



**UNIVERSIDAD
AUSTRAL**

**TRABAJO FINAL DE LA ESPECIALIZACIÓN EN
DERECHO PENAL**

TÍTULO: EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA

ALUMNA: GIORDANO GILES, ROMINA

D.N.I.: 31.134.348

TUTOR: NICOLÁS D. RAMÍREZ

Indice

I. Introducción.....	3
II. La legítima defensa	6
a. Concepto.....	6
b. Riquisitos.....	6
III. El exceso en la legítima defensa.....	10
a. Una mínima reseña en el Derecho Comparado.....	10
b. Su ubicación en el Código Penal argentino.....	13
c. Definición del término.....	14
d. Clasificación del exceso en la legítima defensa.....	17
e. Naturaleza de las acciones excesivas.....	20
IV. Comienzo de la discusión.....	22
a. El fallo.....	22
V. Diferentes autores. Diferentes teorías.....	29
a. Disminución del injusto. Teoría del injusto disminuido.....	29
b. La teoría del error.....	35
c. La teoría de la culpabilidad.....	43
VI. Conclusión.....	49
VII. Bibliografía.....	52

I. Introducción

“El legislador, al permitir toda defensa necesaria para la protección del particular, persigue simultáneamente un fin de prevención general; pues considera deseable que el orden legal se afirme frente a agresiones a bienes jurídicos individuales aunque no estén presentes los órganos estatales que estarían en condiciones de realizar la defensa.”¹

En la actualidad se observan fenómenos de creciente violencia social, acrecentada en las grandes aglomeraciones aunque también, se encuentra presente en lugares más pequeños. Si bien sus causas y efectos exceden el marco del presente trabajo, sí puede observarse que el estado no alcanza a prevenir, ni en ocasiones sancionar, los comportamientos que se desarrollan en ese contexto.

A grandes rasgos, la figura de la legítima defensa se despliega en ocasiones en las cuales el individuo se encuentra frente a una agresión actual e ilegítima, ante la cual el estado le concede la posibilidad de repelerla a través de un medio que resulte idóneo y racional para tal fin.

Ahora bien, el ser humano lejos está de poder tener una capacidad de control absoluto de sus actos y/o emociones, independientemente del escenario en el cual se encuentra situado. Con esto se quiere decir que, no resulta extraño que en el contexto en el cual se desarrolla precisamente la legítima defensa sumado al cuadro social anteriormente descrito, la persona que intenta defenderse se exceda justamente en ese mismo intento. Dicho exceso puede configurarse, ya sea utilizando un medio de defensa que no guarde proporción con el que es utilizado por su agresor -llamado *exceso intensivo*-; o bien, que ese exceso se produzca porque la acción empleada para la defensa de esa agresión antijurídica, se desarrolla fuera del contexto temporal que la ley considera como adecuado – conocido también como *exceso extensivo*-.

Es porque existen este tipo de situaciones, que el legislador estableció en el artículo 35 del Código Penal argentino, la figura del exceso aplicada a todas las causales de justificación; resultando entonces un artículo que abarca no solo al exceso en la legítima defensa, que es el que aquí en particular nos interesa, sino que también se refiere al estado de necesidad y al ejercicio de un derecho, autoridad o cargo.

¹ ROXIN, Claus “Derecho Penal Parte General” Tomo I. Fundamento de la Estructura de la Teoría del delito. Civitas, Madrid, 1997, pág.608.

Resulta ser ese mencionado artículo el que establece precisamente que, cuando el individuo se exceda más allá de los límites permitidos por la ley en un caso que puede ser considerado como legítima defensa, se disminuya la responsabilidad del sujeto excedido aplicando la pena prevista para el caso de los delitos culposos. Hay que remarcar que para que exista la situación de exceso, es necesario si o si que primero haya acontecido una situación auténtica de legítima defensa, es decir que ésta se haya dado con sus condiciones.

Realizada esta breve introducción, corresponde hacer una efímera referencia a lo que se podrá observar conforme se vaya avanzando a lo largo del presente trabajo. Al mismo, se le dará inicio con una breve reseña acerca del instituto de la legítima defensa en general, detallando cada uno de los requisitos necesarios y que la misma ley exige para su configuración.

Más luego, nos adentraremos específicamente en lo relacionado al exceso en general, como por ejemplo: su concepto, sus posibles clasificaciones, algunas pequeñas señalizaciones en la legislación comparadas, entre otras cosas.

En lo que respecta a la jurisprudencia que existe acerca del exceso en la legítima defensa, son numerosos los casos que sobre el tema han pasado y/o se encuentran siendo tramitados ante los tribunales argentinos. Pero independientemente de ello, nos centramos en traer a colación un fallo del Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 9 de la Capital Federal. El mismo se encarga de proporcionarnos a través de los votos de sus tres integrantes, una explicación acerca de la naturaleza y alcance del error que padece el sujeto que actuó en exceso de la causa de justificación que es la legítima defensa.

Por medio del presente trabajo se intentará conocer las opiniones de los diferentes autores acerca del exceso en la legítima defensa, como así también, la repercusión que este instituto genera en la disminución de la pena.

Para ser más específicos, se centrará el tema en exponer los argumentos que nos ofrece la doctrina que postula, por un lado, que la disminución de la pena es el resultado de una disminución del injusto, es decir de la *antijuricidad*. Por otro lado, se encuentran los autores partidarios de considerar que la mencionada disminución es consecuencia de un *error de prohibición*. Y por último, se presentan los que opinan que al individuo excedido le corresponde una pena menor producto de la disminución o eliminación de la *culpabilidad*.

Se volverá entonces necesario conocer los diferentes puntos de vista de los autores para poder, a través de las mismas y como último paso de este trabajo, expresar una opinión al respecto.

II. La Legítima Defensa

II. a. Concepto

Como una de las causas de exclusión de la antijuricidad se presenta la legítima defensa. La misma según el Código Penal se define como: *“la repulsa o impedimento de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racionalidad proporción de los medios empleados para impedirla o repelerla”*²

Es el inciso 6° del artículo 34 del Código Penal de la Nación el que reza así: *“No son punibles... el que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:*

- a- agresión ilegítima;*
- b- necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla;*
- c- falta de provocación suficiente por parte del que se defiende”*

II. b. Requisitos

Ahora bien, brevemente pasaré a detallar los mismos, comenzando por:

- La agresión ilegítima. Esta a su vez exige tres requisitos más: que sea una conducta humana, agresiva y antijurídica.

La doctrina dominante entiende por agresión la amenaza de lesión o puesta en peligro de derechos jurídicamente protegidos. La agresión debe provenir de un ser humano (ya que de lo contrario no estuviésemos hablando de legítima defensa sino de estado de necesidad). Asimismo la conducta humana debe ser voluntaria, excluyéndose entonces los casos de falta de acción y las acciones que provengan respecto de cosas inanimadas o contra animales.³

Del mismo modo, la conducta debe ser agresiva. La voz agresión indica la necesidad de una dirección de la voluntad hacia la producción de una lesión, en castellano agredir implica acometer a alguno para matarlo, herirlo o hacerle cualquier daño. Por supuesto que tampoco puede admitírsela legítima defensa contra quien actúa compelido por una fuerza desencadenada por un caso fortuito, los cuales son casos que podrían dar lugar a

² D’ALESSIO, Andrés José, DIVITO, Mauro A. “Código Penal de la Nación Comentado y Anotado”. La Ley, Buenos Aires, 2009, págs. 575/580.

³ Cfr. D’ALESSIO, op. cit., págs. 580 y ss.

conductas defensivas por parte de quienes ven amenazados sus bienes jurídicos, pero en los límites de la necesidad justificante o exculpante según las circunstancias.⁴

La conducta agresiva debe ser, además, ilegítima, lo que es sinónimo de antijurídica⁵, es decir toda conducta que afecta bienes jurídicos sin derecho. Debido a que la acción agresiva debe ser antijurídica, resulta inadmisibles la legítima defensa contra cualquier conducta que sea conforme al deber jurídico o que tenga lugar dentro del ámbito de la antijuricidad. Por ello no cabe la legítima defensa contra quien actúa en legítima defensa ni contra el que actúa en estado de necesidad justificante, ni frente a quien ejerce un derecho o cumple un deber.⁶

Según Palermo, el significado de la agresión ilegítima radica en que el agresor no respeta lo mínimo que está en juego en toda relación jurídica, a saber, el reconocimiento del otro como persona. La negación del principio del *neminem laede* supone, al mismo tiempo, una infracción del deber de respetar al otro como persona. En consecuencia, en el momento de la agresión, el agresor no se comporta como persona, sino como naturaleza. Esto constituye el fundamento material del derecho del agredido a reaccionar en legítima defensa.⁷

La agresión requiere también que sea actual, requisito que va a cumplirse mientras se este desarrollando. La inminencia de la agresión, es decir, la decisión irrevocable del agresor de dar comienzo a aquélla, es equivalente a la actualidad. En algunos casos la ley lo dice expresamente, en otros casos está implícito en el texto legal cuando autoriza la defensa para impedir o repeler la agresión.⁸

- La necesidad racional del medio empleado para impedir o repelerla.

La defensa es necesaria si la acción del agredido es la menos dañosa⁹ de cuantas se encontraban a su disposición para rechazarla agresión en la situación concreta. La

⁴ ZAFFARONI, PLAGIA Y SLOKAR, "Derecho Penal. Parte General", Editar, Buenos Aires, 2000, pág. 591.

⁵ Asimismo, se sostiene que la agresión ilegítima no es sinónimo exacto de agresión antijurídica sino que la ilegitimidad de la agresión debe ser valorada, desde el punto de vista del sujeto pasivo, como un derecho a mantener un *statu quo*, lo que se funda en el mencionado argumento de que el atacado por un mono estaríamos limitado en su accionar que el atacado por un hombre, al igual que quien se defiende de la acción del que actúa en error invencible de tipo. (MALAMUD GOTI, Jaime E., "La estructura penal de la culpa", Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976, pag. 55).

⁶ D'ALESSIO, op. cit., págs. 587.

⁷ PALERMO, Omar, "La legítima defensa. Una revisión normativista", Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pág. 297.

⁸ BACIGALUPO, Enrique, "Derecho Penal Parte General". Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pág. 363.

⁹ Según Luzón Peña el medio empleado será necesario cuando sea el menos lesivo posible para el agresor, pero, por otra parte, sea seguro y suficiente para rechazar la agresión. A este respecto hay que entender por medio defensivo, no el concreto instrumento, sino el procedimiento utilizado, que incluye

exigencia de que la necesidad sea racional se explica dentro de este marco: la necesidad de la acción de defensa es racional cuando ésta es adecuada para impedir o repeler la agresión. La relación entre la agresión y la acción necesaria para impedir o repelerla, por tanto, debe ser tal que se pueda afirmar que la acción concreta de defensa era adecuada para repeler o impedir la agresión concreta.¹⁰

No debe confundirse la relación que debe haber entre agresión y defensa y la proporción entre el daño que hubiera causado la agresión y el causado por la defensa. La racionalidad de la necesidad de la defensa sólo se vincula con la primera cuestión.¹¹

Para determinar la necesidad de la acción es preciso tomar en consideración las acciones que el autor tenía a su disposición para impedir o repeler la agresión antes de comenzar la defensa y establecer si la emprendida es realmente la que hubiera impedida la lesión amenazada por la agresión causando menos daño.¹²

- Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende

Este requisito ha determinado innumerables confusiones y controversias. Estas últimas se refieren no sólo a la interpretación, sino también a la justificación de esta exigencia de que quien se defiende no haya provocado la agresión. Por ello hay que tener siempre presente que la falta de provocación a la que alude el texto legal es la de quien pretende beneficiarse con la justificación de la legítima defensa.¹³

Teniendo en cuenta las extensas controversias¹⁴ que existen alrededor de este requisito y, siendo el objeto de esta primera parte meramente enunciativo, se puede expresar resumidamente que, la interpretación propugnada de nuestro presente régimen

la acción, su peligrosidad y el resultado. (LUZÓN PEÑA, Diego M., "Aspectos esenciales de la legítima defensa. Segunda edición actualizada y ampliada", BdeF, Montevideo, 2002, pág. 555).

¹⁰ Idem, pág. 369.

¹¹ Idem.

¹² BACIGALUPO, op. cit., pág. 369.

¹³ NINO, Carlos Santiago, "La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico". Astrea, Buenos Aires, 2002, págs. 129/130.

¹⁴ Las dificultades tienen origen en el esfuerzo por adecuar al texto argentino soluciones alemanas o española, que llevaron a derivar la cuestión al art. 35 en lugar de profundizar el alcance de la propia disposición del art. 34, que impone como tarea prioritaria establecer el concepto de provocación y el criterio de suficiencia. En términos generales suele decirse que no constituyen provocación suficiente los actos usuales y normales de la vida, pero esto no pasa de ser una regla de exclusión de algunas acciones. Sin duda que la provocación deberá ser siempre una conducta anterior a la agresión y que ella misma no puede configurar una agresión pues de lo contrario la reacción sería una defensa. Pero esa conducta anterior debe ser jurídicamente desvalorada en tal forma que haga caer la base fundante de la legítima defensa. Esta desvaloración debe partir de que, si bien es verdad que nadie está obligado a soportar lo injusto, sería siempre a condición de que no haya dado lugar a lo injusto con su propia conducta. La coexistencia impone la evitación de conflictos extremos, como son los que tienen lugar cuando aparece la situación de defensa legítima. El derecho no fomenta el innecesario y gratuito aumento de conflictividad y, por ende, reconoce el derecho de legítima defensa en la medida en que el agente no haya caído en esa práctica. (ZAFFARONI, PLAGIA, SLOKAR, op. cit., pág. 625).

legal arroja las soluciones siguientes para los casos de provocación del que se defiende: a) cuando la provocación es deliberada, constituya o no una agresión ilegítima, se frustra el requisito de necesidad de una ulterior defensa (extendiéndose el lapso relevante para apreciar la necesidad); b) cuando la provocación constituye una agresión ilegítima consciente y voluntaria (aunque no se busque la reacción del provocado), se excluye la posibilidad de defenderse legítimamente contra una reacción que importa una defensa necesaria y proporcionada contra la provocación inicial; c) los restantes casos se rigen por las reglas generales de la legítima defensa, debiéndose apreciar la jerarquía de los bienes involucrados y el interés social en la clase de acciones defensivas.¹⁵

¹⁵ NINO, op. cit., págs. 129/139.

III. El Exceso en la Legítima Defensa

III. a. Una mínima reseña en el Derecho Comparado

Basta con introducirse a penas en el derecho comparado para poder observar que la figura del exceso en la legítima defensa no fue acogida por las legislaciones de todos los países. O bien, se puede ver que, aquellos estados que sí la recibieron, lo hicieron de una forma diferente a la realizada por nuestro legislador.

Muy brevemente se van a mencionar algunas legislaciones extranjeras en las cuales de alguna forma se encuentra contemplado el instituto que, en Argentina se conoce como exceso en la legítima defensa, permitiendo así observar el tratamiento que otros países le otorgan a la misma.

Introduciéndose en el tema, es el Dr. Pessoa el que observa que, a diferencia del Código Penal argentino, tanto el Código Penal alemán como el Código Penal paraguayo reciben en sus textos al exceso en la legítima defensa y lo toman a su vez como una causa de exención de responsabilidad penal (cuando para la ley argentina ese mismo instituto genera una disminución de la pena, y no la excluye). Asimismo, ambos cuerpos legales ya citados, toman como requisito para que quede configurado el exceso, la presencia de determinados estados psicológicos que debe tener el autor excedido en su defensa.¹⁶

Así las cosas, el Código alemán¹⁷ regula el exceso referido exclusivamente a la legítima defensa en los siguientes términos:

-art. 33: *“Exceso en la legítima defensa. Si el autor excede los límites de la legítima defensa por confusión, terror o miedo, entonces no será castigado...”*

¹⁶ Cfr. PESSOA, Nelson R. “Legítima Defensa” Mave, Corrientes, 2001, pág. 252.

¹⁷ Al referirse al tema, Roxin expresa que los vocablos mencionados en la ley fundamental han merecidos distintas acepciones. El término “conmoción” fue sustituido por el de “turbación”, para designar el estado anímico o mental desordenado de aquel que se ve enfrentado a una agresión inesperada y que no es capaz de una defensa reflexiva, y habiendo acuerdo de cierto modo unánime en que las situaciones de extralimitación a la legítima defensa sólo son impunes cuando se deben a estados pasionales asténicos, es decir que proceden de una debilidad del ánimo, por exclusión a los estados pasionales esténicos, esto es, a los provenientes de la fuerza o de un estado vigorizante, como ira, cólera, indignación o furia. Ahora bien, esos estados anímicos deben fluir naturalmente en el individuo que actúa en legítima defensa, conectándose directamente con ella, y no ser meros efectos que interactúan pero que responden a otras causas, porque la debilidad y la vulnerabilidad en que lo posicionan condicen con el acto de indulgencia que inspira al legislador, de poder perdonar el castigo cuando se procede en influencia de aquéllos. (RODRÍGUEZ OLIVAR, Gilberto C. “La legítima defensa imprudente”, Bdef, Montevideo, 2008, pág. 227.)

El Código paraguayo sigue en parte al alemán, pero se aleja de él al regular el exceso tanto para la legítima defensa como para el estado de necesidad justificante. El mismo, expresa que:

-art. 24: “*exceso por confusión o terror. El que realizara un hecho antijurídico excediéndose por confusión o terror en los límites de la legítima defensa o de un estado de necesidad justificante, será eximido de pena...*”

Por su parte, el Código Penal italiano mantuvo una redacción muy similar a la del Código Penal argentino. Dicha similitud se puede observar en su artículo 55 cuando establece que:

-art. 55: “*Exceso culposo. Cuando al cometer alguno de los hechos previstos por los arts. 51, 52, 53 y 54, se exceden culposamente los límites establecidos por la ley o por la orden de la autoridad, o bien impuestos por la necesidad, se aplican las disposiciones concernientes a los delitos culposos, si el hecho está previsto por la ley como delito culposo.*”

Continuando con la mención del instituto del exceso en la legítima defensa en países diferentes a Argentina, se encuentra la legislación penal española. Allí, el tratamiento que merecen los casos de error sobre los presupuestos típicos de justificación de una causa de justificaciones, según la doctrina tradicional¹⁸, se debe seguir la teoría del dolo, la cual considera que en estos casos el error excluirá el dolo: si el error es vencible existirá imprudencia; si el error resultase invencible, entonces corresponderá impunidad de la conducta del sujeto.¹⁹

Por último, se presenta el derecho anglosajón. Como se sabe, en los Estados Unidos el derecho sustantivo penal va mutando en cada estado que integra el país, y también en el sistema federal. Al adoptar el *common law* muy pocos son los casos en que existe una ley escrita, debiendo regirse los tribunales a través de la jurisprudencia.

Ahora bien, particularmente el estado de California tiene lo que denominan como “legítima defensa imperfecta”. Para ellos la legítima defensa completa produce como consecuencia, al igual que nosotros, que la conducta del que se defiende quede

¹⁸ Distinto tratamiento propone la teoría estricta de culpabilidad, según la cual el error sobre una causa de justificación será siempre error de prohibición, que atenúa o excluye la culpabilidad según sea vencible o invencible. Por otra parte, una importante corriente jurisprudencial ha tendido a apreciar la propia eximente de legítima defensa completa o incompleta, según que la errónea creencia fuera plenamente “racional” y “fundada” o simplemente vencible. La SSTS calificó el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación como error de prohibición que si es invencible excluye la culpabilidad y no la antijuricidad. (MUIR PUIG, Santiago “Derecho Penal. Parte General 8va. edición”, BdeF, Montevideo, 2010, pág. 447).

¹⁹ Cfr. MUIR PUIG, op. cit., pág. 447.

impune. Ahora bien, la legítima defensa imperfecta juega como un atenuante del delito del que se trate, rebajando el delito de un grado mayor a un grado menor.

La ley²⁰ de defensa imperfecta de California, en su traducción, quedaría entonces así:

“Un asesinato que de otro modo sería un crimen, se reduce a homicidio culposo si el acusado mató a una persona debido a que actuó en la legítima defensa imperfecta o la defensa imperfecta de otro”

“Si la conclusión es que el demandado actuó en completa defensa o la defensa de otro, y la acción era legal; no se lo debe encontrar culpable de delito. La diferencia entre la total defensa y la defensa imprudente depende de si la creencia del acusado en la necesidad de utilizar la fuerza letal era razonable.”

“El acusado actuó en la legítima defensa imperfecta o la defensa imperfecta de otro si:

- 1- el acusado creía realmente que estaba en peligro inminente de morir o sufrir lesiones corporales graves; y,*
- 2- el acusado creía realmente que el uso inmediato de la fuerza letal era necesaria para defenderse contra el peligro; pero,*
- 3- al menos una de esas creencias no era razonable.”*

²⁰El texto original de la ley de California de defensa imperfecta reza así: *“California killing that would otherwise be murder is reduced to voluntary manslaughter if the defendant killed a person because (he/she) acted in (imperfect self-defense/ [or] imperfect defense of another). If you conclude the defendant acted in complete (self-defense/ [or] defense of another), (his/her) action was lawful and you must find (him/her) not guilty of any crime. The difference between complete (self-defense/ [or] defense of another) and (imperfect self-defense/ [or] imperfect defense of another) depends on whether the defendant's belief in the need to use deadly force was reasonable. The defendant acted in (imperfect self-defense/ [or] imperfect defense of another) if: 1. The defendant actually believed that (he/she/ [or] someone else/ <insert name of third party>) was in imminent danger of being killed or suffering great bodily injury; AND 2. The defendant actually believed that the immediate use of deadly force was necessary to defend against the danger; BUT 3. At least one of those beliefs was unreasonable. Belief in future harm is not sufficient, no matter how great or how likely the harm is believed to be. In evaluating the defendant's beliefs, consider all the circumstances as they were known and appeared to the defendant. If you find that <insert name of decedent/victim> threatened or harmed the defendant [or others] in the past, you may consider that information in evaluating the defendant's beliefs. If you find that the defendant knew that <insert name of decedent/victim> had threatened or harmed others in the past, you may consider that information in evaluating the defendant's beliefs. If you find that the defendant received a threat from someone else that (he/she) reasonably associated with <insert name of decedent/victim>, you may consider that threat in evaluating the defendant's beliefs. Great bodily injury means significant or substantial physical injury. It is an injury that is greater than minor or moderate harm.]The People have the burden of proving beyond a reasonable doubt that the defendant was not acting in (imperfect self-defense/ [or] imperfect defense of another). If the People have not met this burden, you must find the defendant not guilty of murder.”*

“La creencia en un daño futuro no es suficiente, no importa cuán grande o cuán probable es que el daño se cree que es. “

Resulta interesante destacar entonces que, es el apartado 3- el que presenta la situación en la cual se va a dar la defensa imperfecta (o exceso en la legítima defensa para nosotros); y es para el caso en que no resulte razonable la creencia de estar por sufrir un peligro inminente, o la creencia de que el uso de la fuerza letal era necesaria.

Por último, se puede decir que esta ley se aplica tanto para el caso de homicidio como ella misma lo dice; como así, también para cualquier tipo de lesión.²¹

III. b. Su ubicación en el Código Penal argentino

En este caso, nuestro legislador al regular el exceso en la legítima defensa lo realizó a través del artículo 35 del Código Penal argentino; el cual trae consigo una regulación más amplia en comparación con las legislaciones extranjeras, ya que dicho artículo no solo regula el exceso en la legítima defensa sino que también se ocupa de abarcar el exceso en otras causas de justificación, como es el caso de los institutos del estado de necesidad propiamente dicho y del ejercicio de un derecho, autoridad o cargo.

Esta situación estuvo presente no sólo en la vigente ley sino también en sus proyectos de reforma.²²

A su vez, nuestro legislador también se ocupó de disponer el castigo de esa conducta excesiva, remitiéndonos para ello a la pena que el Código Penal argentino establece para los delitos culposos o imprudentes.

Entonces, mencionado lo anterior se puede decir que es nuestro artículo 35 el que expresa que: *“el que hubiera 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”*.

²¹ Conforme la entrevista realizada con el Dr. Sabelli, Martín Antonio.

²² Según Nino: “En los proyectos de 1960 y 1979 (arts. 17 y 14, respectivamente) se propone una modificación de la regla actual en los siguientes términos (se cita el proyecto de 1979, debiéndose tomar en cuenta que el de 1960 coloca lo que aparece aquí como segunda frase del inc. 1° al final del artículo): *“El hecho será reprimido con la pena fijada para el delito culposo: 1°) cuando el agente hubiera excedido culposamente los límites impuestos por la ley o por la necesidad. No será punible, sin embargo, el exceso proveniente de una excitación o turbación explicable por las circunstancias; 2°) cuando el agente hubiera creado culposamente la situación de peligro”* (NINO, op. cit., pág. 163).

Pocas disposiciones legales ofrecieron interpretaciones tan dispares como lo hace el artículo 35. A modo de resumen, ya que luego se explayará más adelante, se puede decir que:

- a- para algunos autores el art. 35 abarca sólo conductas culposas;
- b- otros entienden que se trata de conductas dolosas;
- c- hay quienes opinan que las acciones allí previstas registran una atenuación que se funda en un error de hecho vencible que las hace culposas
- d- para otro sector, registran un menor grado de culpabilidad por miedo o emoción,
- e- para otros la menor culpabilidad responde a un error vencible de prohibición;
- f- algunos combinan posibilidades, sosteniendo que la atenuación responde a un menor contenido injusto tanto como a una simultánea reducción de la culpabilidad por error vencible o por imputabilidad disminuida (turbación);
- g- hay quienes mencionan que el art. 35 comprende tanto el exceso intensivo como el exceso extensivo;
- h- otros expresan que sólo abarca el intensivo;
- i- otros, el extensivo;
- j- por último, existen opiniones diferentes respecto de los supuestos del art. 34 al que se refiere el art. 35.²³

Es así que, resulta ser el artículo 35 el que le otorga al exceso la pena establecida para la culpa o imprudencia de esta manera, sin declarar expresamente que su esencia es culposa, pero reconociendo su verdadera naturaleza, lo somete a un régimen propio de la culpa, de su castigo sólo en caso de que exista una disposición especial al respecto.²⁴

En este caso, el dolo propio del acto se transforma en culpa, y origina tipos penales culposos cuya especialidad implica que la culpa excluye debida medida de una acción que parece justificada a los ojos del autor.²⁵

III. c. Definición del término

Sencillamente, en un primer momento y en unas pocas palabras, se puede decir que, el instituto del exceso en la legítima defensa va a existir en aquellos casos en que la persona que realiza la acción para repeler el acto antijurídico del cual se encuentra

²³ZAFFARONI, PLAGIA Y SLOKAR, op. cit., pág. 644.

²⁴NUÑEZ, Ricardo C., "Tratado de Derecho Penal", t. I, Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1976, pag.428/429.

²⁵Idem, pag. 429.

siendo víctima; lo hace de tal forma que el mismo se extiende más allá de la actualidad de la agresión (exceso extensivo), o bien; ese acto de defensa termina siendo un acto excesivo por haber utilizado el defendido para repeler dicha agresión, un medio tal que por sus características resulta desproporcionado en relación a la agresión (exceso intensivo).

Existirá entonces, exceso cuando la acción realizada por una persona se extiende más allá de los límites que la propia ley impone. Del artículo 35 del Código Penal argentino, el exceso se refiere a cualquier justificante que se encuentre contenida dentro del art. 34 de ese mismo cuerpo legal. Pero para que sea operativo el art. 35, es necesario que la conducta del individuo que se excede, haya comenzado dentro del ámbito de un fundamento de justificación, es decir, que en ese primer momento hayan concurrido las circunstancias necesarias que hubiesen hecho posible que esa acción pueda ser legitimada.²⁶

Ahora bien, dicho lo anterior, se puede decir que una conducta defensiva es excesiva²⁷ si, aún cuando forme parte de una disyunción de acciones tales que alguna de ellas debe darse para impedir la agresión, la conducta en cuestión no es la menos costosa de los miembros de la disyunción.²⁸

Es Rodríguez Olivari el que opina que, son los sentimientos de la persona los que, al sufrir una enervación especial por la situación particular que se encuentran atravesando, los que generan que el acto de defensa que comienza siendo lícito, devenga luego de ilícito como producto del exceso. Y esto se demuestra cuando el mencionado autor expresa que, quien actúa en legítima defensa actúa generalmente dentro de un contexto pasional, dentro del cual se dan cita sentimientos como el odio, el rencor, el

²⁶ Cfr. FONTÁN BALLESTRA, Carlos, "Tratado de Derecho Penal. Tomo II Parte General", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, pág. 194.

²⁷ Existe un error muy común y es creer que el exceso en la legítima defensa puede radicar, por ejemplo, en la enorme cantidad de heridas infligidas para matar, o en el empleo de una pistola 45 frente a un revólver calibre 22, es decir, cuando el juicio se asienta sobre puras relaciones causales establecidas ex post facto, o sea, con la víctima ya caída y muerta, lejos por tanto, de las vivencias y apuros del que se defiende. Para hablar de exceso en la defensa, primero se debe observar la existencia de una legítima defensa, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo. Y, desde este ángulo de mira, se advierte que el sujeto excede la defensa cuando emplea medios que superan los que hubiesen sido necesarios para cumplir la finalidad justificante propuesta. Con otras palabras, cuando se transgrede principalmente la norma del inciso 6°, letra b, del artículo 34 del Código Penal, es decir, la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión injusta de que se es objeto, sin dejar de actuar en la creencia de estar justificado, se está actuando con exceso. Pero no cuando se mata mediante muchas heridas, puesto que el dolo de matar es común a todos los que se defienden legítimamente, y en tal sentido carece de relieve cómo se llega a matar, si se dan los requisitos de la norma permisiva. (CNCCorr., Sala I, "A., F. V." causa 36.219, Boletín de Jurisprudencia, 1989, N°4).

²⁸ NINO, op. cit., pág.166.

amor, la venganza, la ira, el temor, el miedo..., y sobre todo aquellos relativos a la subjetividad del defendido, quien, en más ocasiones de las que quisiéramos ver, actúa asistido de gran inseguridad, temor, rabia, miedo, impotencia... sentimientos éstos que en numerosas situaciones pueden llegar a actuar incidentalmente en circunstancias del exceso.²⁹

Es decir, existe una situación legítima de defensa, pero lo que sucede es que la acción que realiza el individuo puede que no sea justificada porque lo sobrepasándose en los límites de su necesidad (ya sea que lo haga en forma consciente o en forma inconsciente).³⁰

Este término alude al defecto de ejecución de la acción defensiva, en donde la temática del exceso incide decisivamente en la proporcionalidad que vincula causalmente a la acción de rechazo con la agresión ilegítima, actuando un sobrepujamiento en el repelimiento que evade los requisitos exigidos por el tipo objetivo de la justificante.³¹

Carrara³², al estudiar el problema del exceso en el homicidio, expresaba que:

el exceso en la defensa no puede ser otra cosa que un error de cálculo; aunque se le mezcle la ira, inseparable de la naturaleza humana, esa ira que inflama al abogado cuando perora a sabiendas de que defiende un derecho, esa ira que inflama al juez consciente de estar administrando justicia nada importa; pero cuando el móvil no fue la ira, sino el temor; cuando, por las circunstancias del caso uno puede estar cierto de que el homicida no obró enfurecido por la venganza, sino porque creía una de esas dos cosas: o que su vida estaba en peligro, o que no podía librarse de este peligro sino haciendo uso de la fuerza, o hiriendo, entonces estaremos en términos de la defensa, y esta defensa será legítima cuando ocurra en verdad los elementos del moderamen, por lo menos en la carencia razonable del agente, y será excesiva cuando falten algunos de estos elementos. Empero, aunque falte alguno de ellos, según la verdad absoluta, siempre tendremos que recordar que el individuo que a sabiendas del riesgo que corría se creyó en la necesidad de reaccionar, obró con el convencimiento de estar realizando un acto legítimo. Esto basta para que en la verdadera figura del exceso de

²⁹ Cfr. RODRÍGUEZ OLIVAR, op. cit., pag. 214.

³⁰ Cfr. HANS-HEINRICH, Jescheck, WEIGEND, Thomas "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Comares, Granada, 2002, pág. 375

³¹ RODRÍGUEZ OLIVAR, op. cit. pag. 210.

³² CARRARA, Francesco, "Programa de Derecho Criminal. Parte Especial" Temis, Bogotá, 1972, pág. 489.

defensa no deba hablarse nunca de dolo, pues el convencimiento de la licitud, aunque sea errónea, no se adapta al dolo de ninguna manera, a lo sumo podrá acomodarse a la figura del error vencible o de culpa.

III. d. Clasificación del Exceso en la Legítima Defensa

La doctrina menciona dos diferentes tipos de excesos³³ en la legítima defensa. En un primer lugar tenemos el exceso extensivo el cual va a estar presente en los casos en que, si bien finalizó la situación objetiva de justificación; la acción defensiva continúa.

Y en segundo lugar existe el exceso intensivo, el cual abarca las situaciones en que la conducta del sujeto lesiona más allá de lo racionalmente necesario.

Exceso Intensivo (o exceso en los medios): éste se verifica cuando, ante una agresión ilegítima, el sujeto se defiende desproporcionadamente en un sentido cualitativo usando un mecanismo potencialmente más dañoso que el necesario para repeler el daño.³⁴ Aquí la agresión es actual pero la defensa podía y debía adoptar una intensidad menos lesiva. Es decir, este tipo de exceso se relaciona con el requisito de necesidad racional del medio empleado. Dicho esto, existen dos formas en que el agente se puede exceder intensivamente en su acción defensiva, y son las que corresponden a deficiencias en los requisitos de necesidad y proporcionalidad.³⁵

La necesidad en sentido estricto es una propiedad que se da o no, sin que sea susceptible de una materialización parcial por exceso; pero el concepto de necesidad que emplea el texto legal debe incluir, razonablemente, la idea de eficiencia, o sea la

³³ A modo de ejemplo, Rodríguez Olivari expresa que: “se excede intensivamente quien, para repeler un golpe de puño que proviene de una persona de mayor complexión, extrae su revólver y le efectúa un disparo, pudiendo haber tomado un palo de escoba que tenía a su lado. Comete exceso extensivo quien, al recibir un golpe de puño, repele a su agresor con un golpe igual que lo tumba, pero para evitar que se levante le propina tres golpes más.”(RODRÍGUEZ OLIVARI, op. cit., pág. 235.)

³⁴ En este sentido se dijo: “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, Código Penal, porque el autor obró dentro de una situación de defensa necesaria, pero durante el último tramo siguió utilizando un artilugio que sobrepasa los límites impuestos por la situación.”(CNCrim. Y Correc. Sala I, “Orellanda, Máximo A” 1986/02/20; La Ley, 1986-E,724, citado por DE RIVACOBÁ, Manuel y RIVACOBÁ, en “Las causas de justificación” Hammurabi, Buenos Aires, 1995, pág. 183.)

³⁵RODRÍGUEZ OLIVARI, Op. Cit., pag. 234/235.

idea de que la conducta que se legitima sea el menos dañoso de los diferentes cursos de acción disponibles. En este sentido, una conducta defensiva es excesiva si, aun cuando forme parte de una disyunción de acciones tales que alguna de ellas debe darse para impedir la agresión, la conducta en cuestión no es la menos costosa de los miembros de la disyunción. Por otra parte, si la conducta ni siquiera forma parte de la disyunción en cuestión (por ser, por ejemplo posterior a la agresión), entonces ella no es una defensa excesiva, no es siquiera una defensa.³⁶

Esta situación debe distinguirse de aquella que presenta una deficiencia en el requisito de proporcionalidad. La fundamentación de la legitimidad de la defensa que parece más plausible incluye una pluralidad de criterios de proporcionalidad: ellos toman en cuenta la jerarquía absoluta de los bienes involucrados, su valor comparativo y el beneficio social que se obtiene a través de la eficacia preventiva de la clase en cuestión de acciones defensivas. La lesión a un bien primario en aras de un bien secundario –cuando no hay consentimiento del titular del primero a perder la inmunidad contra ataques a ese bien-, aun cuando sea necesaria (por no haber otra forma menos costosa de contener la agresión), no puede ser plenamente justificada. Éste es otro caso de exceso que o puede confundirse con el anterior.³⁷

Por su parte, Fontán Ballestra expresa que el exceso intensivo implica el empleo de medios que no corresponden a la necesidad impuesta por la agresión, es que aun valiéndose quien se defiende de un medio que responda a la necesidad racional impuesta por el ataque, puede el sujeto incurrir en exceso por la persistencia o intensidad de la acción.³⁸

Y es que para este autor, para que resulte posible el exceso en los medios, es preciso que se dé inicialmente la situación de legítima defensa. Debe comenzar por haber mediado agresión ilegítima; ya que de otro modo, *ab initio*, no puede pensarse en exceso, aunque pueda configurarse una defensa putativa, eximente que no pertenece al ámbito de la justificación.³⁹

Por último, y a modo de ejemplo, se puede decir que se excede intensivamente quien, para repeler un golpe de puño que proviene de una persona de mayor

³⁶ NINO, op. cit., págs. 165/166.

³⁷ Idem.

³⁸ FONTÁN BALLESTRA, op. cit., pág. 199/200.

³⁹ Idem.

complexión, extrae su revólver y le efectúa un disparo, pudiendo haber tomado un palo de escoba que se encontraba a su lado.⁴⁰

a- Exceso extensivo (o exceso en la causa): este es el caso de que quien ejecuta la defensa lo hace de tal forma que sobrepasa los límites temporales de la misma. Es decir, el agredido se defiende ante un ataque que aún no se ha configurado como tal, o bien, ya ha cesado, es decir, a dejado de ser actual.⁴¹ Tal sería el caso de quien, al recibir un golpe de puño, repele a su agresor con un golpe igual que lo tumba, y yaciendo éste último en el suelo y para evitar que se levante, le propina tres golpes más.⁴²

Según Roxin, el exceso existe cuando el sujeto, a consecuencia de un estado pasional asténico, supera los límites temporales de la legítima defensa, es decir, cuando la agresión ya no es todavía actual en el momento de la acción defensiva.⁴³

Para este autor un exceso extensivo por retraso en la legítima defensa se da por ejemplo cuando el sujeto, en su estado de pánico, sigue golpeando al agresor que yace ella en el suelo; se trata de un exceso extensivo por anticipación cuando el mismo tumba de un disparo al boxeador dispuesto a la agresión, cuando éste está calentando todavía sus músculos.⁴⁴

Otros autores, como Rodríguez Olivar, para hablar de exceso extensivo se refiere a las situaciones en las cuales las fuerzas intervinientes en el marco dentro del cual se desarrolla la defensa, se encuentran descompasadas en el tiempo, porque desde el punto de vista material no existe la agresión ilegítima o ha cesado en su impulso, entonces aquel que actúa lo hace excesivamente, esto es, más allá de lo requerido y tolerado por la causal para justificar su conducta, y esta sobreactuación debe ser valorada para conocer si el sujeto que se excedió debe ser castigado por ella.⁴⁶

⁴⁰ RODRÍGUEZ OLIVAR, op. cit. pág. 235.

⁴¹ Cfr. HANS-HEINRICH, WEIGEND, op. cit. pág. 527/8.

⁴² Cfr. RODRÍGUEZ OLIVAR, op. cit. pág. 235.

⁴³ La jurisprudencia ha denegado siempre la exculpación al exceso extensivo y se ha apoyado en la fundamentación muy formal de que los límites de la legítima defensa sólo podrían ser rebasados cuando exista todavía una situación de legítima defensa. Si ya no existiera una legítima defensa, su extralimitación no vendría "conceptualmente al caso". No obstante, la jurisprudencia se aproxima aun reconocimiento del exceso extensivo, al extender la actualidad de la agresión hasta la "supresión definitiva del peligro de agresión". La opinión aún mayoritaria en la literatura científica sigue a la jurisprudencia en cuanto rechaza la impunidad del exceso extensivo. Y concluye Roxin diciendo que un sector adopta la fundamentación de la jurisprudencia y otro realiza el intento de añadirle una fundamentación teleológica a partir de la perspectiva de la teoría del exceso defendida en cada caso. (ROXIN, op. cit., págs. 934/5).

⁴⁴ ROXIN, op. cit., págs. 934.

Según Nino, la recepción de este tipo de exceso por parte de la doctrina, no parece afortunada, y esto es así porque en lo que respecta al mismo, diferentes autores distan demasiado en lo que se refiere a determinar que tipo de situaciones quedarían abarcadas en esta categoría. Citando a Soler, Nino expresa que él mismo hace algunas afirmaciones bastante confusas sobre el hecho de que la defensa “no va en la misma dirección que el ataque”, y éste aparece como un simple “pretexto” de justificación.⁴⁵

Por otro lado, Jiménez De Asúa también se refiere al pretexto de legítima defensa, y agrega asimismo, una alusión a las situaciones en que el ataque ya ha cesado. Wessels, por su parte, y en opinión que comparto, llama exceso extensivo a los casos en que el ataque no es actual o el defensor no lo ha tomado conscientemente en cuenta.⁴⁶

III. e. Naturaleza de las acciones excesivas

Según D’Alessio, la atenuante presentada por el art. 35 del Código Penal argentino abarca a injustos dolosos cuyo contenido antijurídico es menor a otros, por cuanto han comenzado a cometerse en forma justificada pero se prolongan fuera del amparo del tipo permisivo respectivo. Ese menor grado de antijuricidad es el fundamento para la disminución de la pena- se debe aplicar la del correspondiente tipo culposo-, pero de ningún modo muta una acción dolosa en culposa.⁴⁷ Opinión esta que es compartida por Zaffaroni.

Continúa diciendo que, los autores causalistas- los cuales consideran que la conciencia del injusto es un elemento del dolo- sostienen que el legislador no ha hecho una mera equiparación de la escala penal del exceso con la del delito culposo, sino que el elemento subjetivo del exceso es culposo y no dolosa, y que la culpa puede resultar de un error, de la imprudencia o de la perturbación del ánimo del autor (temor, sorpresa, agitación...); en definitiva, entienden que la conducta excesiva supone erróneamente la presencia de las condiciones objetivas de una causa de justificación (falsa creencia de estar actuando amparado por un tipo permisivo legalmente reconocido).⁴⁸

⁴⁵ SOLER citado por NINO en, NINO, op. cit., pág. 164.

⁴⁶ NINO, op. cit., págs. 164/165.

⁴⁷ En este sentido, la Jurisprudencia tiene dicho que, “Entender que la remisión importa la mutación del carácter de la conducta es un artificio lógico”, reiterándose lo dicho en otros precedentes en cuanto al exceso que “no es sino una penalidad atenuada debido a que la conducta ha nacido amparada en un permiso”. (TCasación Penal Buenos Aires, Sala I, “Arista, Eduardo David” 07/09/2004)

⁴⁸ D’Alessio, op. cit., pág. 621.

Y para otros como Domínguez Henaín, dice D'Alessio, pueden ser excesivas tanto las acciones dolosas como las culposas; y no podrían descartarse estas últimas porque las causas de justificación rigen para todas las acciones.⁴⁹

⁴⁹ Idem.

IV. Comienzo de la discusión

IV. a. El fallo

- Reseña del caso: eran las 3.30 de la mañana de una noche lluviosa, cuando estaba siendo finalizada la cuarta salida de una breve relación amorosa entre el oficial de policía Daniel Omar Pacífico y Mirna Benítez. Pacífico la llevó de regreso a su casa y estacionó su vehículo a metros de la entrada, como comúnmente lo hacía. Ya estando la mujer en la calle, apareció de repente un hombre que la agarró violentamente y luego abrió la puerta del acompañante a los fines de introducirse en el mismo. Ante esta situación Pacífico tomó su arma reglamentaria y efectuó un disparo sobre el bulto del aparente agresor, Gustavo Daniel González, quien cayó al suelo junto a la mujer. En ese momento Benítez reconoció al provocador y grito *“no dispaes! Es mi novio”*. Totalmente confundido y creyendo que no había herido a nadie, Pacífico se marchó de ese lugar.

- Datos importantes del caso: Mirna Benítez ocultó a ambos hombres la relación que mantenía respecto de cada uno de ellos. Pacífico declaró que disparó instintivamente creyendo que la situación que estaba viviendo era la de un robo. A su vez, los tres protagonistas coincidieron en sus declaraciones en que el disparo pudo haber impactado tanto sobre Benítez como sobre González. El novio expresó en su declaración que recién se dio cuenta unos minutos después, que había sido herido. Según los conocimientos adquiridos por Pacífico en sus estudios académicos, antes una situación de asalto y generadora de peligro, no debía dejar ver su calidad de policía y que se encontraba armado; ya que si eso sucedería lo más probable era que lo mataran.

- Centro del problema: si bien la discusión de este polémico fallo se centró en diferentes puntos, como por ejemplo lo referido a cómo adecuar típicamente la conducta de Pacífico y si existió o no una verdadera agresión por parte de González hacia el policía; lo que se tratará aquí es lo relacionado a la naturaleza del error que sufrió el imputado (es decir, si teniendo en cuenta la situación en la que se encontraba Pacífico, resultaba factible que incurriera en un error) así como también el alcance de éste y sus consecuencias en función de su evitabilidad.

- La decisión de la mayoría: el requerimiento de elevación a juicio, que sindicaba a Pacífico como autor de tentativa de homicidio (arts. 42, 45 y 79 del Código Penal), fue desestimada por sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal N° 9. Para la mayoría del Tribunal, mayoría que se formó con los votos de los Dres. Ramírez y Cabral,

correspondía la absolución de Pacífico; decisión que se apoyaba en el hecho de que el autor había obrado bajo un error de hecho inculpable, el que recaía sobre las circunstancias que lo habilitaban para ejercer legítimamente la defensa de su integridad física (arts. 34 incs. 1 y 6 del Código Penal).

Que atento la importancia del fallo que se está trayendo a colación, no se pueden dejar de resaltar los párrafos que resultan más importante de las opiniones de los Dres. Ramírez y Cabral, entre éstos se pueden destacar:

“No es necesario un esfuerzo de imaginación para coincidir en que Pacífico tenía sobrados motivos para suponer que la conducta violenta que se había iniciado en el exterior del rodado tenían como objetivo o a él personalmente o a sus bienes. Dicho de otra manera. Que lo más probable es que estuviera frente a un asalto... El tribunal no sólo carece de motivos para dudar en punto a que tal fuera su convencimiento, sino que, además, entiende que había razones que escapan a la mera subjetividad y que pudieron llevarlo a esta apreciación”

“Desconociendo la relación del atacante con Benítez, Pacífico interpretó que la intención de éste es la de robo. Convencido de ellos, se vio enfrentado a alguien que, según lo que parecía, estaba dispuesto a llevar a cabo un robo con violencia reduciendo, al menos, a dos personas, por lo que resultaba razonable sospechar que esta persona tenía su potencial ofensivo aumentado o, lo que es lo mismo, estaba armado, pues de hecho actuaba como si lo estuviera.”

“... es evidente que las personas interpretan la realidad a partir de representaciones en cuya construcción interviene no sólo lo que objetivamente se presenta ante ellas, sino también un conjunto de informaciones que la reordenan. Entre estas informaciones tienen especial importancia aquéllas que se constituyen en saber común y en este sentido no puede considerarse que la conclusión a la que arribó Pacífico no fuera la misma a la que arribaría frente al mismo episodio cualquier ciudadano medio de Buenos Aires. En síntesis, la suya no era una suposición subjetiva carente de fundamento, y resulta absurdo exigirle que antes de llegar a tal conclusión, en los segundos en que duró el episodio, multiplicara los recaudos necesarios para determinar las intenciones de quien lo agredía o los alcances eventuales de tal agresión”

“...el tribunal no puede ignorar que, ya sea que resulte verificable o no, lo cierto es que subyace en el común de los habitantes de la ciudad el convencimiento de que cuando un policía queda a merced de delincuentes armados, su vida corre peligro, por

lo que, más allá de su acierto, esta conclusión no puede atribuirse a una especial apreciación subjetiva del imputado. En síntesis, el tribunal concluye que, por un error de hecho no imputable. Daniel Omar Pacífico creyó que Gustavo Alberto González se prestaba a llevar a cabo un robo a mano armada en perjuicio tanto de él como de Mirna Gabriela Benítez, y que tal situación ponía en riesgo su integridad física.”

“Aceptado pues que el error en que incurrió no le es imputable, y que resulta atendible a partir de las circunstancias objetivas del episodio, el examen en punto a la razonabilidad del medio empleado debe hacerse en función no de la agresión efectivamente constatada sino de aquélla que Pacífico creía estar viviendo”

“Indica el imputado que, al percibir lo que ocurría y convencido de que estaba en riesgo su vida, su primer y única reacción pensada fue empuñar el arma y disponerla para ser disparada, aprestándose para descender del rodado. Al ser específicamente preguntado sobre el punto, el imputado no pudo responder cual hubiera sido su conducta posterior. En rigor de verdad, solo atinó a adoptar una posición de defensa y apretarse a tomar cierta distancia del agresor. Su temor era que lo sorprendieran con el arma en el interior de un vehículo donde... no se hallaba en una situación óptima de defensa”

“Cuando se disponía a salir, percibió que bruscamente abrían la puerta del lado del acompañante y, sin mas, giró el brazo y disparó al bulto, sin intención de herir o matar a nadie. Su objetivo inocultable era detener la agresión”

“...al efectuar el disparo de defensa, Daniel Omar Pacífico procuró detener la agresión, y no sólo no tuvo intención de alcanzar a alguien con su disparo sino que tampoco se representó la posibilidad de herir a nadie en concreto. Tanto es así que, detenido el avance del agresor luego de una primera detonación, no volvió a usar el arma... admitido que Pacífico se consideraba, por error, en una situación de riesgo personal ante una agresión armada, el modo empleado para defenderse... no puede ser considerado desproporcionado. Pero más aún ha de admitirse que el imputado intentó inicialmente poner distancia con la agresión, pero la abrupta irrupción de González en el rodado impidió que alcanzara su cometido y provocó que éste empleara prematuramente su arma”

“...puesto que su negligencia no radicó en la apreciación de las circunstancias en que se hallaba ni en la selección del medio empleado para repeler la agresión, sino en el modo en que empleó el medio seleccionado, su conducta no puede ser considerada un exceso en los términos del art. 35 del Código Penal... en consecuencia, el tribunal

entiende que Daniel O. Pacífico actuó motivado por un error de hecho inculpable, sobre la concurrencia de circunstancias que lo habilitaban a ejercer legítimamente la defensa de su integridad física, y en virtud del lo establecido por el art. 34 incs. 1 y 6 corresponde absolverlo”.

Transcriptos los párrafos anteriores, se puede expresar que la opinión de los Dres. Ramírez y Cabral se resume en que efectivamente Pacífico sufrió una agresión ya que; teniendo en cuenta la ausencia de conocimiento acerca de que la mujer con la cual se encontraba saliendo hacía aproximadamente tres meses, tenía a su vez una relación paralela con otra persona que era además su novio; existió efectivamente una situación de agresión sufrida por parte de Pacífico. Y esto es así porque el hecho de encontrarse con alguien que a las tres de la madrugada se introduce a un vehículo de una manera violenta y sin haber recibido ninguna autorización por parte de su propietario, constituye en sí mismo una agresión, un acto violento.

Más luego, la mayoría menciona que fueron todas esas características propias del caso ya comentadas anteriormente, las que generaron en Pacífico la creencia de que estaba viviendo una situación que difería de lo que realmente estaba ocurriendo en los hechos, generando que el policía actúe bajo un error de hecho no imputable.

Y por último, al referirse a la razonabilidad del medio empleado por Pacífico, la mayoría expresó que se cumplía con ese requisito; ya que, que el medio se debe medir teniendo en cuenta la agresión que el atacado creía estar viviendo, y no en relación a lo que realmente sucedía. Aquí los jueces mencionan que la intención de Pacífico fue en un principio, tomar su arma y descender del auto; pero que al ser sorprendido rápidamente por el novio que intentaba ingresar al vehículo, lo único que hizo fue repeler la agresión efectuando para ello un disparo.

Fueron entonces esas circunstancias las que condujeron a la mayoría del Tribunal a encuadrar la conducta desplegada por Pacífico dentro del art. 34 incs. 1 y 6 del Código Penal argentino.

La decisión de la minoría: en una importante disidencia compuesta por el Dr. García, se expresa que, la conducta del imputado encuadra en el art. 90 del Código Penal. Y esto es así porque el autor creyó erróneamente que era víctima de un robo ejerciendo en razón de ello una acción defensiva para repeler la misma. Dicha representación resultó inevitable, dadas las circunstancias.

Existió un excesivo uso de los medios utilizados para la defensa, el cual se basó en un error evitable⁵⁰ en relación a la intensidad de la agresión. Como consecuencia de todo ello, resultaría aplicable entonces el art. 35 de Código Penal.⁵¹

Entre los párrafos más destacados de esta importante disidencia, no se pueden dejar de mencionar los siguientes, a saber:

“Coincido con la mayoría en que debe tenerse por suficiente probado que el imputado, al efectuar el disparo, obraba en la errónea suposición de que el desconocido –que resultó ser Gustavo González- empleaba violencia contra la mujer, y comenzaba a invadir el automóvil para robarlos.”

“El voto mayoritario ha examinado exhaustivamente el material probatorio que permite llegar a la convicción de que el imputado creía de buena fe que no se trataba de un novio celoso y agresivo, que acababa de descubrir el desliz de su amada, sino de un ladrón violento, y también ha quedado acreditado que su reacción fue defensiva, tendente a frustrar el robo, esto es impedir o hacer cesar la agresión.”

Y continúa *“se trata pues de un caso en que debe admitirse que el imputado obraba por haber incurrido en un error sobre los presupuestos fácticos de una norma permisiva –los presupuestos de hecho de la legítima defensa-. El autor creyó que se trataba de un robo –esto es, de una agresión ilegítima en los términos del art. 34, inc. 6, C.P.P.N.-, y alega haber obrado para impedir o repeler esa agresión, en sus propios dichos quería frenarlo.”*

⁵⁰ RIGHI opina que: *“no se debe condicionar la aplicación de la norma (art. 35 del Código Penal) a que exista un error del autor, pues puede concurrir otra situación que otorgue sentido a la atenuante, como una perturbación anímica, real o imaginada; y tampoco parece adecuado proyectar la regla a cualquier clase de error evitable sobre la antijuricidad, siendo preferible acotarla a los que recaen sobre los presupuestos objetivos que las condicionan, es decir a la concurrencia de una eximente putativa evitable”*. Y continúa el Dr. Righi refiriéndose a los casos en que procede la aplicación del art. 35, mencionando que: *“sólo resulta factible predicar de aplicación la regla del art. 35 del Código Penal a un error de prohibición evitable, si además de expresar adhesión a la teoría limitada de la culpabilidad, se añade que ella encuentra base legal en esa regla de derecho positivo argentino, pues aunque existe consenso en que la concurrencia de cualquier error de prohibición hace decaer la culpabilidad por el hecho (art. 34 inc. 1, Cod. Penal), la aplicación de la regla del art. 35 a los errores evitables es extraña al punto de vista que sostienen los partidarios de la teoría estricta.”* Más luego se refiere a las diferencias que atañan tanto la teoría estricta como la teoría limitada, diciendo que: *“la diferencia entre ambas teorías gira en torno a las consecuencias jurídicas que le adjudican a la eximente putativa evitable, pues mientras los partidarios de la teoría estricta resuelven el caso imputando comisión dolosa, sin perjuicio de atenuar la pena en el ámbito de la individualización; los defensores de la teoría limitada renuncian a la escala del delito doloso, acudiendo a la del delito imprudente invocando que se trata de un error de prohibición que mantiene similitud estructural con los errores de tipo.”*(RIGH Esteban, “Reflexiones sobre la evitabilidad del error de prohibición (El conflicto entre un policía pacífico y un novio celoso)”, La Ley, 2003.)

⁵¹Cfr. RIGH, op. cit. Esteban, “Reflexiones sobre la evitabilidad del error de prohibición (El conflicto entre un policía pacífico y un novio celoso)”, La Ley, 2003.

Siguiendo con el tema relacionado al error, el Dr. García menciona el art. 34 del Código Penal, el cual declara que no son punibles: “1° el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por... error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”. Y trae a colación del caso justamente el mencionado artículo para expresar que: “...esta regla proporciona suficientes directivas para resolver el presente caso, y ello es así porque, por un lado, el imputado ha padecido un error sobre una circunstancia de hecho, observaba una agresión física hacia su amiga, y creía que se trataba de un robo, y que estaba a punto de ser agredido también él. Se trata, claramente en el caso de un error o suposición errónea sobre hechos.”

“...Si se admite que un error fáctico sobre la presencia de una agresión es un error de hecho que impide comprender la eventual criminalidad de la reacción defensiva, ese error puede sin esfuerzo considerarse comprendido en el art. 34, inc. 1, del Código Penal...” “...entiendo por error no imputable un error que no podía ser evitado, en las circunstancias concretas del obrar del agente, aún empleando el cuidado que le era exigible”. “Creo pues acertada la conclusión de la mayoría en el sentido de que su error sobre la existencia de un intento de robo era inevitable.”

Y en lo referido al error, concluye diciendo que: “...cuando se trata de la suposición errónea de una agresión (error sobre la presencia de los presupuestos de hecho de la legítima defensa), la necesidad racional del medio empleado debe ser confrontada con esa representación errónea y no con cualquier otra agresión real o posible.”

Ahora bien, en los siguientes párrafos que se van a transcribir, el Dr. García deja en claro porque, en opinión que comparto, el actuar del agente Pacífico resultó ser un exceso en la legítima defensa y por ende le correspondería la aplicación del art. 35.

Y esta idea queda manifiesta cuando expresa que:

“Concuerdo con la mayoría en que es esas circunstancias el imputado estaba prácticamente acorralado en su habitáculo, pues González se presentó junto a la puerta antes de que él pudiera concretar su intención de salir del automóvil. Sin embargo imputado y testigos coinciden en que no hubo nada intermedio entre la irrupción de González junto a la puerta y el disparo. El imputado ha dicho que no dijo nada, y se retractó de su versión anterior en la que había sostenido haber dicho alto policía... El imputado, como su propia defensa se ha encargadote resaltarlo repetidamente en su

alegato disparó impulsivamente. Creo que este es el quid de la respuesta, y que lleva a la aplicación de la regla del exceso del art. 35 del Cód. Penal”

“El imputado... ha expresado que temía que el ladrón estuviera armado, y que por eso disparó para frenarlo. En ese contexto, el disparo no aparece razonablemente necesario sino prematuro... Una advertencia verbal de Pacífico de que estaba armado, o un grito o amenaza verbal de que usaría inmediatamente el arma si no se detenía, habría estado cubierto por el art 34 inc. 6, pero el disparo, que él califica de instintivo por el temor que lo invadía, era, en ese mismo contexto excesivo e innecesario... Si esto vale para cualquier habitante sometido al Código Penal argentino, otras razones adicionales, que tienen en cuenta la calidad del imputado, llevan a la misma conclusión sobre el carácter excesivo y la innecesariedad del disparo.”

Por último, el Dr. García expresa que: *“este exceso tiene su origen en una errónea apreciación de la necesidad del disparo, se trata de un caso de error en el que debe darse su justa valoración al efecto que la turbación del ánimo tiene sobre esta errónea apreciación para juzgar la evitabilidad del error. El miedo que el imputado dice haber sentido de ser robado con armas justifica una acción defensiva, pero ese miedo no lo excusaba de elegir un medio menos gravoso que el de disparar inmediatamente, sin advertencia alguna, antes de intentar al supuesto ladrón por otra vía o de cerciorarse si el objeto de sus miedos podía tener algún contenido real.”*

Transcriptas alguna de las partes más interesantes para este trabajo se puede resumir la idea del Dr. García, para quien la conducta del imputado cayó en el art. 9º del Código Penal, diciendo que según su opinión, Pacífico creyó estar siendo víctima de un robo y a su vez esta creencia se fundó en lo que, con la información que él tenía al momento de los hechos, estaba sucediendo ante sus ojos. Entonces, a partir de esa representación errónea, y además inevitable, ejerció una acción típica a los fines de ejercer un acto defensivo.

Ahora bien, según lo expresado por el Dr. García, lo que Pacífico sí podía haber evitado fue ese error en cuanto a la intensidad de esa agresión de la cual estaba siendo víctima, y fue por esa errónea representación de intensidad que el policía se excedió en los medios empleados para repeler la agresión, adecuando su actuar en el art. 35 del Código Penal.

V. Diferentes autores. Diferentes teorías

La doctrina se encuentra dividida. Es que, para un grupo de autores el exceso de una causa de justificación como resulta ser la legítima defensa, produce una disminución o eliminación de la culpabilidad, no tocando de ningún modo la antijuricidad. Siguiendo esa rama, se encuentran los partidarios de considerar que la disminución de la pena tiene su raíz en un error de prohibición. Y por último, para un sector de la doctrina no existe tal disminución de la culpabilidad, y defienden la postura que establece que lo que se halla disminuida, es la antijuricidad.

V. a. Disminución de la Antijuricidad. Teoría del Injusto disminuido

El Dr. D'Alessio manifiesta que la atenuación de la culpabilidad, la cual se refleja en la menor pena, sólo puede obedecer a que la acción excesiva –antijurídica por cierto- tiene un menor contenido ilícito por haber comenzado justificadamente. De esta forma no es necesario recurrir al error –que se analiza recién en la culpabilidad- y la cuestión se va a resolver en el ámbito de la antijuricidad.⁵²

Así lo dice también Zaffaroni al expresar que, ante la disparidad de interpretaciones, cabe partir del entendimiento más respetuoso de la propia letra de la ley: sin apelar a requisitos que la ley no contiene, parece que lo más correcto 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. Es la única interpretación que evita atribuir la atenuación a un error vencible o a otra causa que disminuya la culpabilidad, lo que no exige en ningún momento la ley.⁵³

Y continúa expresando que, el fundamento es claro sin salir del plano del injusto: *existe una mayor carga de antijuricidad en la conducta que se inicia y agota como antijurídica que en otra que tiene comienzo al amparo de una causa de justificación y sólo se agota antijurídicamente. Nadie puede exceder el límite de un ámbito en el que nunca ha estado.*⁵⁴

⁵² Idem, pág. 622.

⁵³ ZAFFARONI, PLAGIA Y SLOKAR, op. cit., pág.645.

⁵⁴ En este sentido, la jurisprudencia descartó la existencia de un exceso en la legítima defensa cuando el imputado, usando un arma de fuego, le ocasionó lesiones gravísimas a la víctima cuando ésta se encontraba arrojando piedras por segunda vez en el domicilio del imputado, expresando que: “*el padre y cuñado del imputado se encontraban en el momento del hecho principal en la comisaría del barrio, dando cuenta de la matutina agresión por parte de la víctima...*” de manera que, “*el acusado, desde su*

Esto no significa excluir totalmente del art. 35⁵⁵ el llamado exceso intensivo, sino sólo cuando éste se opera *ab initio*. Habrá una disminución de la antijuricidad cuando la conducta que comienza siendo justificada se continúa fuera del permiso, como cuando la conducta que comenzó siendo defensiva, se continúa una vez cesada la agresión o su amenaza (exceso extensivo), y también lo habrá cuando el agresor sigue agrediendo, pero con un medio menor lesivo, y quien se defiende lo sigue haciendo con el mismo medio que empleara antes (exceso intensivo).⁵⁶

Es el Dr. Pessoa el que pone en tela de juicio lo dicho anteriormente por el Dr. Zaffaroni al expresar que el razonamiento de éste último resumido en los párrafos anteriores, merece la siguiente réplica, opinando en un primer momento que, es cierto que el comportamiento de quien se defiende y que más tarde ejecuta un exceso, nos demuestra un comienzo lícito y un final ilícito. Más luego, este autor expresa que esa tesis trabaja con una premisa que tiene que ser tema de discusión y es la siguiente: en este tipo de situación estamos frente a un sólo acto, y en ese caso nace lícito y concluye ilícito, o por el contrario, ¿existen dos actos? Y aclara entonces que, la cuestión a responder es si hay un solo acto defensivo inicial lícito para luego devenir en un acto ilícito; o si en cambio, existe un primer acto defensivo lícito al que posteriormente sigue otro acto que es excesivo e ilícito.⁵⁷

Entonces, para Pessoa, si se demuestra que hay un sólo acto el argumento del menor injusto adquiere especial relevancia; pero en cambio si se demuestra lo contrario, el mismo argumento entonces perderá fuerza.⁵⁸

Siguiendo esta línea de pensamiento en la que se toma al exceso en la legítima defensa como una causa de atenuación de la antijuricidad del acto, se encuentra Carlos Nino. Para él, el exceso en la defensa que merece una regulación autónoma, como lo

casa, bien pudo tomar el teléfono y llamar a la Policía para dar cuenta de la nueva, manifiesta y perfectamente probable actitud agresiva de parte de su ex amigo. Ni él ni sus familiares presentes corrían el riesgo para su integridad física o su vida que él, desatinadamente, creó momentos después... No hubo posibilidad de exceso, en tanto no se estuvo dentro de los límites de la justificante". Toral Crim. N° 20, "Fortuna, Juan José", causa nro. 1023, 2001/09/04.

⁵⁵ En relación a este artículo, Zaffaroni expresa que: "el antecedente histórico más directo del art. 35 se referiría únicamente a los casos de obediencia debida, legítima defensa y estado de necesidad. Pero el texto argentino no contiene precisión alguna, por lo que se han planteado dudas acerca de la posible inclusión de la coacción y, en tiempos de su sanción, se sostuvo que abarcaba el exceso de cualquier supuesto de los incisos 2° a 7° del art. 34, lo que parece inadmisibles, puesto que siempre se tratará de un problema que debe resolverse en el plano del injusto y en el cual su mayor campo será, indudablemente, la legítima defensa." (ZAFFARONI, PLAGIA Y SLOKAR, op.cit., pág. 645).

⁵⁶ ZAFFARONI, PLAGIA Y SLOKAR, op. cit., pág. 645.

⁵⁷ Cfr. PESSOA, op. cit. pág. 259.

⁵⁸ Idem.

hace el art. 35 del Código Penal argentino, es el llamado “exceso intensivo”, es decir el caso en que la acción defensiva no satisface plenamente sea 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).⁵⁹

Y es que según Nino, el exceso en la legítima defensa no es, como cree la mayoría de los autores, una causa de atenuación de la culpabilidad del agente, sino como ya se dijo antes, una causa de atenuación de la antijuricidad del acto. Y esto es así ya que si bien el derecho busca prevenir una acción defensiva ineficiente o desproporcionada, no lo hace con la misma intensidad que cuando se trata de una acción que genera el mismo daño pero sin impedir ningún resultado jurídicamente disvalioso.

Quienes ven el exceso como una circunstancia relacionada con la culpabilidad incluyen en la regulación legal elementos subjetivos que ésta no contiene, como el temor o el error. En cambio, dice Nino que, concebir el exceso como una situación de atenuación de la antijuricidad implica caracterizar a esa situación en términos puramente objetivos, con total independencia de los motivos y creencias del agente. Por supuesto, la defensa excesiva puede superponerse a una defensa excusable.⁶⁰

Ahora bien, a continuación se profundizar en el pensamiento de Nino. El mismo, comienza atacando a la tesis que vincula el exceso en la defensa con una disminución de la culpabilidad, y considera errónea tanto lo referido a la interpretación de nuestro texto legal, como en lo que hace a las implicaciones que tiene sobre esta cuestión la fundamentación de la legitimidad de la defensa. Y esto es así porque se incluyen en el texto del art. 35 un elemento que éste de ninguna manera contiene, que es el *temor* o la *perturbación del ánimo*, en el caso de la doctrina tradicional, y el *error* sobre los límites de la permisión, en el caso de la tesis propugnada por Bacigalupo. Y continúa criticando, en este caso a Soler, cuando expresa que éste último al sostener que el exceso se funda en el temor, no sólo no se coloca este elemento como constitutivo del exceso que atenúa la responsabilidad, sino que incluye una referencia psicológica análoga –“excitación o turbación”- como excluyente de responsabilidad; de esto se infiere que el temor no puede estar subyacente al exceso que sólo disminuye la pena, que es el regulado en la ley vigente.⁶¹

⁵⁹ Cfr. NINO, op. cit., pág. 167 y ss.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Idem.

Es por lo dicho anteriormente, que Nino expresa que ese agregado de condiciones no requeridas por el texto legal, si bien altamente cuestionable desde el punto de vista del principio *nullum crimen* (ya que el agregar condiciones no previstas a una eximente de pena es equivalente a no tomar en cuenta requisitos legales para la punibilidad), sería por lo menos comprensible si fuera un recurso desesperado para adecuar el texto legal a exigencias valorativas imperiosas. Pero, lejos de ello, se infiere llanamente una interpretación del exceso atenuante que, como texto legal y el de los proyectos, no recurre para nada a ingredientes psicológicos, sea temor, excitación o error.⁶²

Nino menciona que, en lo que se refiere al requisito de necesidad resulta chocante sostener que no está absolutamente justificada una conducta que impide un mal (incluso en forma proporcionada a ese mal), pero que no constituye el medio más eficiente para obtener ese resultado por haber cursos de acción menos dañosos y con igual efecto preventivo. La paradoja deriva, en primer lugar, del hecho de que esa solución parecía otorgar igual valor jurídico a una acción de ese tipo que a otra que causa el mismo daño pero sin prevenir ninguna conducta antijurídica, y, en segundo término, de que tal solución parece descalificar completamente una acción que, cuando causa un daño proporcional al que evita, es más satisfactoria que la alternativa en que el agente se hubiera abstenido de actuar, dejando que progresara la agresión ilegítima (lo que no está negado por el hecho de que hubiera otros cursos de acción todavía más satisfactorios).⁶³

Entonces, este autor expresa que la solución de esta paradoja consiste en reconocer que la antijuricidad no es una propiedad del tipo “todo o nada” sino que puede darse en diferentes grados; en los casos mencionados la acción es antijurídica, pero en grado menor que cuando se trata de una acción que, causando el mismo daño, no previene ningún mal. A la misma solución se llega examinando el requisito de proporcionalidad: no se puede razonablemente sostener que el derecho debe buscar prevenir con la misma intensidad una acción que previene un mal a través de un medio desproporcionado (o sea que causa un mal mayor o que afecta a un bien primario para salvar uno subalterno) que una acción que es igualmente lesiva pero no previene ningún resultado antijurídico.⁶⁴

⁶² NINO, op. cit., pág. 168.

⁶³ Idem.

⁶⁴ Idem, pág.168/9.

Y es que el autor aquí tratado opina que esa disminución de la antijuricidad no depende de ningún estado mental del sujeto; ni del temor, ni el error son aquí relevantes, puesto que la antijuricidad de una acción es puramente objetiva en un sistema penal liberal. Y dado que la magnitud de la pena que se adscribe a una clase de acciones depende de su grado de antijuricidad, la disminución de ésta respecto del caso que se toma como patrón implica necesariamente una atenuación de la pena.⁶⁵

Y como los casos en que esa disminución de la antijuricidad se da son precisamente los casos que se suelen llamar de “exceso intensivo”, por haber una deficiencia de los requisitos de necesidad o proporcionalidad, es perfectamente justificable dice Nino, una regla como la de nuestro texto legal que disminuye la pena sin tomar para nada en cuenta las actitudes subjetivas del agente.⁶⁶

Finaliza Nino diciendo que, el exceso no requiere ninguna actitud subjetiva particular; incluso –como toda justificación total o parcial- debe beneficiar aun a quien es totalmente ignorante del aspecto preventivo de su acción que disminuye su antijuricidad. De más está decir que si al hecho de ser la acción una defensa excesiva contra una agresión ilícita, se agregan factores que afectan al consentimiento del agente de asumir responsabilidad penal –como el error o el temor- a la justificación parcial se suma una excusa que puede ser plena y excluir totalmente la punibilidad.⁶⁷

Continuando con la doctrina que defiende la postura de la disminución de la antijuricidad; Donna es muy claro al decir que la disminución de la pena se encuentra dada por una menor relación del sujeto con la norma prohibitiva; es decir, existe una menor antijuricidad en aquel que se excede. Entonces estaríamos bajo una disminución de la antijuricidad que lleva como consecuencia inmediata una disminución de la pena.⁶⁸

Es que es a través de su opinión que Donna deja ver su disconformidad con el legislador, al establecer que éste, con mala técnica, ha pensado que se debe disminuir la sanción por ser menos antijurídico el hecho. Y hace suyas las palabras de Nino que ya han sido citadas en los párrafos anteriores al mencionar que la antijuricidad no es una propiedad del tipo todo o nada, sino que la misma puede darse en diferentes grados, y

⁶⁵ NINO, op. cit., pág. 169.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ Idem pág. 170.

⁶⁸ Cfr. DONNA, Edgardo Alberto, “El exceso en las causas de justificación. Estudio del artículo 35 del Código Penal”, Astrea, Buenos Aires, 1985, pág. 99.

esto es así puesto que la antijuricidad de una acción es puramente objetiva en un sistema penal liberal.⁶⁹

Más luego, continúa diciendo Nino que, en cuanto al problema de la gradualidad de la antijuricidad, está claro que ésta es la característica del injusto de la cual depende en mayor o menor grado, y de ahí la intensidad de la relación. Afirmado esto, la atenuación se da siempre cuando quien se excedió lo hizo dentro de la justificación, es que para que la ley justifique al autor, tiene que haberse encontrado justificado en un momento de su accionar.⁷⁰

Para este autor, a partir del dolo en el tipo, se encuentran elementos para afirmar que si bien la antijuricidad es objetiva, el injusto es subjetivo, y por ende la relación con la norma puede en algunos casos ser menor. Y aclara, hay menor grado de antijuricidad porque el actuar doloso no alcanza, por diversos motivos, la intensidad normal que requiere la ley. Éste y no otro es el fundamento en nuestro derecho, de la disminución de la pena que el artículo 35 del Código Penal argentino trae.⁷¹

Pero a su vez Donna advierte que sin embargo, y esto es decisivo, el sujeto debe haber empezado dentro de lo jurídico y después caer fuera de esos límites, es decir, es necesaria la exigencia de que se comience dentro de lo jurídico y recién después aparezca el exceso. Y esto resulta así porque, quien en su primer accionar actuaba ya antijurídicamente, no puede excederse, porque nunca su actuar fue jurídico.⁷²

Por último, es el Dr. Luzón Peña el que, para establecer el fundamento de la disminución de la pena, diferencia entre el exceso intensivo y el exceso extensivo⁷³, resultando útil para la teoría de la menor antijuricidad sólo el primer tipo de exceso.⁷⁴

Y el citado autor opina que, cuando el medio empleado es innecesario por haberse podido emplear otro seguro y menos lesivo, se produce el denominado exceso intensivo; y al mismo le es aplicable la eximente incompleta de la causa de justificación.⁷⁵ La misma determina la rebaja de pena en uno o dos grados. Es que, según el autor español, el fundamento de la eximente incompleta en el caso de exceso no reside en una menor culpabilidad, sino, dado que hay diversos grados del injusto, en

⁶⁹ Idem pág 96.

⁷⁰ Cfr. DONNA, op. cit. pág. 97.

⁷¹ Idem.

⁷² Idem, pág. 98.

⁷³ Lo que Luzón Peña menciona acerca del exceso extensivo será citado más adelante bajo el título de "Teoría del Error".

⁷⁴ Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego M., "Aspectos esenciales de la legítima defensa. Segunda edición actualizada y ampliada", BdeF, Montevideo, 2002, pág. 559/560.

⁷⁵ Idem, pag. 560.

una disminución del injusto, es decir, en una menor antijuricidad. El desvalor del hecho, en efecto, es menor cuando al fin y al cabo el sujeto está impidiendo una agresión antijurídica y defendiendo el bien y el orden jurídico, aunque sea excesivamente.⁷⁶

V. b. La Teoría del Error

Según la jurisprudencia argentina, *“el exceso no es sino un error en la apreciación del peligro, o en los medios que son utilizados por el sujeto que se defiende para repeler ese peligro”*. Del mismo modo, también se ha dicho por los tribunales que *“el error de cálculo en la apreciación del peligro o el medio usado para rechazarlo, configuran ambos el exceso en la legítima defensa.”*⁷⁷

Muchos autores consideran que el exceso que presenta el artículo 35 se debe tomar como un caso de error, el cual según la corriente finalista debe ser tratado como de prohibición, ya que quien realiza el exceso lo hace en la creencia de que su actuar es lícito, equivocándose acerca del presupuesto objetivo generador de la justificación, configurado por la mala apreciación en la intensidad de la agresión ilegítima y por ello en la cantidad o calidad a emplear en el modo de repelimiento, aplicándose todas las reglas que regulan dicha causa de exculpación.⁷⁸

Entonces, si el error resultase invencible la conducta del sujeto quedará impune; caso contrario, si el error fuera evitable⁷⁹, se procederá a una reducción de la pena impuesta.⁸⁰

En este sentido, Bacigalupo sostiene que el art. 35 del Código Penal se refiere a los casos en que el autor ha obrado sin conciencia o con una conciencia errónea sobre los límites de la necesidad de la acción de la justificación que lleva a cabo. Entonces, la punibilidad atenuada que establece el art. 35 se explicaría, de acuerdo con esto, en la

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ SCBA, 9/12/58, JA, 1962-LL-621.

⁷⁸ Cfr. RODRIGUEZ OLIVAR, op. cit. pág. 230.

⁷⁹ GARIBALDI y PITLEVNIK opinan que quien se excede padece de un error evitable en los límites de la justificación, pues, si bien concurre una situación objetiva de justificación, el agente va más allá de lo que está permitido. Como consecuencia de ello, en ciertos casos, quedará excluida la antijuricidad por déficit en su aspecto subjetivo, lo que impide continuar analizando su conducta como realizadora de un delito doloso. (GARIBALDI, Gustavo E. L., y PITLEVNIK, Leonardo G., “Error y delito”, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, pág. 146/7).

⁸⁰ Cfr. D’ALESSIO, op. cit., pág. 625.

evitabilidad del error sobre la antijuricidad – es decir, sobre la falta de necesidad- de la acción cumplida, pero dejaría intacto el dolo del hecho.⁸¹

Continúa expresando este autor que la dogmática ha entendido en general que, la atenuación que dispone este artículo, refiriéndose a la pena del delito culposo, significa que el exceso es una forma de auténtica culpa. Sin embargo, tal caracterización de la atenuación del art. 34 del Código Penal es evidentemente impropia, en la medida en que quien se excede hace lo que quiere hacer, mientras que en la culpa, al contrario, se produce lo que no se quiere. Por este motivo, el exceso no pertenece a los hechos en que algo se produce sin quererlo; lo que el autor hace cuando se excede coincide con lo que se propuso. El autor quiso matar y mató; la creencia errónea que haya tenido respecto de los límites del obrar permitido no modifica para nada aquella circunstancia.⁸²

La única explicación que admite la atenuación de la pena prevista en el art. 35 del Código Penal, es la siguiente según Bacigalupo: lo que el Código toma en cuenta para atenuar la pena es el error del autor sobre los límites del actuar permitido, dado que el autor quiere matar y mata, creyendo que su obrar es necesario aunque objetivamente no lo es. Las representaciones del autor respecto del hecho coinciden con lo objetivamente dado. Sus presentaciones respecto de los límites del obrar permitido, en cambio, son erróneas. De ello se deduce que el error, sobre los límites de la extensión de una causa de justificación⁸³, será siempre un error sobre la necesidad del acto, y sólo dará lugar a un error de prohibición pues versa sobre la antijuricidad.⁸⁴

⁸¹ Idem.

⁸² BACIGALUPO, Enrique, "Tipo y Error", Hamumurabi, Buenos Aires, 2002, págs. 50/51.

⁸³ Es el Dr. García el que en su disidencia en el caso Pacífico nos dice que: *"conocida es la disputa dogmática acerca de los efectos que puede o debe asignarse a la suposición errónea de las circunstancias o presupuestos de hecho de una norma permisiva en el momento de la construcción dogmática de la teoría de la imputación. El problema ha nacido y permanece inagotado en su cuna, Alemania, lo que ha llevado a Roxin a sostener que la discusión sostenida con verdadero refinamiento escolástico ocupa en el tratamiento de estos casos todo el espectro entre el dolo y la imprudencia y apenas se puede abarcar ya en sus ramificaciones. En parte, la discusión gira en torno a las limitaciones que impone a la dogmática alemana la letra de la ley, que, por un lado, excluye el dolo cuando se obra en la ignorancia de una circunstancia que pertenece al supuesto de hecho legal, y deja subsistente la posibilidad de imputación por imprudencia, y por otro niega la culpabilidad cuando al agente le falta la conciencia de un obrar injusto (antijurídico), cuando ese error le era inevitable, pero la deja subsistente y sólo permite reducir la punibilidad, si el error le era evitable."*(TOralCrim Nro. 9 "Pacífico, Daniel O.". 11/04/2003).

⁸⁴ BACIGALUPO, Enrique, "Tipo y Error", págs. 50/51.

La opinión de Bacigalupo es también la opinión De la Rúa, quien se refiere a la “creencia” de actuar en la justificación, es decir, se relaciona con el error sobre las condiciones objetiva del actuar justificado.⁸⁵

En igual sentido, Sandro manifiesta que el art. 35 viene a reglamentar el error evitable sobre los presupuestos de justificación, y aplica a la situación la pena del delito imprudente, salvo la hipótesis de “ceguera ante los hechos”⁸⁶, que no tiene ningún efecto justificante y debe ser excluida de la reducción penal.⁸⁷ Prescindiendo de este episodio extremo, la incertidumbre de la teoría no tiene mucho margen frente al derecho vigente que, bien o mal, establece las consecuencias de la justificación putativa, esto es, penalidad por culpa o, en su defecto, impunidad.⁸⁸

Y concluye citando a Stratenwerh cuando menciona que el valor de acción que corresponde a la representación de una situación justificante neutraliza el desvalor de acción característico del dolo y excluye el ilícito del hecho doloso; como saldo, el error evitable de justificación –supuesto el resultado de un delito imprudente- completa el ilícito de culpa cuya penalidad adopta el legislador.⁸⁹

Para Carolina Bolea Bardón, el tratamiento jurídico del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación viene siendo una de las cuestiones más polémicas que se plantean en torno al error. Hasta tal punto ha llegado a ser una cuestión controvertida que ni el legislador español ni el alemán se han pronunciado expresamente sobre ella, y esto es así seguramente por entender que falta el necesario consenso acerca de si debe tratarse como un error de tipo o por el contrario como un error de prohibición.⁹⁰

Bolea Bardón expresa que en el tratamiento del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación tanto la doctrina alemana como la española se muestran divididas. Según la teoría de los elementos negativos del tipo, el error sobre

⁸⁵ Cfr. DE LA RÚA, Jorge, “Código Penal argentino, Parte general”, Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 642/3.

⁸⁶ El autor con el término “ceguera ante los hechos” hace referencia al desconocimiento del tipo por indiferencia u hostilidad. Este fenómeno, según Sandro, merece la directa imputación por dolo (SANDRO, Jorge Alberto, “Error de tipo y error de justificación”, La Ley, Buenos Aires, 2004.)

⁸⁷ Ejemplo: quien se cruza en la calle con una persona y supone, únicamente por el color de su piel o su aspecto físico, una agresión inminente, no tiene derecho de defensa ni está amparado por el art. 35 CP (SANDRO, op. cit).

⁸⁸ Stratenwerh citado por Bacigalupo en BACIGALUPO, Enrique, “Tipo y Error”, Hamumurabi, Buenos Aires, 2002, págs. 50/51.

⁸⁹ SANDRO, op.cit.

⁹⁰ BOLEA BARDÓN, Carolina, “El exceso intensivo en la legítima defensa putativa”. Revista Derecho Penal, España, 2004.

los presupuestos de una causa de justificación constituye un error de tipo que excluye el dolo, pero que puede ser castigado por imprudencia. Esto deriva de concebir el tipo como “tipo total de injusto”, el cual implica que solo se puede hablar de tipo penal completo cuando no concurren causas de justificación. Los presupuestos de las causas de justificación se consideran, así, elementos negativos del tipo y la errónea suposición de uno de estos elementos excluye el dolo del mismo modo que si se tratase de un error sobre un elemento del tipo en sentido estricto. Una de las principales objeciones que se han hecho a la teoría de los elementos negativos del tipo ha sido la de desconocer la distinta función que cumplen el tipo –tipificación del injusto- y las causas de justificación –desaparición de la antijuricidad en una situación excepcional.⁹¹

Continúa la autora española diciendo que para los partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad, desarrollada en el marco del finalismo, no solo la creencia en una causa de justificación inexistente o sobre sus límites, sino también la creencia errónea de que concurre una situación justificante constituye un error de prohibición: error que deja subsistente el dolo y únicamente excluye o atenúa la culpabilidad en función de que sea invencible o vencible. En contra de la teoría estricta de la culpabilidad se ha alegado que la relación con el hecho de quien padece un error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación no es la misma que la que se establece con el que actúa en error de prohibición.⁹²

Es para hacer frente a este tipo de objeciones que surge entonces la teoría restringida de la culpabilidad. Esta teoría, limita la de la culpabilidad en el sentido de que considera excluyente del dolo no solo al error de tipo sino también al error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación.⁹³

Y el tema en relación a esto continúa, pero la autora manifiesta que, según su opinión, la suposición errónea de que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación determina un error de tipo negativo o limitador, que se trata como una especie de error de tipo y no como un supuesto de error de prohibición.⁹⁴

Y continúa diciendo que se está ante un error que recae sobre la situación penalmente prohibida, concretamente, sobre las circunstancias del hecho que limitan el injusto. Según ella, el tratamiento jurídico que debe dispensar tanto al error sobre los

⁹¹ BOLEA BARDÓN, Carolina, “El exceso intensivo en la legítima defensa putativa”. Revista Derecho Penal, España, 2004.

⁹² Idem.

⁹³ Idem.

⁹⁴ Idem.

elementos que fundamentan el injusto como a los que lo niegan es, por tanto, el mismo: exclusión del supuesto de hecho antijurídico –dolo o imprudente- si el error es invencible y responsabilidad por un injusto imprudente si el error es vencible –siempre que la ley prevea expresamente la comisión imprudente.⁹⁵

Del mismo modo, y continuando con este sector de la doctrina el que entiende que el exceso debe estudiarse dentro de las reglas que regulan el error de prohibición, se postula Nelson Pessoa, al expresar que la razón básica de la disminución de pena consagrada por nuestra ley reside concretamente en la situación de error que es vivida por el autor.

Asegura que el autor que ejecuta un golpe de puño de más, y con ese mismo golpe causa una lesión, cree realmente que tiene derecho a realizar dicha conducta. En su mente piensa verdaderamente que es necesaria esa conducta para neutralizar la agresión ilegítima que sufre o que padece un tercero. Y aclara que, obviamente si el autor sabe que lo que hace no es necesario, es decir, no se encuentra en error sobre la necesidad de la conducta, su acción no podrá encuadrarse en esta norma que beneficia con tal disminución de pena, y deberá responder por el acto doloso con la pena correspondiente a lo que haya hecho.⁹⁶

A su vez, Pessoa deja claro que no comparte la crítica que Zaffaroni le realiza a la tesis del error, en el sentido que se incorpora al art. 35 del Código Penal argentino un requisito –el error- no consagrado por la ley. Este autor correntino reconoce que es cierto que la ley no dice expresamente que el sujeto que se excede se encuentra en error y que ello es el motivo de la disminución de pena. Pero observa que cuando se analiza el acto excesivo, se comprueba que quien se ha excedido creyó que lo que hacía era lo necesario para repeler la agresión ilegítima, y ello es así por una razón que Pessoa la considera como decisiva; y es que existe un consenso en que si el autor sabía que lo que hacía no era necesario, es decir, que tenía conocimiento de la innecesariedad de ese “plus” de comportamiento defensivo, la regla del art. 35 del Código Penal no es aplicable y el autor responde plenamente por su accionar doloso.⁹⁷

Es que la conclusión a la que llega el autor con el que estamos trabajando es que, el motivo de la disminución de pena del art. 35 reside en la menor culpabilidad del autor, y esto es así por la existencia de un error de prohibición indirecto vencible. Y lo

⁹⁵ BOLEA BARDÓN, Carolina, “El exceso intensivo en la legítima defensa putativa”. Revista Derecho Penal, España, 2004.

⁹⁶ Cfr. PESSOA, op. Cit. Pág. 260.

⁹⁷ Idem.

dicho, entonces, lo obliga a sostener que si el error en que se encuentra el autor es invencible corresponderá declarar la ausencia de responsabilidad penal por ausencia de culpabilidad, conforme lo establecido en el art. 34, inc. 1° de nuestra ley penal⁹⁸, el cual regula la imputabilidad de las acciones correspondiente a las personas que *“al momento del hecho... por error o ignorancia de hecho no imputable... comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.”*⁹⁹

Del mismo modo continúa realizando algunas observaciones más sobre el tema del exceso, al decir que existen autores que sostienen que el sujeto que lleva a cabo el acto excesivo se encuentra viviendo situaciones de miedo, terror, confusión entre otras; y cita a su vez a Núñez quien sostiene que ese plus o exceso de acción “debe obedecer a un estado de excitación o perturbación del ánimo del autor.” Y es aquí que Pessoa afirma que tal lectura de la ley argentina introduce en el art. 35 requisitos no consagrados por el texto legal. Puede ser que el autor viva como consecuencia de la agresión o peligro en que se encuentra, un estado psíquico de miedo, pánico... pero ello no resulta necesario o indispensable para configurar los supuestos del art. 35 del Código Penal. Pero remarca que lo importante es que quien se excede crea que lo hace es necesario, es decir, que crea que verdaderamente tiene derecho a hacerlo. Entonces, las exigencias de dichos estados psíquicos son requisitos de otros textos legales como el alemán o el paraguay (los cuales ya han sido desarrollados anteriormente), pero no de nuestro respectivo Código Penal.¹⁰⁰

Ahora bien, aclara el Dr. Pessoa que con esto quiere decir que, el exceso en que incurre el autor puede deberse a situaciones de miedo, entre otras situaciones, pero aclara que no necesariamente debe darse este tipo de estado psíquico. Y aún más, según el principio bajado por el art. 35 bajo estudio, no sería justo privar del beneficio de disminución de pena que establece el mencionado artículo, a aquella persona que, sin encontrarse en estado de miedo, confusión... se excede creyendo confiadamente en la legitimidad de su conducta.¹⁰¹

Finalmente, para concluir con las reflexiones de este autor se mencionará que para él, el beneficio de disminución de pena se debe a la situación de error en que se encuentra el sujeto, la misma comprende tanto a quien se equivoca sobre la racionalidad o proporcionalidad cualitativa de su acto (es decir, exceso intensivo); como a quien se

⁹⁸ Cfr. PESSOA, op. cit. pág. 261.

⁹⁹ PESSOA, pág. 260/1.

¹⁰⁰ NUÑEZ citado por PESSOA en, PESSOA, op. cit, pág. 261.

¹⁰¹ Cfr. PESSOA, op. cit, pág. 262.

equivoca sobre la existencia de la agresión que ha cesado y sigue desplegando una acción que al momento de la agresión (la cual ya ha cesado) era necesaria y racional (es decir, exceso extensivo).¹⁰²

Para ir concluyendo con esta línea de pensamiento, se encuentra la opinión del Dr. Sebastián Soler. Para él, el principio en que se funda la disminución de pena para el caso del exceso en la legítima defensa y que reduce la escala penal a la que el Código Penal establece para los delitos cometidos con culpa o imprudencia, suele encontrarse en el temor que suscita en el necesitado la situación misma del peligro; situación en la cual no resulta justo ni humano exigir un discernimiento preciso de los medios de salvación. Es que para este autor, el temor, la sorpresa, la agitación del ánimo producen que se pueda generar un error en el cálculo de la persona que ejerce la defensa; error que quita al hecho excesivo el carácter de doloso, para hacerlo imputable solamente a título de culpa.¹⁰³

Asimismo, afirma el Dr. Soler que, la remisión que el art. 35 del Código Penal realiza hacia la figura culposa es un índice valiosísimo otorgado por el legislador y que nos sirve a nosotros para estimar que la figura del exceso en la legítima defensa se encuentra fundado en el temor determinado por la situación en que el agente se encuentra, fácil terreno para emprender acciones precipitadas e inconsultas, ya que, según se encuentra demostrado por la investigación psicológica, los afectos que el ser humano experimenta durante ese tipo de situaciones, no son gobernados por la razón, alteran el curso de las representaciones y no es posible que los mismos puedan ser producidos o suprimidos a voluntad de la persona que se está excediendo.¹⁰⁴

Y es que es el autor en cuestión, quien considera incluso más correcto que, a través de la imitación de otros códigos, el exceso en que se ha incurrido por ese género de perturbaciones resultase producto de ellas, totalmente impune. Entonces, partiendo de lo dicho anteriormente, el exceso aparecerá siempre informado por el fin de defenderse y no por un sentimiento de venganza, es decir, de vengar la agresión. Pero sin embargo, para Soler no sería correcto entregarse a un análisis totalmente psicológico o subjetivo de la situación; ya que no basta encontrarse perturbado para que surja la figura del exceso, sino que, tiene que haber existido verdaderamente una situación

¹⁰² Idem, pág. 269.

¹⁰³ Cfr. SOLER, op. cit., pág. 478.

¹⁰⁴ Idem pág. 479.

objetiva de necesidad, y de esa existencia real debe precisamente provenir aquella perturbación, excitación o temor.¹⁰⁵

Citados todos estos autores, y finalmente para concluir con la tesis del que el exceso se debe analizar dentro del error de prohibición, ya que el individuo excedido, se excede creyendo que ello es lícito, y esto es así porque el sujeto se equivoca acerca del presupuesto objetivo generador de la justificación, configurado por la incorrecta apreciación en la intensidad de la agresión ilegítima y por ello en la cantidad o calidad a emplear en el modo de repelimiento, aplicándose todas las reglas que regulan dicha causa de exculpación.¹⁰⁶

En esta línea, opina también Jescheck, que el exceso del acto de la legítima defensa produce una eliminación del juicio de reproche propio de la culpabilidad, el cual se ve reducido no sólo por el estado pasional que generan en el obrante los estados de confusión, terror o pánico, así como también el menor contenido de injusto que determina que el hecho no alcance el merecimiento de la pena, sino que además el injusto de la acción queda anulado por la situación de legítima defensa en virtud de la cual se opera, procurando la protección del bien jurídico y la salvación; circunstancias que dificultan sobremanera a la formación de la correcta voluntad con arreglo a la norma.¹⁰⁷

Finalmente, es Luzón Peña el que, para establecer el fundamento de la disminución de la pena en los casos de exceso en la legítima defensa, primero diferencia los casos de exceso intensivo¹⁰⁸ de los de exceso extensivo; interesando para esta teoría solo el último. Y es que, para el mencionado autor, los supuestos de reacción en los casos en que la agresión ya no es actual o todavía no lo es, se encuentran ausentes los requisitos esenciales de agresión y defensa; y aclara que, en las situaciones en que el autor no resultara ser consciente de que falta la necesidad de toda defensa, se aplicarán las reglas del error vencible o invencible según el caso.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Cfr. SOLER, op. cit, pág. 479/480.

¹⁰⁶ Cfr. RODRIGUEZ OLIVAR Op.cit, pág. 230.

¹⁰⁷ JESCHECK citado por RODRIGUEZ OLIVAR, en op. cit, pág. 230.

¹⁰⁸ El exceso intensivo referido por el Dr. Luzón Peña fue analizado dentro de la teoría de la menor antijuricidad, a ella nos remitimos.

¹⁰⁹ Cfr. LUZÓN PEÑA, op. cit., pág. 559/560.

V. c. La Teoría de la Culpabilidad

De la mano de la opinión de Righi e introduciéndose en el tema, el trato dado al exceso por la doctrina dominante, determinó que se abandonara el punto de vista de quienes distinguían según el autor hubiera sido o no consciente de que su comportamiento traspasaba los límites de la necesidad, criterio éste que suponía una remisión a las reglas del error, con las siguientes consecuencias¹¹⁰:

- b) no reconocer relevancia alguna al exceso cometido por quien obró con conciencia del mismo, por ausencia de fundamento para eliminar o atenuar la culpabilidad del autor, criterio aprovechado para interpretar el art. 35 del Código Penal Argentino¹¹¹;
- c) en el marco de una teoría estricta de culpabilidad, la aplicación de las reglas del error de prohibición a quien se excedió creyendo equivocadamente que su acción era necesaria, requería para excluir la culpabilidad, la concurrencia de un error insuperable.¹¹²

Pero según Righi, la aplicación de las pautas del error de prohibición al exceso carece de todo sentido en sistemas que contienen reglas expresas de regulación. Esto explica que la doctrina dominante predique la impunidad aún en los casos de exceso conscientes en la legítima defensa, a condición de que concurra la situación de alteración prevista en la norma.¹¹³

Y es que para este autor, si se limita la impunidad a los supuestos de exceso en la legítima defensa inconscientes, la referida regla no es otra cosa que la regulación legal de un caso de defensa putativa, y por lo mismo innecesaria, toda vez que a esa misma conclusión se llega aplicando los principios generales del error de prohibición.

Entonces, consiguientemente, es dominante un criterio de equiparación de las consecuencias jurídicas del exceso que no considera esa distinción, situación que va a suponer admitir que la impunidad puede tener lugar haya el autor obrado consciente o inconscientemente.¹¹⁴

De este modo, a favor de la mencionada inclusión de la extralimitación consciente, se agrega la dificultad para establecer una clara distinción entre dolo e

¹¹⁰ RIGHI, Esteban “Consideraciones críticas sobre la regulación del exceso en la legítima defensa, en el sistema del Código Penal Argentino”, Ad Hoc, Buenos Aires, págs. 359 y ss.

¹¹¹ Idem.

¹¹² Idem.

¹¹³ Idem.

¹¹⁴ Idem.

imprudencia en situaciones que exigen actuar en forma inmediata, especialmente cuando incide un estado pasional que reduce tanto la capacidad de comprensión como la inhibición. Y es por ello, que no es apreciada como plausible la idea de negar la eximente –lo que supone incriminarlo como autor doloso- a quien pierde el dominio afectado por el miedo o pánico generado por la agresión, dejándose arrastrar conscientemente a una reacción desmedida.¹¹⁵

Con lo dicho anteriormente, Righi explica que la doctrina dominante deja de lado explicaciones vinculadas a la teoría del error, con lo que la regla de impunidad resulta entonces de la aplicación a los casos en que el autor ha cometido un exceso evitable, sea dolosa o imprudentemente, con fundamento en que la disminución del contenido de injusto y de culpabilidad del autor determinan la innecesariedad de la pena en función de consideraciones preventivas.¹¹⁶

Y continúa diciendo que, dentro de ese marco general debe ser considerado el punto de vista que sostiene la exculpación por falta de exigibilidad, en el marco de criterios de imputación regidos por pautas de prevención general positiva. Así, desde la perspectiva de una teoría de la culpabilidad abordada sobre bases que prescinden de la posibilidad de obrar de otra manera, la misma queda excluida cuando la sociedad tiene posibilidad de elaborar el conflicto, sin imputárselo al autor del comportamiento antijurídico.¹¹⁷

Entonces, cuando se presenta al autor una situación en la que existe dificultad para obedecer la norma, la culpabilidad depende de su responsabilidad en la generación de la misma. Así cuando se niega la posibilidad de invocar esa dificultad cuando es consecuencia de un comportamiento previo, se puede afirmar la inexigibilidad cuando es factible responsabilizar a otro por dicha situación. Por ello, dado que en los supuestos de exceso, la referida dificultad es consecuencia de un comportamiento previo antijurídico de la víctima, la culpabilidad del autor debe ser negada. Esta explicación determina entonces que la impunidad no debe ser atribuida exclusivamente a la ofuscación, miedo o temor del autor, ya que se requiere que las circunstancias del caso

¹¹⁵ RIGHI, Esteban “Consideraciones críticas sobre la regulación del exceso en la legítima defensa, en el sistema del Código Penal Argentino”, Ad Hoc, Buenos Aires, págs. 359 y ss.

¹¹⁶ Idem.

¹¹⁷ Idem.

determinen la posibilidad de remitir la situación a la víctima del “exceso”, en función de su propia autoría culpable.¹¹⁸

Ahora bien, dicho lo anterior Righi manifiesta algunas conclusiones relacionadas al instituto del exceso en el Código Penal Argentino, expresando en un primer lugar que el exceso en la legítima defensa debe ser considerado en el ámbito de la teoría de la culpabilidad, mediante una regla cuya consecuencia jurídica no debe ser la aplicación de la pena prevista para el delito culposo (como establece el art. 35 del C.P.), sino que la conducta debe quedar impune por ausencia de culpabilidad en el autor.¹¹⁹

A su vez, para este autor, la exclusión de la culpabilidad en los supuestos de exceso en la legítima defensa, es consecuencia de una fundamentación bidimensional, toda vez que además de la posibilidad de remitir la situación a la víctima del exceso en razón de su previa agresión antijurídica, se debe exigir que la misma hubiere generado una perturbación que haya dificultado al autor motivarse por la obediencia de la norma. Lo que no ha sido previsto en el artículo en cuestión.¹²⁰

Continúa diciendo que en la medida en que no debe considerarse al “exceso” un caso especial de error de prohibición, concurriendo los presupuestos señalados, corresponde prever la impunidad aun en los casos de exceso consciente en la legítima defensa.

Y es que la concurrencia de dichos presupuestos justifica que la regla, deba ser aplicada tanto en los supuestos de exceso intensivo como extensivo, siempre que exista una conexión temporal inmediata con la agresión inminente o ya concluida.¹²¹

Y para ir finalizando expresa que, la ausencia de intervención previa de la víctima, determina que no corresponda asimilar los supuestos de “exceso” en el estado de necesidad y en la legítima defensa, como hace el art. 35 del Código Penal. Sin embargo, la regla de impunidad admite ser aplicada por analogía a los casos en que la situación de necesidad ha sido causada culpablemente por la propia víctima.¹²²

Del mismo modo, y siguiendo esta línea de pensamiento, es Roxin el que expresa que el sujeto que se excede se comporta culpablemente (aunque sea de manera

¹¹⁸ RIGHI, Esteban “Consideraciones críticas sobre la regulación del exceso en la legítima defensa, en el sistema del Código Penal Argentino”, Ad Hoc, Buenos Aires, págs. 359 y ss.

¹¹⁹ Idem.

¹²⁰ Idem.

¹²¹ Idem.

¹²² Idem.

reducida); el legislador renuncia sin embargo a la punición porque la misma no resulta exigida por necesidades de prevención especial ni de prevención general.¹²³

Entonces, opina Roxin, que la impunidad¹²⁴ del exceso en la legítima defensa,¹²⁵ la cual es establecida por el Código Penal alemán, se explica mayoritariamente por una doble reducción de la culpabilidad. Según ello, al estado pasional que disminuye la culpabilidad se añade una disminución de injusto, que se deriva de repeler (aunque sea yendo demasiado lejos) una agresión antijurídica. Esta disminución del injusto produce asimismo de manera mediata una disminución de la culpabilidad. Y aclara el autor alemán que, de la doble disminución se derivaría tal reducción de la culpabilidad que ya no estaría indicado el castigo, quedando entonces, impune la conducta.¹²⁶

Por otro lado, se encuentra el Dr. Fontán Ballestra, para quien la consecuencia del exceso, al tornar culposa la acción, supone en definitiva producir una consecuencia en el ámbito de la culpabilidad; pero esa consecuencia resulta de la propia naturaleza de la actitud subjetiva del autor frente al hecho, y no del carácter excesivo de la acción. Los actos de exceso, en cuantos son culposos –o dolosos- se rigen por los principios generales de la culpa, lo mismo que cualquier otro hecho delictuoso. Pero la culpabilidad no resulta del carácter excesivo del acto. Esto sólo decide que, al no resultar la conducta encubierta por la justificante, queda como remanente la acción típicamente antijurídica.¹²⁷

Y este autor remarca que para que tenga sentido el invocar el juego de un fundamento de justificación, es preciso que la acción sea típica: la presencia o ausencia de la justificante sólo decide la presencia o ausencia de la antijuricidad, pero nada resuelve en relación con la culpa.¹²⁸

Expresa que, al fijarse a los hechos previstos por el artículo 35 del Código Penal la escala penal determinada para los delitos culposos, la ley no hace una simple

¹²³ ROXIN, op. cit., pág. 927.

¹²⁴ Cabe recordar, independientemente de que ya se lo ha mencionado en el presente trabajo, que el Código Penal alemán le otorga al sujeto excedido en la legítima defensa, debido a motivos pasionales como “la turbación, el miedo y el pánico”, la exclusión total de responsabilidad penal. A diferencia de la legislación penal argentina, que establece una disminución de la pena.

¹²⁵ En el art. 33 se dice sólo que el sujeto “no será castigado”. Las palabras “no será castigado” no aluden precisamente a una causa de exclusión de la punibilidad, pues para ello el legislador emplea las palabras “está exento de pena”, sino que se eligió “una fórmula hasta cierto punto neutra, que deja espacio en adelante para las múltiples interpretaciones de la naturaleza jurídica del exceso en la legítima defensa”; el legislador no quiso “inmiscuirse sin necesidad” en la disputa teórica. (ROXIN, op. cit., pág. 927).

¹²⁶ ROXIN, op. cit., pág. 928.

¹²⁷ FONTÁN BALLESTRA, op. cit. Pág. 197.

¹²⁸ Idem.

remisión sino que contempla la verdadera naturaleza culposa del exceso. La culpa puede resultar del error, de la perturbación del ánimo del autor o de la imprudencia común.¹²⁹

Por otro lado, Rodríguez Olivar opina que si el exceso se concibe como toda aquella actuación fuera de los límites fijados por la causa de justificación a través de sus elementos objetivos (pensando en el exceso extensivo), la primera reflexión que podemos formular es la de considerarlo un acto ilícito y por ende castigarlo, ya que todo aquello que no se enmarca en lo permitido pasa a ser prohibido, justificando la imposición de una pena no sólo por su contradicción a derecho, sino porque se trata de un individuo culpable, en el sentido de pasible del reproche.¹³⁰

Y continúa diciendo que, sobre la naturaleza del acto culposo o imprudente, a diferencia del código alemán y del código paraguayo –que nada dicen al respecto– parece tomar partido la legislación argentina, o por lo menos ésa es la interpretación que ha prevalecido en la dogmática rioplatense –entendiendo que si bien el artículo 35 no lo conceptúa como un acto imprudente, sí parece asimilarlo cuando lo castiga “*con la pena fijada para el delito con culpa o imprudencia*”– , ya que cierto grupo de autores entiende que el exceso solo puede comprender las hipótesis de actuación culposa a los límites impuestos por un “error de cálculo” o una “equivocada apreciación de los hechos” que deriva en un resultado que pudo haber sido evitado.¹³¹

Olivar afirma entonces que, el artículo 35 del Código Penal argentino, al remitir a la escala penal del delito por culpa o imprudencia, está sentando un mensaje desde la propia disposición, cual pretende asignar al exceso la naturaleza de un acto culposo. Y opina que otra interpretación implicaría no solo restringir el sentido lógico-sistemático de la disposición, sino además la interrelación que se produce desde el mensaje de punibilidad y la función de la pena para el castigo de tales hechos. Lo que ha querido el legislador desde la propia sistemática es disminuir la imposición cuantitativa de una pena, que no parece cumplir fines de prevención general ni especial, hacia aquellos que por determinadas causas asistidas de un mal cálculo o incluso de sentimientos débiles (como temor, miedo o confusión) cometen acciones precipitadas que en definitiva “no son queridas” ni gobernadas por la razón, ya que no puede hablarse de un dolo en el arranque del emprendimiento inicial, o cuando menos de un dolo malo, dado que, en el

¹²⁹ FONTÁN BALLESTRA, op. cit. Pág. 197.

¹³⁰ RODRÍGUEZ OLIVAR, op. cit., pág. 217.

¹³¹ Idem.

ámbito de la justificación, la intención dolosa se rige por la actuación de conformidad a derecho.¹³²

Y continúa este autor uruguayo defendiendo la postura al citar a Feuerbach cuando expresa que: “cuando en un fundado derecho de defensa se exceden los límites legales de su ejercicio, habrá una defensa necesaria ilegítima, se tratará de un exceso de defensa necesaria. Siempre que la inobservancia de esos límites legales pueda serle imputada a la persona por dolo o por imprudencia, ésta deberá ser punible por la lesión resultante en ese exceso (defensa necesaria culpable). No obstante, cuando exista el derecho de defensa, se presumirá la legitimidad de su ejercicio, en la medida en que esta presunción no resulte cancelada por razones especiales que la neutralicen”.¹³³

Lo dicho en el párrafo anterior, Rodríguez lo interpreta como que el exceso se regula aún por los parámetros de la legítima defensa en el ámbito de la justificación al que denomina “exceso de defensa necesaria” y que su castigo dependerá en gran medida de la intención o imprudencia de cuidado que haya intervenido en su generación, estableciéndose un indicio presuncional de legitimidad del exceso, ya que procede desde el área de la justificación legal, amparada de por sí por el derecho, a no ser que existan factores que hagan presumir que el exceso fue querido y entonces emigrará el comportamiento a la fase del injusto típico.¹³⁴

¹³² RODRÍGUEZ OLIVAR, op. cit. pág. 219.

¹³³ Idem , pág. 220.

¹³⁴ Idem.

VI. Conclusión

Se buscó establecer si el exceso en la legítima defensa es un instituto legal legitimado en el contexto jurídico de nuestro país; toda vez que resulta cuanto menos curioso que, el ejercicio de un derecho legal pueda irrogar responsabilidad, más aún de índole punitiva por estimarla de *última ratio*.

Así las cosas como lo expresé anteriormente, la doctrina se encuentra dividida acerca de cual es el motivo que caracteriza la disminución del instituto de la pena para el caso del exceso en la legítima defensa. Entonces, presenté en un primer lugar la teoría de la “disminución de la antijuricidad”.

A grande rasgos, la misma propugna resolver la cuestión dentro del ámbito de la antijuricidad; y esto es así porque la acción excesiva tiene un menor contenido de ilícito por el hecho de que comenzó siendo justificada.

Esta teoría resulta correcta por cuanto analiza el instituto en estudio en el estrado de la antijuricidad, sin embargo, desde el momento que asume que la conducta al inicio resulta legítima; no se podría hablar de un contenido de injusto, y por tanto, toda conducta posterior a esa jurídicamente permitida –donde comienza el exceso- sería una nueva acción autónoma.

En un segundo lugar, se ubicó la “teoría del error”. La misma, sucintamente, defiende la idea de que el autor se excedió porque obró con una conciencia errónea sobre los límites de la necesidad. Aquí, lo que el Código toma en cuenta para la disminución de la pena, resulta ser ese error del autor sobre los límites del actuar permitido (el autor quiso matar y mató, creyendo que su obrar era necesario, aunque objetivamente no lo fuese).

En esta ocasión, la crítica debe centrarse en dos aspectos. El primero de ellos justifica el exceso con un instituto propio de la tipicidad y, por consiguiente, anterior al análisis de la antijuricidad en la teoría del delito.

El segundo aspecto, se centra en que la solución que brinda el derecho al error de tipo es la de punir un delito atenuado; es decir un delito de escala menor, y no una disminución de la punibilidad.

Ahora bien, por último y como tercera hipótesis, aparece la “teoría de la culpabilidad”. Para ella, el art. 35 del Código Penal argentino al determinar la pena prevista para los delitos culposos, contempla la verdadera naturaleza culposa del exceso.

Es que según la teoría de la culpabilidad, la culpa puede resultar del error, de la perturbación del ánimo o de la imprudencia común. Disminuye la culpabilidad porque la persona actuó por un mal cálculo o incluso sentimientos débiles (temor, miedo, confusión), y comete entonces acciones no queridas ni gobernadas por la razón.

El cuestionamiento a su aplicación es que se realiza fuera del ámbito de la antijuricidad, Sin perjuicio, que sus efectos se estiman podrían ser útiles para solucionar la justificación de la punición de un acto efectuado con exceso en la legítima defensa.

Ahora bien, a mi criterio la responsabilidad a la naturaleza jurídica del instituto del exceso en la legítima defensa, para legitimarlo en nuestro ordenamiento jurídico, habría que encontrarla por fuera de las teorías esbozadas anteriormente, y con el auxilio de la legislación civil.

En efecto, el exceso en la legítima defensa debe reconocérsele coherencia con el abuso del derecho contemplado en el artículo 1071, párrafo segundo del Código Civil argentino¹³⁵.

Es así que, considero que el exceso en la legítima defensa vendría a ser el ejercicio abusivo del permiso legal que concede el artículo 34, inc., 6 del Código Penal; toda vez que se trata de la extralimitación de las circunstancias que autorizan a defenderse legítimamente en perjuicio de una afectación a un bien jurídicamente protegido, razón esta que conllevaría una asignación de responsabilidad motivo de punición.

Que en cuanto a la medida penal, resultaría acertada una solución con similares alcances a los que propicia el error de tipo; es decir, disminuir la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia, respuesta además contemplada por nuestro Código Penal en su artículo 35.

Sin perjuicio del anterior análisis, estrictamente jurídico, no puede obviarse que el tema tratado resulta ante hechos concretos como disparador de debates sociales, culturales y hasta llegar a replanteos de cuestiones de política criminal.

Ante hechos concretos producidos y que han sido tapa de los principales medios de comunicación; desde muchos sectores se propugna la aplicación de la legítima

¹³⁵ El artículo 1071 del Código Civil expresa que: *“El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.”*

defensa sin considerar la posibilidad de excesos, con sustento ello en la violencia que se percibe en el cuerpo social. Es que ante hechos producidos considero necesario preguntarnos si, el derecho puede dar una respuesta sin contemplar los factores subjetivos que se encuentran siempre presentes en estos sucesos.

Entonces, ¿se puede pedir que ante una agresión externa, la víctima inicial tenga plena facultades para ponderar adecuadamente la gravedad de la agresión?, ¿sus posibles consecuencias?, ¿la elección del medio más idóneo para repelerla? ¿su racionalidad en el contexto? y más aún, ¿poder motivarse libremente en la norma que lo autoriza a defenderse?

Son estas todas preguntas que fluctúan cíclicamente con respuestas que pueden dirigirse tanto para una dirección como para otra diferente, al efecto de aceptar o negar la posibilidad de excederse en un acto de defensa; naturalmente no dejando en ningún momento de contemplar los límites propios de un estado de derecho y en pleno reconocimiento de los derechos humanos.

VII. Bibliografía

BACIGALUPO, Enrique, “Derecho Penal Parte General”. Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

BACIGALUPO, Enrique, “Tipo y Error”, Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

CARRARA, Francesco, “Programa de Derecho Criminal. Parte Especial” Temis, Bogotá, 1972.

D’ALESSIO, Andrés José, DIVITO Mauro A. “Código Penal de la Nación Comentado y Anotado”. La Ley, Buenos Aires, 2009.

DE LA RÚA, Jorge, “Código Penal argentino, Parte general”, Depalma, Buenos Aires, 1997.

DONNA, Edgardo Alberto, “El exceso en las causas de justificación. Estudio del artículo 35 del Código Penal”, Astrea, Buenos Aires, 1985.

FONTAN BALLESTRA, Carlos, “Tratado de Derecho Penal. Tomo II Parte General”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980.

GARIBALDI, Gustavo E. L., y PITLEVNIK, Leonardo G., “Error y delito”, Hammurabi, Buenos Aires, 1995.

HANS-HEINRICH Jescheck, WEIGEND, Thomas “Tratado de Derecho Penal. Parte General”. Comares, Granada, 2002.

LUZÓN PEÑA, Diego M., “Aspectos esenciales de la legítima defensa. Segunda edición actualizada y ampliada”, BdeF, Montevideo, 2002.

MALAMUD GOTI, Jaime E., “La estructura penal de la culpa”, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976.

MIR PUIG, Santiago “Derecho Penal. Parte General 8va. edición”, BdeF, Montevideo, 2010.

NINO, Carlos Santiago, “La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico”. Astrea, Buenos Aires, 2002.

NUÑEZ, Ricardo C., “Tratado de Derecho Penal”, t. I, Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1976.

PALERMO, Omar, “La legítima defensa. Una revisión normativista.”, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

PESSOA, Nelson R. “Legítima Defensa” Mave, Corrientes, 2001.

DE RIVACOBBA, Manuel y RIVACOBBA, en “Las causas de justificación” Hammurabi, Buenos Aires, 1995.

RODRIGUEZ Olivar, Gilberto C. “La legítima defensa imprudente”, BdeF, Montevideo, 2008.

ROXIN, Claus “Derecho Penal Parte General” Tomo I. Fundamento de la Estructura de la Teoría del delito. Civitas, Madrid, 1997.

SOLER, Sebastian “Derecho Penal argentino. Tomo I” Tea, Buenos Aires, 1994.

ZAFFARONI, ALAGIA y SLOLAR, “Derecho Penal. Parte General”, Editar, Buenos Aires, 2002.

Artículos de Doctrina

BOLEA BARDÓN, Carolina, “El exceso intensivo en la legítima defensa putativa”. Revista Derecho Penal, España, 2004.

RIGHI, Esteban “Consideraciones críticas sobre la regulación del exceso en la legítima defensa, en el sistema del Código Penal Argentino”, Ad Hoc, Buenos Aires.

RIGHI Esteban, “Reflexiones sobre la evitabilidad del error de prohibición (El conflicto entre un policía pacífico y un novio celoso)”, La Ley, 2003.

SANDRO, Jorge Alberto, “Error de tipo y error de justificación”, La Ley, Buenos Aires, 2004.
