"Si el ladrón, sorprendido forzando una casa, es herido y muere, el que lo hirió no será culpado de su muerte. Pero si es de día, el autor de la muerte será reo de homicidio" (Exodo 22:2,3, La Biblia)

Que con fecha 25 de enero del 2011 el diario La Nación Online informa que en horas de la madrugada del día indicado, dueños de una quinta mataron a golpes y tiros a dos asaltantes que ingresaron encapuchados y armados a asaltar la casa de la familia.

Por otro lado el Fiscal a cargo del caso afirmó que los quinteros actuaron en legítima defensa, remarca que la gente se defendió, citando como indicios de su afirmación el horario en que tuvo lugar el hecho, la circunstancia de que la familia estaba descansando, los chicos dormían y además los agredidos no generaron ninguna actividad que haya causado el robo y las posteriores muertes (ver www.diariohoy.net).

Sin duda la afirmación del señor agente fiscal Dr. Darío Provisionato se traducirá finalmente y sin que quepa lugar a ninguna duda en una sentencia que resuelva la no punibilidad de aquellos que al defenderse, causaron la muerte de los atacantes nocturnos.

Ello es así pues hasta el momento se aplica en el caso el art. 34 inc. 6to, esto es uno de los supuestos de la llamada legítima defensa privilegiada, según el cual siempre que la agresión suceda durante la noche y se realice para rechazar el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de la casa o departamento habitado o sus dependencias cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor, quien se defiende no es punible.

Aparece importante destacar que aquellos que reaccionan en las circunstancias apuntadas no deben acreditar 1º) que medió agresión ilegitima de los autores 2º) Que para repeler el ataque hayan utilizado un medio racional para impedirla 3º) Que no existió provocación suficiente por parte de los que se defienden. Lo único que se debe probar es la nocturnidad y el escalamiento o la fractura, pues la prescripción que comentamos está fundamentada en una presunción legal de peligro del que se defiende, ya que el hecho de la nocturnidad y del escalamiento demuestra claramente según la doctrina y jurisprudencia uniforme, la peligrosidad del delincuente y el peligro para la vida del que se defiende.

Esta alternativa de legítima defensa privilegiada sufrirá un cambio relevante en el supuesto que se apruebe la reforma al Código Penal realizada entre otros por juristas de la talla de Righi, Zaffaroni, Sloka, y Bigun.

En efecto la nueva norma estaría redactada en los siguientes términos: "Se presume, salvo prueba en contrario, que concurren las circunstancias de este inciso —agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla, falta de provocación suficiente por parte del que se defiende— respecto de aquel que durante la noche obrare i) para rechazar la entrada por escalamiento, fractura o violencia en un lugar habitado,...".

Así podemos apreciar que la nueva norma no da por cierto la concurrencia de los extremos que legitiman la no punibilidad sino que ahora la misma se presume. Además siguiendo la doctrina auspiciada Núñez, Soler, Fontan Balestra, la presunción funcionará siempre que no medie prueba en contrario.

En cuanto a la acción de quien se defiende, que conforme la prescripción actual se cumple con el rechazo del escalamiento o fractura, en la nueva norma se reclama un obrar para rechazar la entrada por escalamiento, fractura o violencia en un lugar habitado.

La circunstancia apuntada en el párrafo precedente exigirá a quien es agredido en su casa, de noche, pruebe que el agresor tenía la intención de ingresar al lugar habitado y que su acción fue adecuada a tales efectos.

Por último el proyecto elimina la última parte de la figura esto es la mención "... cualquiera que

sea el daño ocasionado al agresor". Sobre el punto se han puesto de manifiesto opiniones en el sentido de que de sancionarse la reforma proyectada, Tendrá importancia el daño que el que se defiende causa al agresor el cual debe estar relacionado proporcionalmente a la agresión sufrida.
Me resisto a esta interpretación pues las modificaciones ya mencionadas prácticamente transforman a la víctima en victimario, cuando el escalamiento, fractura o violencia tenga lugar durante la noche y de ninguna manera puede aceptarse además que el agredido pueda —eventualmente, según el daño sufrido por el agresor— ser sometido a un proceso penal.
Particularmente pienso que el art. 34 inc 6to del Código Penal, aun en la reforma proyectada, sigue siendo una norma general y donde las normas generales no distinguen nadie puede distinguir.
Sobre el particular se ha dicho: "Donde la ley no distingue nosotros no debemos distinguir. Esta regla de interpretación continuamente empleada por los tribunales de justicia es fundamental en la explicación y sentido de las leyes, y debe observarse rigurosamente pues constituye una verdadera arbitrariedad el establecer excepciones cuando la ley habla en términos generales" http://www.ucsm.edu.pe/rabarcaf/vojula08.htm).
En definitiva no hay duda que en supuestos como el que pusimos como ejemplo al iniciar el comentario ya no podrá afirmarse que habrá legítima defensa sólo por demostrarse la nocturnidad y el escalamiento, la fractura o la violencia de quienes ingresan o intentan ingresar a una casa o predio habitado pues los magistrados y el fiscal deberán examinar en cada supuesto que la acción del que se defiende se ajustó a las circunstancias del caso resultó adecuada y conforme a la nueva modalidad legislativa.
Sin duda esta norma proyectada en la reforma, no constituye ningún avance en el sentido de garantizar la seguridad jurídica a las víctimas que son atacadas injustamente de noche y en su hogar pues en todos los casos serán sometidos a la lupa minuciosa de jueces y fiscales a los fines de comprobar la adecuación de su defensa con la agresión ilegitima padecida, todo ello en un tiempo en que la violencia sin medida, descontrolada, se ha instalado insolentemente en el acontecer cotidiano con la firma intención de resistir con fiereza su desalojo. Publicado en la Ley Online del 14 de febrero de 2010