



**“UNIVERSIDAD CATOLICA DE SALTA”**

**ESPECIALIZACION EN CIENCIAS PENALES**

**TRABAJO FINAL**

***“EL EXCESO DE LA LEGITIMA DEFENSA EN EL  
CONTEXTO DEL EJERCICIO DE LA FUNCION POLICIAL”***

**Alumno:** Hernán Efraín Garzón

-Año 2023-

## **RESUMEN**

En el estudio del exceso en la legítima defensa, y puntualmente cuando en el suceso que dio lugar a esa figura se ve involucrado un funcionario policial, es de nuestra consideración que en primer instancia resulta necesario conocer y definir en qué consiste el ejercicio de la función policial y el uso de la fuerza pública; particularmente sobre esta cuestión en una interpretación común que surge de la propia sociedad, se relaciona la función policial con acciones de resguardo del orden público y la paz social, la prevención y represión del delito.

Desde esta perspectiva, se torna de suma importancia delinear cuales son los límites o fronteras a los que el funcionario encargado de hacer cumplir la ley debe ajustarse en el cumplimiento de su deber, de dar seguridad y protección a la sociedad, establecer no solo los derechos que le son inherentes sino principalmente las obligaciones legales en materia del uso de la fuerza pública.

Asimismo, resulta de interés indagar si en el desenvolvimiento de la función policial, al verse amenazada su integridad física y sus derechos como ser humano y como agente del estado, la reacción mediante el uso de herramienta de trabajo, arma de fuego es compulsiva - como lo haría cualquier ciudadano común, o acorde a la circunstancias de la situación, magnitud y elementos de la agresión en su contra, y si en el desenlace de un determinado suceso hubo un accionar que inicialmente sea justificado por la ley penal y posteriormente se convierta en un exceso- es la cuestión que se pretende dilucidar en el presente trabajo.

Palabras claves: Función Policial, Uso de la Fuerza, Límites, Legítima defensa, Exceso.

## ABSTRACT

In the study of excess in self-defense, and specifically when a police officer is involved in the event that gave rise to this figure, it is our consideration that in the first instance it is necessary to know and define what the exercise of the police function and the use of public force consist of; Particularly on this issue, in a common interpretation that arises from society itself, the police function is related to actions to protect public order and social peace, the prevention and repression of crime.

From this perspective, it becomes extremely important to outline the limits or borders to which the official in charge of enforcing the law must adjust in the fulfillment of his duty, to provide security and protection to society, to establish not only the rights that are inherent to him, but mainly the legal obligations regarding the use of public force.

Likewise, it is of interest to investigate whether in the development of the police function, when his physical integrity and his rights as a human being and as a state agent are threatened, the reaction through the use of a work tool, a firearm is compulsive - as any ordinary citizen would do, or according to the circumstances of the situation, magnitude and elements of the aggression against him, and if in the outcome of a certain event there was an action that is initially justified by criminal law and later becomes excessive - is the question that is intended. elucidate in this paper.

Keywords: Police Function, Use of Force, Limits, Self-defense, Excess.

## Índice

INTRODUCCION.....	3
Capítulo I.....	5
El Ejercicio de la Función policial .....	5
1. Nociones sobre seguridad pública y la función policial .....	5
2. La función policial y el uso de la fuerza.....	6
3. Regulación normativa de las fuerzas de seguridad.....	7
3.1 Normativa nacional .....	8
3.2 Legislación provincial .....	8
3.3 El uso de la fuerza según estándares internacionales .....	9
Conclusiones del capítulo.....	11
Capítulo II .....	12
Referencia histórica y legislativa de la legítima defensa, conceptualización y clasificación	12
Introducción.....	12
1. La legítima defensa, breve referencia histórica .....	12
2. Fundamentos que dan lugar a la legítima defensa.....	13
3. Legislación argentina sobre la legítima defensa.....	14
3.1 Regulación en el Código Civil y Comercial.....	14
3.2 Regulación en el Código Penal Argentino .....	15
4. Conceptualización y clasificación .....	16
Conclusión del capítulo .....	18
Capítulo III .....	19
El Exceso de la Legítima Defensa en general .....	19
Introducción.....	19
1. El exceso de la legítima defensa en el Código Penal Argentino .....	19
2. El exceso intensivo y el exceso extensivo .....	20
3. La penalidad para el delito de exceso.....	22

Conclusión del capítulo .....	23
Capítulo IV .....	25
El exceso de la legítima defensa y su relación con el uso de la fuerza.....	25
Introducción.....	25
1. El exceso policial en la legítima defensa.....	25
2. Principios a observarse en el uso de la fuerza pública .....	27
3. Doctrina y Jurisprudencia sobre exceso en la legítima defensa policial. ....	30
Conclusión del capítulo .....	34
CONCLUSION GENERAL.....	35
BIBLIOGRAFÍA.....	38

## **INTRODUCCION**

La realidad actual, es objeto de numerosas problemáticas sociales, uno de ellos vinculados con la inseguridad y criminalidad, de los que derivan situaciones que son motivos de serios cuestionamientos del accionar policial. El debate se abre en general cuando se producen hechos donde el policía se ve involucrado en acontecimientos que a simple vista y sin previo análisis, constituyen un exceso. La sociedad espera que el desenlace de un incidente delictivo donde toma intervención la autoridad policial sea exitoso; pero en muchas ocasiones cada suceso es diferente y el menos deseado, se produce la muerte o lesiones gravísimas del individuo criminal, muchas veces producto de la extralimitación del uso de la fuerza, y se pone como principal punto de discusión, si en el proceder del policía hubo o no exceso en la legítima defensa.

La discusión no solo es entre particulares, sino que el debate también se abre en los estrados judiciales, donde existen discrepancias apoyados en sólidos fundamentos legales, jurisprudenciales y doctrinarios para considerar o no el hecho como configurativo de legítima defensa, exceso o inaplicabilidad de eximentes.

Por ello, el propósito de este trabajo está dirigido al análisis del exceso en la legítima defensa, realizándose previamente un estudio sobre el ejercicio de la función policial, para lo cual se incursionará en las leyes que rigen a las fuerzas de seguridad nacional y provincial, e instrumentos internacionales como el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, Principios básicos sobre el uso del arma de fuego por parte de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley,

Desde la rama del Derecho Penal, se toma como base el artículo 34 inc. 6 y 7, y artículo 35 del Código Penal argentino, vinculándolo a hechos donde funcionario/s público/s en el ejercicio de su función, intervienen para resguardar los derechos de terceras personas, mantener el orden público, y luego según las circunstancias del caso en defensa de sus propios derechos; marcándose diferencias en la aplicación de la legítima y el exceso entre un ciudadano civil y un agente con investidura policial.

El trabajo se desarrollará en cuatro capítulos, en los dos primeros, se abordará sobre el ejercicio de la función policial, nociones generales sobre seguridad pública, conceptualización policial, y el uso de la fuerza, según legislación nacional, provincial y estándares internacionales; luego brevemente sobre la legítima defensa, antecedentes y regulación

normativa en argentina. En los dos capítulos restantes, el estudio estará dirigido al exceso de la legítima defensa en general prevista en el art. 35 del Código Penal, tipos de exceso y penalidad; y luego su relación con la función policial y uso fuerza pública.

Para poder llevar a cabo la investigación reseñada, se optó por una metodología de investigación basada en un tipo de estudio descriptivo, narrándose todas las circunstancias que hacen a la problemática en sí. Asimismo, a los fines de poder identificar variables lógicas por medio del análisis de datos, se toma como base la metodología de investigación cualitativa, es decir, una metodología idónea para poder examinar sin la necesidad de variables numéricas el contexto donde suele presentarse la temática aquí referida. Al tratarse de un tema muy discutido, se considera que resultará para el lector un material de suma utilidad, particularmente para quienes eventualmente sean partes de las circunstancias objeto de estudio en el presente trabajo.

## Capítulo I

### El Ejercicio de la Función policial

#### 1. Nociones sobre seguridad pública y la función policial

En la actualidad se sostiene que la seguridad parte de una noción amplia, integral y democrática, no limitándose solo a una situación de ausencia de delito, pues también incluye la generación y el sostenimiento de las condiciones para el pleno ejercicio de todos los derechos fundamentales de todos los integrantes de una sociedad.<sup>1</sup> Se interpreta de esta idea que la seguridad supone una mirada compleja y abarcativa de los procesos sociales donde, además de la prevención y control del delito, se abordan situaciones que sin llegar a configurar sucesos delictivos resultan ser el principal origen de cierto malestar, causales de daño y perturbación a las reglas de convivencia.

Cuando se hace referencia a seguridad, el abordaje ha de orientarse a la seguridad ciudadana, como paradigma de la gestión de conflictividad, considerado como un elemento constitutivo de la sociedad y sus dinámicas de transformación; lo que supone que toda existencia de colectiva implica la existencia de conflictos, de allí la necesidad de abocarse a su gestión y morigeración, dada la expresión de esa conflictividad en distintos niveles, lo que conlleva necesariamente que su tratamiento por parte del estado también sea a través de distintos niveles de respuesta. (Manual de Seguridad pública Bs. As. 2022).

El estado, por mandato de la Constitución Nacional, tiene la obligación de instrumentar las políticas de seguridad, para dar respuestas a las exigencias de la sociedad, se puede observar que a partir del preámbulo se determinan cuestiones de seguridad, cuando fija como uno de los objetivos “...consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad...”, lo cual demuestra claramente la recepción del derecho a la seguridad; y bajo esa línea de análisis por aplicación del art. 75 inc. 22, es menester destacar lo establecido en el Pacto de San José de Costa Rica, que establece en su artículo 7 inciso 1º; el derecho de toda persona a la libertad y seguridad personal; que también

---

<sup>1</sup> Manual de seguridad pública y policía de proximidad Gobierno de la Prov. de Bs. As. Edic. 2022 pag. 14, 15

es reconocido como un derecho humano a través del artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El estado es quien debe velar por la seguridad de los ciudadanos, y lo hace a través de las fuerzas policiales, por lo que resulta pertinente determinar el alcance y concepción del término policía; al respecto, el Diccionario de la Real Academia Española, establece la acepción de policía como “buen orden que se observa y guarda en las ciudades y repúblicas, cumpliéndose las leyes u ordenanzas establecidas para su mejor gobierno”, junto al significado que refiere a la institución policial moderna: “cuerpo encargado de velar por el mantenimiento del orden público y la seguridad de los ciudadanos, a las órdenes de las autoridades políticas”.<sup>2</sup>

Para otros autores, la policía se ocupa de una multiplicidad casi indefinida de tareas, reunidas en torno a los objetivos de resguardo del orden público y preservación de las buenas costumbres. La policía es, de este modo, un poder de normalización y regulación de conductas; tiene una secreta ligazón con el orden urbano. Su objetivo es el ordenamiento de la vida en las ciudades, de ahí que no sólo opere en la individualidad, en el nivel de las disciplinas del cuerpo individual, sino también al nivel de la población, del cuerpo colectivo y de sus variables. (Galeano D. 2007).

## **2. La función policial y el uso de la fuerza**

Las funciones, poderes y procedimientos de la policía están definidos y limitados por distintas normas. Las leyes pertinentes pueden consistir en una ley especial, en un Código de Procedimiento Penal o un Código Penal o en todos o varios de ellos. Con respecto a las leyes especiales suelen abarcar los elementos orgánicos y los poderes y facultades, como así también las restricciones pertinentes de toda fuerza policial, más aún en lo que hace a la esfera del orden público (UNDOC, 2010).

Al solo fin de hacer cumplir la ley, el Estado se vale de la fuerza pública; en efecto, algo similar podía leerse en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, que estableció con claridad que *“la garantía de los derechos del hombre y del ciudadano, necesita de una fuerza pública: esta fuerza es, pues, instituida en beneficio de todo el mundo,*

---

<sup>2</sup> Diccionario de la Real Academia Española, Madrid, edición 2014, p. 1632

*y no para la utilidad particular de aquellos a quien ha estado confiada*”. En tal sentido, la fuerza pública no debe ser comprendida solamente como la fuerza policial, sino como la fuerza del Estado y sus leyes, las que ostentan el monopolio de la fuerza legítima. (Manual de Seguridad pública Bs. As. 2022).

La Policía se caracteriza en primer lugar por tener la capacidad legal de usar la fuerza, lo que no significa que tenga que usarla sí o sí, es solo una posibilidad. La competencia exclusiva de la policía es el uso de la fuerza física, real o potencial, se distingue, no por el uso real de la fuerza, sino por poseer autorización para usarla; inclusive, cuando los efectivos no usan la fuerza, la policía como institución está por detrás de toda interacción que acontece.

También se ha de tener en cuenta que lo que hace del policía un funcionario estatal distinto al resto, es su autoridad para usar la fuerza; otras instituciones pueden recomendar medidas coercitivas e inclusive direccionar su uso, como hacen, respectivamente, las legislaturas y las autoridades judiciales; pero son los efectivos policiales los agentes ejecutivos de la fuerza, ellos la aplican de hecho.

Esto no significa, evidentemente, que la función policial se reduzca al empleo de la fuerza y que no se traduzca también por otros modos de acción e influencia. Pero, en último término, en la posibilidad última del recurso a la coacción física es donde parece revelarse la especificidad de la función policial cuando se intenta diferenciarla de otras funciones que contribuyen al control social. (Manual de Seguridad pública Bs. As. 2022).

### **3. Regulación normativa de las fuerzas de seguridad**

Respecto a las normas básicas mediante las cuales se estructura el sistema de Seguridad en Argentina, se mencionan tres de ellas: ley 23554 de Defensa Nacional, sancionada en el año 1988; ley 24.059 de Seguridad Interior, sancionada en el 1991; y finalmente la Ley 25.520 de Inteligencia Nacional, sancionada en el año 2.001, que luego se modifica por Ley 27.126 del año 2015 que viene a crear la Agencia Federal de Inteligencia, la primera ley que reguló en forma pública este tema ya que en la Argentina previamente se regulaba por normas secreta. Mediante las precitadas normas legales se regula el sistema de seguridad y defensa en nuestro país.

### **3.1 Normativa nacional**

La ley 24.059 de Seguridad Interior establece las bases jurídicas, orgánicas y funcionales del sistema de planificación, coordinación, control y apoyo del esfuerzo nacional de policía tendiente a garantizar la seguridad interior. En razón del régimen representativo, republicano y federal de la Argentina, cada provincia y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pueden organizar su propia policía con la intención de llevar a cabo las funciones de policía preventiva y de investigación criminal dentro de su territorio; en igual sentido, organizan su poder judicial y su sistema penitenciario. No obstante, emerge a la par de ellas una jurisdicción federal, de carácter excepcional, en aquellos ámbitos y materias de especial interés para el Estado y la sociedad en su conjunto; consecuentemente, la seguridad pública constituye una materia a cuya consecución y preservación concurren, en el marco de sus respectivas competencias, las autoridades nacionales y provinciales.

Los integrantes de las fuerzas se consideran en servicio permanente, por ese motivo deben ejercer sus funciones de acuerdo al principio de adecuación de los medios a emplear en cada caso, procurando siempre y de manera fundamental la preservación de la vida y la integridad física de las personas a los que deben proteger. Es así que debe incorporarse a los reglamentos las recomendaciones del Código de Ética Profesional para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, establecido por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En materia de seguridad también existen normativas específicas; como ser las leyes orgánicas y del personal de cada una de las fuerzas de seguridad y policiales de la Argentina. Se puede señalar como ejemplo el Decreto 333/56, o Ley Orgánica de la Policía Federal Argentina, la ley N° 18.398 o Ley Orgánica de la Prefectura Naval y la Ley 19.349 o la ley orgánica de la Gendarmería Nacional Argentina.

### **3.2 Legislación provincial**

En materia de seguridad pública, las provincias tienen la responsabilidad dentro de sus respectivos territorios, sin perjuicio de la competencia nacional respecto de los delitos federales. Conforme a ello, las políticas en la materia están escindidas en las 24 jurisdicciones locales (veintitrés provincias y la CABA) y la desplegada por las autoridades nacionales competentes. En la provincia de Salta, la policía se rige orgánicamente por Ley 7742/12, y respecto a derechos y deberes del personal policial, se encuentra en vigencia la Ley 6193/83. Con relación a la

primera mencionada, una de las principales cuestiones que estatuye, es la conceptualización de la Institución policial, que a través del art. 1° la define como: “... *una Institución Civil, disciplinada, armada, jerarquizada, profesionalizada y depositaria de la fuerza pública delegada por el Estado Provincial. Desempeña sus funciones conforme a la Constitución Nacional, Constitución Provincial, Leyes, Decretos y demás normas vigentes, para proteger el orden público, previniendo y repeliendo contravenciones y delitos, con estricto respeto a los Derechos Humanos.*”

La citada norma fija en el funcionario policial, el carácter de representante y depositaria de la fuerza pública delegada por el estado, con ámbito de actuación y aplicación de esa fuerza en su respectiva jurisdicción, y en tal sentido dice la citada ley, que compete exclusivamente a la Institución Policial: a) Prestar el auxilio de la fuerza pública a las autoridades nacionales, provinciales y municipales cuando sea requerido para el cumplimiento de sus funciones; b) Hacer uso de la fuerza cuando fuere necesario mantener el orden, garantizar la seguridad, impedir la perpetración del delito y en todo otro acto de legítimo ejercicio; c) Asegurar la legítima y oportuna defensa de terceros, de su persona o autoridad, utilizando los medios adecuados, inclusive esgrimiendo y utilizando sus armas cuando fuere necesario y de conformidad a los criterios de actuación previstos en la Ley.

Con relación a la Ley de Personal Policial N° 6193/83, un punto que merece resaltar en línea con las cuestiones vinculadas al uso de la fuerza y que eventualmente recaen en la legítima defensa o exceso de esa causa de justificación, es el art. 30 donde se deja establecido que el personal con autoridad policial, está obligado en todo momento y lugar a portar armas de fuego adecuada a las normas que se imparten, sean de orden provincial, nacional o internacional. Bajo esa línea de análisis, en el ámbito de la provincia de salta también rige el Reglamento General de la Policía, Decreto N° 1490/14, que regula entre otras cuestiones, sobre los principios generales sobre el uso de la fuerza, como ser legalidad; racionalidad; congruencia; oportunidad; subsidiariedad; y proporcionalidad.

### **3.3 El uso de la fuerza según estándares internacionales**

En el ámbito de Naciones Unidas se han elaborado normas sobre el uso de la fuerza y de las armas de fuego que tienen como principales destinatarios las fuerzas de seguridad o policiales. Estas normas tienen como objetivo, que el policía desempeñe sus funciones y cargos conforme normas profesionales de actuación, las que constituyen una guía para las legislaciones internas de los países, tales como: a) El Código de Conducta para funcionarios encargados de

hacer cumplir la ley; y b) los Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

a) El Código de Conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley fue aprobado el 17 de diciembre 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 34/169. En ella se establecen las responsabilidades concretas de aquellos encargados de hacer cumplir la ley, de la protección de los derechos humanos, el uso de la fuerza, la prohibición de la tortura, la obediencia debida, y la obligación de rendir cuentas por el obrar desplegado. Este Código define a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley ampliamente como todos los y las agentes de la ley, ya sean nombrados o elegidos, que ejercen funciones de policía, especialmente con facultades de arresto o detención. El imperativo legal de estos funcionarios se basa en el cumplimiento en todo momento de los deberes que les han sido impuestos respetando y protegiendo la dignidad humana y defendiendo los derechos humanos de todas las personas.

b) Con relación a los Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se trata de un compilado de veintiséis directivas básicas que debe seguir el personal policial, y que fueron adoptadas en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, Cuba, en el año 1990. Estos principios refieren a normas estrictas sobre el uso de la fuerza y las armas de fuego por la policía, considerando el servicio social y público de estos funcionarios.

Se destaca entre los principios que los Estados, al reglamentar el uso de la fuerza y de las armas de fuego, deberán examinar distintas cuestiones éticas a fin de graduar la fuerza, y poder emplearla proporcionalmente al objetivo que se quiere cumplir, los Estados deberán dotar a las fuerzas de seguridad de distintos tipos de armas y municiones de modo que puedan hacer un uso diferenciado de la fuerza y de las armas de fuego. Así, se menciona el proporcionar armas no letales, con miras a restringir cada vez más el empleo de medios que puedan ocasionar lesiones de gravedad o muertes. Recomienda que el personal policial utilice en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y mucha más de armas de fuego. Así se estableció que la policía podrá utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen el logro del resultado esperado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, se expidió sobre el alcance e importancia de las pautas a observarse con relación uso de la fuerza; destacó que, en el desarrollo de un evento de despliegue de la autoridad, los agentes estatales, en la medida de lo posible, deben realizar una evaluación de la situación y un plan de acción previo a su intervención; la Corte 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”<sup>3</sup>.

En relación al uso de la fuerza letal y de armas de fuego, sostuvo que: “(...) debe estar prohibido como regla general; su uso excepcional deberá estar formulado por ley, y ser interpretado restrictivamente de manera que sea minimizado en toda circunstancia, no siendo más que el “absolutamente necesario” en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler. Cuando se usa fuerza excesiva toda privación de la vida resultante es arbitraria”<sup>4</sup>.

### **Conclusiones del capítulo**

En este capítulo, se puede observar y delinear los alcances y competencias que tienen las fuerzas policiales, sin importar el ámbito en que se desarrollen sus actividades; se puede advertir que la regulación normativa, del carácter que fuere, es muy rigurosa en cuanto a la finalidad que se persigue, apuntando siempre a la protección y la garantía de la vida, los bienes y demás derechos de toda la sociedad. Es así que para una correcta actuación se fijan límites para el uso de la fuerza pública, a través principios y valores de actuación que deben observarse en cada intervención.

Asimismo, conforme ha quedado establecido en el derrotero de este capítulo, la regulación en el marco del derecho internacional trasciende las esferas llegando así a ser receptadas sus disposiciones en el marco de los ordenamientos jurídicos nacionales; tal el caso de Argentina, y particularmente en la provincia de Salta que mediante ley 7742 y otras normas internas, adecuó la actuación policial a los estándares internacionales sobre la materia.

---

<sup>3</sup> Corte IDH, Retén de Catia vs. Venezuela, Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C N°150, párr. 67

<sup>4</sup> Corte IDH, Retén de Catia vs. Venezuela, Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C N°150, párr. 68

## **Capítulo II**

### **Referencia histórica y legislativa de la legítima defensa, conceptualización y clasificación**

#### **Introducción**

En el presente capítulo, para dar continuidad al trabajo y posterior tratamiento del exceso de la legítima defensa, en primer instancia se hará alusión a breves antecedentes históricos y legislativos de la legítima defensa como causa de justificación, como así, conceptualización y clasificación de esa figura jurídica destinada a excluir la antijuricidad en la medida que cualquier persona actúe conforme los requisitos establecidos por ley; por ello desde el punto de vista legislativo se harán breves referencias con relación al ordenamiento jurídico argentino que tratan sobre la materia; código civil y comercial por una parte, y por otra el código penal argentino, realizándose una breve distinción en cuanto a su funcionalidad y objetivos.

#### **1. La legítima defensa, breve referencia histórica**

Según diferentes estudios realizados sobre la temática bajo tratamiento, entre ellos el realizado por Peña Pesina (2003), la legítima defensa es una de las figuras jurídicas más remotas del derecho penal y, por que no señalar una de las más aceptadas; en casi todos los tiempos y casi universalmente se ha aceptado el derecho del hombre a defenderse ante agresiones injustas y, por ende, ilegítimas. Radica la importancia de esta figura en el reconocimiento del instinto de conservación como factor que excluye la responsabilidad del agente y la necesidad que conlleva la supervivencia de la humanidad misma.

En el derecho romano se la consideró como elemento justificante que se sustentaba en la razón; remontándose también a los preceptos de las doce tablas. También se definió como ley innata, no escrita que viene de la mano de la propia naturaleza; esta idea fue compartida por Ulpiano en relación a las condiciones en que se podía presentar la legítima defensa haciendo hincapié en la injusticia del ataque que se tenía que repeler, su inminencia, los riesgos y el carácter necesario de la defensa, por no poder salvarse una persona de otro modo. Tiempo más tarde, fue reconocida la legítima defensa en las siete partidas, el fuero juzgo, la nueva y

novísima recopilaciones y demás normativas españolas. En el derecho español el fuero juzgo no castigó a quien hiriese o matase a otro en defensa propia.

El derecho canónico propugnaba la facultad de dictar y dar muerte a quien agrediera injustamente, siempre que el ataque fuese precisamente injusto y que la defensa hubiese sido proporcionada a la gravedad de la agresión sin exceder a la necesidad. El derecho canónico hacía mención a que todas las leyes y todos los derechos permiten repeler la fuerza por la fuerza.

Como se puede observar, la legítima defensa, como excluyente de la responsabilidad penal por la comisión de un ilícito, ha venido siendo regulada desde la antigüedad por tratarse de un instituto que defiende a quien previamente defendió su persona o la de terceros y los derechos o intereses propios o ajenos.

## **2. Fundamentos que dan lugar a la legítima defensa**

Existen diferentes circunstancias que sirven de sustento para la fundamentar la aplicación de la legítima defensa, entre ellos se encuentran opiniones que aluden a la fundamentación individual con la supraindividual o social, con lo que según el primer aspecto la legítima defensa serviría para la protección de los bienes jurídicos atacados por el agresor de forma individual; mientras que de acuerdo al segundo, la función última de la legítima defensa consistiría en resguardar al ordenamiento jurídico (Pawlik, 2013).

La fundamentación social, identificada como aquella según la cual la legítima defensa constituye la afirmación del derecho, se vincula con su idea de que, si el delito configura la negación del derecho, la legítima defensa constituye la negación del delito (Hegel, 1987). Como la negación de una negación es equivalente a una afirmación, la legítima defensa es la afirmación del derecho (fundamento supraindividual) obtenida a partir de la defensa de los bienes jurídicos individuales (fundamento individual), motivo por el cual el agredido no está obligado a soslayar la agresión por medios distintos a la defensa, como por ejemplo el huir o esconderse (Bacigalupo, 1999).

La argumentación ofrecida a favor de esta teoría, radica en que si se tratara solamente de proteger lo incólume del bien agredido, entonces las medidas de puro aseguramiento, como sería la huida, serían más eficientes que toda maniobra defensiva cuyo resultado es incierto (Kindhäuser, 2013).

Por su parte, Carlos Nino (2014), ofrece una perspectiva distinta, propone una fundamentación que se inicia estableciendo el alcance de los derechos fundamentales, pasando por la búsqueda de la minimización del daño social, reconociendo a su vez los derechos del destinatario de la acción defensiva y tratando de buscar y encontrar la responsabilidad ante la generación del peligro. En síntesis, plantea que el fundamento real de la legítima defensa estaría dado con base en una mera función preventiva del daño individual o social. Y en este punto, se coincide plenamente con el autor.

### **3. Legislación argentina sobre la legítima defensa**

La causa de justificación bajo estudio, como figura que exime de responder ante la causación de injusto ya sea en sede civil como en sede penal, en nuestra legislación argentina, se encuentra regulado en el art. 1718 del Código Civil y Comercial, como así en el art. 34 inc. 6 del Código Penal en lo que respecta a la legítima defensa, y el exceso en el art. 35 del mismo código de fondo.

#### **3.1 Regulación en el Código Civil y Comercial**

En materia civil, al remitirnos al art.1718 del CCyC, encontramos que en tal presupuesto normativo, se regula sobre legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio regular de un derecho.

Sobre la legítima defensa, temática de nuestro interés para entender luego sobre el exceso, puede señalarse que es una causal de justificación de la antijuridicidad presumida por haber causado un daño a otra persona y que proviene de la elaboración doctrinaria del derecho penal, ámbito en el cual se ha profundizado su estudio (Alferillo y otros, 2015).

La legítima defensa es reglamentada por el CCyC, en la hipótesis de defensa extrajudicial de la posesión contemplada en el art. 2240<sup>5</sup>.

Finalmente cabe destacar que el inc. b) del art. 1718 autoriza que el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de una conducta realizada en legítima

---

<sup>5</sup> Art. 2240. Defensa extrajudicial. Nadie puede mantener o recuperar la posesión o la tenencia de propia autoridad, excepto cuando debe protegerse y repeler una agresión con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la autoridad judicial o policial llegarían demasiado tarde. El afectado debe recobrarla sin intervalo de tiempo y sin exceder los límites de la propia defensa. Esta protección contra toda violencia puede también ser ejercida por los servidores de la posesión.

defensa tiene derecho a que se le reparen plenamente los daños injustamente padecidos por él. Esta norma encuentra fundamento en la equidad, por cuanto el daño proviene de un accionar lícito, que es el ejercicio de la legítima defensa.

### **3.2 Regulación en el Código Penal Argentino**

Las circunstancias que deben concurrir para que se reconozca como no susceptible de ser penalmente sancionado a quien, defendiéndose, realiza un acto típico, se encuentra contemplados en el art. 34 inc. 6 del Código Penal. Estas tres circunstancias son: a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende, las que serán analizadas acto seguido:

a) Agresión ilegítima: constituye la base de la figura de la legítima defensa (Terragni, s.f), por oposición. Agredir es acometer a alguien hasta matarlo o lesionarlo; es un ataque, una ofensiva para perjudicar. Ese ataque debe provenir de una persona humana, susceptible de accionar en sentido jurídico-penal. La situación de legítima defensa se origina por una agresión, entendida como una amenaza de lesión de un bien jurídicamente protegido, por una conducta humana (Roxin, 1972).

b) La falta de provocación suficiente: se debe tener en cuenta que el sujeto que obra en legítima defensa lo hace enarbolando la bandera de la defensa del derecho taxativamente autorizada por el propio derecho. No hay pues otro fin que no sea el proteger la legalidad estatuida y, en todo caso, no cabe –dentro de la lógica- que el sujeto defensor provoque deliberadamente al agresor con el fin de que lo agreda y le permita actuar escudándose luego en la figura de la legítima defensa (Rovira, 2007).

Ahora bien, el requisito de que la defensa sea necesaria no debe ser confundido con la exigencia de que resulte racional el medio empleado (art. 34, inc. 6°, ap. b, CP) por el agredido. Para la determinación de la necesidad de la acción resulta indispensable utilizar un método hipotético-comparativo, que analice cuáles eran, según las particularidades del caso, las alternativas de que podía valerse el autor para repeler la agresión (Righi, 2002); y también para ponderar la racionalidad de la necesidad, estableciendo de esta forma la proporcionalidad entre la potencialidad agresiva de la conducta desplegada por el agresor y el comportamiento defensivo ejecutado por el agredido. Ello por cuanto la defensa tiene como límites no solo la necesidad sino también la racionalidad (Cepede, 2012; Rovira, 2007).

c) Racionalidad del medio empleado: la circunstancia que hace a la racionalidad en el medio empleado por el autor del acto típico para defenderse de la agresión ilegítima, no debe identificarse con la de una necesidad absoluta, sino con aquella que establezca proporcionalidad en el marco de la situación que se presente concretamente. La determinación de lo que es razonable dependerá de las situaciones individuales de los intervinientes en el hecho, de los medios de que dispone el agredido para actuar, de las circunstancias de tiempo y lugar, del objetivo del ataque y, obviamente de la intensidad con que se ejecute (Cepede, 2012). Se infiere entonces que, cuando el autor de la agresión haya usado medios de poca entidad ofensiva, se exige que el agredido utilice procedimientos similares en su defensa. Asimismo, habrá que observarse el medio empleado el que puede ser eficaz pero claramente desproporcionado, por lo que no se cumpliría la exigencia. El medio es racional, cuando es adecuado para impedir o repeler la agresión (Righi, 2016).

#### **4. Conceptualización y clasificación**

Conceptualmente, se toma la definición de Jiménez de Asúa (1967) quien ha definido a la legítima defensa como la repulsa de toda agresión ilegítima, actual o inminente, llevada a cabo tanto por el atacado o como por tercero, contra el agresor de la persona o sus derechos, sin traspasar la necesidad que presenta la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para repelerla.

Desde nuestro punto de vista, en base a lo narrado por los diferentes autores, se puede decir que la legítima defensa implica una verdadera y excepcional facultad otorgada por las normas penales a quien, socorriéndose a sí mismo o a un tercero, o derechos propios o ajenos, se encuentra ante una situación de riesgos o peligros inminentes o actuales –materializados en ataques injustos- y ante la imposibilidad de poder acudir a las fuerzas de seguridad, la repele *per se*, excluyendo de esta forma la antijuridicidad de su conducta.

Tal es el motivo por el que se la encuadra normativamente como una causa de exclusión de la culpabilidad del agente, precisamente por no poder ser tachado como responsable del ilícito al actuar en defensa propia o de terceros (y según se presenten los requisitos que las normas establezcan taxativamente).

Con relación a la clasificación, surgen de las disposiciones contenidas en el libro primero del Código Penal, que prevé la justificación de cualquier comportamiento típico si el hecho fue cometido en legítima defensa (art. 34, incs. 6° y 7°, CP). A continuación, se analizan las mismas:

a) Legítima defensa propia: es viable a partir del mismo momento en que la agresión ilegítima se hace evidente por parte del agresor, su intención de agredir, típico el caso de un ataque delictivo, contrario a derecho (art. 34, inc. 6, a), C.P.).

Es ahí, cuando el que se defiende debe hacerlo de una manera racional y proporcional, es decir, equitativa al ataque. En otro orden de ideas, a la conducta o accionar ofensivo del cual es víctima por parte del atacante, le debe oponer un poder defensivo similar con la capacidad de rechazar la agresión (art. 34, inc. 6, b) C.P.).

Esto debe ser analizado en el sentido de que siempre debe ser proporcional el medio utilizado para defenderse que el utilizado para el ataque cuando éste puede lograr el mismo resultado final, pero nunca uno mayor, tal como se advirtiera oportunamente; quien se defiende no debe haber provocado en demasía al que lo ataca, porque ello inhibe el derecho a la legítima defensa (art. 34, inc. 6), 3) C.P.).

Con lo expuesto, queda claro entonces, que, quien ha sido atacado en su persona, integridad física o bienes, tiene la posibilidad de defenderse repeliendo dicho ataque o impidiéndolo, no obstante para que en forma posterior no sea reprochado e inculcado penalmente, debe cumplir con los requisitos que la propia ley exige a través del Código Penal.

b) Legítima defensa privilegiada: para este caso puntual, los tres requisitos exigidos y que debe acreditar quien ejerce un acto de legítima defensa, no van a ser requeridos, según puede interpretarse del tenor literal de los dos últimos párrafos del artículo 34 CP- cuando la víctima haya sufrido la agresión de noche y en su vivienda o dependencias cualquiera sea el daño ocasionado; también sucederá lo mismo si se encontrare a un extraño dentro de la morada. Diferentes autores, Núñez (1999), Soler (1992), Fontán Balestra (1966) entre otros, sostienen que se trata de una presunción *iuris tantum* lo establecido en la norma bajo análisis al referirse a la legítima defensa cuando durante la noche se rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de la casa, o departamento habitado o de sus dependencias y que, por tanto, puede ser destruida por prueba en contrario; tal sería el caso si se demostrara que la vida de quien se defendió no había corrido peligro.

c) Legítima defensa de terceros: en este supuesto, la ley autoriza la defensa de terceros y sus bienes, cuando se dan siempre los dos primeros presupuestos de la legítima defensa, y cuando el agredido haya provocado lo suficiente al que se defiende, siempre que el que defiende no haya participado de dicha provocación (art. 34, inc.7, CP). La exigencia de que quien defiende no debe haber actuado conforme a la provocación se funda en que se pudo haber puesto de acuerdo con el defendido de manera dolosa, para que mientras una de ellas lo provoca, la otra pueda causarle un daño al supuesto agresor, *so pretexto* de actuar en legítima defensa del tercero (Soler, 1992).

d) Legítima defensa putativa: es la defensa que se utiliza para repeler una agresión imaginada, no real y objetivamente inexistente (Calvo Suárez, 2010); por tal motivo puede denominarse como una defensa subjetiva. Ésta puede surgir en el caso que el sujeto que se defiende cree que obrar en legítima defensa pero, lo que en realidad existe o se genera es un error en esa creencia sobre la situación. Para salir sin reproche penal ante el evento, el agente que supuso defenderse legítimamente deberá probar que el error en que incurrió era esencial y no negligente (Calvo Suárez, 2010). Aquí se dan los tres requisitos de la legítima defensa, pero el que la ejerce, lo hace de buena fe, bajo los efectos de un error esencial y de conocimiento invencible.

### **Conclusión del capítulo**

De lo narrado, se tiene que la legítima defensa es una causa que justifica la realización de una conducta típica y por tanto reprochada penalmente que exime de responsabilidad al autor del hecho. Es una situación que exterioriza un actuar ilegítimo pero que no obstante presentar ciertas circunstancias delimitadas por la ley permite eximir, o reducir la sanción a aplicarse al responsable del ilícito.

A su vez, se tiene que la legítima defensa, según la circunstancia alegada, adopta diferentes clases: la defensa propia, la defensa privilegiada, la defensa de terceros y la defensa putativa (siendo esta última, para este criterio, no una causa real u objetiva de justificación ya que no hay elementos que puedan corroborar la idea que se hizo el autor al momento de atacar sin riesgos reales). Cada uno de estos tipos de legítima defensa tiene rasgos distintivos, perfectamente señalados en el Código Penal y que permiten, por tanto, ponderar en qué casos se actuó conforme uno u otro tipo.

## Capítulo III

### El Exceso de la Legítima Defensa en general

#### Introducción

En el tercer capítulo, conforme con el derrotero de una investigación que tiende a destacar cuestiones tan importantes como lo son la legítima defensa y principalmente el exceso en ella derivado de la actuación de las fuerzas de seguridad y policiales, en esta ocasión se abordará puntualmente lo relativo al exceso desde una mirada genérica según las previsiones del art. 35 del Código Penal.

La finalidad es que quede en claro conceptualmente a qué se hace referencia jurídicamente cuando se menciona el exceso en la legítima defensa y los tipos, en el sentido de las formas o especie que puede adoptar la misma dependiendo de ciertas circunstancias en el caso concreto, tomándose al respecto distintas opiniones doctrinarias que profundizan su estudio en esta temática.

#### 1. El exceso de la legítima defensa en el Código Penal Argentino

Al remitirnos al Código Penal Argentino, con relación al exceso de la legítima defensa el art. 35 establece: *“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.”*; de ello se tiene que para que se dará la figura del exceso siempre que se hayan dado los tres requisitos de la legítima defensa.

Según sostiene Soler (1992) el exceso puede interpretarse como la intensificación innecesaria, eludible, de la acción típica que se encuentra justificada. Es decir, transgredir los límites que vienen impuestos por la ley, significa violentar alguno de los requisitos establecidos por la misma que en concreto justifican el acto.

Núñez (1999), refiere que, el exceso en el ejercicio de una causa de justificación es reprochable solo a título culposo y afirma que lo que lleva al agente a incurrir en exceso es su negligencia, o imprudencia o su inobservancia reglamentaria o de los deberes a su cargo, que un error sobre las reales circunstancias del caso, no le permite apreciar correctamente la situación de necesidad o mantenerse dentro de los límites legales de la orden superior; también

sostiene con relación a la discusión si el exceso es imputable a título de culpa o dolo, lo más acertado sería decir que la desproporción objetiva del medio de ejecución empleado, desde el punto de vista subjetivo debe estar alineado a un estado de excitación o perturbación del ánimo del autor o a un abandono por parte del mismo, de las reglas de prudencia que deberían ser tenidas en cuenta en el caso particular, que sin alterar su finalidad de cumplir con la ley lo llevaron a cometer exceso; lo cual implicaría que si el error del autor acerca de su correcto accionar no le es imputable, entra en función la justificación punitiva, tal es así que el código penal en el art. 35, castiga el exceso con la pena fijada para el delito de culpa o imprudencia, y con ello queda claro que el exceso queda comprendido dentro del régimen propio de culpa.

Pero que sucedería en los casos en que el exceso en el ejercicio de una causa de justificación como la legítima defensa lo sea cometido por un agente policial o funcionario encargado de hacer cumplir la ley, surge la interrogante de cómo sería la aplicación de lo previsto en el art. 35 del Código Penal, ello teniendo en cuenta el amplio margo legal que regula la función policial. Para ello también se considera de suma importancia delimitar los tipos de exceso que se podrían llegar a presentar.

## **2. El exceso intensivo y el exceso extensivo**

Nino (2005) expresa que las dos hipótesis que prevén los proyectos de reforma al Código Penal se corresponden a dos casos que los autores suelen distinguir, aunque no muy claramente; por un lado, el exceso intensivo (o en los medios), en el que se da una agresión ilícita no provocada pero el agente ejecuta una conducta defensiva que es más lesiva de lo que es necesario y razonable, y por otro el exceso extensivo (o en la causa) en que hay alguna deficiencia respecto de la agresión previa. Soler (1992) expresa que es sumamente trascendente subrayar que el exceso consiste en la intensificación de la acción, tal como se adelantara en párrafos precedentes.

El más claro de exceso en la defensa es, entonces, el del exceso intensivo, que está relacionado con el requisito de la necesidad racional del medio empleado para repeler o impedir la agresión. En línea de pensamiento, se tiene que el exceso en la legítima defensa que tiene regulación autónoma (art. 35 CP), es el llamado entonces exceso intensivo, es decir el caso en que la acción defensiva no satisface plenamente el requisito de eficiencia, incluido en el de

necesidad o el de proporcionalidad (en cambio, el llamado exceso extensivo presenta los problemas de la exigencia de falta de provocación, por ejemplo).

Zaffaroni (2005), afirma que esto no significa excluir totalmente del ámbito del art. 35 CP el exceso intensivo, sino solamente cuando el mismo se opera *ab-initio*. Es decir, habrá disminución de la antijuridicidad cuando la conducta que comienza siendo justificada continua fuera del permiso, como cuando sigue la conducta que comenzó siendo defensiva, se la mantiene cuando ya ha cesado la agresión o amenaza de ella (exceso extensivo), y también la habrá cuando el agresor sigue agrediendo, pero con un medio que es menos lesivo y quien se defiende lo sigue haciendo con el mismo medio que empleó anteriormente.

El caso que plantea dudas es, indiscutiblemente, el del exceso extensivo como puede observarse, es decir, cuando la defensa continua pese a que haya cesado la agresión. Se enrola en esta posición el Dr. D'Alessio (2004) cuando expresa que corresponde descartar el exceso *ab-initio*, pero no el sobreviniente (por ejemplo, cuando el agresor sigue agrediendo, pero no un medio menos lesivo que el inicial, y quien se defiende lo sigue haciendo con el mismo medio que empleara antes). En este sentido la jurisprudencia señaló que:

El golpe aplicado con un matafuego a quien, luego de un crescendo agresivo, acaba de emplear un elemento idóneo para causar graves daños en el cuerpo del acometido, justifica su conducta bajo la legítima defensa. Pero si, luego del primer impacto propinado con el extinguidor, el agresor insiste en su embestida, pero retornando a los golpes de puño, la aplicación de nuevos mandobles con el mismo instrumento importa un exceso intensivo en la justificación lo que conduce a la solución prevista por el art. 35 del Cod. Penal, porque el autor obro dentro de una situación de defensa necesaria, pero durante el último tramo siguió utilizando un artilugio que sobrepasa los límites impuestos por la situación<sup>6</sup>.

Sobre esta cuestión es claro Jescheck (1993), cuando afirma que si el que se defiende sobrepasa el límite, actúa antijurídicamente (exceso intensivo). Pero también actúa antijurídicamente el defensor cuando se defiende pese a que la agresión no se concretó todavía, o no es ya actual (exceso extensivo). En el primer caso el autor se excede en la medida, en el segundo, se excede en los límites temporales de la legítima defensa.

Atento lo expuesto, se infiere que solo se encuentra previsto en el art. 35 CP el exceso intensivo, descartando así el extensivo y la división temporal del intensivo en *ab-initio*; y para el caso de los funcionarios policiales cuyo accionar se vea cuestionado y vinculado con la figura

---

<sup>6</sup> Cam. Nac. Corr., sala I, LL 1986-E-724

delictiva del exceso, también entrarían en valoración los presupuestos normativos y protocolos que se deberían observar ante cualquier tipo de intervención y que sean reprochables desde el punto de vista legal y procedimental al alegarse la causal de justificación de la legítima defensa.

### **3. La penalidad para el delito de exceso**

La ley en este sentido fija la pena para el delito por culpa o imprudencia. El fundamento de la disminución de la pena en la menor relación del sujeto con la norma prohibitiva; es decir que debe haber una menor antijuricidad en aquel que se excede (Fontán Balestra, 1966).

Si bien el Código Penal no prevé expresamente ninguna forma de exceso impune, la doctrina se ha manifestado – casi en su totalidad - en el sentido de sostener que, si la ley no prevé la figura culposa, la acción excesiva deviene impune. Lo primero que debe decirse es que para poder hablar de exceso en la legítima defensa resulta esencial que haya habido legítima defensa.

Zaffaroni (2005), estima que lo más conveniente es entender que se trata de la previsión de una hipótesis de menor contenido injusto, toda vez que es menos antijurídica la acción que comienza siendo justificada. Así, el fundamento es claro sin salir del plano del injusto: existe una mayor carga de antijuricidad en la conducta que se inicia y culmina antijurídica que en otra que tiene en sus comienzos el amparo de una causa de justificación, pero se agota antijurídicamente. Sobre esta cuestión, la jurisprudencia ha sostenido:

El agredido que se vio frente a una agresión ilegítima que, si bien constituyó una situación de real peligro para su vida y que debió ser repelida de la única manera que pudo hacerlo, atendiendo a las circunstancias de tiempo, lugar y modo de ataque, al acentuar la repulsa cuando pudo zafar finalmente de la situación, no se está cabalmente en la legítima defensa, sino en el exceso de ésta que reprime el art. 35 del Código Penal<sup>7</sup>. También se ha alegado que:

No corresponde aplicar el art. 35 del C.P.- en cuanto contempla el exceso en la legítima defensa- si se encuentra probado que fue la autora del homicidio la que atacó a su cónyuge y no éste, pues aun existiendo ataques de éste de antigua data y por muy conflictiva que la relación entre ellos fuera, no constituía en la emergencia una agresión de actualidad e inminencia tal que

---

<sup>7</sup> Ccrim. Corr. Morón, Sala II, 7/10/93, LLBA, 1994-216.

- lejos del simple temor y/o recuerdo de sufrimientos pasados- hiciera necesaria la defensa intensiva- ilegítima, injusta y real<sup>8</sup>.

Los autores fundamentan lo culposo del exceso en la legítima defensa como consecuencia de que quien actúa legítimamente en defensa de su persona o de sus derechos produce un resultado que finaliza siendo antijurídico. Zaffaroni (2005) lo expone con meridiana claridad al alegar que es menos antijurídica la acción que comienza siendo justificada y pasa a ser antijurídica, que aquella que comienza y concluye siendo antijurídica.

En ese sentido, también se sostiene según Lopez Mesa y Cesano (2010); que la atenuación de la respuesta penal se da siempre que quien se excedió haya estado dentro de la justificación; para que la ley justifique al autor, éste tiene que haberse hallado justificado en un momento de su accionar; así por ejemplo se encuadraría a prima facie en el delito de homicidio simple – art. 79 C.P., cometido con exceso en la legítima defensa – art. 35 C.P., el accionar del imputado que, luego de ser interceptado a la salida de una entidad bancaria por tres individuos desarmados con la intención de sustraerle el dinero recién retirado, extrajo de su portafolio una pistola y disparó a quienes intentaban desapoderarlo, ultimándolo a uno de ellos. Por el contrario, quien no se encontró justificado en ningún momento de su accionar no puede esgrimir el exceso.

Queda claro, que, para poder hablar de exceso, el agente debe haber actuado amparado por una causa justificante; sin embargo, esto no significa que su obrar si bien al inicio fue legítimo se excedió en la legitimidad en el curso de su accionar. De aquí que para poder hablar de exceso en la legítima defensa resulta esencial que haya habido legítima defensa.

### **Conclusión del capítulo**

De lo expuesto, se puede advertir que, para que proceda esta figura, previamente debe haberse presentado un suceso que habilite en primer lugar a la legítima defensa como causa particular de justificación de un acto típico pero que tiene como singularidad el hecho de exonerar de responsabilidad al autor cuando contra él se haya perpetrado un ataque previo. Que según las circunstancias de cada caso, adopte cualquiera de sus clasificaciones, sea una

---

<sup>8</sup> CNCasación Penal, Sala IV, 2001/11/05- Minciotti, Marí C. S/ rec

defensa propia, privilegiada, de terceros, o una defensa putativa; y más allá de sus rasgos distintivos perfectamente señalados en el Código Penal, el solo hecho que cualquiera de ellas haya sido ejercido con mayor intensidad de lo permitido, llevan a configurar el exceso de esa causa de justificación.

Sin embargo, esta intensificación no hace que se deje al margen el alegato de la defensa necesaria ante un ataque actual o inminente a los bienes jurídicos tutelados. La excepción aquí es que tendrá una pena el autor, aunque minimizada por prevalecer la legítima defensa.

## **Capítulo IV**

### **El exceso de la legítima defensa y su relación con el uso de la fuerza**

#### **Introducción**

En este último apartado se analizará sobre el uso de la fuerza pública y su relación con el exceso en la legítima defensa que se presenta en los procedimientos policiales, donde el funcionario estatal dependiendo de cada suceso en particular, debe recurrir al uso de la fuerza no solo para concretar la misión que tienen encomendado por ley, sino también para su protección y la de terceras personas.

En tal sentido se pretende reflexionar sobre si en el uso de la fuerza pública que aplican los funcionarios policiales, se deben cumplir necesariamente los presupuestos de la legítima defensa indicados por el derecho penal; o viceversa, es decir que, en el caso que el funcionario policial producto de su intervención donde está en riesgo su vida o de un tercero, para alegar la legítima defensa y no incurrir en exceso de esa causa de justificación, ha de cumplir previamente los presupuestos legales establecidos para el uso de la fuerza, para ello se realizará un breve análisis sobre el exceso policial, los principios a observarse, y opiniones desde el punto de vista doctrinario y jurisprudencial.

#### **1. El exceso policial en la legítima defensa**

Para que se configure el delito previsto en el art. 35 del C.P., a raíz del accionar policial, previamente debe haber una accionar por parte de éste, donde se ponga en riesgo inminente bienes jurídicos protegidos por la ley; donde también entren en valoración los requisitos que exige la norma para la legítima defensa; figura que no exige el requisito de proporcionalidad, sino que dentro del accionar del que se defiende se encuentre comprendido el uso del medio necesario o racional.

Es decir, entre dos medios, se deberá optar por el menos lesivo, pero no tiene que ser un medio proporcional al ataque que está siendo repelido; cuando es manifiestamente desproporcional, no se podrá alegar esta causal de justificación, y quizás lleve a ser considerado según las circunstancias del caso, al exceso; esto lleva a admitirse que, para que el funcionario

policial pueda actuar en el marco de la legítima defensa, sólo sería mediante el uso de un medio racional o necesario.

Consecuentemente, mientras que en la actuación en legítima defensa no es necesaria la proporcionalidad sino la racionalidad del medio empleado, el uso de la fuerza por los funcionarios de seguridad debe encontrar su límite en las normas de derecho público que regulan sobre su aplicación. Explica Jakobs (1995), que el policía no actúa de manera espontánea al momento de recurrir a la fuerza, sino más bien que realiza una tarea previamente ensayada y en su condición de funcionario, debe ajustar su forma de proceder a la normativa estatal.

El agente de policía se halla en una situación especial y particular al estar obligado por su cargo a intervenir en múltiples y variadas problemáticas de todo tipo por los que puede llegar a necesitar del amparo legal contra los ataques que pueda sufrir al prestar su presencia en la contingencia a la que fue solicitado (Díaz, 1942). Esto, coloca al policía en una singular posición respecto de los demás mortales civiles o ciudadanos comunes.

Puede afirmarse entonces, que el funcionario policial, se halla permanentemente en estado de legítima defensa y consecuentemente propenso a incurrir en un exceso; sobre todo, teniéndose en cuenta que los requisitos establecidos por la ley son una regla complementaria a la función que ejerce, y son tomados como puntos de referencia para juzgar la conducta de aquél.

Ello lleva a sostener que es innegable negar que la actuación del funcionario policial puede bajo ciertas circunstancias tener encuadre legal, no solo en lo previsto en el artículo 34 inc. 4° del Código Penal, sino también en la figura de la legítima defensa. Desde esta perspectiva, si el hecho típico reunía las condiciones generales que sirven para justificarlo, atento a lo exigido por el inciso 6 del citado artículo; esta sería la única forma de considerar la diferencia fundamental entre el obrar de un particular, que por excepción puede hallarse en la necesidad de detener o repeler una agresión contra sí, y el agente de policía, quien por obligación está abocado a sufrirlas, con esta circunstancia especial a su favor: el deber de no tolerar actos que obren en menoscabo de la autoridad por él investida (Díaz, 1948).

En este sentido, la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná falló en definitiva una causa seguida contra de agentes de policía, y sentó la doctrina que se ha señalado anteriormente, estableciendo que: *“Deben ser declarados exentos de pena los agentes de policía que en*

*cumplimiento de su deber interviniendo en un hecho delictuoso, hayan dado muerte a individuos que los atacaron en forma inesperada y que hubieren puesto en peligro sus vidas”* (citada por Díaz, 1942).

Queda claro que la justicia valoró no solamente las circunstancias del caso en particular, sino también los protocolos de intervención policial, principalmente en lo que respecta al uso de la fuerza pública y sus diferentes niveles; caso contrario otra hubiere sido la decisión adoptada. Más allá del cumplimiento del deber, también supone la existencia de los presupuestos legales para la aplicación de la legítima defensa, y de no haberse observado en conjunto con las obligaciones reglamentarias sobre el uso de la fuerza, seguramente se estaría hablando de una sentencia por homicidio con exceso en la legítima defensa; lo que torna preponderante para el policía ajustar su proceder a los principios sobre el uso de la fuerza.

## **2. Principios a observarse en el uso de la fuerza pública**

En lo que atañe en este punto en particular de la investigación, se trae a colación lo dispuesto por el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, el que dispone en su artículo 3° que “podrá usarse la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiere el desempeño de sus tareas”. Es así que se restringe el uso de la fuerza a cuando sea estrictamente necesario y siempre que sea insustituible en el desempeño de sus funciones. Además, establece que los gobiernos y autoridades responsables de hacer cumplir la ley “asegurarán que se establezca un procedimiento de revisión eficaz y que autoridades administrativas o judiciales independientes estén dotadas de competencia en circunstancias apropiadas.

Por su parte, en la novena disposición especial de los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se señala que: “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 detener a una persona que representare ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de resultar insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos.

Con esto, se propone establecer una plataforma fáctica de actuación del personal policial en el marco de la ley, a los efectos ajustar sus conductas a ellos; sin embargo, esto no obsta a que no puedan ejercer la defensa de otros, de distintos intereses tutelados y de ellos mismos primordialmente al ser quienes, en primer lugar, se exponen a los riesgos. Por esos motivos, se interpreta que el contexto de actuación en el que puede utilizar la fuerza el agente policial, es siempre y cuando no tenga otro medio para contestar el ataque.

En vista a lo expuesto, los principios del uso racional de las fuerzas que emergen de la normativa que se viene analizando, y según el Programa de uso Racional de la Fuerza<sup>9</sup>, se pueden mencionar los siguientes:

- a) **Legalidad:** Se trata de un principio que surge de la interrogante, de cuándo se puede usar la fuerza. El uso de la fuerza sólo está autorizado cuando el objetivo que se pretende alcanzar y el modo en que se utiliza ese recurso se encuentran respaldados por normas jurídicas que así lo autorizan.
- b) **Oportunidad:** Surge del interrogante, en qué momento es necesario usar la fuerza. Cuando todos los demás medios legítimos para alcanzar ese objetivo resulten ineficaces y el uso de la fuerza no acarree consecuencias más lesivas que aquellas que se producirían en caso de no recurrir a ella.
- c) **Proporcionalidad y Moderación:** Cuanta fuerza se debe utilizar. El nivel de fuerza aplicado debe ser proporcional a la agresión recibida, la gravedad de la amenaza y los riesgos objetivos que de ella surjan, procurándose evitar daños innecesarios (moderación). Así, el grado de fuerza aplicado deberá ser evaluado por el personal en relación a la gravedad del delito y al objetivo que persiga salvaguardar.
- d) **Responsabilidad y Rendición de Cuentas:** Este principio responde a la interrogante de cómo se controla el uso de la fuerza. El personal debe asumir las responsabilidades de su accionar y rendir cuentas por las acciones efectuadas. Quien utiliza la fuerza, sus superiores, y en última instancia el Estado, deben rendir cuentas por esa acción y responder por las consecuencias que acarree su uso.

---

<sup>9</sup> Manual de capacitación policial en el Uso Racional de la Fuerza 1ra Ed. - CABS: M.S.N., 2015. Recuperado el 09/02/2023 de: [https://www.policinglaw.info/assets/downloads/National\\_Police\\_Training\\_Manual\\_\(Spanish\\_original\).pdf](https://www.policinglaw.info/assets/downloads/National_Police_Training_Manual_(Spanish_original).pdf)

En la policía de Salta, el uso de la fuerza pública se encuentra reglamentado por resolución de Jefatura de Policía N° 11267/11, que establece las diferentes circunstancias, niveles y principios generales para el uso de la fuerza; a su vez en art. 10 de la Ley N° 7742/12 de Policía de Salta, quedan establecidos los principios básicos y valores de actuación policial; debiendo observarse los siguientes principios:

- a) Ejercer los actos propios de sus funciones de policía de seguridad y auxiliar de la justicia, en cualquier momento y lugar de la Provincia, en cumplimiento y observancia de los requisitos establecidos por Ley.
- b) Actuar con sujeción a los principios de legalidad, razonabilidad, responsabilidad y ética profesional, privilegiando la tarea preventiva y disuasiva por sobre el uso de la fuerza.
- c) En aquellos casos en que resulte necesario el uso de la fuerza pública, la actuación deberá ser moderada y gradual para evitar un mal mayor a la integridad física, la vida, la libertad, los bienes, derechos propios o de terceros, y para restablecer las condiciones de seguridad pública.
- d) Observar en todo momento el respeto hacia las personas y los principios de imparcialidad e igualdad ante la Ley, protegiendo los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional y de la Provincia.
- e) No infligir, instigar o tolerar actos de tortura, apremios u otros tratos crueles, ultrajantes, inhumanos o degradantes de la condición y dignidad humana.
- f) No acatará ni podrá invocar la orden de un superior o cualquier tipo de circunstancia especial o situación de emergencia pública para justificar la comisión de delitos contra la vida, la libertad, la integridad personal o de cualquier especie.
- g) Mantener en reserva las cuestiones de carácter confidencial referidas al honor, la vida y los intereses privados de las personas que llegaren a su conocimiento, especialmente las referidas a menores, a menos que el cumplimiento del deber legal o los requerimientos de la justicia exigieren revelarlas, en cuyo caso se deberá actuar con la mayor cautela al respecto.

Cabe acotar, que tanto el reglamento sobre el uso de la fuerza pública Resolución JP N° 11267/11, como así los principios básicos y valores de actuación fijados en la Ley 7742/12, son normas que fueron adaptadas a estándares internacionales; Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley; y Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y armas de fuego por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

### **3. Doctrina y Jurisprudencia sobre exceso en la legítima defensa policial.**

Según Soler (1992), la fórmula empleada para construir la figura, en la cual se hace referencia al que "hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad", está señalando que la condición esencial para que exista exceso es la preexistencia de una situación objetiva de justificación; una agresión ilegítima, una situación de necesidad, un deber legal de obrar, un derecho en ejercicio, según el caso; de modo que el exceso se refiere a los límites de la acción, no a su inicial licitud; por eso corresponde la denominación de exceso a la intensificación innecesaria de la acción inicialmente justificada; en este caso puntual por parte de un individuo bajo el rol de funcionario policial.

Sin perjuicio de lo expuesto, cuando se da tratamiento en los diferentes ámbitos a la figura del exceso en la legítima defensa, en la doctrina y jurisprudencia argentina se puede observar que al momento de valorarse casos puntuales, se marcan diferencias respecto a los requisitos de la legítima defensa por parte de un ciudadano común y otro ciudadano que lleva la carga de funcionario policial; así por ejemplo, Zaffaroni (2002) realiza una distinción entre la legítima defensa ejercida por un ciudadano o por un efectivo policial, destacando que la primera corresponde al ejercicio de un derecho y la segunda al deber de un policía de defender a terceros.

En este sentido, toda acción que surja de ese deber, debe interpretarse restrictivamente, considerando que se trata de un funcionario público que se encuentra autorizado por la ley para portar armas de fuego y, de ser necesario, utilizarlas. Así es como Zaffaroni indica que "dada su profesionalidad, se le exige una más ajustada valoración ex ante de la necesidad de la defensa, pues se supone que dispone de los conocimientos, entrenamiento y medios técnicos" (2002, p.616).

Palermo (2007), sostiene el policía en el ejercicio de su función, no estaría abarcada por el permiso de la legítima defensa, ello debido a que como autoridad estatal en quien el estado delega la potestad del uso de la fuerza pública, tiene sus propias reglas y debe hacer prevalecer y abogar por la utilización proporcional de esa fuerza; observándose claramente una postura totalmente contraria a la que se sostiene en la tesis de Zaffaroni.

Respecto a la jurisprudencia, también existen posturas disidentes a la hora de resolver sobre la temática bajo estudio. Es así que la Cámara de Nacional de Casación en lo Criminal y

Correccional Sala II<sup>10</sup>, debió resolver un recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia a la que arribó El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 15, el que había resuelto por voto de la mayoría, condenar a Sebastián Ezequiel Torres, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de Homicidio con exceso en la legítima defensa, agravado por el empleo de arma de fuego.

El *ad quo*, consideró probado que Torres provocó la muerte de Roberto Claudio Autero, por disparo con arma de fuego a través de la pistola reglamentaria, y le produjo instantáneamente la muerte; lo que fue en respuesta al intento de asalto del que fuera objeto Torres, a manos de cuatro hombres, entre los que se encontraba Autero. Dentro del extenso análisis que realizó el Tribunal, consideró como innegable que ha existido en perjuicio de Torres una agresión ilegítima, intencional, un ataque cierto a sus derechos; ejecutado por Autero, y otras personas en pos de sustraerle el auto de su propiedad a punta de lo que se entendía un arma de fuego, creando un menoscabo en su perjuicio contrario a derecho, y por lo tanto el disparo en la nuca provocado a Autero fue en respuesta a una agresión ilegítima anterior, consistente en el intento de robo de su automóvil, mediante una réplica de arma de fuego; pero sin embargo también entendió que, para neutralizar esa agresión, bien pudo haber apuntado hacia otra zona del cuerpo no vital, máxime si se recuerda que el imputado revestía en ese momento la condición de policía.

A su turno, la Cámara Nacional de Casación, tuvo una postura contraria al decisorio del *ad quo*, ya que revocó la sentencia, entre algunos de los fundamentos utilizados, sostuvo que, Torres en su condición de policía, el resultado que debió evitar era la huida de un grupo de jóvenes que habrían intentado cometer un delito contra la propiedad, para ello debió haber bajado de su vehículo y procurar resguardarse para determinar la posición de las personas que lo habían abordado y, después de verificar que huían como él mismo lo aseveró, realizar las acciones necesarias para no exponerse físicamente y requerir el apoyo necesario, señalando asimismo que para aplicar la regla del art. 35, CP, es preciso que la acción haya comenzado justificadamente, circunstancia ausente en el caso bajo análisis. Como parte de los fundamentos legales, citó el art. 4 de los Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y armas de fuego, que establece: “*Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo*

---

<sup>10</sup> CNCCC Sala II: Causa n° CCC 7348/2015/TO1/CNC1, caratulada “Torres, Sebastián Ezequiel s/recurso de casación.

*de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto*". Y Consecuentemente resolvió revocar la decisión del ad quo, y cambio de calificación legal por el delito de Homicidio Simple.

Sobre la misma materia bajo análisis, en otro caso el Tribunal en lo Criminal N° 1 de La Matanza,<sup>11</sup> resolvió: "Existe falta de proporción en el medio empleado requerido para configurar legítima defensa, en la conducta del policía imputado que disparó contra un delincuente provocándole la muerte, luego de que quedara reducido en el patio de una casa, ya que de haber empleado una acción menos letal, tal como disparar al aire y tener en cuenta la calidad de tirador inexperto y neófito de la víctima, el resultado mortal, tal vez no se hubiese producido".

La posición que adoptó el Tribunal señala con claridad que se puede tomar como muestra la incorrecta aplicación y desconocimiento de la normativa que rige el accionar policial. En efecto, el medio menos lesivo que el Tribunal referencia –efectuar disparos al aire– constituye lo que técnicamente se denomina "disparos intimidatorios" los que reglamentariamente se encuentran proscriptos según el Reglamento General de Armas y Tiro de la PFA (R.G.P.F.A. N°8).

Respecto a antecedentes obtenidos en la Justicia de Salta, se considera oportuno mencionar un caso que llegó a la Corte de Justicia Provincial; "Expte. CJS 30796/07 C/Bustamante Elvio- Recurso de Casación", si bien la Corte con voto de la mayoría resolvió no hacer lugar al recurso, se considera de gran utilidad el aporte realizado por la minoría que consideró que el imputado debía ser condenado por Homicidio con exceso en la legítima defensa, para lo cual fijó su postura en uno de sus considerandos de la siguiente manera:

En efecto, se encuentra probado en autos la situación de agresión ilegítima a la que se vieron sometidos Bustamante, así como los policías que integraban la patrulla que arribó al lugar de los hechos, lo que justificó la reacción defensiva del agente hasta que apareció el exceso en su accionar producto de un actuar imprudente para un miembro de las fuerzas de seguridad, conocedor de mecanismos disuasivos menos gravosos que los disparos efectuados hacia los agresores, lo que sin

---

<sup>11</sup> TCN° 1, La Matanza, "Azame, Gerardo Rodolfo; Lencina, Gabriel Ángel; Cereijo, Néstor Álvaro y Díaz, Fabio Marcelo s/ delito de homicidio calificado por el número de intervinientes (art. 80 inciso 6° del C.P.)" 30 de septiembre de 2011.

duda no le permitió apreciar correctamente la situación de necesidad a la que realmente se vio sometido<sup>12</sup>.

En una causa<sup>13</sup> reciente también de la Provincia de Salta por hecho ocurrido el 09-02-2022, la Fiscalía Penal N° 1 de Graves Atentados contra las Personas, requirió la elevación de la causa a juicio del policía Miguel Ángel Suarez y otros, por considerarlo autor del delito de Homicidio Cometido en Exceso del Legítimo Ejercicio del Cargo y de la Legítima Defensa agravado por el uso de un arma de fuego (arts. 79, 34 inc. 4° y 6°, 35 y 41 bis del CP) en perjuicio de Daniel Liborio Juárez.

La Fiscalía entre otras cuestiones, con cita de legislación en materia de uso de la fuerza pública, Principios básicos y valores de actuación establecidos en la Ley 7742/12 Orgánica de la Policía de Salta, como así en el Reglamento sobre el Uso de la Fuerza Pública aprobado por Resolución de Jefatura de Policía N° 11267/11; consideró que la pluralidad de efectivos policiales que intervinieron en el lugar del hecho (uno de ellos lesionado) portando armas de fuego y ubicados rodando a la víctima, posibilitaba que éstos, a partir de los conocimientos propios de la función en la cual fueron capacitados pudieron haber adoptado otro tipo de medida menos gravosa, pero sin embargo optaron por otra que desencadenó en la muerte de Daniel Liborio Juárez; si bien, parte de este existió previamente una agresión ilegítima que habilitaba la reacción inicialmente desplegada a fin de hacerla cesar, no es menos cierto que luego se tornó desproporcionada en orden a la situación de la víctima y a la posición de quienes accionaron las armas de fuego, en defensa propia y de terceros. En el caso concreto, quienes gatillaron las armas de fuego pudieron razonablemente acudir a otro medio más benigno o inocente para impedir el mal que amenazaba al personal policial, en consideración a las distintas circunstancias de tiempo, lugar y modo expuestas, como así también la contextura física de los protagonistas, edad, formación y capacitación de los encausados, estado de alcoholización de la víctima. Lo que aquéllos no hicieron, sino que actuaron de manera excesiva frente a una agresión que había decaído en su intensidad inicial.

---

<sup>12</sup> C.J.S. C/C Bustamante Elvio-Recurso de casación, Registro Tomo 141:273/286 (2010), consid. 3 del voto de la minoría. Recuperado 03-04-2023 de:

<http://sistemasx01.justiciasalta.gov.ar:8080/juriscorte/servlet/com.juriscor.verdocumentos?EscritoId=1927>.

<sup>13</sup> F.P. N° 1 GAP - Salta. Expte GAR N° 176332/2022 Caratulado "MIGUEL ANGEL AGUIRRES SUAREZ ...por Homicidio Agravado por ser cometido con Abuso de la Función y por el Uso de Arma de Fuego en Perjuicio de Daniel Liborio Juárez (AP N° 178/2022 de Comisaría 102° - LI N° 13/2022).

Con lo expuesto, se puede ver que para la configuración del instituto de la legítima defensa o del exceso en la causa de justificación, la presencia de imputados con la condición de funcionario policial, sitúa cada caso bajo una especial mirada de los magistrados al momento de juzgar e impartir justicia; o requerir la elevación de la causa a juicio.

El proceso demuestra ser mucho más meticuloso, en el que se deben aplicar no solamente los presupuestos legales determinados por el Código Penal, sino como surge de la indagación efectuada hasta el momento en la doctrina, legislación y jurisprudencia citadas, ineludiblemente para la configuración de la legítima defensa y/o exceso que tienen como partícipe a la autoridad policial, ya sea en defensa de su propia integridad como persona, sus derechos o los de terceros, hacen falta también otros presupuestos que emergen de las leyes policiales con relación al uso de la fuerza pública, los que en conjunto a lo establecido en la ley penal, permitirá eximir de responsabilidad, o bien atenuar o agravar la pena que correspondiere.

### **Conclusión del capítulo**

El funcionario policial, como parte integrante del estado, dada su condición que incluye una preparación específica en materia del uso de la fuerza pública y protección de los derechos humanos, al momento de analizarse su actuación en legítima defensa, o si hubo exceso de esa causa de justificación, no debe ni puede ser considerado como un ciudadano común, el cual no fue entrenado para cumplir el rol de policía; como funcionario encargado de hacer cumplir la ley, debe ajustarse a las exigencias legales que el Estado argentino asumió en materia de derechos humanos.

Se trata de un profesional capacitado, preparado y conocedor de los límites para el empleo de la fuerza pública y de las armas de fuego, y que muchas veces mal utilizados, tienen consecuencias negativas y perjudiciales no solo para los destinatarios en quienes recaen los excesos, sino también para el propio funcionario que raíz de la incorrecta actuación, es posible de ser declarado responsable penalmente por la comisión de un delito; si bien tiene el derecho a defenderse de ataques ilegítimos, también tiene el deber de repelerlos tratando de encontrar otros medios menos lesivos y siempre proporcionales al ataque. El funcionario policial debe saber que tiene derechos, pero también deberes y obligaciones en función de su cargo y jerarquía que han de cumplirse conforme lo establece la ley.

## CONCLUSION GENERAL

La base del presente trabajo de investigación académica basado en una metodología descriptiva y cualitativa, ahondó sobre el exceso en la legítima defensa en el ejercicio de la función policial, dejándose claramente identificado el alcance de las fuerzas policiales y el uso de la fuerza pública; sobre el instituto de la legítima defensa como causal de justificación prevista por la norma, ante la comisión de un hecho típico, sus requisitos y clasificación, todo ello como paso previo a la configuración del delito de exceso en esa figura legal; y es en este espacio donde precisamente se busca dejar establecido resumida y reflexivamente sobre los puntos más relevantes de la investigación, vale decir, la figura jurídica del exceso, en su relación con el ejercicio de la función policial.

Se pudo corroborar, que el policía como funcionario público, es un individuo que tiene como función primordial la defensa de personas, bienes y demás derechos e intereses y que actúa en consecuencia, pues así lo establecen normas de derecho público; de ello se deduce que las acciones desplegadas por cada funcionario policial, deberán ajustarse a los lineamientos legales locales e internacionales sobre un comportamiento acertado a los fines de no caer bajo la órbita de la responsabilidad penal, mucho más teniendo en cuenta que la actuación policial es propensa a darse en cualquier momento y lugar, pues así lo impone la propia ley, en tal sentido, se trae a colación lo narrado en uno de los capítulos del presente trabajo, art. 36 de la Ley 6193/83 del personal policial, la cual prevé que el personal con autoridad policial, está obligado en todo momento y lugar a portar armas de fuego adecuada a las normas que se imparten al respecto.

Es por ello, que tal como se dejó plasmado en algunos pasajes del presente trabajo, el policía, como profesional, dado su entrenamiento y capacitación; no puede ser considerado como cualquier ciudadano cuando se analice su actuación en legítima defensa, o el exceso en esa causa de justificación; su condición le exige cumplir con el mandamiento constitucional, leyes nacionales, provinciales, y compromisos internacionales asumidos por el estado en materia de derechos humanos, seguridad y uso de la fuerza pública, lo que redundará en un accionar más diligente, evitándose excesos indebidos.

Así se tiene que, el uso proporcional de la fuerza por parte del policía en el ejercicio de sus funciones, por un lado durante un proceso penal, es valorado por los jueces, quienes deben compatibilizar las normas locales del derecho penal con aquellas provenientes del derecho

internacional sobre derechos humanos, seguridad y uso de la fuerza, al momento de indagar y analizar la actuación policial en cualquier suceso donde se alegue la legítima defensa o el exceso; y por otro lado, desde el punto de vista de los conocimientos teóricos y prácticos del agente policial, durante la etapa de capacitación, es donde ineludiblemente se debe poner énfasis en los principios básicos y valores de actuación, y principalmente en los requisitos de la proporcionalidad en el uso de la fuerza; cuestión no menor si lo que se pretende son funcionarios policiales que no abusen de la fuerza y que su actuación tienda a la protección de los derechos humanos; considerando que se trata de un funcionario estatal autorizado por la ley a portar armas de fuego y utilizarla cuando las circunstancias lo ameriten; por lo tanto dada su profesionalidad, es preciso exigírsele una certera valoración *ex ante* de la necesidad de la defensa con el arma reglamentaria, pues es de suponerse que dispone del conocimiento, entrenamiento y medios técnicos para enfrentar situaciones de riesgo.

Al referir sobre ejercicio de la función policial, nos lleva a marcar la diferencia que existe entre el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un cargo o de una función específica, como causas de justificación reguladas en el inc. 4° del art. 34 del CP., y tal diferencia se desprende entre las obligaciones impuestas al civil en atención a determinadas circunstancias particulares y las facultades, obligaciones o deberes inherentes a un cargo público.

Se actúa en cumplimiento de un deber jurídico, según el concepto que emana del mismo código penal, cuando la ley impone a un individuo, tácita o expresamente, la obligación de actuar o de omitir obrar de una manera antijurídica; desde ese lineamiento el ejercicio legítimo de un cargo implica el ejercicio del propio poder de decisión o ejecución correspondiente a un cargo público, y debe –por tal- ser legítimo; la legitimidad supone la legalidad de la calidad o título en cuya virtud el autor desempeña su cargo, dentro del marco de su competencia y no abusando de su autoridad, ni con exceso en la acción llevada a cabo, sea en el modo de ejecutarla o en la medida que utilizó para su ejercicio.

El empleo de la fuerza pública, no es una cuestión puramente discrecional como ha podido observarse en el capítulo correspondiente a su análisis, ya que, si bien por un lado no puede prescindirse de la necesidad del uso de un arma o de la mera fuerza para impedir o hacer cesar el hecho generador de la actuación funcional o respuesta por parte de las fuerzas de seguridad; por otro, tampoco pueden dejarse al margen las instrucciones y principios

relacionados a determinadas conductas que deben ajustar los propios funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

Es así que, postular la facultad del uso de la fuerza como convalidante de toda agresión o defensa ejercidas por agentes policiales constituye un razonamiento débil y no acertado ya que, si bien es una prerrogativa el empleo de la fuerza ante la intención de repeler o impedir un ataque, es menester a su vez que, ante todo, esa fuerza se encuentre restringida por los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Es que, de lo contrario, se excluiría de todo análisis la verificación de que el agente haya causado el resultado típico en el ejercicio de su cargo.

De esta manera, se puede concluir que el agente policial está facultado por el artículo 34 inc.4 del C.P., a alegar la legítima defensa prevista en el artículo 34, inc. 6 del mismo texto legal, siempre que dicha actuación haya sido en el marco del cumplimiento de sus deberes y obligaciones, y su comportamiento se ajuste a los principios y disposiciones que regulan el uso racional de la fuerza, basados principalmente en la razonabilidad y la proporcionalidad tanto del medio empleado como del ataque primigenio en sí que se intentaba impedir o repeler.

La legítima defensa, destaca la implementación de un medio racional para la protección y defensa, es decir que, para la invocación de esta causal es menester haber podido optar por la opción del medio menos lesivo ante el ataque que está siendo repelido; si bien es innegable que cuando es manifiestamente desproporcional el medio elegido para defenderse no se podrá alegar esta causal de justificación, no menos cierto es que la actuación en el marco de la legítima defensa no conoce una cuota de proporcionalidad entre el ataque sufrido y la reacción intempestiva al mismo ni del medio utilizado.

Por tanto, si se permitiera que el agente policial pueda actuar en el marco de la legítima defensa, debería guiarse su comportamiento, se insiste, por la utilización de un medio racional o necesario según el hecho, los motivos, circunstancias y actitud agresiva repelida. En caso de verificarse que tales presupuestos no se cumplieron y que los mismos hayan excedido los límites impuestos por la misma ley, esa conducta podrá ser calificada bajo la figura de exceso en la legítima defensa, prevista en el art. 35 del C.P.

Esto refuerza el pensamiento que para reducir los perjuicios a la comunidad y la afectación a derechos fundamentales por el mal uso de la fuerza, desde el propio estado se deben impulsar mayores acciones de formación teóricas y prácticas a los integrantes de las fuerzas policiales sobre el uso racional de la fuerza pública, acorde a los estándares internacionales

vigentes; como así acciones vinculadas al bienestar del personal policial, ya que es innegable que también son personas humanas que necesitan el reconocimiento e igual tutela de la ley.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrinaria

- Alferillo, P.; Gómez Leo, O.; Santarelli, F. (2015) *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético* (coord. Ignacio Alterini) Buenos Aires: La Ley.
- Bacigalupo, E. (1999) *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Hammurabi.
- Calvo Suárez, D. (2010) “Legítima defensa putativa”, IJ-XXXIX-279.
- Cepede, A., (2012) “Legítima defensa o defensa propia”, LLGran Cuyo, 2012 (julio), 591
- Díaz, E. (1942) *Código Penal comentado*. Obra adoptada por la policía, Buenos Aires: La Facultad.
- Fontán Balestra, C. (1966) *Tratado de Derecho Penal (T.II)* Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Galeano, D. (2007) En nombre de la seguridad: Lecturas sobre policía y formación estatal. *Cuestiones de Sociología*, 4, 102-125. En Memoria Académica. Recuperado el 04-03-2023 de [https://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art\\_revistas/pr.3679/pr.3679.pdf](https://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.3679/pr.3679.pdf)
- Hegel, G. (1987) *Filosofía del derecho*, (trad. de Mendoza de Montero), Buenos Aires: Depalma.
- Jakobs, G. (1995) *Derecho penal. Parte general*, Madrid: Marcial Pons.
- Jescheck, H. (1993) *Tratado de derecho penal. Parte general*, (trad. de Manzanares Samaniego, 4ª ed.) Granada, Comares.
- Jiménez de Asúa, L. (1967) *La ley y el delito. Tratado de Derecho Penal*. (5ºed.) Buenos Aires: Depalma.
- Kindhäuser, U, (2013) Acerca de la génesis de la fórmula “el derecho no debe ceder ante el injusto”, en *La antijuridicidad en el derecho penal*, Mañalich (coord.), Montevideo-Buenos Aires: B de F.
- López Mesa J. y Cesano J. (2010) *Antijuridicidad y causas de justificación, contribuciones a su estudio desde las ópticas civil y penal*, Montevideo-Buenos Aires: B de F.

- Manual de seguridad pública y policía de proximidad Gobierno de la pcia de Bs. As. Edic. 2022. Recuperado el 09/02/2023 de:  
<https://www.mseg.gba.gov.ar/areas/Vucetich/MANUALES%20DE%20MATERIAS%202022/MANUAL%20Seguridad%20P%3%BAblica.pdf>.
- Manual de capacitación policial en el Uso Racional de la Fuerza 1ra Ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ministerio de Seguridad de la Nación, 2015. Recuperado el 09/02/2023 de:  
[https://www.policinglaw.info/assets/downloads/National\\_Police\\_Training\\_Manual\\_\(Spanish\\_original\).pdf](https://www.policinglaw.info/assets/downloads/National_Police_Training_Manual_(Spanish_original).pdf)
- Nino, C. (2014) *La legítima defensa*. Buenos Aires: Astrea.
- Palermo, O. (2007) *La legítima defensa, una revisión normativista*, Buenos Aires: Hammurabi
- Pawlik, M., (2013) “La legítima defensa según Kant y Hegel”, en Mañalich (coord.), *La antijuridicidad en el derecho penal*, Montevideo -Buenos Aires: B de F.
- Peña Pesina, L. (2003) El exceso en la legítima defensa. Tesis para obtener el grado de Maestría en Ciencias Penales. *Universidad Autónoma de Nuevo León*. Facultad de Derecho y Criminología. Recuperado el 09/02/2023 de:  
<http://eprints.uanl.mx/5378/1/1020149240.PDF>
- Righi, E. (2002) *Antijuridicidad y justificación*, Buenos Aires: Lumiere
- Righi, E. (2016) *Derecho Penal. Parte General* (2ºed.) Buenos Aires: La Ley
- Roxin, C. (1972) *Política criminal y sistema del derecho penal*, (trad. por Francisco Muñoz Conde), Barcelona: Bosch.
- Soler, S. (1992) *Derecho penal argentino*, Buenos Aires: Tea, Buenos Aires
- Terragni, M.A. (s.f) Las causas de justificación en particular. *Terragnijurista*. Recuperado el 03/03/2023 de <http://www.terragnijurista.com.ar/derecho/cap13.htm>
- Zaffaroni, E.R, Alagia, A., Slokar, A. (2002) *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar.
- Zaffaroni, E.R. (2005) *Manual de derecho penal, Parte general*, Buenos Aires: Ediar.

## **Legislación**

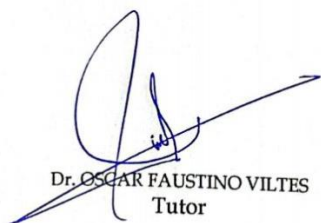
- Constitución Nacional

- Constitución de la Provincia de Salta.
- Código Penal de la Nación
- Código Civil y Comercial de la Nación
- Código de Conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley
- Ley N° 23.554 de Defensa Nacional
- Ley N° 24.059 de Seguridad Interior
- Ley N°25.520 de Inteligencia Nacional
- Ley Provincial N° 7742/12- Ley Orgánica de la Policía de Salta
- Ley Provincial N° 6.193/83- Ley del Personal Policial de Salta
- Decreto Provincial N° 1490/14 – Reglamento General Policía Provincia de Salta
- Resolución JP N° 11267/11 Reglamento sobre el uso de la fuerza pública
- Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

### **Jurisprudencia**

- Corte IDH, “Retén de Catia vs. Venezuela”, Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C N°150
- Ccrim. Corr. Morón, Sala II, 7/10/93, LLBA, 1994-216.
- Cam. Nac. Corr., sala I, LL 1986-E-724
- CNCCC Sala II: Causa n° CCC 7348/2015/TO1/CNC1, caratulada “Torres, Sebastián Ezequiel s/recurso de casación.
- CNCasación Penal, Sala IV, 2001/11/05- Minciotti, Marí C. S/ rec”
- TCN°1, La Matanza, “Azame, Gerardo Rodolfo; Lencina, Gabriel Ángel; Cereijo, Néstor Álvaro y Díaz, Fabio Marcelo s/ delito de homicidio calificado por el número de intervinientes (art. 80 inciso 6° del C.P.)” 30 de septiembre de 2011.
- C.J. Salta C/C Bustamante Elvio-Recurso de casación, Registro Tomo 141:273/286 (2010), consid. 3 del voto de la minoría. Recuperado 03/03/2023 de: <http://sistemasx01.justiciasalta.gov.ar:8080/juriscorte/servlet/com.juriscor.verdocumentos?EscritoId=1927>.

- Fiscalía Penal N° 1 GAP - Salta. Expte GAR N° 176332/2022 Caratulado “Miguel Ángel Aguirres Suarez ...por Homicidio Agravado por ser cometido con Abuso de la Función y por el Uso de Arma de Fuego en Perjuicio de Daniel Liborio Juárez (AP N° 178/2022 de Comisaría 102° – LI N° 13/2022).



Dr. OSCAR FAUSTINO VILTES  
Tutor



HERNAN EFRAIN GARZON  
Alumno