**X Jornadas de Jóvenes** **Investigadores** - Instituto de Investigaciones Gino Germani

6, 7 y 8 de noviembre de 2019

Martina Lassalle (UBA-IGG)

lassallemartina@gmail.com

Estudiante del Doctorado en Ciencias Sociales en la Universidad de Buenos Aires

**Eje problemático propuesto**: 2 – Poder, dominación y violencia

**Apuntes para pensar la figura de la legítima defensa**

La presente ponencia se enmarca en la investigación sobre el castigo del homicidio doloso que vengo desarrollando como becaria del proyecto UBACyT *“Los usos socio-políticos de la violencia. Hacia un análisis cultural de la cuestión criminal en Argentina”* (dirigido por Sergio Tonkonoff y radicado en el Instituto de Investigaciones Gino Germani), y como estudiante del Doctorado en Ciencias Sociales en la Universidad de Buenos Aires. Una de las preocupaciones principales de dicha investigación refiere a la utilización de la figura de la legítima defensa por parte de jueces y fiscales, y este trabajo es el primer acercamiento a esta problemática.

Una mirada general sobre las penas que fija el código penal argentino permite afirmar que el homicidio doloso es el delito con los castigos más altos. La escala penal establece que este delito debe castigarse con entre 8 y 25 años de prisión o, en caso de homicidios agravados, con penas perpetuas[[1]](#footnote-1). La vida sería, entonces, de los bienes jurídicos más “valorados”, más protegidos, por el sistema penal. Y esto por cuanto rige una prohibición general de dar muerte a otras personas —y esto vale tanto para los homicidios intencionales como para los culposos— que, de ser transgredida, reclama las penas más severas. No obstante, aun estableciendo la prohibición de matar como regla general, el código introduce, a la vez, una excepción a dicha regla a través de la figura de la legítima defensa. Excepción que muestra que, en determinadas circunstancias, matar no es una conducta punible (pues no es calificada como un homicidio —ni doloso ni culposo). En este marco, el presente trabajo se propone como una primera aproximación para pensar la relación entre la regla y la excepción en lo que respecta a la prohibición de matar, atendiendo particularmente a la forma (peculiar) en que ella estructura un juego (constante) entre valoración y dis-valoración de la vida. Y lo haremos centrándonos específicamente en la codificación jurídica argentina.

La figura de la legítima defensa es, entonces, la excepción a la regla general que prohíbe dar muerte a otra persona. Si bien en Argentina hay, desde el punto de vista estadístico, pocos casos definidos por el sistema penal como casos de ‘legítima defensa’[[2]](#footnote-2), consideramos que merecen especial atención dada su *naturaleza excepcional*. Pero donde excepcional refiere no solo, y no, sobre todo, a poco frecuente, sino fundamentalmente a la suspensión de una determinada norma. Y es que, como sostiene Agamben (2017) siguiendo los desarrollos de Carl Schmitt, “la excepción no es lo que se sustrae a la regla, sino que la regla, suspendiéndose, da lugar a la excepción y sólo de este modo se constituye como regla, manteniéndose en relación con ella” (2017: 36). Desde esta perspectiva, entonces, la prohibición general de matar no podría pensarse sin la excepción a esa interdicción, es decir, sin que matar en determinadas circunstancias sea efectivamente lícito. Sin embargo, remarquemos que no estamos aquí frente a un levantamiento ritual de la prohibición (como podría ser el caso de la guerra) que la reafirmaría como tal, algo que ha sido extensamente abordado por Freud (2007) y Bataille (2015), entre otros. Y es por eso que esa acción no es tampoco un “sacrificio”. Antes bien, se trata de un caso singular que queda excluido de la norma general y que lleva a la suspensión de la misma, permitiéndole a la vez constituirse como tal.

La excepción a la prohibición de matar en combinación con la efectiva vigencia de la interdicción (expresada en los castigos severos que establece el código y ejecutan los jueces para el delito de homicidio doloso) deja ver, creemos, una cierta duplicidad de valencia de la vida. Es decir que la misma aparece como valorada, así como dis-valorada; resulta estar muy protegida a la vez que desprotegida (en el marco de la excepción). Esta duplicidad, que se encontraría en la estructura misma de la prohibición general de matar, ha sido problematizada por Giorgio Agamben (2017) en sus análisis sobre la politización de la vida en Occidente.

*Vida sagrada y modernidad*

Agamben introduce el problema de la sacralidad de la vida a partir de una figura del derecho romano: la figura del *homo sacer.* Se trata de una figura ciertamente enigmática pues parece reunir en sí misma características contradictorias. El hombre sagrado era aquel al cual era lícito matar, aun cuando pertenecía efectivamente al orden inviolable de lo sagrado. Pero, lo peculiar de esta figura es que esa muerte no constituía ni un sacrificio ni tampoco un homicidio. De modo que, estrictamente, esta vida no pertenecería ni al ámbito profano ni al sagrado porque está excluida de ambos. “[…] en el caso del *homo sacer* se pone a una persona simplemente afuera de la jurisdicción humana sin pasar a la divina” (2017: 130). Doble exclusión, entonces, que lo sustrae de las formas sancionadas del derecho humano y del divino. Se trata de una “violencia que abre una esfera del hacer humano que no es la del sacrificar, ni la de la acción profana” (2017: 131).

Según este filósofo, el *hombre sagrado* presentaría la figura originaria de la vida apresada en la esfera de la soberanía —la cual es denominada *vida desnuda*. Para Agamben, no se trata estrictamente ni de la vida natural ni de la vida política, sino de una *vida que está expuesta a la muerte*. Como mencionábamos antes, lo peculiar de la vida sagrada (o *desnuda*) es que se encuentra en una zona de indistinción, en un umbral: no pertenece ni al ámbito del derecho penal ni al religioso. Esta figura daría cuenta de la forma en que la vida fue configurada, capturada (originariamente), por parte del poder. Y esto por cuanto Agamben (retomando, entre otros, los trabajos de Schmitt y Hobbes) sostiene que el espacio político de la soberanía se instituyó mediante una excepción doble, “como una excrecencia de lo profano en lo religioso y de lo religioso en lo profano que configura una zona de indiferencia entre el sacrificio y el homicidio” (2017: 132). De ahí que, según el filósofo, la sacralidad de la vida se caracteriza por referir estrictamente a esa dimensión jurídico-política originaria. Dimensión que es originaria puesto que es mediante la captura de una vida humana que se puede matar y es insacrificable, que el poder soberano se instituye como tal. Más que un fenómeno religioso (como lo ha pensado la sociología francesa), entonces, la sacralidad de la vida es un fenómeno jurídico-religioso; se trata de una “formulación política originaria de la imposición del vínculo soberano” (2017: 135). Y de ahí que, por tratarse de una “prestación original de la soberanía” (2017: 132), la relación de imbricación entre vida y poder (Raffin, 2018) no puede ser un rasgo propio (y novedoso) de las sociedades modernas, sino más bien una característica de la historia política de Occidente, desde la antigüedad hasta nuestros tiempos.

La captura de la vida por parte del poder, su politización, es ubicada ciertamente en el centro de la esfera política, pero de una forma muy peculiar. La vida natural, excluida del ordenamiento en favor de una vida calificada (eso que los griegos han llamado *bíos,* o lo que la modernidad ha llamado ciudadano), solo es incluida a través de su exclusión. Es decir, a través de la exposición a un poder de muerte, a una violencia (soberana) que, como vimos, no puede calificarse ni como homicidio ni como sacrificio. Como mencionamos antes, este es un espacio límite, un umbral que se corresponde con el *estado de excepción*. Una zona de verdadera indistinción donde naturaleza y cultura, violencia y ley, excepción y regla, ya no pueden distinguirse con claridad, y que habita el núcleo mismo de toda sociedad[[3]](#footnote-3). Trazada por la decisión soberana, esta relación —que expresa la estructura formal originaria de la relación jurídica misma—, en la que se incluye algo solo a través de una exclusión, es para Agamben una *relación de bando*, de abandono. De manera que decir que la vida *desnuda* se encuentra capturada en esta zona de indistinción, es también decir que esta se encuentra en una relación de abandono, donde abandono no implica simplemente estar fuera de la ley y ser indiferente a ella, sino estar expuesto a la violencia de un umbral donde se confunden vida y derecho, excepción y ley, interioridad y exterioridad (Agamben, 2017: 53).

De ahí que lo propiamente moderno en relación a la politización de la vida es el devenir regla de la excepción: “[…] el espacio de la vida desnuda que en su origen estaba situado al margen del ordenamiento, progresivamente coincide con el espacio político, y exclusión e inclusión, derecho y hecho entran en una zona de indistinción irreductible” (2017: 22). De este modo, lo que muestra la modernidad cada vez con mayor claridad es la trasformación de la biopolítica en tanatopolítica.

Se podrá observar que los desarrollos de Agamben rechazan las propuestas de pensar la vida como un derecho humano fundamental e inviolable, algo que sostienen firmemente, entre otros, las ideologías jurídicas de la modernidad, y sobre lo que se encuentra cimentado todo el derecho moderno. En este sentido, si la vida es sagrada esto no se debe a que se trata de un valor inviolable y altamente protegido, sino a que en origen expresa “la sujeción de la vida a un poder de muerte, su exposición irreparable a una relación de abandono” (2017: 132). Pero, aun cuando la politización de la vida no sea un rasgo propio de la modernidad, lo cierto es que las sociedades modernas poseen una particularidad que las distingue de otras sociedades de periodos históricos anteriores. Así como Foucault, Agamben también reconoce que la modernidad coloca cada vez más la vida en los cálculos del poder, que “la vida biológica con sus necesidades se ha vuelto el hecho políticamente decisivo” (2017: 185). No obstante, a la luz de la propuesta general de Agamben, esta aserción tiene ciertas implicancias no presentes en la propuesta foucaultiana. Estas implicancias no están solamente vinculadas a las disimilitudes que muestran ambos autores en relación al momento de surgimiento de la biopolítica. A diferencia de Foucault, la biopolítica es para Agamben siempre también tanatopolítica dado que refiere, en definitiva, a la posibilidad soberana de dar muerte sin que eso sea ni un sacrificio ni un homicidio. En este sentido, afirmar que el poder ejerce cada vez más cálculos y previsiones sobre la vida biológica, no es más que decir que la *nuda vida* se ubica crecientemente en el centro de las estrategias políticas y que, entonces, se torna cada vez más libremente dispuesta por parte del poder soberano. Según Agamben, el espacio de la excepción definido por la soberanía que abre esta esfera de libre disposición de ciertas vidas se ha vuelto cada vez menos *excepcional* y más frecuente.

Ahora bien, aun cuando Agamben sostenga que la estructura biopolítica moderna de occidente vuelve a todos los hombres *virtualmente* hombres sagrados (pues generaliza el Estado de Excepción), lo cierto es que también señala que todas las sociedades tienen sus propios hombres sagrados. Y esto por cuanto esta estructura opera la decisión entre las vidas que son dignas de ser vividas, y las vidas que no lo son. Es trazando ese límite que se sacralizan algunas vidas, convirtiendo así algunos hombres en *sacer*.

*La legítima defensa en el código penal argentino*

Los desarrollos anteriores resultan ciertamente útiles para pensar la duplicidad de valencia de la vida que parecería mostrar la relación entre regla y excepción en cuanto a la prohibición de matar. Esta relación (de completa interioridad) entre la prohibición del homicidio y la legítima defensa contraponen, por un lado, una vida (o unas vidas) calificada como valor protegido y, por otro, una vida (o unas vidas) *no cualificada, desnuda, sacer* y entonces pasible de recibir muerte (sin que ello sea un homicidio, ni tampoco una muerte ritualizada). E, insistimos, esta aparente contradicción entre valor y dis-valor es intrínseca a la lógica misma de la norma que prohíbe el homicidio, y que, como toda norma, “vive solo de su excepción” (Schmitt, 2009). Pero, aun cuando aceptemos que esto es en cierto sentido “estructural” (o constitutivo de la prohibición) pues, como vimos, no hay prohibición sin excepción, lo cierto es que se vuelve preciso indagar de qué modo esto está articulado en cada sociedad socio-históricamente situada. En concreto, ¿qué especificidades tiene ese caso singular que se excluye, y constituye, la norma general?

Según el Código Penal Argentino, una acción en legítima defensa es aquella que es realizada por alguien que se defiende a sí mismo o a sus derechos, siempre que haya habido una agresión ilegítima, que exista necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler esta agresión, y que no haya habido una provocación suficiente por parte de quien se defiende (en el artículo 34, inciso 6). Tales son las tres circunstancias que deben cumplirse para que dicha acción pueda ser considerada como una acción en legítima defensa, acción que es, para el sistema penal, inimputable. Evidentemente, la acción en legítima defensa podría terminar con la muerte del agresor (como de hecho ocurre). Y esta muerte podría producirse tanto en defensa de la integridad física, como en defensa de un derecho propio —como el derecho de propiedad privada. Como sostienen los mismos operadores judiciales, el código pone un límite a este ejercicio de la propia defensa a través de esa tercera circunstancia que mencionábamos más arriba: la necesidad racional del medio empleado. No obstante, como muestran las prácticas de castigo mismas, se trata de una condición ambigua pues, ¿qué ocurre si la única forma de defender mi derecho es terminando con la vida de la otra persona? ¿Cuál de las tres circunstancias que introduce el código tiene más relevancia para los jueces?

Más allá de esta ambigüedad no menor, y que solo se define (cada vez) en el marco de las prácticas penales efectivas, lo cierto es que esta figura introduce la posibilidad de dar muerte a otra persona sin que esa acción sea considerada un homicidio. Quien se sienta agredido en su integridad o en un derecho propio puede, al defenderse, disponer libremente de la vida de su agresor, sin recibir castigo alguno. O, dicho de otro modo, la vida del quien ataca la integridad o un derecho de otra persona se transforma en una vida sacralizada, pero no, claro está, en el sentido en que lo entenderían las ideologías jurídicas de la modernidad. Tal vez no sea llamativo que, dado que para el sistema penal la vida sería un valor altamente jerarquizado (ya hemos mencionado la severidad de los castigos pautados para el delito de homicidio doloso), se pueda *disponer libremente* de otra vida si este valor se ve atacado y en peligro. Esa muerte intencional no sería un homicidio pues es el resultado de la defensa de un valor primordial que se vio vulnerado primero. Ahora bien, ¿cómo explicar que esto sea también posible al tratarse del derecho de propiedad? ¿Qué lugar ocupa entonces la propiedad privada en la escala valorativa del sistema penal?

La excepción sobre la que habita (y constituye como tal) la prohibición fundamental del homicidio muestra como uno de sus aspectos más importantes el hecho de que una vida devenga *matable* si se intenta violar el derecho de propiedad. Y evidentemente esto conjuga una relación muy particular entre vida y propiedad, relación en la que la primacía de la primera por sobre la segunda deja de ser verse con tanta claridad. Si bien es cierto que una mirada atenta al código jurídico ya permite cuestionar lo que a primera vista parecería indiscutible —que el delito de homicidio es el más altamente castigado, y de que la vida es el valor supremo—, lo cierto es que solo en la figura, tan extrema como crucial, de la excepción es donde esta aserción generalizada puede ser verdaderamente cuestionada.

Así, a través de la estructura de la norma que prohíbe el homicidio puede leerse el lugar central que tiene la propiedad como valor fundamental para el sistema penal contemporáneo. No obstante, creemos que lo anterior no nos debería conducir, al menos hasta aquí, a afirmar de forma general y acabada que se trata de un valor de mayor jerarquía que la vida individual. No olvidemos que hemos visto que la excepcionalidad también “se activa” cuando una vida es atacada. Tampoco podemos olvidar que para la mayoría de los atentados a la propiedad el código prescribe penas notablemente menores que para los homicidios. La relación vida-propiedad presenta indudablemente una gran complejidad que no nos permite simplemente ubicar un valor por sobre otro. No obstante, lo que estas primeras aproximaciones a la figura de la legítima defensa han mostrado es tanto el lugar privilegiado que la propiedad ocupa para el sistema penal, como la forma en que puede incluso tener primacía por sobre la vida.

La estructura de la prohibición de matar muestra entonces que la vida se encuentra altamente protegida por el sistema penal, pero que esa “salvaguarda” implica asimismo su desprotección o abandono absoluto (en el marco de la excepción). A través de las prácticas de castigo, el aparato de administración de justicia criminal opera así una continua calificación diferencial de las vidas, valorando algunas de ellas y dis-valorando otras completamente. La construcción de un caso como un caso de legítima defensa es una de las formas en que esta valoración diferencial se produce. Y, si aceptamos que soberano es quien decide sobre el estado de excepción (Schmitt, 2009), sobre la suspensión de la norma, hemos de afirmar entonces que esta decisión sobre la legítima defensa es una decisión soberana.

Ahora bien, lo cierto es que hasta aquí hemos solo abordado la estructura formal de la norma, y no su efectiva aplicación. Y esto por cuanto hemos buscado realizar una primera aproximación a la estructura específica de la prohibición. Si bien no podremos hacerlo aquí, esto último resulta fundamental pues la norma (y la excepción) se actualizan en las prácticas vigentes de los agentes judiciales. Así, además del nivel vinculado a la codificación (punto de partida quizás), es preciso abordar también el “derecho en movimiento” (Sutherland, 1947) pues es allí donde se podrá observar quiénes efectivamente forman ese grupo de hombres *sacros* (en el sentido agambeniano) cuyas vidas aparecen como libremente dispuestas, o *matables*. Esto último permitirá un análisis más comprehensivo de la relación entre la prohibición de matar y la excepción que la constituye.

**Referencias**

Agamben, G. (2017). *Homo sacer. El poder soberano y la vida desnuda*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora.

Agamben, G. (2014). *Estado de excepción*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora.

Bataille, G. (2015). *El erotismo*. Buenos Aires: Tusquets.

Foucault, M. (2015). *La historia de la sexualidad, Tomo I: La voluntad del saber*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Freud, S. (2007). *Obras completas: Tótem y Tabú y otras obras (1913-1914)*. Buenos Aires: Amorrortu.

Raffin, M. (2018). “[La imbricación vida-poder en el pensamiento de Michel Foucault y Giorgio Agamben](https://philpapers.org/go.pl?id=DEDLIV&proxyId=&u=https%3A%2F%2Fphilpapers.org%2Farchive%2FDEDLIV.pdf)”. En Cuestiones de Filosofía, 22 (4), pp. 117-137.

Schmitt, C. (2009). *Teología política*. Madrid: Editorial Trotta.

Sutherland, E. (1947). *Principles of criminology*. Chicago: J.B. Lippincott Co.

1. En Argentina, los castigos perpetuos implican que el condenado puede pedir la libertad condicional luego de haber cumplido los 35 años de prisión efectiva, y no los dos tercios de la pena como ocurre para el resto de las condenas no perpetuas. Entre los condenados por homicidio en el país, un 18.5% han sido castigados con condenas perpetuas (Datos del Sistema Nacional de Estadística sobre Ejecución de la Pena – SNEEP). [↑](#footnote-ref-1)
2. Por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires, un 2,65% de las muertes producidas intencionalmente en el año 2017 corresponden a casos de legítima defensa. En la Ciudad de Buenos Aires, este porcentaje es del 5%.

Esto se verifica, también, en las entrevistas llevadas a cabo a jueces y defensores públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos y del Gran Buenos Aires, donde ellos mismos remarcan que los casos de legítima defensa son poco frecuentes. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver Agamben (2014). [↑](#footnote-ref-3)