

Fuerzas de seguridad y legítima defensa: análisis dogmático

Manuel Ignacio Islas¹

1.- Actualidad y utilidad del problema. -

El tema del presente trabajo es de suma actualidad y utilidad práctica para los sujetos y actores que intervienen en un proceso penal –jueces, fiscales, defensores, víctimas, imputados, entre otros– y que, en los últimos tiempos, ha concitado la atención de amplios sectores de la sociedad en general, lo que justifica su abordaje técnico.

La *actualidad* de la cuestión planteada deriva del notorio incremento y difusión en los medios masivos de comunicación de casos referidos a hechos en los que intervienen policías –en funciones o de franco de servicio– que, invocando la legítima defensa como causal de justificación, provocan resultados lesivos (lesiones y/o muertes) en contextos fácticos singulares de agresiones no provocadas.

Ello torna necesario reflexionar sobre tal aspecto específico de la teoría del delito, con el fin de ofrecer a jueces y demás interesados, dentro de la gama de posibilidades teóricas existentes, un punto de vista dogmático que quizás oriente decisiones en los múltiples casos que ingresan al sistema de justicia penal en todo el país. Se espera que este aporte contribuya a uniformar decisiones jurisdiccionales y evitar soluciones diversas frente a casos análogos.

El tema elegido resulta espinoso, controversial y muy discutido. No existe un consenso claro en el seno de nuestra sociedad, en la academia ni en las salas de justicia sobre su abordaje. Comunicadores sociales ofrecen su visión; especialistas, tanto teóricos como prácticos, comparten sus reflexiones en distintos medios masivos de comunicación. Ese *blend* de opiniones se transforma en un entramado que constituye un curioso insumo del que abrevan muchos integrantes de la sociedad, quienes expresan con libertad sus pareceres al reflexionar sobre alguna noticia que capta la atención social.

¹.- Abogado UNLP. Magister en Ciencias Penales UNIPam. -

En tal contexto, se considera necesario que el técnico comparta un punto de vista jurídico fundado, ya que un enfoque errado del asunto puede marcar la diferencia entre la vida y la muerte de personas concretas en hipótesis reales de conflicto; o puede ser funcional al encierro carcelario de un sujeto, a la absolución por considerar justificada la acción, o bien a la condena por exceso en la legítima defensa.

De ahí la utilidad y relevancia de reflexionar sobre este tópico concreto sin sesgos ni estereotipos. Creemos que la postura que se ofrecerá en el presente trabajo es el resultado de una derivación razonada, sencilla y serena de la interpretación de la ley que nos rige, orientada a uniformar criterios y brindar seguridad y previsibilidad en las respuestas estatales a los casos concretos bajo examen.

2.- Nociones preliminares. Antijuridicidad. Causas de Justificación. -

Existe un consenso generalizado entre los teóricos del derecho penal en definir al delito como una *acción típica, antijurídica y culpable*.

Desde un punto de vista dogmático, el tema a desarrollar se sitúa concretamente en el tercer estrato o escalón de análisis de la teoría del delito, denominado **antijuridicidad**, que tiene por objeto estudiar y resolver en qué condiciones se puede afirmar que la acción humana bajo análisis, además de típica, resulta contraria a derecho.

Esta tarea presupone que la acción bajo examen, objetiva y subjetivamente, se adecúa, se subsume o, dicho más criollamente, encaja en un tipo penal particular, de lo que se puede inferir una presunción de ilicitud o indicio de antinormatividad. Pero se trata de un indicio *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario.

Esa presunción de antinormatividad cede cuando el derecho, considerado en su totalidad, tiene una norma que *autoriza* la realización del hecho típico. Estas normas se llaman **causas de justificación**.²

Es importante resaltar y enfatizar que esa prueba contraria para realizar el test de juridicidad o antijuridicidad surge del contraste con todo el plexo normativo vigente en

² .- Enseñaba el profesor Mir Puig que *no basta con la existencia de un comportamiento humano subsumible en un tipo penal, sino que además se exige una comprobación de carácter negativo, concretamente que esa acción no se halle permitido por una causa de justificación* –cfr. MIR PUIG, Santiago: Fundamentos de Derecho Penal y Teoría del delito. BdeF, Bs. As. 2019, p. 189 y ss.

nuestro país, no solamente el derecho penal. Ello porque entendemos, en consonancia con Basílico³, que "*el ordenamiento jurídico no sólo se compone de prohibiciones, sino también de **preceptos permisivos** que autorizan a realizar un hecho, en principio, prohibido*".

Precisamente por ello se señala que la antijuridicidad⁴ "*...tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal (en forma dolosa o no; activa u omisiva) no es contraria al derecho. (...) Es, por lo tanto, una teoría de las **autorizaciones** para la realización de un comportamiento típico.*"

En consecuencia, podemos caracterizar a la *causa de justificación* como un permiso, autorización y/o habilitación legal para realizar un tipo penal.

Por ejemplo, quien mata a otro en legítima defensa realiza una acción típica que se adecua a la descripción del art 79 del Código Penal Argentino que castiga "*...al que matare a otro...*", sin embargo, no es antijurídico tal accionar porque ese comportamiento está autorizado, permitido o justificado por la norma del art 34 inc. 6 del CPA, que prevé en la Argentina la **legítima defensa propia**.

Podemos afirmar, entonces, que una acción típica solo es antijurídica cuando no está amparada por ninguna norma jurídica; es decir, cuando existe una ausencia de justificación. No puede ser contraria al orden jurídico una acción cuya realización está permitida por el derecho concebido en su totalidad –no solamente por el derecho penal–, en virtud de la pretendida coherencia o no contradicción que se presume entre las disposiciones del firmamento jurídico argentino.

Entre las causas de justificación, en particular, nos enfocaremos concretamente en la legítima defensa –que en nuestro derecho puede ser propia o de terceros–, pero con el plus diferencial y específico de delimitar adecuadamente en qué casos y bajo qué condiciones el personal policial puede invocar esta causal para justificar su accionar en las diversas hipótesis de conflicto que ofrece la realidad social actual.

3.- ¿Qué es la defensa?

³.- Basílico Ricardo: Código Penal de la Nación Argentina, comentado, anotado y concordado, p.129, Buenos Aires, Hammurabi, 2021.

⁴.- Bacigalupo, Enrique: "Derecho penal Parte general", 2° edición, Buenos Aires, editorial Hammurabi, 2012, pág. 351

Inicialmente podemos decir, para despejar la cuestión que la defensa es la contracara del ataque, que *no hay defensa sin un ataque*. Ataque y defensa podrían pensarse como las dos caras de una misma moneda.

Entonces, cuando hablamos de defensa presuponemos necesariamente la preexistencia de un ataque que puede ser ilegítimo, es decir, contrario a la ley –en sentido amplio- o no permitido por ella.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, ataque es la “*acción de atacar, acometer o emprender una ofensiva*”, contemplando como sinónimos expresiones como “agresión, ofensiva, acometida, asalto, embestida, embate” y como antónimos “defensa” o “contraataque”. Un ataque es una situación de tensión frente a la cual los seres humanos podemos paralizarnos, huir o luchar; es decir, defendernos.

De esas tres reacciones humanamente posibles para afrontar una situación de tensión concreta, nos detendremos en la última: la defensa. Más específicamente, en nuestro caso, no en cualquier defensa, sino en la legítima defensa; y no cualquier legítima defensa, sino la desarrollada por personal perteneciente a alguna fuerza de seguridad que invoca esta causal para justificar su accionar.

4.- ¿Qué es la legítima defensa?

Diversos autores han delineado y caracterizado los alcances de la legítima defensa. He elegido compartir las caracterizaciones de dos distinguidos maestros: Manuel de Rivacoba y Rivacoba, y Sebastián Soler. Desarrollaré críticamente ambas caracterizaciones para, a partir de esos cimientos y de nuestro derecho vigente, arribar a una definición propia de la legítima defensa.

El profesor español Manuel de Rivacoba y Rivacoba (1965)⁵ definió esta causal de justificación señalando que es “*un acto típico racionalmente necesario para impedir una agresión ilegítima, realizado por un particular y que recae sobre el agresor o sobre los medios de que se sirve*”.

La primera observación crítica es que la construcción de este maestro no se apoyó en nuestro derecho positivo vigente. Por ello, puede señalarse respetuosamente que su caracterización resulta restrictiva por diversos motivos. En primer lugar, porque

⁵.- Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Del fundamento a la defensa de la legítima defensa, p.251, Bilbao, 1965.

la defensa puede consistir en uno o varios actos realizados por quien se defiende, no necesariamente en uno solo.

En cuanto a la finalidad propuesta por el distinguido jurista —“*impedir una agresión ilegítima*”—, también se advierte que es un criterio demasiado limitado e incompatible con nuestro texto legal, que contempla además la posibilidad de “*repeler*” una agresión ilegítima. En consecuencia, el alcance de la defensa, previsto por la ley argentina, es más amplio.

Por otra parte, el profesor Rivacoba sostiene que el acto de defensa corresponde a un particular. En este aspecto subjetivo, la definición también luce restrictiva si se la coteja con nuestro derecho positivo, que emplea la fórmula “*el que*” sin imponer cualidades específicas al sujeto que se defiende. El texto legal argentino no excluye a nadie de la posibilidad de invocar esta causa de justificación, razón por la cual puede hacerlo cualquier persona.

Finalmente, el autor afirma que la defensa “*recae sobre el agresor o los medios de que se sirve*”. Se considera desacertada la utilización disyuntiva de la expresión “o”, que sugiere alternativas. Hubiera sido más adecuado emplear la conjunción “y”, de modo que quedara “*recae sobre el agresor y los medios de que se sirve*”, siempre con el respeto debido a este excelente maestro.

Cabe agregar una observación crítica adicional: la caracterización propuesta omite toda referencia a la finalidad última de la legítima defensa. Esta no es un acto ciego o despojado de sentido, sino una acción mediante la cual quien se defiende refuerza la vigencia del orden jurídico, en favor de la paz social y la preservación de bienes jurídicos socialmente valiosos.

En nuestro país, el profesor cordobés Sebastián Soler (1994)⁶, por ejemplo, definió la legítima defensa como “*...la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada*”.

Cabe realizar algunas apreciaciones a esta propuesta del distinguido maestro mediterráneo.

⁶ SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino. Tea, Buenos Aires, reimpresión 1994 Tomo I, P. 444 ss.

Primero, pareciera confundirse lo legítimo con lo axiológicamente injusto. Sin embargo, como sabemos, no es lo mismo la **legitimidad** o ilegitimidad de una agresión que su **carácter justo** o injusto; no son sinónimos ni expresiones intercambiables.

En definitiva, la ley penal habla de “agresión ilegítima”, no de agresión injusta, concepto mucho más laxo, abierto e indeterminado. Sería caótico que la interpretación y eventual aplicación de esta causal de justificación dependiera del subjetivo criterio de justicia del intérprete.

En cuanto al momento, también resulta observable la caracterización del profesor Soler, porque la agresión ilegítima, como surge del art. 34 inc. 6 del CPA, también puede ser inminente. La ley, al justificar la defensa ante lo inminente, maximiza funcionalmente la tutela de bienes jurídicos y, en consecuencia, habilita la defensa anticipada frente a una agresión que está por comenzar.

Toda construcción dogmática adecuada debe nutrirse del derecho positivo que nos rige. En tal sentido, caracterizo la legítima defensa a partir de la interpretación del art. 34 incs. 6 y 7 del CPA, afirmando que *“es la reacción racional y necesaria de cualquier persona frente a una agresión ilegítima y no provocada, destinada a preservar y proteger bienes jurídicos propios o de terceros, que pueden ser individuales o colectivos, en riesgo actual o inminente de ser destruidos o menoscabados”*.

Esta causa de justificación se funda en que ni la persona agredida ni el orden jurídico deben ceder frente a lo ilícito. Ello significa que no tenemos el deber de tolerarlo o soportarlo: podemos reaccionar defensivamente en el marco de la ley que nos rige.

Quien obra en legítima defensa protege sus propios bienes y, de ese modo, aunque no lo advierta expresamente, al defenderse está rechazando la agresión ilegítima, con la cual el agresor desconoce el derecho. Así, quien se defiende afirma la vigencia del orden jurídico: la negación de una negación equivale a una afirmación.

Desde el punto de vista del individuo, la doctrina (Donna, 1995) ⁷ coincide en que es un derecho de autoprotección y autodeterminación frente al ataque antijurídico. Desde el punto de vista estatal, la legítima defensa aparece como una forma sustitutiva

⁷ Donna Edgardo Alberto: Teoría del delito y de la pena, tomo II, pp. 138 y 139, Buenos Aires, Astrea, 1995

de la función de confirmación del derecho, que corresponde originariamente al Estado. Al mismo tiempo, en estos casos se plantea la contradicción entre lo jurídico y lo injusto; por ende, la fundamentación de la legítima defensa radica en que el orden jurídico no debe ceder frente a la injusticia.

En consonancia con lo señalado, Giuseppe Maggiore (1965) sostenía que "*el individuo que se defiende, no viola el derecho, sino que coopera a su realización, ni obra como persona privada ya que ejerce una verdadera y propia función pública como sustituto de la sociedad y del estado*".⁸

Nuestra ley no contempla limitaciones objetivas respecto de qué bienes son susceptibles de defensa, por lo cual todo bien jurídico resulta defendible. Esto incluye tanto bienes individuales —v.gr. vida, libertad, integridad física, propiedad, etc.— como colectivos —bienes de dominio público, entre otros—.

De lo expuesto se infiere que, para nuestra ley penal, el criterio tuitivo o defensivo es sumamente amplio. Si hubiera sido intención del legislador establecer alguna restricción en cuanto a los bienes jurídicos legítimamente defendibles, lo habría señalado de manera expresa en la norma.

Por otra parte, cabe señalar que quien obra en legítima defensa lo hace en una *situación de necesidad*, ya que los bienes jurídicos corren peligro inminente de ser destruidos o menoscabados.

Esto significa que no existe otra alternativa eficaz de protección distinta de la reacción defensiva, porque, ante la actualidad o inminencia del ataque, un aviso a la autoridad competente no llegaría a tiempo para auxiliar y resguardar a la persona en riesgo, resultando por ello ineficaz.

A nadie sensato se le ocurriría, por ejemplo, que si fuera interceptado en un parque o en una plaza a la mitad de la noche por un joven encapuchado que, a punta de pistola, le dice: «dame la guita o te quemo acá nomás», responda al agresor: «Señor, deme un segundito; llamo al 911 para resguardar mis bienes en riesgo de ser desapoderados».

⁸ Maggiore, Giuseppe, Derecho penal, citado por Manuel de Rivacoba, Del fundamento a la defensa de la legítima defensa, p.259, Bilbao, 1965.

Esa circunstancia concreta, vinculada a la inmediatez o urgencia, torna necesaria la defensa. De la situación fáctica, con sus aristas específicas, emerge con claridad la necesidad de protegerse. La defensa debe ser necesaria: conforme a las circunstancias del caso, será, en principio y en la medida de lo posible, el medio menos lesivo para el agresor (el que menor daño le produce).

5.- ¿Quiénes pueden invocar esta causal de justificación?

No ofrece demasiada dificultad dilucidar el interrogante planteado a partir de la interpretación de la ley sustantiva aplicable vinculada a la faz subjetiva, expresión mediante la cual se apunta a señalar quiénes son los sujetos que pueden invocar y ampararse en esta causal de justificación.

La respuesta correcta es concreta. Todas las personas físicas que se encuentren en la situación descripta por la ley. Abogados/as, psicólogos/ periodistas/as, influencers, panaderos/as, cocineros/as, deportistas y, en particular y como respuesta al tópico del presente trabajo, también los policías, ya sea que actúen en el ejercicio de sus funciones o fuera de ellas.

En efecto, la interpretación que se considera correcta es la amplia porque todas las personas pueden defenderse legítimamente e invocar esta causal de justificación en caso de necesitar preservar y proteger cualquier bien jurídico. Se sostiene esta idea porque la ley no requiere ninguna condición, cualidad o requisito subjetivo específico para quienes puedan actuar amparados por esta causal de justificación.

Al respecto, el primer fragmento del inc. 6 del art. 34 del CPA dice simplemente: “*el que*”, sin ningún aditamento subjetivo particular.

En ocasiones se afirma que los policías no pueden ampararse ni invocar esta causal de justificación. Discrepo respetuosamente con tal aseveración, que no se desprende del texto de la ley argentina vigente, como vimos anteriormente. Este recorte podría constituir una propuesta de *lege ferenda* a considerar, plantear y debatir en el ámbito parlamentario; sin embargo, no es hoy una afirmación dogmática correcta.

Si hubiera sido intención del legislador penal excluir o marginar a los policías de esta causal de justificación, lo habría mencionado específicamente en el texto de la ley. Al no establecer la distinción legal, lo correcto es sostener un criterio amplio respecto

[Escriba texto]

de los sujetos que pueden invocar la legítima defensa, porque de su ejercicio depende la plena vigencia del derecho y la preservación de los bienes jurídicos más valiosos en nuestra sociedad. Recortar arbitrariamente el alcance subjetivo de esta causal de justificación, por las razones que sean, va en contra de esa finalidad suprema y desconoce la ley vigente.

En definitiva, se sostiene que cualquier persona, sin distinción, puede invocarla, incluidos, lógicamente, los policías —en funciones o franco de servicio—, que son personas humanas también.

6.- Requisitos legales de la legítima defensa en Argentina. -

Esta causa de justificación se encuentra prevista en los incs. 6 (legítima defensa propia) y 7 (legítima defensa de terceros) del art. 34 del Código Penal Argentino.

Su ejercicio legítimo está condicionado a que concurren simultáneamente los siguientes requisitos:

a.- Agresión actual o inminente e ilegítima

b.- Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.

c.- Falta de provocación suficiente

7.-La agresión ilegítima. -

La situación de legítima defensa se origina por una *agresión*, entendida como un ataque a un bien jurídicamente protegido por el derecho causada por una conducta humana en sentido amplio, lo cual implica incluir las agresiones de los inimputables —personas con insuficiencia y/o alteración de sus facultades mentales o bien menores de edad—.

Así, por ejemplo, si se nos abalanza una persona con esquizofrenia portando un hacha en sus manos con la clara intención de darnos muerte o un joven de quince años, o cualquier otra persona varón o mujer mayor de edad estamos frente a una agresión ilegítima —contraria a la ley—.

En nuestro país, se halla fuera de discusión que la agresión pueda proceder de un imputable o un inculpable y que, por ende, cabe la legítima defensa contra ellos, pues la

ley dice que *la agresión sea ilegítima* y no hay duda de que dichos sujetos actúan, y sus actos pueden ser objetivamente antijurídicos, ilegítimos.⁹

El acto reactivo —la reacción— de quien se defiende debe dirigirse necesariamente contra la misma persona que agrede. Si me ataca José, me defiendo contra José, no contra Guillermo, salvo que este también participe del ataque.

Según el Código Penal Argentino, para que la legítima defensa sea invocable y aplicable, la agresión debe ser ilegítima, es decir, contraria a la ley en sentido formal, lo que implica que el agredido no tenga el deber legal de tolerarla.

Por ejemplo, un delincuente sorprendido en flagrancia —con las manos en la masa— mientras comete un robo, observado por personal policial que tiene el deber de restringir su libertad ambulatoria —aprehenderlo—, no podría invocar la legítima defensa para preservar su libertad ambulatoria, porque la restricción realizada por el personal policial es legítima, jurídica y está justificada por la ley; además, se trata de un deber legal impuesto al policía.

Como vimos, nuestro Código Penal admite que la defensa puede realizarse con la finalidad de “*impedir*” el inicio de una agresión o “*repeler*” una ya iniciada.

Además, es necesario que la agresión sea “*actual y/o inminente*”. Se considera que una agresión “es actual” cuando se está desarrollando, ya comenzó su ejecución. Inminente es la que está por comenzar. Entonces, para aclarar, se repele lo actual; se impide lo inminente. Se entiende que la agresión es inminente —está por comenzar— cuando depende de la voluntad del agresor, que cuenta con los medios para realizar el acto agresivo, y además comenzó a realizar acciones, de las que es dable inferir razonablemente una agresión ilegítima a iniciarse.

Esto implica que no hay legítima defensa si la agresión ya se consumó, cesó y/o desapareció. Todo acto posterior a la consumación de la agresión, que coloquialmente podemos denominar el plus o la yapa, no es defensa sino venganza y esto puede acarrear eventualmente problemas vinculados al exceso de la legítima defensa que tornen aplicable las previsiones del 35 del CPA, que desarrollaremos más abajo.

8.-Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl y DE LANGHE, Marcela. “Código Penal y normas complementarias”. Es Hammurabi, Bs. As. 2016, T. 1, p. 769

Llegamos al análisis de la racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima, probablemente el nudo gordiano de la legítima defensa.

Este es el requisito cuya interpretación resulta más problemática, debido a la indeterminación de sus contornos semánticos, motivo por el cual muchas veces la hermenéutica varía según la idiosincrasia del intérprete concreto y el contexto del caso.

En una primera aproximación, podemos decir que la racionalidad de la defensa se vincula con la exigencia de *proporcionalidad* entre la conducta defensiva y la del agresor, lo cual dependerá de las circunstancias particulares del caso concreto. Si hay irracionalidad y falta de proporcionalidad en la defensa empleada, el sujeto puede ser responsabilizado *por exceso en la legítima defensa*¹⁰.

Ahora, como adelantamos al inicio del acápite, es el requisito que mayores problemas interpretativos genera al momento de resolver los casos prácticos por su indudable amplitud e indeterminación, lo que normalmente abre la puerta a la discrecionalidad interpretativa por lo dificultoso de delimitar los alcances semánticos de la expresión legal.

Discrecionalidad interpretativa que puede provocar soluciones desiguales en casos semejantes, inobservando uno de los principios nucleares de nuestro sistema constitucional consagrado expresamente en el art 16 de la ley fundamental conocido como igualdad ante la ley.

Entonces, es necesario valorar adecuadamente la racionalidad del medio defensivo en función de su eficacia e idoneidad, según las circunstancias del caso concreto que se analiza.

En ese sentido, se recomienda al intérprete tener en cuenta lo observado y evaluado en la situación concreta de la agresión. Por ejemplo: si lo que utiliza el agresor para cometer un robo es una réplica de juguete de un arma de fuego que aparenta ser verdadera —lo que podrá determinarse a posteriori—, podría pensarse, en una valoración posterior, que no hubo racionalidad en el medio empleado (usar un arma de fuego para repeler la agresión provocada por un arma de juguete).

¹⁰ Cfr. art. 35 del CPA.-

En mi opinión, esa manera de ver la cuestión es errada. El abordaje correcto exige sopesar el cumplimiento de este requisito evaluando retrospectivamente, pero en atención a lo que en concreto observó el sujeto que se defiende, poniéndose en su lugar: si éste creyó razonablemente, en situación de tensión, que el arma era verdadera, la utilización del arma de fuego para repeler la agresión podrá considerarse necesaria, proporcional y, por tanto, legalmente justificada. Sería absurdo exigir que, en el momento del ataque, quien se defiende le pregunte al agresor: *«Sr Ladrón solicito a usted tenga a bien decirme si el arma que blande es de juguete o verdadera En caso de ser verdadera, ¿es apta para disparar? La evacuación de tales cuestiones me permitirá determinar de qué modo razonable repelo vuestra agresión contraria a la ley»*.

Ahora bien, si al momento del hecho el policía advierte que se trata de una réplica burda e inofensiva, la proporcionalidad deberá evaluarse de manera distinta, atendiendo a las circunstancias particulares del caso y a lo percibido por los protagonistas en el momento de la defensa.

De los medios disponibles para quien se defiende, debe elegirse el menos lesivo para el agresor; ello no excluye que, en situaciones extremas, excepcionales e inevitables, pueda emplearse fuerza letal para neutralizar la agresión si no existen otros medios disponibles, aptos y menos lesivos, que permitan una defensa eficaz.

Corresponde aclarar que la interpretación aquí propiciada de ninguna manera pretende alentar el “gatillo fácil” ni sostener consignas como “meter bala a los delincuentes”, enunciadas en algún momento por personas con responsabilidades públicas en contextos electorales. Tampoco implica teorizar para otorgar un cheque en blanco o un comodín jurídico que habilite al personal policial a realizar conductas desproporcionadas, irrazonables o excesivas. Lo que se sostiene es, simplemente, que de manera excepcional —cuando no exista otro remedio idóneo en el caso concreto— procede legalmente la utilización de la fuerza letal para salvar una vida en riesgo actual o inminente de ser destruida.

La postura defendida en este trabajo no surge de un ejercicio intuitivo o imaginativo, sino que, además de fundarse en la interpretación de nuestro derecho positivo, se nutre de los principios del *soft law* del derecho internacional, los cuales constituyen una fuente útil de interpretación.

La utilización de la fuerza letal como último recurso para asegurar la vida humana amenazada por un agresor se desprende del Informe sobre Seguridad Ciudadana de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 31 de diciembre de 2009. En particular, los puntos V.A., párrafos 113, 114 y 119, se refieren a la proporcionalidad y moderación en el uso de la fuerza —incluida la letal—, destacando la relevancia de los principios de racionalidad, progresividad y excepcionalidad, así como la obligación de minimizar los daños y lesiones al agresor. Estos estándares internacionales se encuentran en plena consonancia con la propuesta interpretativa de este trabajo, o mejor dicho, es este trabajo el que se armoniza con dichos estándares, considerados absolutamente razonables.

En consonancia con lo expuesto, los *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de las Armas de Fuego por los Encargados de Hacer Cumplir la Ley*, emanados del Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente celebrado en La Habana¹¹, establecen en sus artículos 5 y 9 que debe primar la moderación y la proporcionalidad, y que el uso intencional de armas letales sólo será admisible cuando resulte estrictamente inevitable para proteger la vida.

Esta idea del empleo del medio menos lesivo o menos letal para neutralizar la amenaza ha sido recogida en distintas jurisdicciones del país. A modo de ejemplo, en la provincia de Neuquén se incorporó mediante la sanción de la ley provincial 3474 y su decreto reglamentario 631/2025, que regulan el uso de armas no letales por parte de la policía provincial.

Por el lado de la racionalidad, Zaffaroni (2006)¹² entiende que este significa que se excluyen de la figura aquellas lesiones inusitadas o desproporcionadas. Sin embargo, no refiere al instrumento empleado sino a la conducta con la que se lleva a cabo la defensa. Es decir, la ley no exige equiparación ni proporcionalidad de instrumentos,

¹¹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (1990). Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por los encargados de hacer cumplir la ley. Aprobado en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, Cuba, 27 de agosto–7 de septiembre de 1990. Recuperado de <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-use-force-and-firearms-law-enforcement>

¹² Zaffaroni, Alagia, Slokar, Manual de Derecho Penal, parte general, pp. 478 y 479, Buenos Aires, Ediar, 2006.

sino la ausencia de desproporción entre la conducta lesiva y la defensiva, precisamente en sus respectivas lesividades.

Según algunos autores¹³, cuya opinión no se comparte, la medida de la defensa necesaria debe ser analizada recurriendo a un *método hipotético-comparativo*. Es decir, habría que considerar qué comportamiento podía haber ejecutado el destinatario de la agresión para repelerla y optar por aquel que hubiera causado un daño menor.

Este criterio contrafáctico, propuesto por distinguidos profesores, abre la puerta a la discrecionalidad y genera imprevisibilidad, pues depende de la capacidad imaginativa concreta del intérprete judicial, quien desde su sitial reconstruye qué podría haberse hecho con un perjuicio más reducido.

Se trata de un método errado, ya que, interpretando los hechos de manera imaginativa e hipotética a posteriori, siempre puede pensarse en un comportamiento defensivo menos lesivo, lo que llevaría a excluir o a impedir la aplicación de esta causal de justificación.

La metodología propuesta por el profesor Rusconi prescinde del factor humano concreto: el sujeto que se defiende y su situación fáctica singular. El camino interpretativo correcto es, precisamente, el opuesto al que sostienen estos distinguidos penalistas argentinos. Debe centrarse en ponderar la necesidad de defenderse desde lo concreto, lo subjetivo y lo elaborado ex ante, en el contexto mismo de la agresión, evaluando el medio más apto, idóneo y eficaz.

En definitiva, debe entenderse por necesaria toda defensa idónea que, entre varias opciones a disposición del agredido, resulte la menos lesiva y no implique un riesgo inmediato de sufrir un daño.

En concreto, debe entenderse por necesaria a toda defensa idónea, que resulte la menos lesiva de varias clases de defensa a disposición del agredido, y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir un daño.

A su vez, la racionalidad de la defensa se vincula con la relación que debe haber entre agresión y defensa, no debe confundirse ello con la proporción entre el daño que hubiera causado la agresión y el causado por la defensa.¹⁴

¹³ RUSCONI, Maximiliano y KIERSZENBAUM, Mariano. Op. Cit. p. 129/130.

Concretamente, se trata de la no desproporcionalidad irrazonable entre la agresión y la defensa. Es decir, se vincula con la exigencia de proporcionalidad entre la conducta agresiva con relación a la de quien se defiende. Así, podrían presentarse casos en que se actúa con medio necesario, pero se causa un daño desproporcionado.¹⁵

Ahora bien, en esa valoración, como señala con razón y sensatez el autor Albornoz (2023)¹⁶ debería reconocerse la posibilidad de error o el privilegio de errar por parte del funcionario policial. Según sostiene el autor citado, el policía no es una máquina incapaz de cometer errores, como si su accionar fuese matemático, olvidando que en todo caso continúa siendo una persona que, como tal, no es perfecta y, al igual que todos, puede equivocarse. En tal sentido, la norma no puede exigir, de manera fría y ciega, una actuación que, debido a las circunstancias en que se presenta —rapidez, estrés, peligro—, siempre da lugar a equivocaciones. Por tanto, debería existir una línea —muy fina, por cierto— que permita admitir el error policial, salvo, claro está, que se trate de un error gravísimo.

En otro orden, el profesor alemán Claus Roxin¹⁷ menciona algunos ejemplos al señalar que no se puede exigir a quien se defiende que repela un ataque con un arma de fuego mediante golpes de puño, pues a todas luces se trataría de una defensa inidónea. Tampoco podría exigírsele que efectuara un disparo de advertencia, cuando este podía no tener éxito y exponerlo a la agresión intentada.

En definitiva, y más allá de las especulaciones teóricas, la racionalidad del medio empleado depende de las circunstancias particulares del caso concreto y de la idoneidad o eficacia del medio elegido para impedir o repeler el ataque, en protección de los bienes jurídicos de quien se defiende o de un tercero.

9.- Falta de provocación suficiente

Grisetti y Romero Villanueva¹⁸, al respecto señalan que *“la provocación es la conducta anterior, que da motivo a la agresión, y que se desvalora como suficiente cuando hace*

¹⁴ BACIGALUPO, Enrique, op. Cit. p. 368.

¹⁵ RUSCONI, Maximiliano y KIERSZENBAUM, Mariano. Op. Cit. p. 129/130 y RIGHI, Esteban, Derecho Penal Parte General”, 1º edición, Buenos Aires, editorial Lexis Nexis, 2007 P. 278.

¹⁶ Albornoz, I. (2023). El uso racional de la fuerza policial. Revista Pensamiento Penal, (471). <https://www.pensamientopenal.com.ar>

¹⁷ ROXIN, Claus: “Derecho Penal. Parte General.”, traducción de la 2ª ed. Alemana por Luzon Peña, Diego Manuel, Ed. Civitas, Madrid, España, 1997, T. I, p. 629

¹⁸ GRISSETTI, Ricardo A. y ROMERO VILLANUEVA, Horacio. Código Penal de la Nación. Comentado y anotado. Parte General. Thomson Reuters, La Ley, Buenos Aires, 2019. T. I p. 499

previsible una agresión, sin que a este efecto puedan tomarse en cuenta las características personales antisociales del agresor”

Quien provoca o estimula en otro la agresión ilegítima no puede, a la postre, sostener que se defendió de una agresión ilegítima. Ello así, porque, como enseñaba Frister¹⁹, en tanto la provocación ocurra con el fin de incitar al agresor a realizar una conducta antijurídica, para luego lesionarlo mediante una defensa solo en apariencia ajustada a Derecho (provocación intencional), queda completamente excluido, según la opinión dominante, el derecho a ejercer la legítima defensa.

La provocación constituye un acto que ha sido causa eficiente de la agresión, realizado por quien después pretende ampararse en la justificación, procurando impunidad. Su efecto es eliminar la autorización para la defensa posterior, porque el derecho no puede amparar a quien ha generado la situación que luego invoca para justificar su conducta.

La provocación debe ser suficiente, lo cual implica que, conforme a las circunstancias del caso, era previsible el efecto que iba a producir en el destinatario.

10.-Presunción de legítima defensa o legítima defensa privilegiada.

Los párrafos segundo y tercero del inc. 6 del art 34 del Código Penal Argentino prevén dos hipótesis distintas con la misma solución.

El párrafo segundo presume el cumplimiento de los requisitos de la legítima defensa respecto de aquel “...*que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor*”

El tercer párrafo establece otra presunción que es “*respecto de aquel que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia*”.

Estas presunciones de legítima defensa pueden ceder por prueba contraria de la fiscalía, que tendrá que acreditar que no se verifican estos supuestos de legítima defensa privilegiada, por ejemplo, si en el caso bajo análisis no hubo resistencia del extraño que entró al hogar.

¹⁹ FRISTER, Helmut: “Derecho penal Parte general”, traducción de la 9° edición alemana de María de las Mercedes Galli y Marcelo Sancinetti, 2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2022, p, 339.

11.- ¿Es necesario ampliar estas presunciones?

Muchas veces se ha oído que el derecho viene a la zaga de los hechos.

Nadie puede negar que vivimos en un contexto de inseguridad²⁰ ciudadana, sobre todo en las urbes más populosas de Argentina, con un notable incremento de delitos violentos, principalmente contra la propiedad privada. Rejas y alambres perimetrales, sistemas de monitoreo públicos y privados, luminarias en espacios públicos, cámaras de seguridad, alarmas en autos y viviendas, sistemas de geolocalización para rastrear cosas o personas, guardias de seguridad en garitas, puertas de viviendas y vehículos blindados, vecinos organizados en los barrios para protegerse, y ciudadanos con miedo y desconfianza ante distintos fenómenos delictivos son muestras de esa realidad.²¹

En ese contexto también es un hecho notorio la cantidad de policías²² que, por actos cometidos en el ejercicio de su rol o actuando franco de servicio, son procesados, señalados, acusados y/o imputados por homicidios cometidos en exceso de legítima defensa.

Por tanto, resulta necesario diseñar herramientas legales de protección y/o precaución, para aplicarlas razonablemente por el operador jurisdiccional, de manera tal que el personal policial en contextos de necesidad no tenga dudas al momento de actuar, porque muchas veces la duda puede provocar resultados irreversibles.

Por ello, más allá de algunas apreciaciones sobre la técnica legislativa empleada, resulta positiva la iniciativa que propone reformar el artículo 34 del Código Penal Argentino en este aspecto.

El mencionado proyecto de ley, ingresado en el Congreso Nacional por remisión del Ministerio de Seguridad de la Nación, a cargo de la ministra Patricia Bullrich²³, señala en orden a presunciones e interpretaciones: *“En cuyo caso, la proporcionalidad del medio empleado debe ser siempre interpretada en favor de quien obra en cumplimiento de su deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo”*.

²⁰ Cuyas causas no indagaré porque exceden el propósito del presente trabajo.

²¹ Ej.: entraderas, motochorros, arrebatos callejeros, escruches etc.

²² Cuya función principal es cuidar y proteger al a ciudadanía para que vivíamos un poco más tranquilos y seguros.

²³ Diario La Nación artículo *“Reforma. Mayor protección legal a policías y ampliación del concepto de la legítima defensa: qué propone el proyecto de ley en seguridad La iniciativa busca modificar el artículo 34 del Código Penal, 27 de diciembre de 2023*

Esta presunción o método de interpretación, “*in dubio pro defensore*”, puede resultar útil para resolver situaciones que asiduamente se presentan en la sociedad, principalmente en grandes conglomerados urbanos y en contextos de exclusión social, donde se agudizan los conflictos penales.

Un ejemplo claro de esta situación se encuentra en el conocido caso del policía bonaerense Luis Chocobar. En diciembre de 2017, Chocobar mató a un ladrón que huía después de apuñalar a un turista extranjero para robarle la cámara de fotos. El Tribunal Oral de Menores n.º 2, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la causa Chocobar, Luis Oscar, diciembre de 2017: condenó a dos años de prisión en suspenso por homicidio agravado por la utilización de un arma de fuego, cometido con exceso de la legítima defensa del Sr. Chocobar²⁴. Se consideró que el agente, que estaba franco de servicio, disparó cuando el agresor estaba de espaldas y con un cuchillo en su mano, considerando la autoridad jurisdiccional interviniente desproporcionado el uso del arma reglamentaria.

Este proyecto de reforma del código penal argentino, con muy buen criterio expande el concepto de la legítima defensa en casos en los que las víctimas de un delito provocan un daño al atacante. El mencionado artículo 34 del Código Penal tiene previsto que no es punible “*el que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente, respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar o de un inmueble en el que*

²⁴ La causa “Chocobar” tuvo un largo derrotero judicial y mediático: 1) Tribunal Oral de Menores n.º 2, CABA, Chocobar, Luis Oscar, diciembre de 2017: condenado a dos años de prisión por homicidio agravado por el uso excesivo de arma de fuego en el cumplimiento de un deber; inhabilitación para ejercer cargos públicos por cinco años (jueces Fernando Pisano, Jorge Apolo y Adolfo Calvete). 2) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, causa n.º 74191/2017/CA1, Buenos Aires, 16 de febrero de 2018: confirma procesamiento y modifica calificación legal a homicidio agravado por uso excesivo de arma de fuego en cumplimiento de un deber. 3) Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala II, causa n.º CCC 74.191/2017/TO1/CNC7, 6 de mayo de 2024: anula la condena por falta de mayoría clara en la acreditación de los hechos, citando Cañete (Fallos 344:3585). Jueces: Horacio Días, Eugenio Sarraibayrouse y Daniel Morin; secretario: Joaquín Marcet.

legítimamente se alojara o trabajara, siempre que haya resistencia o señales que pudieran hacer presumir una agresión inminente”.

En el proyecto de ley se agrega que *“también se entenderá que concurren estas circunstancias cuando una diferencia de edad, contextura física, experiencia en riña o el número de los agresores pudiera razonablemente hacer temer a quien se defiende por un daño a su integridad física o sexual”.*

La técnica de la redacción es defectuosa por varios motivos. Primero, difícilmente pueda cristalizar la ley la multiplicidad de situaciones fácticas que puedan presentarse en la realidad concreta, de ahí que las enunciaciones si bien útiles para el intérprete, encierran un riesgo que es el olvido de alguna circunstancia particular, que impediría invocar la causal porque no estaría entre los supuestos taxativos previstos en la presunción de defensa.

Tal vez hubiera correspondido contemplar una fórmula legal más amplia, que contenga la enunciación que en si no se ve mal, aunque hubiera sido conveniente añadir al final de la enumeración, una exclusiva, válvula o compuerta para invocar situaciones semejantes que se presenten en la praxis no contemplada en la enunciación cerrada como por ejemplo *“y toda otra situación de naturaleza semejante”.*

Se advierte de la lectura del texto proyectado hacia el final, sólo se limita la protección en esos parámetros respecto de los daños a la integridad física o sexual. Esto resulta confuso y errado porque se habla de daño que técnicamente alude a la propiedad de las personas; las cosas se dañan, las personas no se dañan, porque no son cosas, se lesiona su integridad física o sexual.

Además, resulta muy restrictivo el alcance tuitivo de la expresión, al limitarla al resguardo de la integridad física o sexual. Sería más conveniente la siguiente redacción: *“también se entenderá que concurren estas circunstancias cuando una diferencia de edad, contextura física, experiencia en riña o el número de los agresores y toda otra situación de naturaleza semejante que pudiera razonablemente hacer temer a quien defiende sus bienes jurídicos o de terceros”.*

El proyecto señala que *“Estará además comprendido en este párrafo quien se defendiere respecto de quien esgrimiera un arma falsa o de quien atacare con un arma*

[Escriba texto]

mientras huye de la escena”. Este párrafo luce redundante, porque queda comprendido en la primera parte de la redacción.

Finalmente señala que *“quien comete un delito, aun en grado de tentativa, así como sus parientes, en caso de fallecimiento, carecen de acción para querellar o demandar a quien hubiera repelido la acción o impedido la huida, aunque no concurrieren los eximentes de este artículo en favor de quien se defiende u obre en ejercicio de su deber, autoridad o cargo*”. Este párrafo es un error técnico porque la materia que regula es ajena al código penal, siendo más bien una cuestión civil, que tendrá que ser regulada eventualmente por ese código de fondo.

Con esas observaciones entiendo que esta reforma, en caso de sancionarse, puede venir a corregir exceso de encierros carcelarios o condenas erradas a policías responsabilizados penalmente por exceso en la legítima defensa justificando su accionar, pudiendo incluso aplicarse retroactivamente por resultar más beneficiosa²⁵ para los condenados.

11.- Legítima defensa de terceros

Está contemplada en el inciso 7 del art. 34 del CPA y justifica la acción de quien obre en defensa de la persona o de los derechos de otros, siempre que medie agresión ilegítima y necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. En este caso, no importa que haya mediado provocación del agredido, siempre que en ella no haya intervenido el tercero defensor.

12.- El exceso en la legítima defensa

El artículo 35 de nuestro código penal prevé que *“El que hubiere excedido los límites impuestos por la Ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia.*

Su lectura permite observar que no se refiere únicamente al exceso en la causa de justificación aquí estudiada, sino que se trata de una disposición común a todas las causas de justificación. En el caso que estamos analizando, se aplicó a la legítima defensa, en particular por un exceso intensivo de medios (disparó seis veces, cuando pudo haber sido menos).

²⁵ Art. 2 del CPA.-

En torno a ello, se presentan dos tipos de excesos en esta causa: el excesivo extensivo, cuando la conducta comienza estando justificada pero se sobrepasa el permiso; y el excesivo intensivo, cuando el agresor continúa con su ataque, pero con el mismo medio, y quien se defiende sigue utilizando el medio previamente empleado (en el caso en estudio, luego del cese de la amenaza, el agente continuó disparando sin detenerse a comprobar las capacidades ofensivas de los agresores ni el efecto causado por las primeras detonaciones).

Ahora bien, para que concurra este exceso en particular, es preciso comenzar actuando dentro de los límites de la legítima defensa para luego excederlos con la acción de defensa, sea por un efecto extensivo o intensivo. *“Es que, para poder exceder los límites impuestos por la ley, es preciso primeramente estar dentro de ellos”*.

El artículo 35 del Código Penal de la Nación Argentina establece que, si alguien excede los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia.

En otras palabras, si en la ejecución de un acto una persona va más allá de lo que la ley, la autoridad o la situación permiten, se le aplicará la pena correspondiente a una falta cometida por negligencia o descuido, siempre que esté tipificada concretamente en el caso. Por ejemplo, si el sujeto se defiende de manera irrazonable, desproporcionada y excesiva provocando un daño en un bien material ajeno, no podrá ser responsabilizado penalmente porque en nuestro país el daño culposo no constituye delito, sin perjuicio de las acciones resarcitorias que pudiera iniciar el interesado en el fuero civil.

Se ha dicho²⁶ que el momento de inicio puede adelantarse a la decisión irrevocable del agresor de dar comienzo al ataque y ese permiso finaliza una vez terminada la agresión, luego de lo cual culmina toda posibilidad de actuar en legítima defensa, ingresándose en el umbral del “exceso” en la causa de justificación. -

13.- Criterios internacionales referidos a la utilización racional de la fuerza pública por parte de los agentes estatales de seguridad

²⁶ Cfr. RUSCONI, Maximiliano y KIERSZENBAUM, Mariano. “Elementos de la parte general del derecho penal” 1ª ed. Hammurabi, Bs. As. 2020, p. 129.

Adentrándonos en el ámbito internacional de la protección de los derechos humanos, en relación con esta temática la Comisión Interamericana de Derechos Humanos publicó, el 31 de diciembre de 2009, el Informe sobre Seguridad Ciudadana, cuyo objetivo es analizar la problemática de la seguridad ciudadana y su relación con los derechos humanos, elaborando recomendaciones a los Estados miembros orientadas a fortalecer las instituciones, las leyes, los programas y las políticas para la prevención y el control de la criminalidad y la violencia, en el marco de la seguridad ciudadana y los derechos humanos.

En el párrafo 113 del referido informe se desarrollan las cuestiones sobre el uso de la fuerza por parte de los agentes del Estado. Se menciona que el Estado tiene el derecho y la obligación de brindar protección a las personas que habitan su territorio cuando su seguridad se encuentra amenazada por situaciones de violencia, pudiendo incluir en casos concretos el uso de medios de fuerza letales, los cuales constituyen siempre el último recurso para asegurar los derechos amenazados frente a hechos delictivos o violentos.

Asimismo, ese tipo de intervenciones debe regirse estrictamente por los principios que aseguren la actuación adecuada de las fuerzas policiales. *“La adecuación de los procedimientos de los agentes estatales de seguridad a los parámetros internacionales significa que el empleo de la fuerza debe ser tanto necesario como proporcional a la situación, es decir, que debe ser ejercido con moderación y proporción al objetivo legítimo que se persiga”*.

El informe indica también que el uso de la fuerza, incluidos los medios letales, debe desarrollarse bajo los **principios de racionalidad, moderación y progresividad**.

En el párrafo 118, se señala que, en caso de que deba hacerse uso de fuerza letal, los agentes del Estado deberán identificarse previamente como tales, a la vez que advertirán que harán uso de ese tipo de fuerza, *“otorgando el tiempo suficiente para que depongan de esa actitud, excepto en aquellos casos en que exista un riesgo inminente para la vida o la integridad de terceras personas o de los mismos agentes estatales. La Comisión reitera que el uso de armas de fuego es una medida extrema...”*.

Nuevamente, se hace referencia al principio de proporcionalidad y moderación, indicando que los agentes de seguridad del Estado deben tener como regla de actuación la reducción al mínimo de los daños y lesiones que pudieran causar al agresor.

Finalmente, en el párrafo 120, el informe concluye: *“Es imprescindible que los integrantes de los cuerpos policiales cuenten con el marco legal que les proporcione las seguridades y garantías necesarias frente a la situación extrema de tener que utilizar la fuerza letal en casos de legítima defensa, circunstancia que puede derivar en la privación de la vida de otra persona”*.

En el **Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana**, Corte IDH, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de octubre de 2012²⁷, se estudió si existieron violaciones al derecho a la vida por parte del personal policial que, en el marco de una persecución, causó la muerte de seis nacionales haitianos, un nacional dominicano y dejó a diez personas heridas.

En esta oportunidad se analizaron tres tipos de **acciones** que se requieren del Estado: **preventivas** (legislación que regule el uso de la fuerza, dotar al personal de armas que permitan adecuar su reacción al caso y capacitación), **concomitantes** (legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad) y **posteriores** (deber de investigar).

En lo que respecta a las acciones concomitantes, que tienen aplicación directa al tema en estudio:

I. El uso de la fuerza siempre debe estar dirigido hacia un objetivo legítimo previsto por el marco jurídico (**legalidad**).

II. Verificar previamente la existencia de otros medios disponibles para tutelar la vida e integridad de la persona. Se destaca que este requisito no se encuentra cumplido si la persona contra la que se pretende hacer uso de la fuerza no representa un peligro; incluso cuando exista el riesgo de perder la oportunidad de captura, ello no torna necesario el uso de la fuerza (**absoluta necesidad**).

²⁷ Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana (Corte IDH, 2012) Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012, 24 de octubre). Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_258_esp.pdf

III. El nivel de fuerza utilizado debe ser acorde con el nivel de resistencia ofrecido. Se debe aplicar un criterio diferenciado y progresivo, determinando el grado de cooperación, resistencia o agresión, y en base a ello emplear tácticas de negociación, control o uso de la fuerza (**proporcionalidad**).

Lineamientos similares se encuentran en el **Caso de los hermanos Landaeta Mejías contra el Estado de Venezuela**, Corte IDH, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 27 de agosto de 2014.²⁸ En esta oportunidad, la Corte IDH brindó mayores orientaciones sobre el principio de proporcionalidad, explicando en detalle la forma de determinarlo en el uso de la fuerza. Así, en el párrafo 136, señala: *“Para determinar la proporcionalidad del uso de la fuerza, debe evaluarse la gravedad de la situación que enfrenta el funcionario. Para ello, se debe considerar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la amenaza; la forma de proceder del individuo; las condiciones del entorno; y los medios de los que disponga el funcionario para abordar una situación específica. Además, este principio exige que el funcionario encargado de hacer cumplir la ley busque en toda circunstancia reducir al mínimo los daños y lesiones que pudieran causarse a cualquier persona, así como utilizar el nivel de fuerza más bajo necesario para alcanzar el objetivo legal buscado.”*

Según concluyó la Corte, los funcionarios no se adecuaron a los principios básicos sobre el uso de la fuerza de la ONU, recogidos en los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, Cuba, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.²⁹

Estos parámetros ya fueron seguidos con anterioridad por la Corte por ejemplo en el Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela, cuya sentencia data del 5 de julio de 2006³⁰

²⁸ Caso hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela (Corte IDH, 2014). Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014, 27 de agosto). Caso hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_277_esp.pdf

²⁹ Principios básicos sobre el uso de la fuerza y armas de fuego (ONU, 1990) Naciones Unidas. (1990, 27 de agosto–7 de septiembre). Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Adoptados en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, Cuba. Recuperado de <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-use-force-and-firearms-law-enforcement>

En esa oportunidad hace un llamado particular al deber de actuar con proporcionalidad por parte de los funcionarios del Estado. Específicamente, en párrafo 67 indica que: *“El uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad estatales debe estar definido por la excepcionalidad, y debe ser planeado y limitado proporcionalmente por las autoridades. En este sentido, el Tribunal ha estimado que sólo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control”*.

Concretamente, se repite ese llamado continuo por parte de la Corte a limitar extremadamente el uso de la fuerza armada por parte de los funcionarios públicos del Estado y, en particular, a hacer un uso proporcionado de ello.

14.- La organización de las Naciones Unidas y el uso de la fuerza pública por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. -

En el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, se adoptaron los *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*.

En dicho instrumento, se observa en los artículos 4º y 5º que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, deben recurrir al uso de armas de fuego únicamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el resultado previsto. Cuando ello sea inevitable, deberán ejercerlo con moderación y actuar en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga.

En lo que aquí nos concierne, conviene citar el artículo 9, que dispone: *“Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de*

³⁰ Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela (Corte IDH, 2006) Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006, 5 de julio). Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_150_esp.pdf

detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.”

15.- Conclusión

En síntesis, la legítima defensa es un derecho que alcanza a todas las personas, también a los policías, porque la ley no hace diferencias. Lo importante es que su uso esté siempre guiado por la racionalidad y la proporcionalidad, de modo que la fuerza letal se utilice solo en situaciones extremas y para proteger la vida. Alinear nuestra práctica con los estándares internacionales y avanzar en una reforma del artículo 34 del Código Penal puede brindar más claridad y seguridad, evitando decisiones contradictorias y dando respuestas más justas en cada caso.