

Un análisis acerca del exceso en las causas de justificación

a) Introducción

El presente trabajo tiene por objeto efectuar un análisis de la regulación legal que el código penal argentino efectúa en torno del denominado exceso en las causas de justificación y repasar asimismo el tratamiento que sobre el tema han realizado los sectores doctrinarios que abordaron la cuestión.

Como se podrá advertir a lo largo del desarrollo, si bien la problemática del exceso se plantea respecto de todas las causas de justificación, por razones de índole práctica y a fin de clarificar los conceptos que se irán exponiendo, la mayor parte del análisis versará sobre el exceso respecto de una causa de justificación en particular: la legítima defensa (artículo 34, inc. 6° y 7° del Código sustantivo)¹.

b) La regulación legal del exceso en las causas de justificación

El artículo 35 del código penal regula la cuestión que aquí se examina. En efecto, sostiene dicha disposición legal que *“el que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia”*.

El exceso fue definido por Soler como *“...la intensificación innecesaria de la acción judicialmente justificada”*, o también como la situación que concurre *“...cuando el sujeto en las condiciones en que concretamente se halló, pudo emplear un medio menos ofensivo e igualmente eficaz”*².

De la simple lectura pareciera ser que el texto transcrito regula el exceso de la siguiente forma: de producirse un exceso en el ejercicio de una causa de justificación, la conducta de quien actúa excedido será reprochable de acuerdo a los parámetros de la pena fijada para ese delito por culpa o imprudencia. Ahora bien, uno podría llegar a cuestionar qué sucedería en los casos en los que el exceso en el ejercicio de una causa de justificación lo sea respecto de un delito cuya regulación legal no disponga su consecución bajo la figura culposa. ¿Cómo deberá ser entendido en estos casos el art. 35 del CP? ¿Será acaso la conducta de este sujeto —en la medida del exceso— atípica en razón de las previsiones del sistema de *numerus clausus* de nuestro código penal? ¿O bien cuando el artículo 35 CP se refiere a la *“pena fijada para el delito por culpa o imprudencia”* no se estaría refiriendo estrictamente a la necesidad de que sea posible la realización imprudente del tipo penal, sino antes bien a una atenuación en el marco punitivo?. Esta es pues una de las principales cuestiones que se pretenderá dilucidar a lo largo del presente.

¹ Esto como se sostuvo, sin perjuicio de que las conclusiones a las que se arribe con base en el análisis, sean de aplicación a los excesos en el ejercicio de otras causas de justificación distintas a la legítima defensa. En este sentido, es importante destacar la opinión de José Peco quien sostuvo que *“El art. 35 abraza todo exceso, no sólo la defensa, sino también el de la obediencia debida y el estado de necesidad. Hay que situarla, pues, como epílogo de las causas de justificación, en cuanto el exceso se vincula con ellas”* (Peco, José. Proyecto de Código Penal., Exposición de motivos, pág. 123).

² Soler Sebastián, “Derecho Penal Argentino” Tomo I, Pág. 387.

c) La clásica discusión en la materia: ¿se trata de un exceso doloso o imprudente?

c.1) El análisis del exceso en el ejercicio de una causa de justificación como un supuesto de imprudencia

Quien introdujo la norma en el código penal fue el doctrinario Julio Herrera³. El autor citado consideraba que el exceso debía tener el tratamiento propio del delito imprudente. Sin embargo, las palabras de Herrera nos conducen a colegir que el autor no formulaba una equiparación total entre la situación de exceso y el delito imprudente *strictu sensu*. Así, se puede leer en su obra que al exceso le era aplicable “*la pena análoga a la del delito culposo, con el cual tiene semejanza*”⁴. Es decir, el creador del instituto no efectuó lisa y llanamente una equiparación entre el delito culposo y la situación regulada por el art. 35 CP sino que antes bien, se refirió a la pena aplicable en los casos de exceso propiciando que ésta debía ser análoga y semejante a la del delito culposo. Evidentemente, quien sostiene que a una situación (la regulada en el art. 35) le es aplicable una pena análoga a la del delito culposo no está afirmando que el exceso en el ejercicio de una causa de justificación posea ontológicamente la misma naturaleza que el delito imprudente, sino que solamente lo estaría equiparando en relación con sus efectos. ¿Ahora bien, si el exceso en el ejercicio de la causa de justificación lo es respecto de un delito que no prevé su correlato de realización imprudente, con base en qué figura típica se tendría que efectuar la comparación para aplicar, en el decir de Herrera, una pena “análoga a la del delito culposo”? Esta cuestión no ha sido tratada por el autor citado.

González Roura consideró que el exceso tiene en el código una atenuación calificada a título de culpa. En efecto, sostuvo que “*No se trata del exceso intencional, como es el abuso de autoridad, sino el exceso culposo, por error de cálculo o de apreciación de la necesaria y justa proporción entre el medio y fin legítimo que el sujeto se propone alcanzar, debido a su estado de espíritu, a su temperamento imprevisible o nervioso, etcétera*”⁵. Como se podrá advertir, González Roura avanza sobre la concepción de Herrera al considerar que los casos de exceso a los que se refiere el art. 35 del Código Penal no son simplemente supuestos en los que la pena deba ser análoga a la de los delitos imprudentes sino que es el propio exceso el que se realiza de manera culposa (“*No se trata del exceso intencional... sino el exceso culposo...*”).

³ “*La disposición no estaba en los proyectos anteriores y fue colocada por la Comisión especial de legislación penal y carcelaria de la Cámara de Diputados para establecer ‘la transición entre situaciones extremas’ haciendo notar el doctor Moreno, autor del proyecto, que esa inclusión fue consultada personalmente por él al doctor Julio Herrera, con quien convino la redacción del artículo tal cual se sancionó. El doctor Herrera toma por modelo el art. 50 del anterior código italiano (de 1889), que contiene los mismos términos, y que se refiere al artículo precedente, que declaraba no punible al que comete el hecho: 1º, por disposición de la ley o por orden de la autoridad competente, que estaba obligado a seguir; 2º, por haber estado obligado por la necesidad de rechazar de sí o de terceros, una violencia actual e injusta*”. (García Zavalía. “Exceso en los límites de la defensa”. La Ley. Tomo IV. Pág. 412 y siguientes). En el mismo sentido: Moreno. “El código penal y sus antecedentes”. Tomo II. Pág. 308.

⁴ Ver en este sentido: Herrera Julio, “La reforma penal”, Pág. 483.

⁵ González Roura Octavio “Derecho Penal, Parte General”. Tomo II, Pág. 92.

Siguiendo una tesis similar a la del autor precedente, se encuentra la posición de Eusebio Gómez quien consideraba que *“no es posible apartarse de las enseñanzas de Carrara en lo que al exceso en la defensa legítima se refiere. Es necesario no olvidar entonces, que, como aquel autor dice, no se trata de exceso de defensa, propiamente dicho, sino de exceso de legítima defensa. El primero es siempre doloso, el segundo es culposo. Este pone de manifiesto un error de cálculo en cuanto a la gravedad e inevitabilidad del peligro. Es indispensable, sin embargo, que concurren todos los elementos de la defensa legítima”*⁶.

Sebastián Soler, al abordar el tratamiento del tema enseña que el fundamento en que radica la disminución de pena prevista para los casos de exceso en el ejercicio de una causa de justificación, consiste en el temor que suscita en el necesitado la situación misma de peligro, situación en la cual *“no es justo ni humano exigir un discernimiento preciso de los medios de salvación. El temor, la sorpresa, la agitación del ánimo pueden determinar un error de cálculo, error que quita al hecho excesivo el carácter de doloso, para hacerlo imputable a título de culpa”*⁷. Como sostuvo Edgardo Donna respecto de la opinión de Soler, *“esta doctrina no hace una mera equiparación de la escala penal correspondiente al exceso con la que corresponde a la figura culposa, sino que afirma que el elemento subjetivo del exceso es culposo y no doloso”*⁸.

Por su parte, García Zavalía sostuvo que *“el hombre que se defiende no se encuentra en la situación del juez en su gabinete, de poder apreciar con exactitud el peligro del ataque y la naturaleza de los medios que se le deben oponer. Su ánimo se encuentra forzosamente turbado por el temor, por la exaltación propia de quien lucha y, por lo tanto, se hace muy difícil no exagerar el peligro y los medios empleados”*; mas adelante agrega que *“la conciencia de la ilicitud descarta el dolo y se acomoda mucho más a la figura de la culpa”*⁹.

Sebastián Soler avanza más aún, al punto de considerar que en esta clase de casos debería estarse directamente por la impunidad de la conducta. Así, sostuvo que *“La remisión del art. 35 a la escala penal de la figura culposa es un índice más que valioso para estimar que el exceso está fundado, para nosotros, en el temor determinado por la situación en que el agente se encuentra, fácil terreno para emprender acciones precipitadas e inconsultas, porque según lo comprueba la investigación psicológica, esos efectos no son gobernados por la razón, alteran el curso de las representaciones y no se producen o suprimen a voluntad. Más correcto encontraríamos que, a imitación de otros códigos, el exceso en que ha incurrido por ese género de perturbaciones fuese totalmente impune”*¹⁰. En relación con la impunidad propiciada como solución ideal por Soler, cabe

⁶ Gómez, Eusebio “Tratado de Derecho Penal”. Tomo I. Pág. 565 y siguientes.

⁷ Soler Sebastián, Ob. Cit. Pág. 389.

⁸ Donna, Edgardo Alberto “Teoría del delito y de la pena”. Tomo II, pág. 203.

⁹ García Zabalía. “Exceso en los límites de la legítima defensa”. La Ley. Tomo IV. Pág. 412 y siguientes.

¹⁰ Soler Sebastián, Ob. Cit. Pág. 389.

destacar que en el derecho argentino, también Esteban Righi sostiene esta tesitura aunque con distintos fundamentos¹¹.

Por su parte De Loayza, sostuvo que “...*también es necesario que el que se exceda en los límites de la necesidad de la legítima defensa, para que juegue la atenuante, lo haga sin dolo, pues que si lo hiciese con él, habría un homicidio simple*”¹². He aquí una opinión más a favor de la tesitura que considera que el exceso debe ser culposo para encuadrar en las previsiones del artículo 35 del código sustantivo.

Carlos Fontan Balestra, en oportunidad de comentar el art. 35 CP afirmó que “*Al fijarse a los hechos previstos en el art. 35 del Cód. Penal la escala penal determinada para los delitos culposos, la ley no hace una simple remisión, sino que contempla la verdadera naturaleza culposa del exceso*”¹³. Adviértase la diferencia entre estas posturas y la de Herrera quien en todo momento se encargó de dejar en claro que al exceso debían aplicarse las penas semejantes y análogas de la figura culposa, lo que no significaba decir que el exceso *per se* era producto de un actuar imprudente.

Al comentar el artículo 35 CP, Jorge de la Rúa sostuvo que “*El exceso supone en el excedido una creencia de actuar en la justificación, vale decir se relaciona con el error sobre las condiciones objetivas del actuar justificado*”. Luego continúa diciendo que “*Lo expuesto nos muestra la verdadera naturaleza del exceso. Es un error culpable, que consiste en la acreencia de actuar dentro de la justificación; pero no hay exceso si el error es inculpable, rigiéndose en tales casos por el art. 34, inc. 1º (así en el estado de necesidad), aunque a veces ello mantiene el actuar en la justificación (legítima defensa). La creencia es suficiente para el encuadramiento en el error y consecuentemente el*

¹¹ “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 C.P.), sino la impunidad por ausencia de culpabilidad del 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 a la norma, lo que no ha sido previsto en el art. 35 C.P..

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.

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.

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 C.P..

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”. (Esteban Righi, “Consideraciones críticas sobre la regulación del exceso en la legítima defensa, en el sistema del Código Penal Argentino” en “Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal”. 9-A. 1999. Pág. 353 y siguientes).

¹² De Loayza. “Homicidio. Legítima defensa. Necesidad”. Jurisprudencia Argentina, XX-1027.

¹³ Fontan Balestra, Carlos “Tratado de Derecho Penal”. Tomo II, Pág. 181 (el destacado nos pertenece).

exceso”¹⁴. Como se podrá advertir, el autor en cuestión continúa la misma línea argumental que Carlos Fontan Balestra.

Emilio Díaz también se encargó de analizar la cuestión sometida a examen. Así, al comentar el artículo 35 CP expresó que *“es una prescripción adecuada, dado que la culpa o imprudencia ofrece, como elementos esenciales, la producción de daño igual al delito, la posibilidad de previsión y ausencia de intención criminal. Quien se excede en el ejercicio del derecho de defensa, es causante del daño; la consecuencia era previsible; pero no puede sostenerse con fundamento que existió, por su parte, intención criminal; no pudo tener el propósito de causar un mal, por producirlo, sino de defender su persona o derechos de una agresión, a todas luces ilegítima”*.

Continúa Díaz sosteniendo que *“La forma como anteriormente se resolvía esta situación importaba un error. Considerábase el hecho como delito doloso y se atenuaba la pena por razón del ataque de la víctima. Esta solución sería justa si el autor hubiera tenido intención de ejecutar el delito; pero ello no surgía del examen de su conducta. Su propósito había sido defenderse, paralizar o rechazar un ataque; su intención no era sino ejercitar un derecho; luego no puede considerarse delito doloso el cometido”*¹⁵.

Carlos Creus también pareciera enrolarse en esta corriente de pensamiento. Así en su “Derecho Penal” sostuvo que *“La circunstancia de que la ley se remita a la culpa para determinar sólo la pena, ha conducido a parte de la doctrina a considerar el exceso como un supuesto de dolo; otra, adscribiéndose a doctrinas con fundamentos más genéricos, lo contempla como caso de error evitable, es decir, de culpa.*

*En realidad el exceso, para ser punible, tiene que ser ‘querido’; pero el problema estriba en resolver si debe ser ‘querido como exceso’ —en cuyo caso sin duda se le reprocharía a título de dolo— o debe ser querido siempre como un medio para actuar justificadamente —en cuyo caso sería reprochable a título de culpa—. Es esto último lo que nos parece más exacto, porque condice mejor con los principios que rigen el aspecto subjetivo de la justificación, ya que no se puede decir que quien ha querido más allá de lo que era necesario para actuar justificadamente, haya querido actuar justificadamente”*¹⁶.

Luis Carlos Caggiano al referirse al sentido que debía dársele al art. 35 CP afirmó *“la acción no nacía por dolo ni por culpa. El que por error o ignorancia de hecho no ha podido comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones, no procede con dolo, y si el error o ignorancia fuera inculpable, no es posible la existencia del delito”*¹⁷.

Núñez también sostuvo que el exceso en el ejercicio de una causa de justificación es reprochable solo a título culposo. En este sentido, el autor afirmaba que *“Lo que, por el contrario, conduce al agente al exceso, en su negligencia, o imprudencia o su inobservancia reglamentaria o de los deberes a su cargo, que induciéndole a errar sobre*

¹⁴ De la Rúa, Jorge “Código Penal Argentino. Parte general”. Pág. 496 y siguientes.

¹⁵ Díaz, Emilio. “El Código Penal para la República Argentina”. Pág. 114 y siguientes.

¹⁶ Creus, Carlos. “Derecho Penal. Parte general”. Astrea. Pág. 337 y siguientes.

¹⁷ Caggiano, Luis Carlos. “En torno al exceso de la legítima defensa”. Jus. Revista Jurídica de la Provincia de Buenos Aires. N° 2, 1962. Pág. 94 y siguientes.

las reales circunstancias del caso, no le permitió apreciar correctamente la situación de necesidad o mantenerse dentro de los límites legales o de la orden superior”.

Además sostuvo que *“Por esto, en la disputa sobre si el exceso es imputable a título de culpa o de dolo, lo más adecuado es decir que la desproporción objetiva del medio de ejecución empleado, subjetivamente debe obedecer a un estado de excitación o perturbación del ánimo del autor o a un abandono por parte de éste de las reglas de prudencia observables en el caso, que, sin alterar su finalidad de ejecutar la ley, ejecutar su autoridad o sortear el peligro, lo ha llevado al exceso. Por consiguiente, el exceso no sólo es compatible con aquellos estados de ánimo del autor que, por un simple error vencible, y, por consiguiente, culpable, no lo privan de la conciencia de cumplir un fin legítimo, sino, también, con aquellos que acusan una culpa positiva de su parte (real imprudencia). Cuando el error del autor acerca de la debida medida de su acción, no le es imputable, entra en función la justificación putativa. El Código Penal castiga el exceso con la penal fijada para el delito por culpa o imprudencia (art. 35). 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”*¹⁸.

Es importante poner de resalto uno de los argumentos esgrimidos por Ricardo Nuñez para argumentar que el exceso debe ser tratado como un caso de imprudencia. Dicho argumento no es sino una derivación lógica de la postura adoptada por el autor respecto de lo que es, según su óptica, el contenido del dolo. Así, sostuvo Ricardo Nuñez que *“Para mí, con arreglo al art. 34, inc. 1° del Cód. Penal, la conciencia o conocimiento de las circunstancias que determinan la criminalidad del hecho penalmente típico, pertenece al dolo del autor junto con la conciencia o conocimiento de los hechos comprendidos por el tipo delictivo. Consecuentemente con esto, también según lo dispuesto por el inc. 1° del art. 34, pienso que el error sobre la concurrencia de circunstancias determinadoras de la criminalidad del hecho típico excluye el dolo del autor”*¹⁹.

Como se podrá advertir, la explicación que brinda Nuñez respecto de por qué el exceso del artículo 35 CP debe analizarse a la luz de los delitos imprudentes es clarificadora. Así, parte de una concepción del dolo en particular. Si se entiende que el dolo consiste en el conocimiento de todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo (“conciencia o conocimiento de los hechos comprendidos por el tipo delictivo” en el decir del autor) pero además, el dolo abarca o debe abarcar también la conciencia o conocimiento de las circunstancias que determinan la criminalidad del hecho penalmente típico (en otras palabras, la conciencia del ilícito) tendremos que, al hacer derivar el exceso de un error dicho error llevará al desconocimiento de la ilicitud. Por ello, al tratar la ilicitud como un elemento más que debe ser conocido por el autor para que haya dolo (propio de las teorías del dolo), el desconocimiento de la ilicitud (error) conducirá a afirmar que no puede haber dolo y por tanto, solo será de aplicación el tipo imprudente.

¹⁸ Nuñez, Ricardo. “Tratado de derecho Penal. Parte general”. Pág. 428 y siguientes.

¹⁹ Nuñez, Ricardo. “A la ley penal no hay que alterarla”. Jurisprudencia Argentina., 29-1975-873.

Sin perjuicio de aceptar o no la fundamentación esgrimida por Núñez, lo cierto es que la misma posee gran utilidad toda vez que nos permite entender con mayor claridad el pensamiento de los demás autores que al igual que él, sostienen que el exceso posee una naturaleza sesgada por la imprudencia y que por tanto, no se trata tan solo de aplicar una *“pena semejante o análoga a la del delito imprudente”*. En suma, según esta corriente de pensamiento, al exceso no solo se le aplicaría la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia sino que el propio exceso es, en sí mismo, imprudente. Se advierte así un elemento común entre los autores citados, cual es el hecho de que todos ellos consideran al conocimiento de la ilicitud como un elemento más que el sujeto debe conocer para afirmar positivamente la existencia de dolo. Esto es así, toda vez que según entienden el dolo no se satisface con el conocimiento por parte del autor de los elementos del tipo objetivo del delito de que se trate, sino que debe abarcar también el conocimiento de la ilicitud de la conducta realizada.

c.2) El exceso en el ejercicio de una causa de justificación como un supuesto de hecho doloso

Hemos podido ver en el punto precedente cómo una gran parte de la doctrina sostuvo que el exceso en el ejercicio de una causa de justificación debe analizarse a la luz de las previsiones de los delitos imprudentes. Ahora bien, otra corriente doctrinaria considera que el exceso debe ser tratado como un supuesto de hecho doloso. Veamos.

Enrique Bacigalupo sostiene que *“la punibilidad atenuada que establece el art. 35 se explicaría, de acuerdo con esto, en la evitabilidad del error sobre antijuridicidad (es decir, sobre la falta de necesidad) de la acción cumplida, pero dejaría intacto el dolo del hecho”*²⁰.

En otra de sus obras, Bacigalupo continúa el análisis de la cuestión sosteniendo que *“Este art. 35, en efecto, toma en cuenta los casos de exceso sobre los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, manteniendo para ellos la punibilidad adecuada. 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. 35 del Código Penal es evidentemente impropia, en la medida que quien se excede hace lo que quiere hacer, mientras que en la culpa, al contrario, produce lo que no quisiera. 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”*²¹.

Eugenio Raúl Zaffaroni al tratar la cuestión entendió que *“no se trata de que las conductas previstas en el art. 35 sean culposas, sino que el Código Penal establece, únicamente, que se le aplica la pena del delito culposo. La disminución de pena que se*

²⁰ Bacigalupo, Enrique. “Una sentencia trascendente sobre la cuestión del exceso (artículo 35 del Código Penal) y la conciencia de la antijuridicidad” en “Nuevo Pensamiento Penal”, 1975-47.

²¹ Bacigalupo, Enrique. “Tipo y error”. Pág. 51 y siguientes.

opera en el mencionado supuesto no obedece a error ni a emoción ni a cualquier circunstancia similar que disminuya la reprochabilidad o culpabilidad de la conducta. No hay culpabilidad disminuida en tal supuesto, sino que se trata de disminución de la antijuridicidad: es menos antijurídica la acción que comienza siendo justificada y pasa a ser antijurídica, que aquella que comienza y concluye siendo antijurídica”²².

Otro autor, Enrique Ramos Mejía, se enroló en la tesitura evidenciada por Bacigalupo. Así, sostuvo que “A nuestro juicio, esta última solución es la correcta. Si por dolo entiéndese, como corresponde, la consciente y voluntaria realización del tipo objetivo, no puede negarse que en el caso el autor obró con dolo. El concepto no se extrae del inc. 1° del art. 34 del Cód. Penal, sino que se deduce como necesario elemento de carácter de los tipos del Libro Segundo que no hacen expresa referencia a la culpa, y puede caracterizarlo como el fin de cometer un delito determinado (art. 42). No hay duda, por ello, que en nuestro ejemplo el procesado obró con dolo, pues quiso lesionar y lesionó. Pero lo hizo a consecuencia de un error que, recayendo inicialmente sobre la situación de hecho, lo hizo considerarse amparado por la ley, es decir, en error de prohibición, y éste, que en nada afecta el dolo, justifica una culpabilidad menor, dado que el error, como lo establecimos, es vencible. Y la medida de la menos culpabilidad no es otra que la determinada por el art. 35 del Código Penal”²³.

La jurisprudencia también se ha enrolado en esta posición al sostener que:

“El homicidio en exceso de la legítima defensa (art. 35 del C.P.) debe reputarse doloso, **pues no puede juzgarse ficticiamente que el accionar de quien quiere el hecho, utilizando un medio idóneo para su fin, no se representó, cuanto menos como alternativa el resultado lesivo**, siendo inaceptable que luego se reproche la conducta por haber sido violatoria de un deber de cuidado a título de culpa”. (Del voto del Dr. Campos en causa N° 38.759, caratulada “Piperno, María A.”. Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. Sala IV. Rta. 18/4/1991). El destacado nos pertenece.

Lo afirmado por el Dr. Campos en el párrafo de la resolución transcripta es clarificador: la circunstancia de que una conducta haya sido encuadrada bajo las previsiones del exceso en el ejercicio de una causa de justificación no significa *per se* que ese encuadramiento “convierta” la conducta dolosa en culposa. Por ello, la importancia de las expresiones vertidas por el magistrado al afirmar que “no puede juzgarse **ficticiamente...**”.

En idéntico sentido se pronunció Edgardo Donna. Así, sostuvo que: “No puede el legislador cambiar la naturaleza de la acción, por más que esa sea su voluntad. Quien se defiende, inicia su acción de manera dolosa, en el sentido que quiere defenderse, y termina

²² Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Teoría del delito”. Pág. 500 y siguientes.

²³ Ramos Mejía, Enrique. “Un posible caso de error de prohibición indirecto”. La Ley, 1975-A-182.

su acción también dolosamente, esto es, excediendo la agresión ilegítima. Y para este caso es la regulación del art. 35 del Cód. Penal, porque si el sujeto mata, culpa mediante, sería aplicable el art. 84, lisa y llanamente, con lo cual la disposición estaría de más”²⁴.

A todo evento, "si el que se excede lo hace por negligencia o imprudencia, podrá caer en el art. 35 del C. Penal, pero deberá aclararse cual fue la negligencia o imprudencia cometida"²⁵.

c.3) Algunas precisiones sobre la cuestión: la ubicación y el contenido del dolo

Como se pudo advertir al momento de analizar la opinión y fundamentos esgrimidos por Soler, la cuestión radica en determinar dónde se ubica el dolo en la teoría del delito y cuál su contenido. Así, una vez determinada dicha circunstancia, la solución para el caso que estamos analizando se derivará como una consecuencia lógica de la posición que a ese respecto se adopte ²⁶.

En cuanto al primer punto, existen razones fundadas para sostener que el dolo del delito pertenece al tipo y no a la culpabilidad. Así, existen diversos fundamentos para afirmar esta posición, a saber:

- Si se atribuye al tipo la misión de tipificar el contenido de merecimiento de pena del delito, no se puede renunciar al dolo para perfilar el tipo delictivo.
- Por otra parte, la tentativa de realizar un tipo penal presupone el dolo. Así, la cuestión de si alguien que hace un disparo de revólver pero no alcanza a nadie, ha realizado el tipo del homicidio intentado, de las lesiones intentadas, o ningún tipo en absoluto sólo se podrá dilucidar con base en la determinación de adónde iba dirigido el dolo del autor. Ahora bien, si en el delito intentado el dolo pertenece al tipo entonces ¿por qué motivo en el delito consumado solo sería relevante en el estrato de la culpabilidad? Es claro que si el dolo en el delito tentado pertenece al tipo y que todo delito pasa por esa fase, es imposible que en el momento de la consumación sencillamente desaparezca del tipo desplazándose “mágicamente” al estrato de la culpabilidad.
- Debe tenerse en cuenta además la forma de redacción de los tipos penales. Así, mayoritariamente los tipos penales fueron redactados de manera tal de no poder prescindir del elemento subjetivo, es decir, los verbos típicos fueron concebidos de modo final. Por ello, en esa medida los elementos subjetivos no se pueden eliminar de la descripción del acontecimiento objetivo.
- Asimismo, entiende Roxin que los elementos subjetivos del tipo distintos al dolo deben conducir también a la solución propiciada. Así, según enseña el autor citado “no son

²⁴ Donna, Edgardo. “Teoría del delito y de la pena”. T. II. Pág. 212 y siguientes.

²⁵ Donna, Edgardo “El exceso en las causas de justificación”. Pág. 99.

²⁶ Cabe destacar que el análisis que aquí se efectúa, tiene en miras las previsiones que en materia de error nos brinda la teoría estricta de la culpabilidad.

total ni parcialmente idénticos al dolo, sino que están autónomamente junto al mismo, pero presuponen el dolo: quien no tiene dolo de hurtar no puede querer apropiarse antijurídicamente de la cosa que ha sustraído; y quien realiza sin dolo de estafar el tipo objetivo del &263 no puede tener el propósito de enriquecerse o enriquecer a otro ilícitamente, Ahora bien, lo que es presupuesto necesario de un elemento del tipo, también ha de pertenecer como tal al tipo”²⁷.

Sentado lo que antecede, en el sentido de afirmar que el dolo pertenece al tipo y no a la culpabilidad, es necesario en este punto del análisis dilucidar cuál es el contenido concreto del dolo.

Entiendo que el contenido del dolo se debe limitar al conocimiento y voluntad de realización de los elementos del tipo objetivo del delito de que se trate. Así, la conciencia de la ilicitud del comportamiento no pertenece a la órbita del dolo sino antes bien, es un elemento cuyo análisis deberá efectuarse en el estrato de la culpabilidad. En este sentido, sostuvo recientemente Edgardo Donna que *“Así las cosas, la conciencia de la ilicitud es un componente de la culpabilidad y no es otra cosa que un simple juicio acerca de la posibilidad que le ha sido dada al autor de reconocer, en el caso, lo prohibido de su actuar. Si esta no existe estaremos frente al error de prohibición y el problema se plantea frente a la evitabilidad o no de ese error, pero el dolo permanece, por así decirlo, intacto”²⁸.*

Partiendo de esta premisa —la configuración del dolo no exige conciencia de la ilicitud porque la conciencia de la ilicitud es un elemento de la culpabilidad y el dolo pertenece al tipo del injusto²⁹— podremos afirmar que el exceso en el ejercicio de una causa de justificación resultará ser doloso. Así, se podrá discutir en todo caso que la persona que no sabía que actuaba en exceso no quiso actuar antijurídicamente pero esto es sin dudas un error que recaerá sobre la conciencia de la ilicitud del comportamiento, elemento éste que no se encuentra abarcado por el dolo. Por eso, aún en caso de recaer un error en el sujeto actuante sobre esta circunstancia, no podremos sino afirmar la subsistencia del dolo. Edgardo Donna es concluyente sobre el punto *“La idea es la siguiente: estando el dolo en el tipo, es claro que quien se excede, se excede dolosamente”³⁰.*

En síntesis, el error en que incurre un sujeto al considerar una acción justificada cuando en rigor de verdad dicha acción no se encuentra justificada por haberse excedido en

²⁷ Roxin, Claus. “Derecho Penal. Parte general”. Tomo I. Pág. 308 y siguientes, en donde se podrá encontrar también un desarrollo pormenorizado de los fundamentos para entender al dolo como un elemento del tipo y no de la culpabilidad.

²⁸ Del voto del Dr. Edgardo Donna en la causa N° 21909, caratulada "Loguinov, Serguei s/ Procesamiento". Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, 22/04/2004.

²⁹ *“Planteadas las cosas en este punto, es claro que el camino a seguir es razonar a partir de la postura que el dolo integra el tipo. De aquí en adelante se debe razonar desde este punto de partida, motivo por el cual creemos adecuado a una sistemática correcta, dejar a los autores que llevan el dolo a la culpabilidad”.* (Donna, Edgardo. “El exceso en las causas de justificación”. Pág. 91).

³⁰ Edgardo Donna. “El exceso en las causas de Justificación”. Pág. 89.

el ejercicio de la causa de justificación, constituye un error que afecta su conciencia sobre la ilicitud del comportamiento llevado a cabo. En este caso, el sujeto cree que actúa justificado cuando en realidad ya no lo estaría. Este error —que en última instancia es un error sobre la conciencia de la ilicitud— mantiene incólume el dolo del sujeto. Y esto es así, toda vez que una posición correcta nos conduce a afirmar que el dolo no necesita para su configuración del conocimiento de la ilicitud del comportamiento.

Con base en lo expuesto, y toda vez que el tema central del asunto a nuestro juicio tiene su punto de partida en la delimitación del contenido del dolo y qué es lo que debe entenderse por dicho elemento, repasaremos a continuación las opiniones de varios autores que coinciden en lo relativo al contenido del dolo. Así, Gimbernat Ordeig sostuvo que *“el dolo es un elemento del tipo de los delitos dolosos, ya que es un elemento esencial en la descripción de la conducta prohibida”*. Asimismo, el autor también afirmó que en el tipo *“tienen cabida todos aquellos elementos que integran la descripción de la conducta cuya no comisión se quiere motivar”*³¹.

Welzel sostuvo respecto del contenido del dolo *“toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la consciencia de lo que se quiere —el momento intelectual— y por la decisión al respecto de querer realizarlo —el momento volitivo—. Ambos momentos, conjuntamente, como factores configuradores de una acción típica real, forman el dolo (= “dolo de tipo”)*. Mas adelante, el maestro alemán sostuvo que *“Dolo, en sentido técnico penal, es sólo la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito”*³². Por lo demás, refiriéndose a la conciencia de la antijuridicidad de la acción, sostuvo Welzel que *“la antijuridicidad de la acción no es nunca una circunstancia del hecho en el sentido del § 59...sino siempre una valoración del tipo (la disconformidad entre la realización del tipo y las exigencias del Derecho). Por eso, la conciencia de la antijuridicidad de la acción no pertenece al dolo de tipo, sino que es un momento de la culpabilidad, de la reprochabilidad”*³³.

c.4) Los fundamentos de la atenuación del art. 35 del código penal

A lo largo del punto precedente hemos afirmado que el exceso del art. 35 del código sustantivo trata de una situación cuyo análisis debe efectuarse bajo la órbita del dolo. Esto es así, puesto que como sostuvo Bacigalupo, *“quien se excede hace lo que quiere hacer, mientras que en la culpa, al contrario, produce lo que no quisiera. 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”*.

Ahora bien, habiendo afirmado con éxito que el exceso no debe tener un tratamiento culposo sino antes bien doloso, queda una cuestión a resolver, a saber: el artículo 35 del código sustantivo reprime a quienes incurrir en el exceso en el ejercicio de una causa de

³¹ Gimbernat Ordeig. “El sistema de Derecho Penal en la actualidad” en “Estudios de Derecho Penal”.

³² Welzel, Hans. “Derecho Penal Alemán. Parte general”. Pág. 77.

³³ Welzel, Hans. Ob. Cit. Pág. 92. El destacado no pertenece al original.

justificación con “...la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia”. Básicamente las cuestiones que se pueden plantear respecto de la solución legal que nos brinda el art. 35 CP son las siguientes:

- a) Si ha quedado comprobado que el exceso en el ejercicio de una causa de justificación es en sí mismo doloso, ¿por qué habría de darle a esta situación un tratamiento —pena— propio de un delito imprudente? y;
- b) Si el exceso en el ejercicio de una causa de justificación lo fue respecto de un delito cuya regulación legal no prevé su realización en forma culposa, ¿cuál sería en este caso la pena aplicable?

Respecto de la cuestión plasmada en “a”, ésta solo ha sido tratada por los autores que consideran al exceso como doloso. En efecto, los autores que ven en el exceso un supuesto de imprudencia, no se ven obligados a resolver este punto.

Sobre la cuestión existen dos posturas bien definidas: la opinión de Enrique Bacigalupo y la de Eugenio Raúl Zaffaroni.

Bacigalupo sostiene que el fundamento de la disminución de la pena obedece a la existencia de error. Afirma en este sentido “*A nuestro juicio, en cambio, lo único que puede determinar la atenuación es la no conciencia del exceso sobre los límites de la necesidad*”.

Siguiendo este razonamiento sostiene que “*el art. 35 del Cód. Penal es una norma que se refiere a errores evitables sobre la antijuridicidad*” para luego decir que “*...el Código Penal argentino, en su art. 35, que se refiere al error sobre los límites de la necesidad de la justificación, alcanza tanto a los excesos intensivos cometidos sin conciencia de la antijuridicidad, como a los errores sobre la necesidad proveniente de la falsa apreciación de una circunstancia objetiva que de concernir lo justificaría*”³⁴.

En otro orden de ideas, se encuentra la posición de Eugenio Raúl Zaffaroni. Para Zaffaroni, el fundamento de la atenuación penal no debe centrarse tanto en el error tal como considera el autor precedente sino antes bien, en la posibilidad de efectuar una graduación de la antijuridicidad. En este sentido, sostiene: “*creemos, por consiguiente, que el único fundamento de que la conducta típica sea portadora de una menor carga de antijuridicidad es que la conducta que se inicia y agota como antijurídica es más antijurídica que una conducta que tiene comienzo al amparo de una causa de justificación, y se agota antijurídicamente*”³⁵.

Finalmente, Edgardo Donna intenta también brindar una solución a esta cuestión aproximándose a la postura de Zaffaroni. Según entiende, “*es claro, por tanto, que hay una disminución de la antijuridicidad que lleva por ende a una disminución de la pena. En el*

³⁴ Bacigalupo, Enrique. “Sistema del error sobre la antijuridicidad en el Código Penal” en “Nuevo Pensamiento Penal”, año 1, 1972. Pág. 57 y siguientes.

³⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Tratado de derecho Penal” T. III. Pág. 642.

*fondo, el legislador, con mala técnica, ha pensado que se debe disminuir la sanción por ser menos antijurídico el hecho*³⁶.

Carlos Nino también ha hecho un análisis del argumento relativo a la graduación del nivel de antijuridicidad al sostener que *“la antijuridicidad no es una propiedad del tipo ‘todo o nada’, sino que puede darse en diferentes grados... puesto que la antijuridicidad de una acción es, como vimos, puramente objetiva en un sistema penal liberal*³⁷. En este orden de ideas sostuvo Giménez que *“parece claro que ésta es la característica del injusto, de la cual depende en mayor o menor grado, de ahí la intensidad de la relación*³⁸.

Pues bien, de acuerdo a lo expuesto, la atenuación se daría siempre en los casos en los que, quien se excedió, estuvo primigeniamente inmerso en la justificación. En palabras de Donna *“Para que la ley justifique al autor, tiene que haberse encontrado justificado en un momento de su accionar*³⁹.

En este sentido, también se han pronunciado nuestros tribunales al sostener que:

“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 cuanto 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 6º, letra b, del artículo 34 del C. 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” (Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. Sala I. Causa N° 36.219, “Arias, F. V.”. 29/11/1989. El destacado no pertenece al original).

En el mismo sentido, también se sostuvo que:

“No queda abarcado en la hipótesis del art. 35 del C.P. el agente que actúa al margen de la necesidad, sin provecho propio y sólo por hostilidad.

Aun de aceptarse la alegación del acusado relativa a que la víctima se encontraba armada, es inaceptable que haya obrado por un exceso en la legítima defensa, si las heridas mortales fueron inferidas cuando el damnificado se encontraba gravemente herido, desarmado o inerme, recibiendo auxilio por parte de un tercero, por lo que no existía agresión que impedir o repeler.” (Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la

³⁶ Donna, Edgardo. “El exceso en las causas de justificación”. Pág. 96.

³⁷ Nino, Carlos. “La legítima defensa”. Pág. 168/9.

³⁸ Giménez. “En torno al artículo 35 del Código Penal”. Jurisprudencia Argentina. 1976-III-729.

³⁹ Donna, Edgardo. “El exceso en las causas de justificación”. Pág. 97.

Capital Federal. Sala I. Causa N° 39.501, “Olmos, Luis H.”. Rta.: 30/12/1991).

Con la misma tesitura nuestra jurisprudencia también tiene dicho que:

“No obstante la vivienda afectada es propiedad de la Comisión Nacional de la Vivienda, y aun de resultar la imputada beneficiada por la asignación, resultará típica la conducta denunciada si la tenencia era detentada por el denunciante, en cuanto al expulsarlo por la fuerza lo despojó de la tenencia del bien, tal como lo requiere la norma del inc. 1 del art. 181 C.P. **No merecen el menor análisis los argumentos de la defensa en cuanto pretende la aplicación del art. 35 C.P., ya que no concurren en autos los elementos necesarios para que proceda una causa de justificación, de modo tal que elimine la antijuridicidad de la conducta que les fue reprochada.**” (Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I. Causa N° 18.224, “Chávez Clara C. y otros”. Rta.: 7/8/2002. El destacado nos pertenece).

Pues bien, tal como ha quedado demostrado, la disminución de la pena estaría dada por una menor relación del sujeto con la norma prohibitiva. Es decir, la antijuridicidad de la conducta de quien se excede es menor que la de aquel que actúa desde el inicio sin encontrarse en una situación de justificación.

Por su parte, aunque se trata de un tema altamente debatido en doctrina, el art. 35 del Código Penal abarcaría tanto los casos de excesos intensivos como así también el exceso extensivo. Sobre las clases de exceso enseña Jescheck *“Si el que se defiende sobrepasa este límite, actúa antijurídicamente (exceso intensivo en la defensa). También actúa antijurídicamente el defensor cuando se defiende pese a que la agresión no es todavía, o no es ya actual (exceso extensivo en la defensa). En el primer caso, el autor se excede en la medida, en el segundo, se excede en los límites temporales de la legítima defensa”*⁴⁰.

Gran parte de la jurisprudencia ha aceptado que el exceso del art. 35 CP puede provenir tanto de un exceso intensivo como así también extensivo. Así, se ha dicho que:

“El exceso debe provenir de un error de quien actúa típicamente, ya sea por considerar equívocamente que la situación justificante aún existe (en cuyo caso actuará condicionado por un "error extensivo") o por creer que para realizar la conducta que la permisión autoriza, debe ésta tener una magnitud que, en realidad, es superior a la requerida por la situación (supuesto de error intensivo)”. (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV. “Alonso, César Horacio s/ Recurso de casación”. 28/5/1996. Del voto de la Dra. Durañona y Vedia).

⁴⁰ Jescheck. “Tratado de derecho penal. Parte general”. Pág. 671.

Finalmente, resta dilucidar la cuestión planteada en “b”. Esto es, ¿cuál debe ser la pena aplicable respecto de aquellos delitos cometidos en exceso de una causa de justificación pero que no tienen una regulación legal culposa?. La cuestión no presenta problemas respecto de las figuras típicas que tienen prevista una regulación imprudente. Así, en la ley argentina el límite al ejercicio de las causas de justificación está dado por el artículo 35 del Código Penal. Dicho límite como sostiene Donna “*no ha previsto una exención de pena, sino una disminución —que es la del tipo culposo—, en los casos en que éste exista para el delito en cuestión. La referencia al tipo culposo —y no hay dudas sobre este punto—, se refiere a la pena y no a que la conducta se vuelva en sí misma culposa*”⁴¹.

Pues bien, en los casos en los que el ejercicio excesivo de la causa de justificación recaiga sobre un delito que no prevé un correlato imprudente, y teniendo en cuenta que el artículo 35 del Código Penal ordena la aplicación de la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia ¿significa ello que el exceso quedaría impune toda vez que no es posible aplicar la pena a la que remite el art. 35 del código Penal?. Ateniéndonos a la literalidad del texto podría ser ésta sin duda una solución al caso. Sin embargo, la doctrina ha considerado que en estos casos sería de aplicación la pena prevista por el artículo 44 del Código Penal para el delito imposible⁴². Ese criterio fue recientemente sostenido por Edgardo Donna en la ya mencionada causa “Loguinov Serguei s/ Procesamiento” “*La dificultad, como se sabe, es cual es la pena que debe imponerse. Tal como lo he sostenido, siguiendo en esto a Bacigalupo la pena es la del Art. 35 C.Penal, esto es, la escala del delito imprudente. Pero en los casos de la no existencia del tipo imprudente, no hay duda a mi criterio, que se debe recurrir al Art. 44 última parte en consonancia con el Art. 46 ambos del Código Penal*”⁴³.

Este fue el criterio adoptado por Enrique Bacigalupo en una interpretación analógica a favor del imputado⁴⁴. Por lo demás, la escasa jurisprudencia que se encargó de resolver la cuestión también ha adoptado esta tesis⁴⁵.

Sergio Anibal Szyldergemejn

⁴¹ Donna, Edgardo. “Teoría del delito y de la pena”. Pág. 212.

⁴² Art. 44 CP, 4to párrafo “Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente”.

⁴³ Del voto del Dr. Edgardo Donna en la causa N° 21909, caratulada “Loguinov, Serguei s/ Procesamiento”. Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, 22/04/2004.

⁴⁴ Ver en este sentido: Bacigalupo, Enrique. “La fundamentación del concepto de tipo penal” en “Jornadas Internacionales de Derecho Penal de la Universidad de Belgrano”. Pág. 100.

⁴⁵ Ver en este sentido la resolución de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I en la causa N° 34.491 caratulada “Masini” de fecha 28/4/1989.