alberdi, Francisco, Las causas de justificación en el derecho penal, p.101.-

²⁵ Bregli Arias, ob. cit., t.2, p. 571.-

²⁶ Donna, Derecho Penal...t. III, p.71 y ss.-

su competencia e imparcialidad y 2) el funcionario tiene la exigencia de examinar los títulos que lo habilitan a actuar. *En consecuencia, su acción será antijurídica si ese examen no se realizó, y la orden era objetivamente antijurídica. El error del funcionario, sobre la autorización jurídica, lleva a que su acción sea antijurídica y la resistencia posible. La orden que pasa de mano en mano no se legitima por ese motivo, sigue siendo ilegítima, y por ende, el particular puede rechazarla.-*

Zaffaroni ²⁷reconoce expresamente el derecho de legítima defensa cuando el funcionario actúa ilegítimamente o contrariando su deber. Critica duramente la postura de aquellos que fijan un límite a la defensa en los casos de error del funcionario o cuando sus actos son de carácter anulables o irregulares, tachándola de *teorías con cierto tinte autoritario provenientes del derecho administrativo*. Considera que carece de fundamento el *privilegio de errar* (expresión de Jellinek), pues no hay razón que explique por qué el error convierte en lícito un ilícito y, por ende, por qué el habitante debe soportar el error del funcionario.-

Asimismo, se puede citar la siguiente jurisprudencia: *Corresponde excluir el delito de resistencia a la autoridad cuando no existe fundamento alguno que legitime la orden de detención violentamente resistida (CNCrinCorr, Sala V, 20/5/77, Fallos, 1977-46); Debe revocarse la sentencia apelada y absolver al procesado del delito de resistencia a la autoridad en concurso ideal con lesiones leves, por cuanto la actuación del denunciante - policía- constituyó una verdadera agresión ilegítima, intentando, por un problema de estacionamiento indebido del automóvil del procesado frente al local policial, restringir indebidamente la libertad ambulatoria del encausado, al tiempo que lo manoseaba sin motivo, y con reiteración, tomándolo bruscamente de la corbata (CNCrimCorr, Sala I, 10/10/85, BICCC, 1985-I-321); Si bien se*

²⁷ Zaffaroni, ob. cit., p. 638/639.-

halla acreditado que el procesado se acercó al lugar donde la policía estaba interrogando a dos personas en la vía pública, y al ser invitado a retirarse produjo un altercado y forcejeos, resultando un policía lesionado, por cuanto el proceder de los preventores está al margen de sus facultades legales, puesto que el hecho que dos personas estén juntas en la calle, posiblemente efectuando una a otra preguntas, no justifica la intervención policial y para la tipificación del mencionado delito se exige que el funcionario actúe dentro de sus atribuciones legítimas (CNCrimCorr, Sala V, 3/2/87, BICCC, 1987-I-46); Corresponde absolver del delito de resistencia a la autoridad, a quien habiendo sido convocado para presenciar un acto de procedimiento tendiente a configurar una prueba (allanamiento), es decir, para constituirse en testigo de un hecho a producirse, se negó a ello, pues no existe disposición alguna que obligue a un habitante de nuestro país a oficiar de testigo de algo que va a suceder (CNCRrimCorr, Sala IV, 7/10/93, BICCC, 1993-4-26) y Toda resistencia a la actuación ilegítima de la autoridad no puede hallar encuadramiento legal en el tipo penal del art. 239 del Cód. Penal. La razón de ello no reside en que a la conducta del particular que se opone a la pretensión ilegítima de la autoridad, se le niegue su calidad de "resistencia" sino, precisamente, en que ella se dirige contra un acto ilegítimo y, por tanto, no tutelado por la disposición legal mencionada (TOralCrim N° 23, 30/5/96, LL, 1998-E-311).-

VI) TESIS PROPUESTA. FUNDAMENTOS. CONCLUSIONES.-

En la introducción del presente trabajo se adelantó la premisa que es posible ampararse en la causal de justificación de la legítima defensa contra órdenes de detención arbitrarias y/o ilegítimas. Corresponde señalar en este punto que se considera la viabilidad amplia de tal posibilidad por los fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales

citados en el acápite anterior, agregando a los mismos los propios que seguidamente expondré.-

A mi entender, el punto de partida está dado en el análisis del primer requisito objetivo de la causal de justificación: la presencia de la "agresión antijurídica": **¿Existió realmente orden detención ilegal?.-**

Ante la presencia de este requisito, en cuanto presupuesto del acto defensivo justificado, Nelson Pessoa²⁸ comienza el tratamiento del tema con los siguientes interrogantes: ¿cómo se verifica o determina?, ¿debe existir objetivamente en el mundo antes del acto defensivo?, o ¿es suficiente que, por ejemplo, el acto haya tenido, conforme a un espectador imparcial, objetivo, la apariencia de una agresión antijurídica?.-

Para responder a estos, el autor desarrolla tres criterios de evaluación de la situación que se somete a juzgamiento.-

El criterio o perspectiva "ex post", postula la necesidad de la existencia efectiva de una agresión antijurídica. Esta existencia es verificada luego del hecho ("ex post") por un observador imparcial y objetivo, por ejemplo, el juez. Si la agresión realmente no existió no corresponde hablar de legítima defensa.-

Cuando se tiene en cuenta la perspectiva de la persona que sufre el acto, el criterio o perspectiva se denomina "ex ante". Se analiza el caso desde el punto de vista del autor que se encuentra viviendo la situación que, prima facie, aparece como agresiva. Si este hecho aparece ante los ojos de un espectador objetivo (el juez) como una agresión antijurídica, entonces deberá tratarse como una agresión y el acto estará justificado; es decir, será agresión no sólo el acto que realmente es y se presenta como tal, sino, por ejemplo, una broma con un arma que presenta todas las apariencias de ser, v. gr., un robo.-

Por fin, los criterios o perspectivas mixtas, postulan la imposibilidad de trabajar o decidir con un criterio uniforme, sosteniendo que hay que distinguir distintos supuestos y situaciones, y en cada una de ellas opera un criterio como pauta para decidir la existencia o no del respectivo elemento objetivo.-

El Código Penal alemán resuelve el tema subjetivo en el párrafo 113 inc. 3º (resistencia a la autoridad): *El hecho no será punible según este precepto, cuando el acto de servicio no es adecuado a derecho. **Esto es válido también en el caso que el autor suponga erradamente que el acto de servicio es adecuado a derecho*** (la negrita es mía).-

Lo novedoso y notable de esta fórmula legal es que desecha el elemento subjetivo de la legítima defensa. En nuestro derecho positivo, la ley le exige al sujeto activo el conocimiento que lo están agrediendo injustamente y la necesidad y voluntad de defenderse de dicha agresión (el art. 34 inc. 6º, 5º y 6º párrafo del Código Penal establece presunciones *juris tantum* de la legítima defensa. Para estos casos también Donna²⁹ exige el elemento subjetivo de saber que se trate de una agresión y de querer defenderse. Pone como ejemplo el que sabe que el que entra en su casa es el amante de su hija y lo mata en las circunstancias que la ley lo justifica).-

Comparto el criterio de Donna³⁰ que sostiene que los requisitos deben existir objetivamente y no sólo en la creencia del sujeto que decide actuar. Pero para la constatación de esos elementos objetivos de la causal de justificación, el sistema que se debe seguir es un juicio *ex ante*, colocándose en la situación del autor, y en el momento del hecho. En caso que el sujeto activo de la legítima defensa cometa un error, es el juez el que debe hacer una valoración de la calidad del mismo: si es

²⁸ Pessoa, Nelson, Legítima Defensa, p. 147 y ss.-

²⁹ Donna, Teoría del delito..., t. 2, p. 154.-

³⁰ Donna, ob. cit., p.156.-

vencible o invencible. Analizar si desde su óptica, en base a las situación concreta del hecho histórico, pudo objetivamente creerse que estaba siendo sometido a una agresión ilegítima (aclarando que siempre se tiene que respetar los otros requisitos: falta de provocación y racionalidad del medio empleado). El ejemplo que ilustra la posición es aquel que se encuentra parado en una esquina sin hacer absolutamente nada y un agente policial pretende detenerlo ilegalmente por una actitud "sospechosa" infundada.-

Se sostiene que sería condición previa que el particular advierta al funcionario acerca del error³¹. Zaffaroni, en cambio, considera sobreabundante esta condición, pues estima que no es más que un requisito general de la legítima defensa³².-

Entiendo equivocado el razonamiento del último de los autores citados: cuando un agente policial pretende aprehender y/o detener injusta y/o arbitrariamente, el desarrollo lógico de tal situación impone que el sujeto que padece dicha agresión informe al funcionario de las circunstancias que él considera ilegítimas en la conducta del mismo, y si este continúa, quedaría habilitado para repelerla. Esta última solución es respetuosa del requisito de la racionalidad del medio empleado: yo no puedo sin más comenzar a pegarle al funcionario sin poner en su conocimiento el yerro en que incurre, ya que tal advertencia es consecuente con la utilización de un medio menos dañino a los bienes tutelados.-

Si el sujeto que se resiste se equivoca en la apreciación y la orden realmente era legítima (el llamado error sobre los supuestos básicos de una causal de justificación) nos encontraríamos frente a un error de prohibición.-

³¹ Roxin, ob. cit., p. 741.-

³² Zaffaroni, ob. cit., p. 639.-

Las soluciones a este problema no son pacíficas. Donna³³ divide las posiciones de la siguiente manera: *Un primer grupo sostiene que se excluye el dolo y, en consecuencia, si el error se debe a una conducta negligente subsistirá la culpa.-*

Desde otra perspectiva, se sostiene que, si bien no se excluye el dolo, se deben aplicar analógicamente las reglas del error de tipo, y darse un tratamiento al tema "como si fuera un error de tipo" .-

Por último, se encuentran los autores que sostienen que se trata de un error de prohibición, con lo cual al no excluir éste el dolo, queda subsistente, y con ello el problema se traslada al ámbito de la culpabilidad.-

Hay que agregar a estas tres posturas que también se debe hacer un análisis de las características materiales del error: si el mismo fue evitable o inevitable (vencible o invencible), valoración que debe darse al sujeto en concreto y a sus posibilidades (el ejemplo típico sería que el sujeto activo de la legítima defensa fuese un abogado -máxime si es especialista en derecho penal- y este se resistiera a la orden de detención. Considero que tal personaje no puede ampararse en un error en la apreciación de la causal de justificación, atento a sus conocimientos sobre la materia).-

En suma, el error de prohibición que es aquel *que impide solamente la comprensión del carácter y entidad del injusto penal de acto*³⁴, elimina la culpabilidad solo en el caso que el mismo fuera invencible.-

Se puede mencionar, a mero título informativo, como trata la cuestión el proyecto de reforma al Código Penal. El art. 34 inc. I declara que no es punible *el que obrare por error invencible sobre los presupuestos de una causa de justificación;* y el art. 35, que describe las causas de disminución de la pena, reza en su inc. C: *Al que obrare con error vencible*

³³ Donna, Teoría del...t.2, p. 137.-

³⁴ Zaffaroni, ob. cit., p. 733.-

sobre los presupuestos de una causa de justificación o de una situación de necesidad exculpante. La pena será la prevista para la tentativa.-

¿Cuál es la situación de un agente que actúa en la creencia que la orden es legítima, o bien bajo la obediencia debida?

En el primer supuesto, se estará dentro del campo de error de prohibición, debiendo analizarse la evitabilidad o inevitabilidad del mismo (la duda exige la abstención). Si actúa por la coacción de la obediencia debida y la orden es notoriamente antijurídica debe abstenerse de cumplirla (por ejemplo se obliga a un subordinado policial a torturar a un detenido); pero si reconoce la ilegitimidad de la orden y está compelido a cumplirla, se estará ante una causa de inexigibilidad y, por ende, de exclusión por responsabilidad por el hecho³⁵.-

Otro argumento importante es que el estado no puede obviar la responsabilidad por sus actos.-

El fundamento jurídico de la responsabilidad del estado se encuentra en la Constitución, toda vez que si la actividad de alguno de sus órganos y/o dependientes causa un perjuicio especial a un individuo, en violación de los derechos que la misma Carta Magna consagra, como por ejemplo, la libertad ambulatoria (art. 14 C.N.), debe atenderse al principio de la igualdad ante las cargas públicas, corolario del principio general de igualdad ante la ley.-

En esta inteligencia se puede afirmar que el estado es plenamente responsable por las conductas desplegadas por sus agentes a título de dolo o imprudencia, aún con mayor rigor al tratarse de medidas de coerción y de afectación de la libertad ambulatoria.-

³⁵ Donna, ob. cit., t. 2, p. 173.-

Binder ³⁶lo expresa de la siguiente manera: *La coerción penal constituye una fuerza estatal de alta intensidad y, por lo tanto, todos los resguardos y garantías referidos a ella tienen una gran importancia política, que debe ser tomada en cuenta en toda interpretación constitucional.-*

Tal es así, que en nuestro Código Penal se sanciona expresamente la conducta del funcionario que detiene ilegítimamente. Reza el art. 144 bis del citado cuerpo legal: *Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble de tiempo: 1º) El funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, privase a alguno de su libertad personal.* (A esto hay que agregarle las conductas de los funcionarios incriminadas en el artículo 143 del Cód. Pen.).-

Por lo tanto, violaría el principio republicano de racionalidad de los actos de gobierno, si se procesa a un individuo que se defendió contra una conducta ilegal (tipificada en el 144 inc. 1 del C.P) de un funcionario público. En este aspecto, es por demás claro, que la **AGRESION ILEGITIMA**, está plenamente configurada y habilitaría la conducta justificada del sujeto que padece la orden de detención ilegal y/o arbitraria.-

Compartimos con Pablo Slonimsqui³⁷ cuando manifiesta que: *En una sociedad democrática, la libertad personal forma parte esencial del núcleo de derechos fundamentales de todo ciudadano. De ahí que las garantías de su efectividad constituyan exigencias jurídicas propias del Estado de Derecho, e impongan la búsqueda permanente de estructuras organizativas idóneas para articular los mecanismos que exige una adecuada protección de los derechos humanos y, en particular, el refuerzo de todas las garantías en los diversos*

³⁶ Binder, Alberto, Introducción al Derecho Procesal Penal, p. 75.-

³⁷ Slonimsqui, Pablo, Sobre el uso irracional de las medidas de coerción procesal: la detención judicial arbitraria, Revista de Derecho Penal, 2001-1.-

sectores de la actividad judicial susceptibles de desembocar en privaciones arbitrarias de la libertad.-

En los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la C.N.), de aplicación obligatoria, irrestricta y sin necesidad de reglamentación previa en el derecho interno, también encontramos normas que amparan al individuo contra detenciones ilegales.-

Así, el art. 9 de la Declaración Universal de los derechos Humanos ordena taxativamente que *NADIE PODRÁ SER ARBITRARIAMENTE DETENIDO, PRESO NI DESTERRADO*. En el mismo sentido, en el art. 7.1 inc. 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se establece imperativamente que *NADIE PUEDE SER SOMETIDO A DETENCION O ENCARCELAMIENTOS ARBITRARIOS.-*

Para terminar, y compartiendo las críticas que le realiza Zaffaroni a aquellas teorías "administrativas" que estiman que no corresponde la legítima defensa contra aquellas órdenes ilegales siempre y cuando el agente o funcionario público actúe bajo mandato sin posibilidad de evaluar las mismas, o aquellas medidas coercitivas cuya defecto sea de carácter anulable susceptible de revisión posterior, se olvidan que el individuo dentro de un estado democrático de derecho no debe cargar con su propia libertad, integridad física y hasta incluso la muerte, con las conductas arbitrarias e ilegítimas del estado, bajo el pretexto de su posterior corrección, máxime en las condiciones deplorables e indignas de los centros de detención de nuestro país y especialmente de la provincia de Buenos Aires. *Máxime, cuando este estado no tiene la autoridad moral para exigirle a un individuo tal sacrificio.-*

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA:

- BINDER, Alberto. "Introducción al Derecho Procesal Penal".-

- BREGLIA ARIAS, Omar. "Código Penal Comentado", 4° ed.-
- CEREZO MIR, José. "Temas fundamentales del Derecho Penal", Colección de autores de Derecho Penal.-
- CREUS, Carlos. "Derecho Penal Parte General", 4° ed.-
- DONNA, Edgardo Alberto. "Teoría del Delito y de la Pena", 2° reimpresión.-
- DONNA, Edgardo Alberto. "Tratado de Derecho Penal Parte Especial".-
- GELLI, María Angélica. "Constitución Nacional Argentina. Comentada y Concordada".-
- JESCHECK, Hans. "Tratado de Derecho Penal Parte General", 2° ed.-
- LUZON PEÑA, Diego. "Aspectos esenciales de la legítima defensa".-
- ORTS ALBERDI, Francisco. "Las causas de justificación en el Derecho Penal".-
- PESSOA, Nelson. "Legítima Defensa".-
- ROXIN, Claus. "Derecho Penal Parte General", 2° ed.-
- SLONIMSKI, Pablo. "Sobre el uso irracional de las medidas de coerción procesal: la detención judicial arbitraria". Revista de Derecho Penal. Garantías Constitucionales y nulidades procesales. T° I (2000-1).-
- ZAFFARONI, Eugenio. "Derecho Penal Parte General", 2° ed.-

**TRABAJO FINAL PARA LA CATEDRA "TEORIA DEL DELITO Y
FUNDAMENTACION DE LA PENA"**

LEGITIMA DEFENSA. SU VIABILIDAD CONTRA UNA
ORDEN DE DETENCION ILEGAL

PROFESOR: DR. EDGARDO ALBERTO DONNA.-

ALUMNO: VICTORIO MARTIN de la CANAL.-

PROFESION: ABOGADO. (T°I F°300 del C.A.N).-