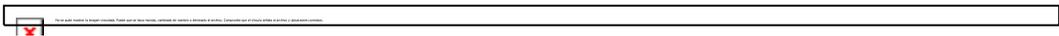


## *Universidad Empresarial Siglo 21*

*Principios delimitadores del exceso en la legítima defensa, en el marco del ordenamiento jurídico Argentino.*

*Abogacía*



*Paula Biurrun*

*-2013-*

### ***Resumen***

Con la siguiente investigación se ha pretendido analizar de manera profunda, la figura del exceso en la legítima defensa, estudiar las conductas de los fallos que se presentan para lograr un entendimiento de como el accionar de los imputados impacta en nuestro ordenamiento jurídico. De qué manera y con qué criterios delimitan estas conductas nuestros magistrados.

El trabajo introduce al lector a la figura de las causas de justificación, en especial al instituto del exceso en la legítima defensa, utilizando doctrina del derecho penal, fallos y aspectos constitucionales que se ponen en un debate constante.

En el presente trabajo se ha analizado el artículo 35 del Código Penal Argentino a los fines de demostrar que si bien regula un instituto culposo e imprudente es de menester importancia una reforma del mismo para que la figura del dolo pueda hacerse presente.

A lo largo del desarrollo del trabajo final se han analizado diferentes fallos que muestran la realidad actual, como los imputados se amparan en la figura del exceso culposo cometiendo un hecho de índole doloso, y como la doctrina se encuentra dividida cuando estudia el instituto seleccionado. Desde mi impronta investigativa considero la necesidad de reforma del artículo 35 para que de esta manera pueda no solo acaparar las conductas culposas, sino también aquellas que se realizan con la intencionalidad de realizar un daño, cuando el bien jurídico protegido se encuentra fuera de la esfera de peligro.

### ***Abstract***

The following investigation shows a deep analysis on the legal entity of excess in self-defense. We studied the verdicts presented in order to achieve an understanding of how the actions of the defendants impact in our legal system.

We also pretend to understand the criteria applied by our judges to define these verdicts.

This work introduces the reader to the concept of justification causes, particularly to the entity of excess in self-defense, using criminal law doctrine, judgments and constitutional aspects that are constantly debated.

The article 35 of the Argentinian criminal law was analyzed with the intention of prove that even though it regulates a culpable and reckless institute is necessary to reform the same importance to the figure of the fraud may be present.

Throughout the development of the final work different faults have been analyzed to show the current reality, as the defendants take refuge in the figure of culpable excess of committing a fraudulent nature, and as the doctrine is divided when studying selected instituted.

From my research imprint consider the need for reform of Article 35 in this way can not only grab negligent behavior, but also those that are made with the intent to do harm, when the legally protected is outside the sphere of danger.

***Índice de contenido***

Introducción.....	6
Planteamiento del Problema .....	8
Justificación.....	10
Objetivo General .....	12
Objetivos Específicos .....	12
Hipótesis.....	12
Preguntas de Investigación.....	13
Capítulo 2: Marco Metodológico .....	15
Marco Metodológico .....	15
Tipo de estudio e investigación .....	15
Estrategia metodológica .....	16
Técnicas de recolección de datos .....	16
Fuentes primarias .....	16
Fuentes secundarias .....	17
Delimitación temporal y nivel de análisis .....	18
Capítulo 3: Las Causas de Justificación.....	19
Caracteres y fundamentos de las causas de Justificación.....	19
La legítima defensa (breve análisis de este instituto).....	22
El bien jurídico protegido.....	24
Capítulo 4: El exceso .....	29
Origen y evolución del instituto de la figura del exceso de la legítima defensa, en el marco de nuestro ordenamiento jurídico. ....	29
Exceso en la legítima defensa .....	37
Concepto de defensa putativa y su discrepancia con el exceso en la legítima defensa.....	39
Concepto y diferenciación del exceso intensivo y exceso extensivo .....	43
Capítulo 5: El dolo y la culpa.....	45
¿Estamos frente a un hecho doloso o culposo e imprudente? .....	45
El error de Prohibición .....	51

¿Qué ocurre cuando ya ha cesado la agresión al bien jurídico protegido?.....	53
Agravante del artículo 41 bis y su relación con el instituto del exceso en la legítima defensa.....	54
Capítulo 6: Análisis Jurisprudencial.....	57
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala II del 19/09/1992 Santos Horacio A.....	57
Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala Segunda autos caratulados “G., W. G s/ Recurso de casación., (Causa N° 36.179), rta. 8 de Octubre 2009. ....	58
Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Chaco, Sala Segunda en lo Criminal y Correccional autos caratulados Zamora, Ramón Fermín s/ homicidio por exceso en legítima defensa. Causa N° 114/02 de fecha 21 de Noviembre 2006. ....	59
Capítulo 7: Derecho Comparado.....	62
Aplicación del instituto del exceso en la legítima defensa de acuerdo a la Doctrina Italiana .....	62
Aplicación del instituto del exceso en la legítima defensa de acuerdo a la Doctrina Española .....	65
Conclusión .....	68
Bibliografía y Anexos .....	71
Doctrina .....	71
Legislación .....	73
Jurisprudencia.....	73

## **Capítulo 1: Aspectos Introductorios**

### **Introducción**

En nuestra sociedad, parte de nuestros individuos viven una incesante violación a su propiedad privada y sus derechos. Los miedos, la diferenciación marcada que existe entre las clases sociales, la ostentación con las que algunas personas se muestran, la indiferencia y discriminación a aquellos que menos tienen, generan como resultado que parte de nuestros ciudadanos tomen la decisión de portar armas de fuego en el hogar, de desconfiar permanentemente del prójimo, y en algunas ocasiones incurrir en lo que denominamos un exceso desmedido en la legítima defensa.

En la última década, nuestro país se ha sumergido en una ola de inseguridad, debido a que anteriores gobiernos democráticos y los gobiernos de facto que lo han gobernado en las últimas décadas, no han logrado amparar a aquellas clases sociales que menos tienen, que quizás no han podido acceder a una educación adecuada, y que delinquen a los fines de lograr subsistir. Sumado a esto, el poder punitivo ha realizado estereotipos del proceso de criminalización, este poder selecciona características externas y responden a perjuicios negativos de la sociedad.

Las causas de justificación establecen que un individuo tiene derecho a defender su vida y sus bienes, en una circunstancia determinada en donde el estado no puede hacerse presente para amparar a estos sujetos. En cambio si el sujeto actúa violentamente con la finalidad de recuperar el bien entonces la reacción no es legítima, ya que se incurre en exceso.

En algunas situaciones los individuos que incurren en este delito, se encuentran tan aferrados al bien jurídico protegido -aquellos presupuestos valiosos y necesarios para la existencia humana, útiles para los individuos y su desarrollo en la sociedad- que

cometen excesos sin importar los resultados y la vida de la persona que pretende desapoderarlos de ese bien.

La primera parte del presente trabajo, tiene como finalidad exponer los caracteres y fundamentos de las causas de justificación y la importancia del instituto del exceso en la legítima defensa, dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico, sus antecedentes legislativos y su evolución a lo largo de estos años. Se desarrollarán las opiniones doctrinarias más relevantes de importantes autores que ya han abordado la temática planteada, analizando las discrepancias y similitudes en sus observancias del instituto que se expondrá. Seguidamente se analizará el concepto del bien jurídico protegido, se desarrollará la figura de la defensa putativa (a modo ejemplificativo) y se distinguirá el exceso intensivo del exceso extensivo y como estos temas abordados se relacionan con la temática del trabajo de investigación.

Para investigar este instituto será necesario adentrarnos en lo tipificado por los artículos 34 y 35 de nuestro Código Penal y los problemas que surgen a partir de las distintas interpretaciones por parte de nuestros magistrados. Cómo en los casos de exceso la reprochabilidad de la conducta del sujeto solo a título de culpa presenta un camino muy acotado para los jueces a la hora de dictaminar. La necesidad de que la figura dolosa sea imputable en la conducta de los individuos que comenten estos excesos.

La segunda parte de la investigación, se basará en interpretar a grandes rasgos el artículo 41 bis y la aplicación del agravante de armas de fuego, las consecuencias y peligros que significa tener un arma en el hogar y su relación con el instituto del exceso en la legítima defensa y con los fallos jurisprudenciales que se presentarán. Se determinarán las posibles variables externas que influyen en la configuración de la figura del exceso en la legítima defensa, y luego se procederá a analizar cuándo esta figura se presenta como un hecho doloso o culposo y su relación con el imputado que sobrepasa los límites de las causas de justificación debido a un error de cálculo para repeler la acción y como resultado, él mismo incurre en la ilicitud.

En la tercera y última parte del trabajo de investigación, se abordará el análisis jurisprudencial. En los fallos que se expondrán en el TFG, se observa que existe un

ataque grave e inminente hacia los imputados, pero que luego son ellos los que se convierten en agresores. Se tomarán las opiniones de autores destacados en la materia, para poder analizar y evaluar la jurisprudencia, y cómo los magistrados de nuestro país resuelven estos. Seguidamente, se procederá a analizar la aplicación del instituto del exceso en la legítima defensa de acuerdo a la doctrina italiana y española. Finalmente se plantearán las conclusiones personales pertinente sobre la temática que se abordará en el trabajo de investigación.

### **Planteamiento del Problema**

La investigación está dirigida a definir los principios que delimitan el exceso en la legítima defensa, y qué tratamientos sobre el tema han realizado los sectores doctrinarios que ya han abordado la cuestión con anterioridad. Se pretende realizar un análisis minucioso, de aquellas interpretaciones doctrinarias actuales y cuáles han sido sus criterios fundados a la hora de evaluar si existen o no excesos en esta figura, y como es necesaria una reforma en el artículo 35 del C.P para poder tipificar las conductas de los imputados dentro del instituto del dolo.

El art. 34 del Código Penal Argentino, establece los casos que no son punibles. Nuestro análisis versará sobre el exceso de la legítima defensa, respecto de lo que establecen los incisos 6 y 7 del artículo mencionado.

*6°. 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 impedirle o repelerla*

*c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.*

Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquél que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al

agresor. Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia.

*7°. El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor.*

Según lo establecido en el art. 35 del Código Penal Argentino, 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 por la ley por culpa o imprudencia*”.<sup>1</sup>

Según nos enseña Soler (1992, pág. 475):

Habrà, pues, exceso, cuando el sujeto, en las condiciones en que concretamente se halló, pudo emplear un medio menos ofensivo e igualmente eficaz (pudo herir con eficacia liberatoria, y mató). Téngase bien presente, que la desproporción objetiva de los medios empleados no lleva necesariamente a la figura del exceso; la paridad externa de los instrumentos no tiene valor, según ya lo hemos dicho al hablar de la "necesidad racional del medio empleado" en la legítima defensa.

La jurisprudencia trató distintos sucesos en los últimos tiempos, cuyo análisis interpretativo permitirá conocer, cuáles son los criterios utilizados por los operadores judiciales al momento de resolver el tema, cuyo tratamiento aquí se expone.

Se pretende delimitar estas opiniones contrapuestas que existen en estas circunstancias excluyentes de responsabilidad, y en qué momento la doctrina o jurisprudencia, entienden que se configura la existencia de un delito. Se aportarán conclusiones, y se investigará con qué criterio los Tribunales de la Argentina evalúan y encuadran si ha existido un exceso en la legítima defensa, en el Instituto de la responsabilidad penal.

Nos surgen estos interrogantes: ¿El imputado es penalmente responsable? ¿Es una

---

1 Código Penal Argentino. Art 34° y 35°

víctima en la situación que se encontró inmerso? ¿Cómo el actor puede pasar de la figura de víctima a victimario? Todas estas cuestiones se intentarán esclarecer en la investigación que aquí se propone.

### **Justificación**

Con la presente investigación, se intentará desarrollar el instituto del exceso en la legítima defensa, dentro de la dogmática penal Argentina, cómo han evolucionado en nuestro país los casos que se abordarán como parte del análisis, y con qué criterio nuestros magistrados encuadran esta figura dentro del marco del ordenamiento jurídico.

El trabajo está dirigido a exponer diferentes doctrinas sobre la temática, legislación, y jurisprudencia novedosa y actualizada, con el fin de adentrarse y comprender por qué razón los sujetos se sumergen en estos excesos, cuando no fueron en la mayoría de los casos premeditados, ya que por lo general no existen actos de preparación para delinquir.

Lo mencionado anteriormente es lo que diferencia este instituto de los otros delitos, la inminencia y el error de cálculo que los convierte en autores penalmente responsables, pudiendo haber utilizado un medio menos ofensivo e igualmente eficaz, para repeler la agresión.

El instituto del exceso en la legítima defensa repercute a nivel social en dos ámbitos que se consideran relevantes, el primero es el derecho a la vida y el segundo es el derecho de todo ciudadano al debido proceso (juez natural establecido y derecho a ser oído), que todas las personas tienen en una sociedad democrática. Cuando los sujetos incurren en estos excesos, y por diferentes circunstancias neutralizan al agresor causándoles la muerte, sin procurar utilizar un medio menos ofensivo, están vulnerando estos derechos mencionados.

El rol del estado es regular la convivencia de los ciudadanos, por eso la doctrina penal otorga estos permisos a fin de evitar se produzca la lesión de un bien jurídico protegido; son autorizaciones para la realización de la conducta típica. No obstante, cuando se neutraliza la vida del agresor, los sujetos incurren en exceso, se vulneran ciertos

derechos de las víctimas que tienen un importante impacto en nuestra sociedad. Como ejemplo de ello tenemos el caso del “Ingeniero Santos”, el cual expondremos en el trabajo de investigación, a quien la población de nuestro país, denominaba “el justiciero”, el cual estuvo detenido por un breve lapso y luego se lo liberó a la espera del juicio.

La doctrina penal debería intervenir para establecer eximentes adecuadas y precisas, lograr una conciencia en la reforma del artículo 35 dando lugar al instituto doloso y no solo al accionar imprudente. Que el Estado pueda amparar y preservar para juzgar correctamente la violencia e inseguridad que conllevan a un estado de miedo e incertidumbre en que se encuentran inmersos nuestros ciudadanos que protagonizan estos excesos.

La finalidad de la investigación es esclarecer aquellos vacíos que se encuentran relacionados con el contexto del eximente en el exceso de la legítima defensa, porque este instituto a veces se configura doloso y cuándo se entiende que es culposos, y como es necesaria una reforma del artículo 35. Puede servir para debatir acerca de la violencia en la cual se encuentra inmersa nuestra sociedad y el acuciante miedo a que se nos desapodere de nuestros bienes.

Los resultados que se expondrán, ayudarán y proporcionarán información suficiente para poder analizar y entender los distintos enfoques de nuestros magistrados al momento de aplicar este instituto, y cómo repercute actualmente en nuestra sociedad. Se estudiarán renombrados autores que han argumentado y examinado desde distintos ángulos la figura. Con los fallos que presentados en el siguiente trabajo, se intentará dar un enfoque personal acerca de la temática y aportar conclusiones que permitan delimitar la figura del exceso en la legítima defensa dentro de los lineamientos del accionar doloso por parte de los sujetos, cómo la doctrina penal tendría que analizar los extremos precisos de la eximente, así de esta manera el Estado pueda tomar directivas suficientes para que no permita que nuestra sociedad se sumerja en una ola de terror y de violencia, en la cual es más importante preservar y proteger los bienes que intentan sustraernos que la vida misma del agresor.

### **Objetivo General**

Analizar y evaluar en qué supuestos y bajo qué condiciones pueden los jueces delimitar que ha existido un exceso en las causas de justificación, de acuerdo con lo establecido por los incisos. 6 y 7 del art. 34 y la necesidad de la reforma del artículo 35 del Código Penal Argentino.

### **Objetivos Específicos**

- Explicar qué se entiende por exceso en la legítima defensa.
- Delimitar las condiciones exigidas por el Código Penal Argentino para que se configure el exceso en la legítima defensa, de acuerdo a lo que establecen los inc. 6 y 7 del artículo 34.
- Analizar que se entiende por defensa putativa.
- Diferenciar el exceso de legítima defensa, de la figura de la defensa putativa.
- Diferenciar el exceso intensivo del exceso extensivo.
- Identificar las diferentes opiniones doctrinarias existentes, respecto a los supuestos (o requisitos necesarios para) en los que se configura la figura bajo análisis.
- Analizar los lineamientos generales del art. 41 bis del C.P y su relación con la figura de estudio.
- Analizar aquellos fallos jurisprudenciales más novedosos y actuales, en los que el sujeto ha incurrido en excesos de legítima defensa.
- Describir cómo se ha receptado en el derecho comparado el instituto del exceso en las causas de justificación.

### **Hipótesis**

El presente trabajo tiene por objetivo definir los principios que delimitan el exceso en la legítima defensa, y qué lineamientos sobre el tema han realizado los sectores doctrinarios que ya han abordado la cuestión con anterioridad. La necesidad de que

el artículo 35 tenga un nuevo tratamiento sobre las conductas de los sujetos imputados. Se intentará demostrar las diferentes posturas que adoptan nuestros magistrados al momento de fallar sobre estos excesos, qué criterios utilizan y qué cuota de subjetividad aportan los mismos, la cual incide notablemente en el resultado de las diferentes sentencias que expondremos en ésta investigación.

Por lo tanto en el siguiente trabajo de investigación, se va a intentar identificar y definir de qué forma y con qué criterio, estos jueces utilizan su experiencia, estudio y capacidad a la hora de configurar el exceso en la figura de la legítima defensa, y la arbitrariedad que conlleva el artículo 35 en su contenido al delimitar solamente conductas culposas en las acciones de exceso. Se nos presentan los siguientes interrogantes:

### **Preguntas de Investigación**

- ¿De qué manera fue evolucionando el instituto de la figura de exceso en la legítima defensa, en nuestro ordenamiento jurídico argentino?
- ¿Cuáles fueron las posturas jurisprudenciales y doctrinarias más relevantes a lo largo de estos últimos años?
- ¿Sirve de protección portar un arma en el domicilio?
- ¿Puede existir el exceso en esta figura si la agresión ya ha cesado?
- ¿Cuándo el exceso se configura doloso o culposo?
- ¿En qué situaciones se aplica la figura de defensa putativa?
- ¿Cuáles son los aspectos más destacados en el derecho comparado, en relación a la figura del exceso en la legítima defensa?
- ¿Es necesaria la reforma del artículo 35 del C.P?
- ¿Qué entendemos por agresión ilegítima y por necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión? ¿En qué situaciones y bajo que supuestos existe falta de provocación suficiente por parte de la persona que intenta defenderse?

## **Capítulo 2: Marco Metodológico**

### **Marco Metodológico**

Siguiendo a Yuni, Urbano (2003), cabe decir que la metodología de la investigación es la teoría o ciencia del método. Es un saber, una meta-disciplina que tiene por objeto de estudio los métodos utilizados por las diferentes disciplinas científicas para generar teorías. La metodología como disciplina científica es un cuerpo sistemático de conocimientos que toma como objeto de estudio a los métodos que se utilizan en la ciencia.

El objetivo de esta investigación, es realizar un aporte novedoso a las teorías ya existentes sobre ésta temática. Poder aportar desde una impronta científica y personal, conclusiones tendientes a interpretar diferentes tipos de fallos en donde un sujeto incurre en la figura de exceso en la legítima defensa.

### **Tipo de estudio e investigación**

Se utilizará en el trabajo final una investigación de tipo descriptiva para lograr un estudio profundo de las diferentes situaciones y actitudes que predominan en aquellos sujetos protagonistas de los fallos que se expondrán, describir sus conductas, recolectar e identificar los suficientes datos entre las distintas situaciones que se aborden, resumir la información minuciosamente y analizar y diferenciar aquellos resultados que pueden llegar a distinguirse en los distintos casos que expondrán en la presente investigación.

La investigación descriptiva, consiste en la caracterización de un hecho, fenómeno, individuo o grupo con el fin de establecer su estructura o comportamiento. Los estudios descriptivos miden de forma independiente las variables, y aun cuando no se formulen hipótesis, las primeras aparecerán enunciadas en los objetivos de investigación (Arias 1999).

### **Estrategia metodológica**

Se considera pertinente utilizar en este tipo de trabajo de investigación el método cualitativo, como primera medida para introducirnos en el tema, recolectar datos y establecer y delimitar el alcance de estudio.

Según Ruth Sautu “Los estudios que utilizan metodologías cualitativas enfocan la realidad como una unidad, son holísticos, en ellos los procesos se describen y reconstruyen a partir de los propios emergentes que es posible inducir de los datos” (Sautu 2005, pág. 87).

Las investigaciones cualitativas son guiadas por áreas o temas significativos de investigación. Sin embargo, pueden desarrollar preguntas e hipótesis, antes durante o después de la recolección y el análisis de información, porque no las presuponen, sino que las derivan de las observaciones que van realizando. Con frecuencia nos encontramos, que estas actividades sirven, primero, para descubrir cuáles son las preguntas de investigación más importantes; y, después para refinarlas y responderlas (o probar hipótesis). La investigación se mueve dinámicamente en una ida y vuelta entre los hechos que se van observando y su interpretación en ambos sentidos para lograr los fines propuestos. (Gómez 2006).

### **Técnicas de recolección de datos**

La técnica que se utilizará para este trabajo es la observación y estudio de fallos y doctrina provenientes de fuentes legales, jurisprudenciales y bibliográficas. Ella nos permitirá delimitar las opiniones de nuestros jueces sobre este instituto del exceso y presentar aquellos casos más relevantes que impactaron en nuestra sociedad.

### **Fuentes primarias**

Según establece Dankhe “Las fuentes primarias constituyen objetivo de la búsqueda bibliográfica y proporcionan datos de primera mano, directamente del autor. Ejemplos de éstas son: libros, antologías, artículos de publicaciones periodísticas, monografías, tesis, disertaciones, documentos oficiales, trabajos presentados en conferencias o seminarios, testimonios de expertos”. (Dankhe citado por Gómez 2006, pág. 51).

Las principales estrategias para producir datos, en la investigación cualitativa, se encuentran en las fuentes primarias. En este sentido, se utilizarán para este trabajo de investigación legislación nacional, opiniones de renombrados autores y aquellos fallos que se consideran más relevantes para exponer en la investigación (Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala II, Santos H.A. Del 19/09/1992, Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Chaco, Sala Segunda en lo Criminal y Correccional autos caratulados Zamora, Ramón Fermín s/ homicidio por exceso en legítima defensa. Causa N° 114/02 de fecha 21 de Noviembre 2006 y el fallo del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala Segunda autos caratulados “G., W. G s/ Recurso de casación., Causa N° 36.179, rta. 8 de Octubre 2009 entre otros); la Constitución Nacional y el artículo 34 del Código Penal Argentino, Código de Baviera y Proyecto de Carlos Tejedor. Se recurrirá a la jurisprudencia citada, dónde se podrán observar los lineamientos que siguen los jueces para determinar cuándo el sujeto incurre en el hecho.

Las fuentes primarias son aquellas en las cuales se puede observar que existe información veraz y original. Éstas son el producto de una investigación o de una publicación notablemente creativa, a las cuales se recurrirá para analizar a fondo la cuestión.

### **Fuentes secundarias**

De acuerdo con Hernández Sampieri, Fernández y Baptista Lucio las fuentes secundarias “consisten en compilaciones, resúmenes y listados de referencias publicadas en una área de conocimiento en particular (son listados de fuentes primarias). Es decir, reprocesan información de primera mano”. (Hernández Sampieri, Fernández y Baptista Lucio 1991, pág. 27).

Con las fuentes secundarias se buscará lograr que aquellos documentos que compilan y reseñan la información publicada se interrelacionen con las fuentes primarias, ejemplos de éstas serían la recopilación de la doctrina más importante que se ha encontrado sobre la temática a tratar, obras de renombrados autores, diccionarios jurídicos, manuales de

derecho penal, opiniones de magistrados y juristas sobre la temática para comparar las distintas críticas que realizan y utilizarlos de guía para llegar a una conclusión adecuada.

Según Mercad, Camacho, Melendez “una fuente secundaria es generalmente una descripción histórica construida a partir de fuentes primarias, pero los propios historiadores usan a menudo fuentes secundarias como testigos de su tiempo (como las propias fuentes primarias) al estudiar aspectos de la historiografía”. (Mercad, Camacho, Melendez, 2010 pág. 3).

### **Delimitación temporal y nivel de análisis**

Los antecedentes más antiguos a nivel nacional en lo que respecta al instituto del exceso en la legítima defensa, se pueden encontrar en el artículo 12 del Proyecto TEJEDOR de 1881 (que serían luego los arts. 152 y 153 del Código Penal de Buenos Aires), el cual afirmaba expresamente: “Cuando se ultrapasen los límites de la legítima defensa, si resulta de las circunstancias del lugar, del tiempo, de las personas, de la clase de ataque, etc., que el individuo atacado no se excedió, sino bajo la impresión súbita de la turbación causada por un espanto irresistible, esta imprudencia excusable no podrá dar motivo a la aplicación de la pena”. (Donna 1985).

Para no prolongar la investigación tantos años hacia el pasado, en éste trabajo se tomará como punto de partida el caso del Ingeniero Santos, ocurrido en el año 1990, y que para nuestro país fue un hecho polémico que marcó una división de opiniones hacia el imputado. Se tomarán como ejemplo aquellos fallos que sentaron jurisprudencia, los cuales fueron conocidos por la opinión pública y que se considera que han sido los más novedosos y actuales para exponer en esta investigación.

Respecto al nivel de análisis, comprenderá estudios doctrinarios y especialmente jurisprudenciales sobre la conveniencia de este instituto, respecto a cómo se desarrolla actualmente teniendo en cuenta las opiniones y resoluciones de nuestros magistrados y cómo impacta los hechos en nuestra sociedad.

### ***Capítulo 3: Las Causas de Justificación***

#### **Caracteres y fundamentos de las causas de Justificación**

De acuerdo con Lascano (2005, págs. 412/413):

Las causas de justificación son “situaciones de hecho y de derecho cuyo efecto es excluir la antijuridicidad” de un hecho típico. También se la ha considerado como permisos concedidos por la ley para cometer en determinadas circunstancias un hecho penalmente típico. Para Jacobs las causas de justificación son los motivos jurídicos bien fundados para ejecutar un comportamiento en sí prohibido y que deben extraerse de una sociedad concreta. Al realizarse el análisis de las causas de justificación en particular, surge que sus fuentes son dos: la ley y la necesidad. La primera porque sólo ella puede declarar lícitas ciertas acciones típicas, y la segunda porque es una determinada situación episódica -reconocida por el derecho- la que hace obrar al agente. La necesidad en sí misma, es el fundamento de la justificación, pero ésta debe nacer, reiteramos, de la ley -derecho de necesidad-, sea que resulte de una disposición expresa o de la valoración extraída de la totalidad del ordenamiento vigente.

Las causas de justificación como anteriormente el maestro Lascano explicaba son aquellos permisos otorgados por el derecho, permisos que son sólo otorgados cuando nuestros bienes, nuestra vida o la vida de los terceros corre peligro. Es una acción tipificada que excluye la antijuridicidad. No contiene el carácter doloso, debido a que según lo que reza el artículo 34 del Código Penal establece los casos que no son punibles los actos llevados a cabo por el individuo que obrare en defensa propia o de sus derechos; el que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño; el que obrare en cumplimiento de un deber o en virtud de obediencia debida.

El objetivo del trabajo final es cuestionar lo establecido por el artículo 35 del Código Penal, debido a que no deja lugar al hecho doloso, ya que el exceso solo tiene carácter culposo. Considero que es necesaria una reforma del articulado para dejar espacio a aquellas conductas realizadas con la voluntariedad del sujeto de incurrir en el delito y que la culpa sea una opción pero no sólo el único camino posible para tipificar la conducta del individuo.

Para Hegel, citado por Soler (1992, pág. 440):

La vida personal es la expresión más simple y concreta de la totalidad de fines humanos. No puede negarse a aquélla, en caso de extremo peligro, el derecho -no ya una mera facultad- de sacrificar el bien jurídico de otro. La vida, como forma concreta, tiene un derecho frente al derecho abstracto, pues negarle a la vida su derecho de autoconservación, importaría considerar al hombre como carente en general de derecho, y llevaría a negar íntegramente su libertad. Al reconocerse, en cambio, el derecho de necesidad, no se niega, en principio, el derecho del que sufre la lesión, sino que sólo se declara la eventual y restringida necesidad de que la soporte. Sólo la necesidad del presente inmediato puede facultar a una acción antijurídica, ya que en su omisión misma yace la comisión de una ilicitud, la más alta de todas, cual es la total negación de la existencia de la libertad.

La finalidad misma de la antijuricidad solo puede tener su razón de ser y lograr su supervivencia, si se logra tipificar la conducta que realiza la persona como primera opción, sino existe un comportamiento típico no va a existir antijuridicidad por parte del individuo. El ser humano es libre de elegir y actuar, ante un ataque antijurídico responde realizando un ilícito para repeler aquella agresión. De todos modos esa agresión no siempre puede recaer en la figura de la culpa, es de menester importancia que nuestros jueces puedan juzgar con mayores herramientas que solo lo establecido por el artículo 35.

“La característica fundamental de una causa de justificación es la de excluir totalmente la posibilidad de toda consecuencia jurídica: no sólo penal, sino también civil, administrativa, etc.; no sólo respecto del autor, sino también de quienes lo han ayudado o inducido. En el ordenamiento jurídico, sin embargo, el único dato con el que puede identificarse una causa de justificación es la exclusión de la pena” (Bacigalupo, 1996 pág. 118).

Catedráticos del tema enseñan que un comportamiento típico es el que se encuentra hoy en día fuera de la esfera del orden social, las causas de justificación como se mencionó con antelación son los permisos que el estado nos otorga para realizar estos tipos de conductas evitando la desprotección del bien jurídico protegido.

Tiene que ser proporcionable el modo en que el sujeto actúa en pos de estos derechos, los cuales pueden ser propios o caracteres de la defensa de terceros. En nuestra sociedad es necesario tomar en cuenta las circunstancias concretas en cada caso en particular, es necesario que la proporcionalidad sea racional y empleada dentro de las posibilidades que el autor dispone. Al momento de juzgar las conductas de los sujetos, nos encontramos frente a un abanico muy amplio de posibilidades debido a que no todas estas causas de justificación son idénticas, las conductas tienen que ser susceptibles de percibirse por la víctima que no está obligada a soportar la agresión.

En las llamadas causas de justificación es de suma importancia tener el conocimiento necesario que se está realizando esta acción típica en donde la conducta antijurídica es excluida de la esfera del derecho, a esto es lo que se llama el conocimiento subjetivo que es lo que justifica el accionar del sujeto que realiza el acto. Si se observa que ese factor se encuentra ausente, no hay justificante necesaria para lograr la eximente.

Siguiendo a Bacigalupo (1996, pág. 122):

Todas las causas de justificación confieren un derecho para obrar, es decir,

otorgan un permiso, sea dejando sin efecto una prohibición, o liberando del cumplimiento de un mandato. Hay tres casos en que la doctrina y la jurisprudencia reconocen que el fundamento de ese permiso proviene de la especial situación del autor y del bien jurídico en el momento de la acción. Por ese motivo, trata estos casos separadamente: cuando el permiso para obrar está condicionado por la agresión ilegítima de otro (defensa necesaria), por la colisión de bienes jurídicos (estado de necesidad) o por el acuerdo del titular del bien (consentimiento del "ofendido"). Junto a estos casos hay otros, cuyo número es indeterminado, en los que se trata fundamentalmente de la colisión del deber general de no realizar una acción típica con el deber especial de realizarla o con la autorización especial para ejecutarla.

Las causas de justificación representan el aspecto negativo del delito, la acción que realiza el sujeto es conforme a derecho, sobre todo la legítima defensa ha sido un tratamiento muy expuesto por la doctrina y jurisprudencia Argentina. Ha sido debatido por la justicia y los medios de nuestra sociedad, sobre todo en el caso polémico del Ingeniero Santos, el profesional que canales de televisión y diferentes sectores denominaban "el justiciero". Aquí nos adentramos en el exceso que se expondrá con mayor claridad en el capítulo 4 de este trabajo. Es necesaria una reforma del artículo 35 del código con el fin que los magistrados puedan esclarecer los casos que se presentan con mayor claridad y que no solo sean reprochables a título culposo e imprudente las conductas que realizan los sujetos, sino también un camino que lleve al accionar doloso con intenciones de realizar el ilícito por parte de los imputados.

### **La legítima defensa (breve análisis de este instituto)**

“La base de la legítima defensa es un estado de peligro para un bien jurídicamente protegido. La legítima defensa es, pues, fundamentalmente, un estado de necesidad. Este se da cuando existe la posibilidad inminente de que un sujeto pierda un bien, sin que esté jurídicamente obligado a soportar dicha pérdida”. (Soler, 1992, pág. 444).

Como punto de partida para que una persona se encuentre amparada por la ley y cometa la acción típica tiene que encontrarse frente a una agresión ilegítima que no esté obligada a soportarla, o que el bien jurídico o un tercero se encuentre víctima de este ataque. El tema que nos compete es que cuando los sujetos incurrir en el exceso de este instituto, lo que caracteriza a las causas de justificación es que las mismas excluyen la antijuridicidad de la conducta, de todas maneras la finalidad del presente trabajo es exponer la imperiosa necesidad de reforma del artículo 35, debido a no considerar las acciones de los sujetos como dolosas y si como culposas, cuando se señala en las acciones y hechos un contenido de obrar injusto por aquellos que cometen estos excesos.

Enseña Creus (1992, pág. 326/327):

En primer lugar, tiene que haber un atacante (a diferencia del estado de necesidad, la amenaza al bien sólo se concibe como obra del hombre), es decir, tiene que mediar una agresión ilegítima. Por tal se entiende un ataque (en curso o inminente) contra un bien jurídico, que no esté autorizado o justificado por el derecho. A ello responden muchos principios planteados como axiomas a lo largo de la evolución de la doctrina penal, por ej., "no hay legítima defensa contra la legítima defensa", "no hay legítima defensa contra el que ejerce un derecho o cumple con su deber". No es indispensable que el ataque constituya un "delito"; basta que sea antijurídico (por eso es posible la legítima defensa contra el actuar del inimputable).

La legítima defensa es la reacción necesaria para repeler aquella agresión ilegítima por la víctima o la tercera persona, sin que medie provocación suficiente hacia la persona o los derechos del agresor, utilizando medios racionales para impedir este ataque. Los fallos seleccionados para el siguiente trabajo tienen en común que los medios que se han empleado para suprimir la agresión del atacante son armas de fuego, lo cual indica que ha existido un exceso en los permisos otorgados por el código penal, por la desproporción utilizada por los imputados. Excesos que se expondrán en el siguiente

capítulo.

De acuerdo con Nuñez (1999, pág. 167):

La legítima defensa puede ser de la propia persona o de los derechos propios (art. 34, inc. 6), o de la persona de un tercero o sus derechos (art. 34, inc. 7). La primera puede ser presumida (art. 34, inc. 6 incisos 2 y 3), actúa en defensa propia el que en defensa de su persona o de sus derechos, empleando un medio racionalmente necesario para impedir o repeler una agresión ilegítima y sin que medie provocación suficiente por su parte, le ocasiona un perjuicio a la persona o derechos del agresor. El presupuesto de la defensa propia es que exista una agresión ilegítima. La agresión es un ataque actual o inminente de una persona a la persona o derechos ajenos. Ese ataque existe cuando la conducta de una persona crea un peligro de menoscabo para la persona o derechos de otra. Este peligro también puede consistir en la amenaza de prosecución de un daño ya comenzado. Si el daño está concluido, el ataque no será actual ni inminente.

Para grandes sectores de nuestra sociedad, la figura de la legítima defensa, es un derecho a la protección y autodeterminación frente a aquellas personas que pretenden agredir o desapoderarnos del bien jurídico protegido. El derecho no necesita ceder ante lo ilícito, si el Estado no se hace presente al momento de la agresión ilegítima, la ley permite traspasar los permisos concedidos, siempre respetando los límites para que no llegue a configurarse exceso. Por supuesto es necesario realizar un análisis concreto en cada caso que se le presente al magistrado, pero si el peligro inminente ha cesado, el exceso se presenta como se observa en los fallos expuestos con carácter doloso en su accionar.

### **El bien jurídico protegido**

En las palabras de Soler, (1992 págs. 444/445):

La defensa es posible, en tales condiciones, sea cualquiera el bien jurídico contra el cual la agresión se dirija. Todo bien jurídico es legítimamente defendible.

Nuestra ley lo declara expresamente: "el que obrare en defensa propia o de sus derechos" o "en defensa de la persona o derechos de otro". Es, pues, errado restringir la defensa a determinados bienes, o declarar que esos bienes son defendibles solamente cuando exista peligro para la persona. La defensa de un derecho no puede ser declarada ilícita, en principio, sin decretarse el triunfo de la injusticia. El error que yace en esas divagaciones consiste en suponer que la legítima defensa debe terminar siempre con la muerte del agresor. No podría negarse que obra en legítima defensa el que, a empujones y puntapiés, saca de su oficina al que pretende substraerle un documento, o al que se empeña en permanecer en domicilio ajeno contra la voluntad del dueño. El problema no consiste en seleccionar determinados bienes para declarar que sólo éstos son defendibles, sino en la proporcionalidad, racionalidad o necesidad de la defensa. En este punto se dibujan dos corrientes doctrinarias y legislativas distintas. Para la técnica alemana, el único que da la medida de la reacción es la gravedad del ataque; cualquier bien jurídico puede ser defendido incluso con la muerte del agresor, si no hay otro medio para salvarlo. Esto depende de que, dentro de esa técnica, se separa absolutamente la legítima defensa del estado de necesidad y solamente este último funciona conforme con el principio de balanceo o comparación de los bienes.

Cuando se menciona el bien jurídico protegido, la ley no refiere específicamente a lo que realmente desea ejemplificar, abarca muchos conceptos, tales son, la vida, los bienes, la propiedad. Al ser tan subjetivo este concepto se depende enormemente de lo que el individuo desea valorar como bien jurídico, el hombre desea entrar en posesión de distintos objetos inanimados, ejemplo de ello es a lo que la sociedad hoy en día se encuentra tan apegada, como son los bienes materiales. La ley establece que debe existir una proporcionalidad entre los medios que se utilizan para repeler la agresión injusta y la defensa de los bienes. En los casos expuestos la agresión al bien jurídico había cesado, el exceso que cometieron los imputados fue extensivo; más allá de lo permitido por nuestras leyes. Ello nos lleva a concluir la necesidad de reforma, ya que es un error tipificar sus conductas como culposas o imprudentes. Luego de que sus bienes se

encontraban a salvo, tomar la vida se los agresores es actuar dolosamente y con voluntariedad de querer realizar el ilícito.

Como se explyan los maestros Zaffaroni, Alagia, Slokar (2002, pág. 617):

La evolución legislativa de la legítima defensa tuvo lugar en el ámbito de los delitos de homicidio y lesiones y se extendió luego a otros bienes jurídicos, particularmente a la propiedad, en especial con el industrialismo. De este modo pasó a la parte general de los códigos y, más recientemente, por efecto de dramáticas experiencias políticas, tiende a abarcar derechos que hacen a la autonomía pública de los habitantes, reconociéndose el derecho a la defensa del sistema democrático de gobierno. En la actualidad es prácticamente unánime la opinión de que todo bien jurídico es legítimamente defendible, aunque su lesión no sea relevada por el derecho penal. Esto está claro en la ley vigente, al expresar ésta que la defensa puede ser propia, de sus derechos, de la persona o de los derechos de otro (art. 34, incs. 6° y 7°).

Que mensaje realmente se pretende dar cuando se manifiesta de que “todos los bienes son objeto de defensa”; si el Estado no se hace presente, el individuo con los permisos otorgados por este estado se convierte en defensor, a fin de evitar que se produzca una lesión o un peligro de este bien jurídico. Bienes como la propiedad, se pueden encontrar en el artículo 17 de la Constitución Nacional que sostiene que la propiedad es inviolable, quiere significar que ni el Estado ni los particulares pueden dañarla, turbarla, desconocerla o desintegrarla.<sup>2</sup>

“El bien jurídico amenazado tiene que pertenecer al autor. Se acepta, sin embargo, la aplicación del estado de necesidad, mediando circunstancias especiales, cuando el agente, dándose las demás condiciones requeridas por la ley, actúa en socorro de un tercero”. (Creus, 1992, pág. 324).

---

2 Constitución Nacional. Art. 17

La necesidad racional de los medios empleados para impedir o repelar la agresión que se establece en el artículo 34, debe ser utilizados conscientemente para evitar que el mal que se pretende evitar, no sea superado por el resultado obtenido. Aquí podemos ejemplificar el caso de cuando a un individuo le roban la cartera, no puede defenderse de su atacante con un arma de fuego u otro medio de igual lesividad. Los medios utilizados por la víctima para defender y amparar el bien jurídico sobrepasan los permisos concedidos por la ley y he aquí el actuar doloso que nunca puede ser penado como lo establece el artículo 35 al encerrar todos los actos de exceso en la figura de la culpa.

“Una cuestión totalmente diferente y problemática es determinar en cada caso, conforme a la jerarquía del bien y a la intensidad de la lesión amenazada, la necesidad racional de la acción defensiva. Un borracho molesto no puede ser alejado con disparos de armas de fuego para defender el derecho a la tranquilidad nocturna, porque se dispone de medios menos lesivos y, por consiguiente, la defensa no es necesaria”. (Zaffaroni, Alagia, Slokar, 2002, pág. 618).

Los bienes jurídicos, para concluir, hacen referencia a aquellos bienes amparados por el derecho, es decir, son valores ponderados por el individuo como la vida, la propiedad etc. Se convierte dificultoso y se genera un importante debate en el trabajo que presentamos, cuando los bienes defendibles son de igual jerarquía, aquí se hace referencia a la “vida humana” y resulta muy arduo llegar a una conclusión. Lo que sí es inadmisibles tomar la vida del agresor para proteger nuestra propiedad privada o nuestros bienes materiales, que es lo que ocurre con los fallos analizados en el presente trabajo final. La vida humana es un bien invaluable y ningún bien material por más apegado a él que se encuentre la víctima puede ser objeto de resguardo, quitando así del plano primordial la vida de una persona. Por esta razón el objetivo del trabajo de grado es aportar como premisa principal que la figura dolosa se encuentre dentro de lo establecido en el artículo 35 del código penal, debido a que sus conductas son típicamente reprochables desvaneciendo en determinados casos la culpa y la imprudencia en el accionar de los imputados.



#### ***Capítulo 4: El exceso***

##### **Origen y evolución del instituto de la figura del exceso de la legítima defensa, en el marco de nuestro ordenamiento jurídico.**

Cuando se tiene planteado el problema de estudio (es decir, que se poseen objetivos y preguntas de investigación) y cuando además se han evaluado su relevancia y factibilidad, el siguiente paso consiste en sustentar teóricamente el estudio, etapa que algunos autores llaman “elaborar el marco teórico”. Ello implica analizar y exponer aquellas teorías, enfoques teóricos, investigaciones y antecedentes en general que se consideren válidos para el correcto encuadre del estudio (Rojas, citado por Hernández Sampieri, Fernández y Baptista Lucio pág. 25).

El marco teórico constituye un corpus de conceptos de diferentes niveles de abstracción articulados entre sí que orientan la forma de aprehender la realidad. Incluye supuestos de carácter general acerca del funcionamiento de la sociedad y la teoría sustantiva o conceptos específicos sobre el tema que se pretende analizar. En el nivel más general de la teoría encontramos el paradigma. Éste constituye un conjunto de conceptos teórico-metodológicos que el investigador asume como un sistema de creencias básicas que determinan el modo de orientarse y mirar la realidad. Estos principios no son puestos en cuestión por el investigador en su práctica cotidiana: más bien funcionan como supuestos que orientan la selección misma del problema o fenómeno a investigar, la definición de los objetivos de investigación y la selección de la estrategia metodológica para abordarlos. (Sautu, Boniolo, Dalle, Elbert 2005)

Resulta necesario investigar, dogmáticamente, cuál es el significado que, para nuestra ley, tiene la fórmula del art. 35 del Código Penal Argentino<sup>3</sup>, en cuanto se refiere a quien "hubiere excedido los límites impuestos por la autoridad". Es evidente que si tomamos

---

3 Código Penal Argentino. Art 35°

en consideración los antecedentes directos de ese precepto, la única conclusión posible es la de vincular esa parte de la fórmula con la obediencia jerárquica, toda vez que el origen de ese artículo se encuentra en la crítica formulada por Julio Herrera en su obra "La reforma penal" respecto al Proyecto de 1906, el cual no contemplaba disposición alguna relativa al exceso y por tal motivo señalaba ese autor la necesidad de adoptar un texto similar al que tenía el código italiano vigente en aquella época, expresando Herrera que "sería preferible una disposición general sobre el exceso que comprenda la legítima defensa, el estado de necesidad y la obediencia jerárquica". (Herrera, citado por Soler, 1992, pág. 474)

De acuerdo con Donna (1985, pág.16):

El artículo 35 del Código Penal Argentino, encuentra antecedentes legislativos en el Proyecto de 1917, preparado por la Comisión de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados de la Nación. El artículo 12 del Proyecto TEJEDOR (que serían luego los arts. 152 y 153 del Código Penal de Buenos Aires) afirmaba expresamente: "Cuando se ultrapasen los límites de la legítima defensa, si resulta de las circunstancias del lugar, del tiempo, de las personas, de la clase de ataque, etc., que el individuo atacado no se excedió, sino bajo la impresión súbita de la turbación causada por un espanto irresistible, esta imprudencia excusable no podrá dar motivo a la aplicación de la pena". Lo mismo será, si defendiéndose la parte atacada, emplea un medio de defensa lícito en sí mismo y proporcionado a la agresión, aunque resulte en perjuicio del agresor un daño que no era necesario para contener el ataque, y más grande que el que tuvo voluntad de inferir la persona forzada a defenderse. Toca por lo demás a los tribunales decidir, según las circunstancias de cada caso, si la transgresión de los límites de la legítima defensa ha tenido lugar solamente por imprudencia, o ha sido el resultado de una intención criminal. Y en la nota afirmaba, que el art. 12 del Proyecto, tenía su fuente en los arts. 130, 131 y 132 del Código de Baviera.<sup>4</sup>

---

4 Código de Baviera Art. 130°, 131° y 132°

El caso del Ingeniero Santos, uno de los fallos presentados en el trabajo final de grado, no puede encuadrarse en lo mencionado por el Proyecto Tejedor en su art. 12, debido a que independientemente que el sujeto se haya encontrado en una situación de turbación, causada por un espanto irresistible, nunca la agresión se puede justificar, debido a que no sólo el peligro ya había cesado sino que el sujeto actuó de manera dolosa; el caso ocurrió en el año 1990, en el cual esta persona fue asaltada por dos delincuentes que le extrajeron el pasacasete de su auto. El Sr. Santos había sido robado en reiteradas ocasiones, subió con su esposa al auto, y decidió seguir a los delincuentes que se dieron a la fuga en un vehículo, al gritar su mujer, Santos dedujo que los iban a matar, entonces disparó con un arma que tenía en su poder a los delincuentes que no portaban ningún arma de fuego, ambos murieron en el acto. La justicia falló, y resolvió concederle tres años de prisión en suspenso por homicidio con exceso en la legítima defensa. La Cámara de Apelaciones rechazó el fallo y cambió la carátula por homicidio culposo, aliviándole la pena.

En este caso, como podemos observar, el peligro ya había cesado, y el bien jurídico protegido “su vida y la de su mujer” ya no se encontraba al alcance de los delincuentes, debido a que ambos se dieron a la fuga. Este caso sentó precedentes y fue un punto de partida, en nuestro Ordenamiento Jurídico Argentino, no solo porque se entiende que fue injusta la resolución dictaminada, sino porque existe una desproporción enorme entre el bien jurídico afectado (pasacasete) y la vida de los delincuentes.

Con este caso el país se encontró dividido, y en algunos medios denominaban a Santos “como el justiciero”, sostenían que el imputado había sido víctima en reiteradas ocasiones de actos delictivos, y que su conducta estaba justificada, otros entendían que más allá de lo ocurrido, no era necesario que el imputado llegara a tales instancias, la cual lo llevó a quitarle la vida a dos personas. He aquí como se observa las severas injusticias de encuadrar el exceso solo en la teoría de la culpabilidad, en donde los magistrados consideraron que no existió voluntad de querer realizar el hecho, cuando no es así, el sujeto obra en pos de obtener el resultado deseado, quiere matar y mata.

No obstante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala II

del 19/09/1992 en los autos “Santos Horacio A.”, dictaminó que...“las características que rodearon el episodio en estudio, la actitud asumida por el sujeto desde el comienzo, y en consecuencias posteriores, hasta su culminación, no alcanzan, a nuestro juicio, para sostener que el nombrado vio reducida de modo tal su aptitud de comprensión y de autodeterminación como para considerarlo inimputable. No obstante aceptar que pudo verse profundamente afectado en su capacidad intelectual y volitiva, tomando en consideración las causas psicológicas-biológicas que pudieron haber influido en la personalidad del encausado...”.<sup>5</sup>

La cámara resolvió revocar la resolución y dejó sin efecto el procesamiento de Horacio A. Santos debiendo el a quo actuar en consecuencia de lo ocurrido.

“El art. 151 del Código de Baviera<sup>6</sup> establece, que el homicidio, *hominis coedes*, comprende en su sentido más general, “todo ataque a la vida del hombre, pero bajo esta denominación genérica se comprenden hechos distintos por su naturaleza y carácter moral”. Así el homicidio puede ser el resultado de un accidente, o la consecuencia de una falta, puede cometerse sin intención o ser premeditado. En cada uno de estos hechos se modifica y cambia la naturaleza: en unos casos no es punible, en otros casos es pasible de pena ligera, y en otros un crimen grave, el más grave de todos”. (Tejedor 1867, pág. 221).

Entendemos que no sólo basta encontrarse perturbado para cruzar el límite en la legítima defensa; el agredido se tiene que encontrar en una situación extrema de necesidad, y que esta necesidad mencionada conlleve exaltación, temor y perturbación en la persona que excede esta figura.

De acuerdo con Zaffaroni “El código de Baviera de 1813 contenía circunstancias de agravación y de atenuación. Las eximentes se hallan por primera vez en un texto racionalmente expuestas, y excepcionalmente la legítima defensa es contemplada en la

---

5 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala II del 19/09/1992 Santos Horacio A.

6 Código de Baviera, art.151°

parte general". (Zaffaroni, 2000 págs. 66 y 64)

Zaffaroni entiende también que los antecedentes legislativos de esta problemática disposición, son también complicados. Los más remotos se hallan en el código Tejedor, que responde al código bávaro, como se mencionó con anterioridad. Esta disposición sufrió mutaciones tan significativas, en el curso de la evolución legislativa. El antecedente histórico más directo del art. 35 del Código Penal Argentino, se referiría únicamente a los casos de obediencia debida, legítima defensa, y estado de necesidad (art. 49 del código Zanardelli). Pero el texto Argentino no contiene precisión alguna, por lo que se le 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 supuestos del inciso 2° a 7° del art. 34 del Código Penal Argentino. (Zaffaroni, Alagia, Slokar, 2002)

Se encuadra al exceso como un acto punible e ilícito; no se debe confundir con el error, en donde el sujeto considera que él mismo se encuentra en una situación justificada, que lo exime de realizar la conducta antijurídica. En algunas circunstancias se observa que no resulta de esa manera, debido a que el exceso siempre aparece informado con la finalidad de defenderse uno mismo, y no de agredir a la otra persona, lo cual no es el caso de los fallos presentados en donde los imputados se toman la vida de los agresores por mano propia.

El proyecto de Código Penal de Carlos Tejedor, en sus comienzos limitó su aplicación al homicidio carente de circunstancias atenuantes; eximió de ella a las mujeres, los menores de dieciocho años y los mayores de setenta, en aquellos tiempos era un gran avance para la sociedad, de todos modos los derechos humanos no eran fuertemente respetados. También prohibió su aplicación por solas presunciones y cuando el trámite de la causa excediera, sin culpa del acusado y estando detenido de dos años. Por otra parte, no podía ejecutarse más de un reo por cada delito; si eran más, la suerte decidiría quién había de sufrirla (Levaggi, 1978).

De acuerdo con Tejedor el comentario oficial afirmaba que quien es atacado, debido a la

agresión, no puede conservar siempre la sangre fría, necesaria para observar la medida exacta de la defensa, y ésta es la causa de que no se aplique pena (Citado por Donna, 1985. pág. 16).

Hay quienes consideran que existe un carácter doloso en este exceso; en varias ocasiones la doctrina se ha dividido fundando diversas razones. Algunos autores sostienen que el temor, la sorpresa, la exaltación pueden determinar un error que quita el excesivo carácter de doloso a esta figura, haciéndolo imputable solo a título de culpa, eliminando la antijuridicidad de la misma. Se considera que no es cierto en su totalidad, no es justo encuadrar los casos de exceso solo en los límites de la culpa y la imprudencia cuando el imputado realiza el cometido que se propone. Es aquí cuando el dolo protagoniza el accionar de estos individuos que incurren en el exceso.

El fallo que se expone también en el siguiente trabajo es el caso Zamora/Gomez, resulta ser otro caso emblemático de utilización de armas de fuego, aquí los medios empleados para repeler la agresión son los mismos, debido a que el imputado y la víctima tenían en su poder armas de fuego. Ramón Fermín Zamora, se desplazaba por una avenida de su ciudad en compañía de uno de sus empleados, del mismo modo la víctima el Sr. Gomez circulaba por la misma dirección. Zamora haciendo caso omiso a las reglas de tránsito impacta su vehículo con el del Sr. Gomez. Con una actitud iracunda Gomez, desciende de su vehículo con un arma de fuego en su mano amenazando a Zamora, al observar esto, Zamora desciende del camión con un arma en su cintura cuando Gomez dispara su arma dos veces sin lograr herir a Zamora, al ver esto Zamora intenta repeler la agresión empujando a Gomez el cual impacta contra su vehículo y realiza un tiro de gracia en la cabeza de la víctima dando como resultado la muerte de Gomez.

El abogado de la familia Gomez, manifiesta que Zamora había provocado a la víctima embistiéndolo con su vehículo y sostiene que el impacto del choque da lugar a un obrar culposo, debido a que no había respetado las distancias reguladas entre los vehículos.

“Tejedor se ocupó del exceso con amplitud, respecto a la legítima defensa; luego del

proyecto de 1881, lo redujo al mal uso del derecho, y es a través de Julio Herrera, quien elaboró, una disposición genérica, que aparece en el Proyecto de 1917 en los términos actuales. Todos acentúan el carácter culposo del instituto. Subjetivamente, el exceso según la máxima legal, tiene un contenido culposo, sin embargo un sector de la doctrina considera que posee igualmente un contenido doloso”. (Citado por Lascano, 2005, pág. 457).

Otro fallo que se considera relevante de acuerdo con la temática planteada, fue el ocurrido en la Ciudad de Mar del Plata, en el que se rechaza el recurso de casación interpuesto. Los hechos ocurridos a grandes rasgos fueron los siguientes: Un menor intimida a un funcionario de la fuerza (W.G) reclamando, le entregara monedas, respondiéndole el imputado que se retirara. Uno de los testigos manifiesta que la víctima volvió con un buzo en su mano, aparentando ocultar un arma de fuego debajo de su manga, agrediendo al imputado y repitiendo le entregara dinero o “le volaba la cabeza”, debido a esto el imputado extrajo el arma de su cintura y efectuó varios disparos espaciados al piso. Uno de los testigos afirma que la víctima se dio a la fuga porque los disparos lograron asustarlo. La defensa establece que como el menor salió huyendo al primer disparo, no era necesario seguir efectuando más por parte del imputado, uno de los cuales logra herirlo, ya que el cometido de asustarlo había sido logrado.

El imputado manifestó que sólo había disparado una vez, y que los otros disparos habían sido producto de que el gatillo de la pistola era muy celoso. Aquí entendemos que si el menor se había dado a la fuga después del primer disparo, no era necesario continuar disparando, el peligro de robo con la aparente arma de fuego ya había cesado, y el imputado se encontraba fuera de peligro. En este caso la víctima se ha convertido en victimario, por las razones que los límites a la hora de neutralizar un ataque, tienen que estar acompañados de un nivel de coherencia y sin propósitos de lucha, el funcionario actuó intensificando innecesariamente su derecho de defensa.

En estos autos de la Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires (Causa N° 36.179), caratulados “G., W. G s/ Recurso de casación., rta. 8

de Octubre 2009 se establece que....“Aun cuando se hubiese comprobado que la víctima no tuviera en su poder un arma de fuego, la simulación efectuada por ella, de todos modos, hubiera tornado inexigible una conducta menos lesiva que la desplegada por W. G., desde que su error inevitable sobre ese presupuesto objetivo de la justificación, si bien objetivamente hubiera derivado en un exceso intensivo, a nivel subjetivo hubiera eliminado su culpabilidad.....”

Por otra parte se podría plantear que, al no existir espacio acreditado en los disparos del funcionario de la fuerza, y al haberse encontrado en una situación en la que existía por parte del menor una intimidación hacia su persona con un aparente arma de fuego, el temor del policía podría encontrarse fundado y justificado. Pero al ser “aparente el arma de fuego” sumado al deber que embiste como funcionario de la fuerza, no sólo tendría que haber ordenado al menor que no continúe con esas conductas intimidatorias, sino que una vez que el mismo se dio a la fuga no era necesario seguir disparando su arma, ya que la agresión había cesado.

Parte de la doctrina realiza afirmaciones en lo respectivo a la defensa, y establece que cuando el ataque ya ha cesado y el individuo no se encuentra en peligro, éste se toma como un simple pretexto de justificación. El ataque tiene que ser actual e inminente, si no nos encontramos en esta situación, se observa un exceso doloso en la figura. Los hechos deben ajustarse a los límites de una racionalidad acorde con la gravedad del hecho.

No obstante, encerrar la figura del exceso culposo en un único caso, resulta imposible, debido a que no solo depende de la subjetividad del juzgador, sino que las herramientas para encuadrar el exceso son acotadas debido a la arbitrariedad del articulado. Hay que replantear cada situación en particular, estudiar los medios empleados, el lugar, el tiempo donde ocurrió el hecho delictivo, y esto nos lleva a concluir que una mínima diferenciación en los hechos pueden cambiar la valoración del juzgador, debido a la dinámica y variabilidad de la criminalidad o no del acto. Por estas razones expuestas es necesario crear en la conciencia de los legisladores una modificación del artículo 35

C.P, poder dar lugar a las conductas dolosas de los imputados y no solo tipificarlas como culposas e imprudentes las cuales resultan en algunos casos injustas.

### **Exceso en la legítima defensa**

“Al desarrollar una conducta justificada, puede suceder que el autor intensificando su acción, traspase los límites permitidos por la ley y la necesidad, situación regulada en el art. 35 del C.P cuando habla del exceso que cubre todas las justificantes. El que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado por el delito de culpa o de imprudencia”. (Lascano, 2005 pág. 457).

El exceso en la legítima defensa se presenta cuando en primer lugar el agresor pone en peligro la vida del imputado y, como consecuencia, cuando el imputado pretende defenderse repeliendo la agresión. Aquí se logra una transformación, que el atacante termine convirtiéndose en la víctima. Se observa un intercambio de roles en las figuras de ambos.

El código penal no prevé la figura dolosa del sujeto, los fallos que se han expuesto en el presente trabajo hacen que la culpa que preve el artículo 35 desaparezca. No obstante lo que regula nuestro código hoy en día es tipificar estas conductas en la figura de la culpa o la imprudencia como si existiese en el accionar de estos sujetos una ausencia de intención criminal, cuando se considera que han actuado no para defender sus bienes, los cuales ya se encontraban fuera de la órbita del peligro, sino para causar un mal ilegítimo.

“Para el referido derecho, el exceso es impune cuando el sujeto obra perturbarlo, temeroso o espantado. Siendo, para nosotros, un hecho punible, no cabe duda de que contra él es posible la legítima defensa y que puede dar lugar a responsabilidades civiles, si bien ocurrirá con frecuencia que la reparación correspondiente sea menor a la ordinaria, en razón de que, frecuentemente, en especial en los casos de exceso en la defensa, existirá una compensación de culpas, a norma de los arts. 1109 y 1111 del C.C.”. (Soler, 1992, pág. 480).

En el caso de Santos, luego que queda sin efecto su procesamiento como imputado en la causa, las familias de las víctimas damnificadas realizaron acciones civiles con el fin de lograr un resarcimiento económico por los hechos ocurridos. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala II del 19/09/1992 en los autos “Santos Horacio A.”, dictaminó que pudo verse profundamente afectado en su capacidad intelectual y volitiva, tomando en tomando en consideración las causas psicológicas-biológicas que pudieron haber influido en la personalidad del encausado....”.<sup>7</sup>

La cámara resolvió revocar la resolución y dejó sin efecto el procesamiento de Horacio A. Santos debiendo el a quo actuar en consecuencia de lo ocurrido.

Sostiene Creus (1992, págs. 336/337):

Puede ocurrir que en el desarrollo de una acción justificada el agente llegue a emplear medios que "excedan de la necesidad", es decir, que haya intensificado su acción más allá de lo que era admisible para que quedase adecuada a la justificante. Tal es el tema del exceso. La doctrina de sistemas que no contienen una previsión legal de él, elabora su teoría como un supuesto de inculpabilidad que en algunos casos puede llegar a excluir totalmente la reprochabilidad de la conducta y en otros (el exceso como error procedente de la violación de un deber de cuidado) puede dejar vigente la reprochabilidad de aquélla a título de culpa. Nosotros contamos con una regulación expresa en el art. 35, C.P.: "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". 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 lo reprocharía a título de dolo- o

---

<sup>7</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala II del 19/09/1992 Santos Horacio A.

debe ser querido siempre como un medio para actuar justificadamente -en cuyo caso sería reprochable a título de culpa.

La finalidad de la legítima defensa, tiene como fin evitar las consecuencias lesivas de una conducta antijurídica, tratando de que el agresor no logre el resultado pretendido, aquí se ponderan límites, y ellos son quebrantados cuando se comete un exceso de este instituto. En algunas ocasiones no es justo suponer que, si el sujeto ha obrado con temor en su accionar debido a que la sorpresa del ataque lo ha introducido en un error de cálculo, al defenderse nos pone en presencia del carácter doloso. No obstante se considera que no en todas las situaciones ocurre esto, el juez tendrá que discernir cada situación en particular debido a todos los factores externos que pueden incurrir en el hecho se diferencian de cada situación. Pero como se observa en los fallos presentados aquí los sujetos que incurren en el exceso, evidencian que tienen la voluntariedad de cometer el ilícito, su conducta es reprochable a título de dolo y no de culpa como reza el artículo 35.

### **Concepto de defensa putativa y su discrepancia con el exceso en la legítima defensa.**

A modo ejemplificativo, se procederá a realizar una introducción del instituto de la defensa putativa y aquellas contradicciones que se pueden encontrar en la temática de estudio que se presenta en el trabajo final de grado. Se desarrollarán diferentes posturas doctrinarias solo con el fin de entender el instituto de la defensa putativa y las discrepancias que tienen con la figura del exceso en la legítima defensa.

Cabe aclarar que el presente trabajo no versa sobre el instituto a continuación expuesto, no obstante considero de menester importancia realizar una introducción pertinente de la temática a los fines de enriquecer la investigación propuesta. La misma se desarrolla cuando sujetos que incurren en este presupuesto actúan bajo el espejismo de suponer erróneamente un ataque que no existe. Solo es creado por una ilusión en donde actúan típicamente creyendo que se encuentran autorizados para defender de aquella agresión que nunca ha existido.

“Existe legítima defensa putativa cuando el sujeto cree erróneamente que concurren los presupuestos de la legítima defensa. Al ser un error se lo trata, generalmente, al estudiar la responsabilidad. Cuando el error versa en modo inculpable de la falsa apreciación de una agresión injusta, también excluiría la punibilidad pero por una causa de inculpabilidad”. (Lascano, 2005 págs. 434/435).

En estos casos el sujeto supone que se cree permitido obrar de esa forma, que la ley lo autoriza a realizar el ilícito. La notable diferencia entre este instituto y la legítima defensa es que en el caso que nos compete en el trabajo de grado, el individuo intenta defender sus bienes de aquella agresión ilegítima, cuando en la defensa putativa es sólo un imaginario del sujeto que recae en el error de suponer que existe una agresión ilícita cuando en realidad nunca se ha encontrado en peligro ni su vida, ni sus bienes.

“Al estudiar el influjo del error en la responsabilidad hacemos un detenido análisis de las situaciones que genera. Cuando el error versa, en modo inculpable, acerca de la existencia de un peligro, producido por algo que erradamente también, se cree una agresión injusta, prodúcese una situación llamada de legítima defensa putativa, que lleva también a la impunidad, pero por otro camino”. (Soler, 1992 pág. 460).

Bajo estos presupuestos, queda al descubierto que las eximentes putativas, no son sino un caso del exceso”. En efecto, en ellas el error del autor versa sobre un presupuesto objetivo de una causa de justificación: el autor cree que se encuentra en una situación de necesidad, pero objetivamente tal situación de necesidad no se da. (Bacigalupo 1973 pág. 53 y 54).

Como bien lo expusieron los autores estamos en presencia de un supuesto error de hecho no imputable, ya sea por error o ignorancia, y donde existe error no podemos dar lugar al hecho doloso, sino culposo. El sujeto se ve envuelto en una situación que cree defenderse legítimamente de una agresión que no existe. Hace varios años en la década del 80 en los Estados Unidos se ha dado a conocer un caso muy famoso sobre la

temática planteada. *El caso Goetz* un individuo que vivía envuelto en un incesante miedo imaginario y que siendo víctima de reiterados robos, tomo la decisión de comprar un arma de fuego para proteger su vida ante incesantes asaltos. Un día tomó el subterráneo y observó como unos jóvenes afroamericanos que se encontraban en el mismo vagón en donde viajaba se acercaban pretendiendo que Goetz les entregara dinero, como consecuencia del pedido reiterado Goetz y bajo la insistencia de estos, toma el arma e impacta disparos contra estos jóvenes, causándoles lesiones graves. Como resultado de sus disparos, uno de estos jóvenes queda paralítico. Los estudios psicológicos que le realizaron a Goetz demuestran que por sufrir miedo insuperable creyó que iba a ser víctima de otro asalto, creyendo que iban a matarlo y que su vida y sus bienes se encontraban en peligro. Los Estados Unidos tiene un sistema legal en el ámbito penal muy diferente al de nuestro país, de todas formas a modo de ejemplificar el instituto se ha elaborado el caso para poder lograr una mayor comprensión de la defensa putativa.

Concluyendo a Goetz lo sentencian a 1 año de prisión por un Delito de Posesión Ilegal de Armas. En todas las partes de New York se podían ver grafitis y carteles “Bernie Goetz for Mayor” (Berni Goetz para la alcaldía). Se convirtió en un símbolo contra el desorden y el crimen callejero. Todos los atracadores que atacaron a Goetz, menos el que se quedó en la silla de ruedas, están en la cárcel: uno por una violación, otro por un atraco a mano armada, y el último por un robo con violencia.<sup>8</sup>

Un hecho muy comentado por la jurisprudencia Argentina, pero que se trae a consideración para concluir este tema sobre defensa putativa, es el caso del Sr. Ramirez<sup>9</sup> que creyendo que se encontraba repeliendo una agresión de un individuo que había ingresado a su propiedad, confundido disparó contra su esposa, la cual resultó muerta debido al impacto de sus disparos. Aquella noche Ramirez había sido alertado por su mujer, la cual le solicitó que cargara su arma, debido a que había oído disparos y

---

8 Fuente: Juan Paulus Casos judiciales. Recuperado el día 18/03/2013 [<http://juanpaulus.wordpress.com/2008/11/05/el-caso-goetz/>]

9 Cámara Criminal Segunda de Córdoba, el 16/7/40 (Integrante Velez Mariconde)

ladridos de perros en el exterior de la casa, temiendo un ataque. Pasada unas horas, al oír un ruido extraño, Ramirez se despierta semidormido y pudo dilucidar una figura de una persona vestida de blanco que ingresaba a su habitación, confundido creyendo que era un ladrón disparo contra el intruso, acto seguido cuando intenta buscar a su esposa para tranquilizarla se dio cuenta de la tragedia sucedida. Ramirez creyendo que iba a ser víctima de un ataque disparó contra su mujer causándole su muerte.

La Cámara estableció...El error recae esencialmente sobre el hecho mismo que se le atribuye, y no sobre la calificante del vínculo conyugal, porque debido a ese error, formado al calor de las condiciones objetivas y subjetivas del suceso, en la oscuridad de la noche, pudo razonablemente pensar que era víctima de un sorpresivo ataque en su propia habitación...” (Cámara Criminal Segunda de Córdoba, el 16/7/40 (Integrante Velez Mariconde)

La diferencia entre la legítima defensa y la defensa putativa es que en esta última el individuo cree encontrarse en una situación de peligro que no existe, lo cual en la legítima defensa si ocurre que los bienes jurídicos son objeto de peligro. Las situaciones que se presentan en la defensa de los bienes en lo establecido por el artículo 34 establece que la ley permite a los individuos realizar un ataque contra el sujeto que pretende despojarnos de ese bien. Nuestro objetivo es ir más allá de la defensa de los bienes, debido a que una vez que se encuentran fuera de la orbita del peligro o que la amenaza o el riesgo ha cesado el sujeto ilícitamente realiza un daño al agresor. Es aquí donde las herramientas para juzgar la conducta de este sujeto son acotadas y se hace necesaria la reforma del artículo 35, en donde se tome al dolo como conducta reprochable.

Quien intenta defenderse ante una agresión actúa dentro de los parámetros de la justificante, la misma no puede ser penada porque subjetivamente el individuo desea repeler la agresión y objetivamente se encuentra dentro de los parámetros de las justificantes putativas. Difiere en los casos de que los sujetos actúan con el fin de querer dañar al agresor, aquí no se pretende actuar en post de defensa de sus derechos sino actuar dolosamente sin conocer que se dan los presupuestos objetivos de las causas de

justificación.

### **Concepto y diferenciación del exceso intensivo y exceso extensivo**

“En relación con el exceso del autor inducido es conveniente tratar aquí tres supuestos diferentes: El autor realiza un tipo penal que contiene los mismos elementos que el delito inducido, pero además otros que determinan una mayor punibilidad (llamado exceso intensivo o cualitativo)”. (Bacigalupo, 1999 pág. 528).

Indica Soler (1992, pág. 475):

Es de suma importancia subrayar que el exceso consiste en una intensificación de la acción (exceso intensivo). Ello da por resultado que la acción excesiva es, podría decirse, de la misma naturaleza, del mismo género de la acción inicial o de la acción necesaria, y no de un género distinto. Esta diferencia origina lo que los alemanes llaman exceso extensivo, en el cual la acción no va en la misma dirección que el ataque, y éste aparece como un simple "pretexto" de justificación. Habrá, pues, exceso, cuando el sujeto, en las condiciones en que concretamente se halló, pudo emplear un medio menos ofensivo e igualmente eficaz (pudo herir con eficacia liberatoria, y mató). Téngase bien presente, sin embargo, que la desproporción objetiva de los medios empleados no lleva necesariamente a la figura del exceso; la paridad externa de los instrumentos no tiene valor, según ya lo hemos dicho al hablar de la "necesidad racional del medio empleado" en la legítima defensa.

“De todo esto es fácil deducir que quien obra excediéndose intensivamente, o bien en los casos de eximentes putativas, en la medida en que quiere el resultado típico, obra con dolo”. (Bacigalupo, 1973 pág. 113).

Este tema se puede concluir ejemplificando los fallos tomados como base de este trabajo, en el caso del Ingeniero Santos nos encontramos frente a un exceso extensivo de la legítima defensa, debido a que la agresión ilegítima del bien jurídico ya se

encontraba fuera de peligro, pero el imputado omitiendo esta situación optó por realizar una persecución a las víctimas prefiriendo tomar la vida de los agresores.

En cambio el exceso es intensivo cuando estando presente la agresión ilegítima, el acto para repelerlo es desproporcionado con el actual.

En los casos propuestos ninguno de los imputados a utilizado un medio menos ofensivo para repeler la acción, es más la agresión ya había cesado y sin importar se procede a tomar la vida de los agresores.

Esto nos lleva a concluir la imperiosa necesidad de reforma de nuestro código, es necesario que se pueda juzgar a título de dolo las conductas realizadas por algunos sujetos que incurren en el exceso. Entender que cuando se encuentra fuera de la orbita de peligro nuestros bienes, el accionar tipificado en la conducta nunca puede catalogarse dentro del instituto de la culpa o la imprudencia, debido a que existe discernimiento, intención y libertad de realizar el hecho, que se convierte en doloso y no culposo como se establece en nuestro código penal.

## ***Capítulo 5: El dolo y la culpa***

### **¿Estamos frente a un hecho doloso o culposo e imprudente?**

“El Código penal no sigue como regla general el principio qui versatur in re illicita respondit etiam pro casu, sino el de nulla poena sine culpa. Este principio no está específicamente expresado en el Código penal, pero surge del artículo 34, que libera de pena al autor que en el momento del hecho, al cometerlo, no ha comprendido su criminalidad, o no ha podido dirigir sus acciones (inc. I), o no ha gozado de libertad de decisión”. (Nuñez, 1999 pág. 177).

Es claramente necesaria la reforma del artículo 35 del Código Penal, en los casos presentados como análisis los imputados tienen en común la conciencia de infligir al adversario un mal necesario, debido a que la acción defensiva que proponen es innecesaria cuando su bien jurídico se encuentra fuera del peligro. El exceso es un actuar intencional de estos sujetos y por ello como resultado obran dolosamente y ese resultado es querido por el autor.

“La culpa, y hasta el dolo, atribuyéndolo a un error de cálculo, por no haberse hecho lo que en la misma situación hubiera hecho un hombre prudente. Ahora bien, el delito culposo se concibe cuando tiene su causa en la inobservancia de una norma de comportamiento, no ya en el efecto que produce una violencia injustamente sufrida”. (Donna, 1985, pág. 32)

La diferencia en el exceso que resulta pasar del estado culposo o doloso no solo es la intencionalidad de querer dañar al sujeto, sino en sí la inminencia de cómo se repele la agresión, si este ataque es actual los permisos concedidos por la ley comienzan a amparar al individuo que realiza el acto, pero si el ataque ha cesado y el bien jurídico se encuentra fuera de peligro, el dolo toma protagonismo. Ello es el tema de análisis que presentamos en el trabajo, las herramientas de nuestros jueces, en relación al articulado

que necesita reforma, son tan acotadas que solo pueden encuadrar la conducta de los imputados como culposa o imprudente cuando es evidente que el dolo toma protagonismo.

Bacigalupo (1973, págs. 51/52):

No se trata de una disposición aislada, porque puede comprobarse de inmediato que el C. P Argentino, no solamente se refiere al error en el art. 34. Sino que lo hace también en el art. 35 C.P. Este artículo, 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, aunque atenuada. 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 C. P. es evidentemente impropia, en la medida en que quien se excede hace lo que quiere hacer, mientras que en la culpa, al contrario, produce lo que no 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.

En los fallos presentados, si bien los autores penalmente responsables, no han tenido actos preparatorios para delinquir, han actuado dolosamente excediéndose en los límites impuestos por la ley. Serían imputables a título de dolo y no de culpa. Es necesario que se revea la posibilidad de reformar este articulado para entender que la ilicitud y la voluntariedad de los sujetos forma parte del deseo de dañar al otro.

Expone Donna (1985, pág. 78):

La culpabilidad fundamenta "el reproche contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica, más cuando podía omitirla. La conducta del autor no es como se la exige el derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del derecho. Él hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma. En

este poder del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica, reside la esencia de la culpabilidad; allí está fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de culpabilidad al autor por su conducta antijurídica". Aquí vuelve otra vez a estar en todo su esplendor la teoría de la acción, ya que como es "a través de la voluntad que el autor hubiera podido dirigir de acuerdo a la norma su conducta, el objeto primario del reproche de culpabilidad es la voluntad y sólo a través de ella también toda acción, por ello culpabilidad es reprochabilidad de la configuración de la voluntad.

"El art. 34 inc. 1, al requerir la "posibilidad de la comprensión de la criminalidad", establece solamente que esa posibilidad es un presupuesto para la aplicación de una pena, pero, no indica que la comprensión efectiva sea un elemento del dolo, es decir no determina su posición sistemática. Mientras el error del art. 34 inc. 1° C. P. excluye el dolo, el error sobre la prohibición del art. 35 sólo atenúa la pena". (Bacigalupo, 1973 pág. 53).

Las corrientes que afirman que el exceso es un hecho doloso sostienen que quien se excede de los límites impuestos realiza su cometido y hace lo que realmente quiso lograr, mientras en la culpa se produce lo que no se quiso en el primer momento, ni pensó que ocurriese. Para que el exceso sea culposo o imprudente es necesario que se viole un deber de cuidado no querido por el autor, pero esto no siempre se presenta, se observa concretamente que no se viola un deber de cuidado o diligencia, se pretende obrar dolosamente y se logra el objetivo. De esta manera el artículo 35 se presenta cada vez más limitado para definir estas conductas, no da lugar a la intencionalidad, solo a la culpa o imprudencia que como observamos no siempre se hace presente.

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 sólo a título de culpa". Entiéndase que 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". Y agrega: "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". (Soler, citado por Donna, 1985, págs. 41, 42 y 43).

Ni el temor, ni la sorpresa, ni la agitación como indica el Dr. Soler son presupuestos que se encuentran en la conducta de los fallos jurisprudenciales tomados en cuenta para fundamentar este trabajo de grado. No solo la escala penal que nos proporciona el artículo 35 es muy baja a nuestro criterio, sino que también se considera que es arbitrario su contenido debido a que determina el carácter culposo en el instituto del exceso en la legítima defensa y no deja lugar a la intencionalidad del sujeto de obrar con ilicitud dolosa.

Bacigalupo por su parte, sostiene la teoría de que el hecho es doloso, diciendo: "La punibilidad atenuada que establece el art. 35 se explicaría, de acuerdo con esto, en la evitabilidad del error sobre la antijuridicidad (es decir, sobre la falta de necesidad) de la acción cumplida, pero dejaría intacto el dolo del hecho. Y más extensamente lo explica en Tipo y error cuando dice: "Este artículo (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 en 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" (Bacigalupo, citado por Donna 1985 pág. 50 y 51).

Se adhiere totalmente a lo referido por el Dr. Bacigalupo, no existe el instituto culposo cuando el sujeto excede sus conductas logrando su objetivo en donde realiza su cometido, en la culpa no existe intencionalidad de daño, el sujeto obra sin querer realizar la agresión, solo a los fines de repeler la misma. No obstante no ocurre en los fallos presentados, en donde todos los protagonistas actúan dolosamente.

Enseñan Zaffaroni, Alagia, Slokar (2002, pág. 644):

Para algunos el art. 35 abarca sólo conductas culposas; otros entienden que se trata de conducta dolosas, hay quienes opinan que las acciones allí previstas registran una atenuación que se funda en un error de hecho vencible que las hace culposas ; para otro sector, registran un menor grado de culpabilidad por miedo o emoción ; para otros la menor culpabilidad responde a un error vencible de prohibición ; 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); suele distinguirse el exceso en extensivo (cuando la conducta continúa una vez cesada la situación objetiva de justificación) e intensivo (cuando la conducta lesiona más de lo racionalmente necesario). Dentro de esta variante hay quienes afirman que el art. 35 comprende discriminadamente ambas hipótesis, otros que afirman que sólo abarca el extensivo y otros para quienes sólo abarca el intensivo; por último, existen opiniones dispares respecto de los supuestos del art. 34 al que se refiere el art. 35. Esta enumeración de discrepancias pone de manifiesto la enorme dificultad que ofrece el texto, muy poco recomendable desde la perspectiva de lege fe renda.

Parte mayoritaria de la doctrina sostiene que el exceso configura un delito de índole culposo, debido a que por un error de cálculo desproporcionado del medio para repeler la agresión, el nerviosismo y el terror del momento, no llevan a una intencionalidad del

individuo con el fin de anular al agresor, sino repeler el ataque inminente del cual se encuentra envuelto, debido a que al encontrarse expuesto la víctima no elige un discernimiento preciso ni utiliza los medios adecuados para salvarse, actúa de modo imprudente. Ahora no se trata de exceso de defensa, sino exceso de legítima defensa por esta razón hay corrientes que comulgan con lo que establece nuestro artículo 35, en donde la conducta de estos sujetos solo es reprochable solo a título de culpa, cuando la finalidad de la presente investigación es que la conducta sea reprochable a título de dolo.

Otros autores en cambio entienden que si existe un abuso de autoridad, en el exceso ya se configura doloso este instituto, es el típico ejemplo del fallo expuesto del funcionario de la fuerza que no advierte a su agresor que si no culmina con las reiteradas amenazas va a neutralizarlo. No solo se trata de un exceso extensivo, en donde el dolo se hace presente, sino abuso de su autoridad como en el ejercicio de su cargo.

Al tomar posición en la polémica si el exceso es doloso o culposo, dice: "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 pena 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". Y termina diciendo: "En este caso, el dolo propio del hecho se

transforma en culpa, originando tipos delictivos culposos cuya especialidad consiste en que la culpa excluye la debida medida de una acción que aparece justificada a los ojos del autor" (Nuñez, citado por Donna 1985 pág. 47 y 48).

Se considera que el exceso, para ser punible, tiene que ser querido, se tiene que obtener el resultado deseado por el sujeto; pero el problema se presenta que el artículo 35 no prevé esta variante, y de esta forma no se lo puede reprochar a título de dolo.

La opinión de Núñez, según la cual el contenido subjetivo del exceso en el art. 35 de penal del correspondiente delito culposo importa solamente la fijación de una penalidad, choca contra el hecho de que incriminándose sólo ciertas formas de deliro culposo, cuando el hecho culposo no esté previsto, habría que aplicar la pena del delito doloso. La opinión podrá entre nosotros ser valedera de lege ferenda; pero no hay duda de que no es admisible de lege lata. (Nuñez, citado por Soler 1992 pág. 479).

En el exceso el sujeto tiene lograr el resultado de lo que se propone, al ser un medio para justificar su accionar el art. 35 lo presenta como un accionar culposo, solo con el fin de resguardar su vida, la vida de un tercero o sus bienes, pero cuando el individuo se comporta y cruza el límite de la justificante, podemos encontrarnos con el “querer obrar dolosamente y no justificadamente”

### **El error de Prohibición**

“El exceso cometido con un error evitable o vencible sobre la necesidad también se rige por las reglas del error de prohibición y sólo dará lugar a una atenuación de la pena (Código Penal argentino, art. 35; Código Penal colombiano, art. 30). El exceso cometido con conciencia del mismo no tiene ningún efecto atenuante ni excluyente de la atribuibilidad. Los casos de exceso, por lo tanto, se deben tratar como cuestiones relativas al error sobre la prohibición y no como causas que excluyen la atribuibilidad (o la culpabilidad)”. (Bacigalupo, 1996, pág. 146).

Bacigalupo nos explica (1973, págs. 52/53):

La única explicación que admite la atenuación de la pena prevista en el art. 35 C. P. es la siguiente: lo que el Código toma en cuenta para atenuar la pena es el error del autor sobre los límites del actuar permitido, pues 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 representaciones respecto a 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 justificación será siempre sobre la necesidad del acto, y sólo dará lugar a un error de prohibición, pues versa sobre la antijuricidad. En efecto, la necesidad de la lesión típica provocada por el ejercicio de una causa de justificación es el principio básico y esencial que estructura las causas de justificación. Sólo habrá justificación hasta donde sea necesaria la acción para alcanzar el fin aprobado " De esta manera queda demostrado, que el error sobre la antijuricidad, contenido en el art. 35 C. P., no excluye el dolo, pero a la vez que el dolo no requiere la conciencia de la antijuricidad, pues si fuera de otra manera el art. 35 C. P. debería disponer lisa y llanamente la exclusión de la pena, como hace el art. 34 inc. 1 C. P.

Se coincide con Bacigalupo cuando concluye que "las representaciones del autor respecto del hecho coinciden con lo objetivamente dado". Parte de nuestra doctrina sostiene que cuando el error se sumerge en las causas de justificación, nunca puede la figura dolosa tomar protagonismo, el individuo que se encuentra sumergido en situaciones como esta, transita por una mezcla de emociones tales como terror, ignorancia, diferentes estados que lo único que conllevan como propósito es repeler y alejar la injusta agresión de la cual se encuentra inmerso, pero, naturalmente, ello no puede conducir a una autorización de la defensa totalmente desconectada de sus consecuencias. Se observa claramente en los fallos presentados en donde los sujetos actúan dolosamente y no existe en ellos ni error de cálculo, ni el actuar producido por la emoción de la lucha, debido a que no hubo enfrentamiento, salvo en el caso de Zamora. El bien jurídico estaba resguardado y no en peligro los sujetos realizaron la acción para

alcanzar el resultado obtenido de dañar al otro.

**¿Qué ocurre cuando ya ha cesado la agresión al bien jurídico protegido?**

Cuando ya ha cesado el peligro como así se ha expuesto a lo largo del presente trabajo, el sujeto actúa con dolo, debido a que no existe imprudencia en su accionar, no solo se hace presente el exceso, sino que toma preponderancia la conducta dolosa del imputado. La agresión inminente ha concluido, es erróneo considerar que al haber cesado el ataque no concurre el instituto del exceso de defensa, ya que el mismo se hace presente pero no bajo la figura culposa o impudente como así lo establece nuestro articulado, sino bajo el instituto del dolo.

Hemos insistido repetidamente en que el derecho penal elige, entre la multitud de acciones antijurídicas contenidas en el ordenamiento jurídico, algunas de ellas para asignarles la consecuencia de la pena, así como que la norma constitutiva del mandato desvalora (considera antijurídicas) las acciones que directa o indirectamente importan ataque a los bienes jurídicos, y que es precisamente por medio del tipo que en derecho penal se hace esa selección. Esta tarea la cumple, en primer lugar, determinando el bien jurídico protegido, cuyo ataque -que en su "forma" perfila los elementos descriptivos- va a dar lugar a la aplicación de la pena. Dicho bien jurídico ha sido correctamente caracterizado entre nosotros como una "relación de disponibilidad" (Zaffaroni); la propiedad es la posibilidad de disponer de las cosas; la libertad es la posibilidad de disponer de la propia persona, manifestándose sin cortapisas. (Zaffaroni, citado por Creus, 1992 pág. 198).

Cuando ya ha cesado la agresión al individuo, al tercero en peligro o al bien jurídico que se pretende conservar, la víctima no puede desplegar conductas de legítima defensa, esto se debe a que la inminencia del peligro ya ha sido cesada, y agredir al atacante sería cometer un exceso en los límites que la ley impone. Límites que de ser transgredidos, se trasforman en conductas dolosas desplegadas por los imputados.

Bacigalupo manifiesta (1996, pág. 102):

El momento en el que debe hacerse el juicio sobre el peligro es el momento en que el autor ha obrado. En él deben tomarse en consideración los conocimientos del agente, ya que en el momento de la acción hay una parte de las condiciones que no son conocidas al autor (toda vez que si el resultado no llega a producirse, es decir, si el peligro no se concreta en una lesión, no hubo peligro, pues el conocimiento ex-post de todas las circunstancias demuestra en esos casos que el bien jurídico no corrió peligro). El peligro como tal no depende de que el autor o alguien haya podido conocerlo, ni de que el autor o alguien haya podido tener por segura la producción del resultado.

Cuando el bien se encuentra fuera de peligro, y el agresor no ha realizado daño alguno a los bienes amparados por la ley, no hay necesidad de desplegar la fuerza contra la vida del atacante, independientemente de que la ira o la desesperación lleven a creer que de alguna manera la defensa que realiza la víctima es en defensa de sus bienes, esto es totalmente erróneo, debido a que sus bienes ya se encuentran fuera de la órbita del atacante. No existe ausencia de intención criminal, se representa en el caso de Santos el propósito de causar el mal, no ha querido ni paralizar ni rechazar un ataque, debido a que el mismo ya había cesado. Se observa la intención de ejecutar el delito no solo por la objetiva desproporción del medio empleado sino por la conciencia y conocimientos de las acciones ilícitas desplegadas. La creencia errónea que haya tenido respecto de los límites no justifica la conducta dolosa, de esta manera es necesario que se encuadre dentro de nuestro artículo 35 la consciente y necesaria realización del tipo objetivo.

### **Agravante del artículo 41 bis y su relación con el instituto del exceso en la legítima defensa.**

El art. 41 bis establece que “Cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego la escala penal prevista para el delito de que se trate se elevará en un

tercio en su mínimo y en su máximo, sin que ésta pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda. Este agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate.»<sup>10</sup>

En relación a las razones de la sanción de esta agravante, los legisladores y parte de la doctrina afirmaban que se tuvo en miras la especial protección que merecen los bienes jurídicos, tales como la vida y la integridad física. Pueden encontrarse amenazadas y endebles en relación al poder que presentan las armas de fuego, las cuales provocan un peligro superior que cualquier otro medio de defensa conocido al momento de dañar.

Los casos expuestos demuestran que el exceso se ha realizado con utilización de armas de fuego, la desproporción de los medios utilizados, sobre todo en el caso de Santos, demuestra que no sólo no ha sido razonable el medio empleado, sino que no había peligro alguno para repeler un ataque inexistente, debido a que los ladrones ya se habían dado a la fuga. La vida de las víctimas no puede asemejarse con el bien jurídico afectado, en este caso un pasacasete.

De acuerdo con Creus (1992, págs. 328/329):

El acto de defensa debe ser necesario, entendiéndose por tal el que es suficiente para neutralizar el ataque antijurídico. La ley se refiere a este requisito requiriendo la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión; dicha racionalidad depende de la magnitud del peligro que corre el bien jurídico que se intenta defender (no de la comparación del valor de aquél con el del bien jurídico que se vulnera con la defensa), de las posibilidades de efectividad en el caso concreto (no es lo mismo usar el cabo del rebenque para impedir el ataque a golpes de puño de un escuálido vejete, que dispararle el revólver) y de la eventual extensión de la agresión ilegítima a otros bienes jurídicos (no es lo mismo oponerse a un hurto de mandarinas que lleva a cabo un grupo de gentes, con

---

10 Art. 41 bis Código Penal Argentino.

armas de fuego a la vista, empleando una escopeta, que dispararla contra los niños que se están apoderando de ellas mientras cazan pájaros con una pequeña honda). La ausencia total de este requisito coloca al agente al margen de la justificante; su aspecto parcial ante situaciones de exceso (art. 35, Código Penal). También, como ocurre en el estado de necesidad, el acto de defensa no tiene necesariamente que haber sido efectivo; aunque no evite la vulneración del bien jurídico, basta con que haya sido realizado con esa finalidad para que se dé la legítima defensa.

Hay que detenerse y considerar que las causas de justificación se basan en el principio de cuando existe un conflicto entre bienes jurídicamente protegidos, hay que salvar aquel que tenga mayor valor preponderante. Para la mayoría de los individuos sus bienes jurídicos son objeto de defensa y ninguno de ellos carece de valor, pero para el derecho hay bienes que son considerablemente mayor ponderador que otros, y son considerados de un valor mayormente graduado, tales así como la vida.

Los imputados en los fallos del presente trabajo, no solo han actuado dolosamente sino que han optado por repeler la agresión (la cual ya había cesado) con armas de fuego y como resultado de “aquella supuesta defensa” les ha costado la vida a estos individuos que independientemente de su obrar ilícito en un principio, fueron víctimas de venganza por mano propia de citados como autores. Bajo ningún concepto puede valer más la propiedad, ni los bienes que la vida. Existe un grado de contenido ilícito, un obrar injusto de los hechos, un orden de bienes jurídicos que debe respetarse, los cuales se ven vulnerado en los fallos expuestos.

## ***Capítulo 6: Análisis Jurisprudencial***

### **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala II del 19/09/1992 Santos Horacio A**

En el siguiente trabajo final de grado, se han seleccionado 3 fallos considerados relevantes para poder exponer el instituto del exceso de legítima defensa, como se nombró anteriormente en el capítulo 2 de acuerdo a la delimitación temporal, se tomó como base de punto de partida el caso del Ingeniero Santos, caso emblemático que causó muchas repercusiones en los medios y en nuestra sociedad.

El punto en común que se ha encontrado en los fallos expuestos, es que no solo han incurrido en el exceso de defensa con dolo en su accionar, sino que todos han sido cometidos con el agravante de utilización de armas de fuego.

En el mes de junio del año 1990 Santos, de 42 años de edad, se encontraba haciendo compras en una zapatería con su mujer cuando escuchó la alarma de su coche, la cual se había accionado, debido a que dos muchachos le robaron el pasacasete. El ingeniero Santos quien ya había sido víctima de varios robos, con mayor precisión doce veces en la misma forma, subió con su esposa a su vehículo y persiguió a las víctimas, que se fugaban en una camioneta. Cuando logra alcanzarlos su mujer gritó asustada “¡Nos van a matar!”, porque le pareció que uno de ellos buscaba algo en el vehículo, lo que hizo que Santos, sin detenerse, les hiciera dos disparos con un arma que llevaba. Las víctimas, que no portaban arma alguna, murieron en el acto al ser alcanzados con una bala en la cabeza cada uno.

En el caso de Santos, como ya se desarrolló, el imputado realizó una persecución a los delincuentes que extrajeron su pasacasete de su vehículo, con un arma de fuego en sus manos, el imputado había sido víctima en varias ocasiones del robo del pasacasete.

Claramente se observa un exceso en el accionar del imputado, su vida ni la de su mujer

no corrieron nunca peligro para llegar a ese resultado. Existe un desproporción entre el bien afectado (pasacasete) y la vida de las víctimas, las cuales incurrieron en un ilícito, pero no portaban armas de fuego, no existía intencionalidad de su parte de atentar contra la vida de Santos y su esposa.

No obstante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala II del 19/09/1992 en los autos “Santos Horacio A.”, dictaminó que...“las características que rodearon el episodio en estudio, la actitud asumida por el sujeto desde el comienzo, y en consecuencias posteriores, hasta su culminación, no alcanzan, a nuestro juicio, para sostener que el nombrado vio reducida de modo tal su aptitud de comprensión y de autodeterminación como para considerarlo inimputable. No obstante aceptar que pudo verse profundamente afectado en su capacidad intelectual y volitiva, tomando en consideración las causas psicológicas-biológicas que pudieron haber influido en la personalidad del encausado....”<sup>11</sup>

**Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala Segunda autos caratulados “G., W. G s/ Recurso de casación., (Causa N° 36.179), rta. 8 de Octubre 2009.**

Otro fallo que se consideró relevante para aportar al siguiente trabajo se basa en el caso del funcionario de la fuerza, el cual le ha disparado a un menor, creyendo que iba a ser víctima de un asalto a mano armada “J.C.R, amigo de G., declaró que ese día se hallaba con Walter (G) y apareció la víctima, J.A, diciéndole a Walter: “dame un par de monedas”, respondiéndole al imputado que se retirara. Según el testigo, la víctima de dio vuelta y se fue insultándolo, pero después volvió con un trapo o buzo en la mano y le dijo “bicho verde dame la plata o te vuelo la cabeza”. Entonces Walter extrajo el arma de la cintura y le efectuó varios disparos hacia el piso, por lo que A salió corriendo.<sup>12</sup>

---

11 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala II del 19/09/1992 Santos Horacio A.

• 12 Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala Segunda autos caratulados “G., W. G s/ Recurso de casación., (Causa N° 36.179), rta. 8 de Octubre 2009.

No solo, no existió denuncia alguna luego de sucedidos los hechos de parte de los funcionarios, sino tampoco fue necesario que el mencionado continuara efectuando disparos hacia la víctima, cuando al primero ya se había dado a la fuga. Entonces se concluye que si la víctima huyó de la escena, el bien jurídico protegido ya no se encontraba en peligro, debido a que no era necesario seguir disparando el arma.

Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala Segunda autos caratulados “G., W. G s/ Recurso de casación., (Causa N° 36.179), rta. 8 de Octubre 2009...G intentó mejorar su situación procesal, alegando que había efectuado un solo disparo y que los demás, un total de tres o cuatro habían sido producto de que el gatillo de la pistola era muy celoso.....

El perito balístico designado en la causa determinó que el arma funcionaba con normalidad, de esta manera se comprueba que hubo intencionalidad de disparo por parte del imputado, y no debido al gatillo celoso como manifestaba en su declaración.

Si se hubiese comprobado que la víctima no portaba un arma de fuego, tendría que haber obrado como funcionario de la fuerza y darle voz en alto, claro caso de exceso extensivo a su vez, debido a que el funcionario utilizó un medio empleado eficaz, pero sigue procurando este medio a pesar de que ya su vida no corriera peligro.

Aquí se observa en este fallo una violación al principio de superioridad ética del estado, y un claro abuso del poder punitivo.

**Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Chaco, Sala Segunda en lo Criminal y Correccional autos caratulados Zamora, Ramón Fermín s/ homicidio por exceso en legítima defensa. Causa N° 114/02 de fecha 21 de Noviembre 2006.**

En relación al último fallo expuesto, se expone que el imputado Ramón Fermín Zamora, se desplazaba por una avenida de su ciudad en compañía de uno de sus empleados, del

mismo modo la víctima el Sr. Gomez circulaba por la misma dirección. Ambos mantuvieron una discusión en donde el Sr. Gomez, insulta al Sr. Zamora debido a que la tráfico que éste conducía había sido embestida por el camión que conducía el Sr. Zamora.

Luego del incidente el Sr, Gomez bajó de su tráfico con un arma de fuego en su mano derecha, conjuntamente el Sr. Zamora al observar esto, descendió del camión con un arma de fuego en la cintura, ambos de enfrentaron a tiros.

Según lo manifestado por Zamora, el Sr. Gomez comenzó el tiroteo, el cual no impactó en el cuerpo del imputado, como así tampoco el segundo disparo. Seguidamente comenzaron ambos un forcejeo, el imputado logra empujar a la víctima hacia la tráfico donde tuvo la oportunidad de sacar el arma de la cintura y ejecutó un disparo mortal en su cabeza.

...”Oportunidad en que extrajo el arma de su cintura y ejecutó un disparo a más de cuarenta centímetros de la superficie corporal de su adversario, provocándole una herida en la región fronto-parietal izquierda..., con importante laceración del tejido cerebral...impacto mortal...”<sup>13</sup>

El abogado de la familia Gomez, manifiesta que Zamora había provocado a la víctima embistiéndolo con su vehículo y sostiene que el impacto del choque da lugar a un obrar culposo, debido a que no había respetado las distancias entre los vehículos.

Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Chaco, Sala Segunda en lo Criminal y Correccional autos caratulados Zamora, Ramón Fermín s/ homicidio por exceso en legítima defensa. Causa N° 114/02 de fecha 21 de Noviembre 2006....”Alude a otros tramos del fallo, refiere a variada doctrina y afirma que para la mayoría de los autores la provocación, para perjudicar la legítima defensa, debe ser intencional dolosa (Nuñez y otros), y, para quienes ponen el acento en la previsibilidad (Soler), para que exista

- 
- 13 Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Chaco, Sala Segunda en lo Criminal y Correccional autos caratulados Zamora, Ramón Fermín s/ homicidio por exceso en legítima defensa. Causa N° 114/02 de fecha 21 de Noviembre 2006.

provocación debe haberse previsto la reacción agresiva como consecuencia directa de la acción imprudente...”

Aunque la defensa del Sr. Zamora alega que no hubo exceso de la legítima defensa, sino que incurre en este caso el art. 34 del Código Penal, por la proporcionalidad de los medios empleados, la Cámara llegó a la conclusión que al desplegar una violencia física e intimidación respecto a la víctima subsiste la calificación de homicidio en exceso de legítima defensa.

## **Capítulo 7: Derecho Comparado**

### **Aplicación del instituto del exceso en la legítima defensa de acuerdo a la Doctrina Italiana**

*El artículo 52 del código penal Italiano, establece que “No es punible tratándose del que sea obligado por la necesidad de defender el derecho de los demás o solo contra el peligro actual de un delito de lo injusto, siempre que la defensa sea proporcional al delito”<sup>14</sup>*

Establece que exista una proporcionalidad entre el bien que se pretende resguardar y el ataque desplegado, no establece la figura del dolo o la culpa en los excesos. Nombra el delito del injusto, debido a que el sujeto no se encuentra obligado a soportar la agresión ilícita.

Queda, pues, como base firme, que el antecedente inmediato en que se basa Herrera para la elaboración del art. 35 del Cód. Penal argentino, está dado por el Código Penal italiano de 1889, que en su art. 50 disponía: "Colui che, commettendo un fatto nelle circostanze prevedute nell'articolo precedente, he ecceduto i limiti imposti dalla lege, dall'autorita o dalla necessita, e punito con la detenzione per un tempo non inferiori ai sei anni, ove la pena stabilita per il reato commeso sia l'ergastolo, e negli altri casi con la pena stabilita per il reato ridotto a misura non inferiore ad un sesto e non superiore alla meta, sotituita la detenzione alla reclusione e la interdizione temporanea dei publici uffici all'interdizione perpetua". Posteriormente este artículo sufre reformas con el Código nuevo, pero en esta primera parte tenemos que quedarnos con esta base a fin de ver los antecedentes históricos del art. 35 del Cód. Penal argentino. (Herrera, citado por Donna 1985, pág. 22 y 23).

El antiguo artículo 50, derogado por el 55 del Código penal Italiano como manifestaba el Dr. Donna significaba que “El que por la comisión de un hecho en las circunstancias

---

14 Código Penal Italiano. Artículo 52.

en la anterior programadas, que superó los límites impuestos por la ley, por la autoridad o la necesidad, será sancionado con prisión por un término no inferior a seis años cuando la pena establecida para el delito cometido es la cadena perpetua, y en otros casos, la pena prevista para el delito cometido a no menos de una sexta parte y no más de la meta, reemplazado como la detención y el encarcelamiento a la suspensión temporal de las oficinas públicas interdicción perpetua" (Donna, 1985).

De acuerdo con Nuñez (1999 pág. 28):

La Ilustración, el Iluminismo de los italianos o el Aufklärung de los alemanes que como dirección filosófica se caracteriza por su empeño en extender la crítica y la guía de la razón a todos los campos de la experiencia humana, tuvo profunda influencia en el derecho penal. A ella se debe que el derecho penal se convirtiera en una regulación de la punibilidad sobre bases políticas de garantía para los individuos frente a los derechos de los gobernantes, en el sentido de que ni el delito ni su castigo podían ser aplicados arbitrariamente.

Francesco Carrara, al estudiar el problema del exceso en el homicidio, afirmaba: "Pero los criminalistas modernos, que en éste como en otros asuntos de derecho penal, ya no razonan bajo el imperio de la guillotina, sino que estudian el exceso de defensa ante códigos que conceden debidamente a la provocación una amplia parte de excusa, tranquilamente deben establecer los principios dentro de sus términos precisos y poner las nociones en el punto exacto de la verdad. El exceso de defensa no puede ser hoy 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 estas 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 ocurran en verdad los elementos del *moderamen*, por lo menos en la creencia 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 necesidad de reaccionar, obró con el convencimiento de estar realizando un acto legítimo. Esto basta para que en la verdadera figura del exceso de defensa (en la única que hoy puede reconocerse como tal) 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 de error vencible o de culpa. (Carrara, citado por Donna 1985, pág. 24 y 25).

Impallomeni, para el cual, en la legítima defensa, se tiene la conciencia de la acción que se ejecuta y, en consecuencia, de su exceso eventual. Por ello, teniendo el agente la voluntad o, a lo menos, la representación actual del resultado, su acción es dolosa y no culposa. El equívoco doctrinario está aquí en hablar de dolo en el acto inicial, toda vez que no basta que exista voluntad de un resultado cualquiera para que exista dolo, sino que es necesario que ese resultado sea ilícito, y esa comprobación debe lógicamente preceder a la indagación subjetiva. No existe, pues, un dolo inicial que se prolonga al exceso de acción. Por otra parte, esa doctrina era posible con relación a la ley italiana comentada por Impallomeni, porque en ella la escala penal del exceso consiste en una disminución de la pena correspondiente a la figura dolosa, art. 50 del C. italiano derogado. (Impallomeno, citado por Soler 1992, pág. 479).

Entretanto, para que haya exceso en la defensa, se necesita que el estado psicológico del agente esté pronto para la defensa, y que se haya encontrado en condiciones de tener que defenderse. Si el propósito del agente en la situación de hecho y en la disposición de su ánimo tendía al desahogo de un resentimiento y no a la remoción de un peligro seriamente temido todavía, será un caso más bien de provocación que de exceso en la defensa. El art. 50 del Código Penal Italiano, exige que se hayan trascendido los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad. Pero no siempre que hay desproporción entre el hecho cometido y el que lo ha determinado, desaparece el moderamen que dé lugar a la simple reducción del exceso. Todo depende del estado subjetivo del agente. Si éste era tal, que incluso frente al peligro le permitía la libre acción de sus órganos corporales y el libre ejercicio de sus facultades mentales, se podrá

hablar de exceso; en otro caso, la material desproporción del hecho no eliminará la eximente" (Majno, citado por Donna 1985, pág. 34).

### **Aplicación del instituto del exceso en la legítima defensa de acuerdo a la Doctrina Española**

El Artículo 20 del Código Penal Español, establece, que estarán exentos de responsabilidad criminal:

El inciso 4 dictamina: *“El que obrare en defensa de una persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurran los requisitos siguientes:*

*a. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquellas o éstas:*

*B Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.*

*c. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.*

*5. El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos:*

*a. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.*

*b. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.*

*c. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.*

*6. El que obrare impulsado por miedo insuperable.*

*7. El que obrare en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.*

En los supuestos de los tres primeros números se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código.<sup>15</sup>

---

15 Código Penal Español. Artículo 20

A la hora de realizar una comparación, se puede observar que el Código Penal Argentino tiene grandes similitudes en su artículo 34, con el que se transcribe *utsupra*. La doctrina española adopta los mismos términos que nuestra doctrina, como la necesidad racional del medio empleado, falta de provocación suficiente para impedir o repeler la agresión.

Siguiendo a Bacigalupo (1996, págs. 141/142):

En la exposición de los casos individuales de exclusión de la atribuibilidad hemos de limitarnos al estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía, legislado solamente en el Código Penal español; al exceso en los límites de una causa de justificación y al miedo "insuperable". Este último supuesto aparece en el Código Penal argentino en el núm. 2 del art. 34 cuando se refiere al que obre violentado por "amenazas de sufrir un mal grave e inminente" y en el Código Penal colombiano cuando establece en el art. 40, que "no es culpable... quien obra bajo insuperable coacción ajena". Es claro que tanto en el Código Penal español como en el colombiano la expresión "insuperable" no se debe entender en un sentido literal, es decir, como excluyente de toda capacidad de obrar, pues en ese caso ya faltaría la capacidad de motivación (inimputabilidad) y sería de aplicación el art. 8, del Código Penal español o el 31 del Código Penal colombiano en su caso.

En el código Penal derogado se legisla como una atenuante general en el art. 83, inc., pero con la obligación del sujeto activo de comunicar el exceso a la autoridad más inmediata (art. 82, Cód. Penal de 1886). El Proyecto de 1906 no incluía ninguna norma al respecto. Parecen coincidir los autores que estudian los antecedentes del artículo, que está en Julio Herrera cuando afirmaba: "El Proyecto no prevé el exceso de defensa. Es de suponer que sus autores piensan que en este caso hay un delito, un hecho doloso, pero atenuado. Es la doctrina del Código español y del nuestro vigente" (Herrera, citado por Donna, 1984 pág. 18).

De acuerdo con Zaffaroni, Alagia, Slokar (2002, pág. 618):

En cuanto a la posibilidad de lesionar la vida para defender la propiedad, se discute en la doctrina europea si es posible a la luz del art. 2º de la Convención Europea de Derechos Humanos, que dispone que la muerte intencional de una persona sólo se admite para evitar la violencia contra otra. Las opiniones están divididas, aunque la mayoría de los autores sostiene que la Convención no es impedimento para aceptar la legítima defensa de la propiedad a costa de la vida, debido a que ésta rige sólo las relaciones del estado con sus ciudadanos y no de éstos entre sí. Otros autores sostienen que también a éstas debe aplicarse la Convención, lo que parece más razonable, toda vez que los derechos humanos no sólo se violan por acción estatal sino también por omisión, en este caso de protección de la vida por parte de los estados

Como enseña Lascano (2005 pág. 426/427):

Todos los bienes jurídicos que son objeto de derechos subjetivos, incluso los bienes inmateriales, pueden ser defendidos incluso cuando son ilegítimamente atacados, y la repulsa violenta aparece necesaria y proporcionada y todo bien jurídico puede ser legítimamente defendido, si esa defensa se ejerce con la moderación que haga razonable el medio empleado, con relación al ataque y a la calidad del bien defendido, se amplía así la tesis restrictiva francesa, siguiendo las teorías alemana, italiana, española y latinoamericana. Además se concilian las posiciones -alemana- en las que lo que da la medida de la reacción es la gravedad del ataque; cualquier bien jurídico puede ser defendido incluso con la muerte del agresor si no hay otro medio para salvarlo y -latina- en la que el efecto moderador lo da la necesidad racional, refiriéndose no solo a la gravedad del ataque sino también a la naturaleza e importancia del bien que se tutela utilizando el medio menos lesivo posible. La jurisprudencia es amplia, admitiendo tanto la defensa de la vida o integridad personal como el honor o dignidad, el pudor u honestidad, la libertad, la propiedad etc.

### **Conclusión**

Llegando a la etapa final del trabajo de grado, se ha querido lograr un entendimiento profundo sobre el instituto de la legítima defensa, independientemente que maestros del derecho ya han abarcado y profundizado sobre esta temática, se intentó obtener una recopilación doctrinaria, y lograr poder relacionar el instituto expuesto con los fallos jurisprudenciales.

Como consecuencia de todo lo expuesto en el artículo 35, estamos frente a un instituto que resulta de un hecho culposo debido a la imprudencia de los agentes, en relación a que al no contar con el cometido intencional de dañar al agresor desde un principio, muchos autores, sostienen que no hay dolo en su accionar, y si hay dolo el exceso en si se desvanece, abriéndose camino al homicidio simple. En los fallos expuestos existe la intención de cometer el ilícito por parte de los imputados, no hay un obrar imprudente en su conducta sino que logran el resultado deseado y es aquí donde el dolo emerge en sus acciones.

Hemos visto en el trascurso de los capítulos de la presente investigación como se dividen las posturas de los maestros del derecho. Algunos consideran que lo que establece el artículo 35 del código penal es un instituto regulado correctamente en la figura de la culpa. Basándonos en la doctrina seleccionada para realizar el presente trabajo entendemos necesaria la reforma del artículo 35, ya que no todas las conductas de los sujetos son reprochables a título de culpa, por esto se sostiene que el articulado es obtuso, cerrado y solo genera arbitrariedad tipificando las conductas únicamente a título de culpa y de imprudencia cuando, también los sujetos accionan con dolo incurriendo en el exceso.

En los fallos presentados se sostiene que el dolo se hace presente en el instituto del exceso, no hay un error en la conciencia de la ilicitud, tanto en el caso de Santos como en el del funcionario de la fuerza y el caso de Zamora, se observa que existen acciones conscientes y decisiones de querer realizar el ilícito.

La figura del Estado, al no encontrarse presente al momento del hecho, no deja otra opción que el sujeto decida o actúe en post de defensa de su bien jurídico protegido,

pero cuando el bien jurídico se encuentra fuera de la órbita del peligro se exceden las justificantes y estos permisos otorgados por el estado.

Se viola uno de los principios constitucionales más relevantes establecido en el art. 18. “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”<sup>16</sup>

Los imputados de los fallos que se presentaron como análisis, toman la vida del agresor excediendo los límites otorgados por la ley penal y por nuestra Constitución.

Los miedos y el terror influyen en los ciudadanos que viven con temor a ser despojados de sus pertenencias, la elección de portar armas de fuego nos deja dilucidar que existe en nuestra sociedad un terror invencible a que los sujetos se encuentren expuestos a un ataque hacia su persona y sus bienes.

El terror produce más terror, el poder punitivo y la coerción directa con la que cuentan las fuerzas de seguridad, en circunstancias realizan la elección y selectividad de elegir a quien criminalizan, la cual se da por medio de estereotipos delictivos, aquellas características externas, que logran y producen que se haga a un lado a aquellos individuos que poseen estos rasgos.

Lo desarrollado anteriormente conlleva como conclusión que cualquier ciudadano porte armas de fuego por miedo y prejuicio social. Entonces como resultado aparece la tragedia, la muerte de los que denominamos agresores en un principio, pasan a ser las víctimas. Y la víctima que es despojada de los bienes, pasa a ser el imputado. Aquí emerge la agravante del art. 41 bis que mencionamos en el presente trabajo.

Se observa un cambio de roles en los actores que forman parte en los hechos, ambos cometiendo actos ilícitos, el agresor que dolosamente pretende despojarse al sujeto de sus bienes, y el imputado que transforma su figura de víctima a actor del hecho al incurrir en exceso, violando de esta manera los límites impuestos por la ley.

Centrarnos solo en la teoría de la culpabilidad, podría dar lugar a severas injusticias. Por

---

16 Constitución Nacional, Art. 18

todo lo expuesto es importante generar en los legisladores la conciencia de una reforma del artículo 35, para que la figura del dolo sea también pasible de imputar a los sujetos que incurren en los excesos y que no solo sea la figura de la culpa el principio que delimita al exceso en la legítima defensa. De este modo se ampliará el espectro de posibilidades y tendrán mayores herramientas nuestros jueces a la hora de tipificar las conductas de los imputados.

Como aporte final del presente trabajo de grado se sugiere que si existiese una reforma futura del artículo 35, la misma quede redactada de la siguiente manera : ***“el que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad, o por la necesidad, será castigado con la pena fijada por la ley por culpa o imprudencia. Salvo en los casos de dolo en donde el juez pueda concluir que, lo que el autor hace cuando se excede, coincide con lo que se propuso, siendo reprochable en estos casos el exceso de defensa”***.

*Paula Biurrun*

*Legajo: VABG9884*

*Junín, Buenos Aires*

*-2013-*

### ***Bibliografía y Anexos***

#### **Doctrina**

- ARIAS, FIDIAS G (1999) *El proyecto de investigación. Guía para su elaboración*. Revisión por Carlos Sabino y Jesús Reyes. Prólogo por Luis Bravo Jauregui, Caracas 3 edición. Editorial Episteme Orial Ediciones.
- BACIGALUPO, ENRIQUE (1973) *Tipo y Error*. Buenos Aires Argentina. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.
- BACIGALUPO, ENRIQUE (1996) *Manual de Derecho Penal Parte General. Tercera Reimpresión*. Santa Fe de Bogotá Colombia. Editorial Temis S.A.
- BACIGALUPO, ENRIQUE (1999) *Derecho Penal Parte General* 2da edición ampliada. Buenos Aires Argentina. Editorial Hammurabi S.R.L.
- CREUS, CARLOS (1992) *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires Argentina. Editorial Astrea.
- DONNA, EDGARDO ALBERTO (1985) *El exceso en las causas de justificación*, Buenos Aires Argentina. Editorial Astrea.
- GOMEZ, MARCELO M (2006) *Introducción a la Metodología de la Investigación Científica*. Córdoba Argentina Editorial Brujas.
- HERNANDEZ SAMPIERI, ROBERTO; FERNANDEZ COLLADO, CARLOS; BAPTISTA LUCIO, PILAR (1991) *Metodología de la Investigación*. México. Panamericana Formas e Impresos S.A.
- MERCAD, ANTONI; CAMACHO, YULEIDIZ; MELENDEZ, CYNDY *Guía*

*estadística descriptiva. Recopilación de la información.* Universidad libre sede Cartagena IV semestre Cartagena de indias D, T y C9 /03/2010

- LASCANO, CARLOS JULIO (h) (2005) *Derecho Penal Parte General* 1° edición 1° reimpresión. Córdoba, Argentina. Editorial Advocatus.
- LEVAGGI, ABELARDO (1978) *Historia del Derecho Penal Argentino* Buenos Aires Argentina. Editorial Perrot
- SAUTU, RUTH; BONIOLO, PAULA; DALLE, PABLO; ELBERT, RODOLFO (2005) *La construcción del marco teórico en la investigación Social.* Buenos Aires, Argentina. Colección Campus Virtual. Biblioteca Virtual Clacso.
- SAUTU, RUTH (2005) *Todo es Teoría. Objetivos y Métodos de Investigación.* Buenos Aires, Argentina. Ediciones Lumiere.
- SOLER, SEBASTIAN (1992) *Tratado de Derecho Penal Argentino, Tomo I, II,* Buenos Aires, 4ta. edición - Editorial TEA.
- TEJEDOR, CARLOS (1867) *Código Penal para la República Argentina por encargo del Gobierno Nacional,* Buenos Aires Argentina. Imprenta del Comercio del Plata.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAUL (2000) *Códigos penales de los países de América Latina,* 1ª edición México D.F.: ILANUD.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAUL; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO (2002) *Derecho Penal Parte General,* Segunda Edición Primera Reimpresión, Buenos Aires, Argentina. Editorial EDIAR.

### **Legislación**

- Código Penal de la Nación Argentina. Art. 34 y 35
- Código Penal de la Nación Argentina Art. 41 bis
- Constitución Nacional Art. 17 y 18
- Código Penal Italiano Art. 50 derogado por el nuevo Art. 55
- Código Penal Español Art. 20
- Código de Baviera. Art. 130, 131 132 y 151
- Proyecto Carlos Tejedor, Art. 12

### **Jurisprudencia**

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala II, Santos H.A. Del 19/09/1992.
- Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Chaco, Sala Segunda en lo Criminal y Correccional autos caratulados Zamora, Ramón Fermín s/ homicidio por exceso en legítima defensa. Causa N° 114/02 de fecha 21 de Noviembre 2006.
- Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala Segunda autos caratulados “G., W. G s/ Recurso de casación., (Causa N° 36.179), rta. 8 de Octubre 2009.

**Identificación del Autor**

Apellido y nombre del autor:	BIURRUN PAULA
E-mail:	paulabiurrun@hotmail.com
Título de grado que obtiene:	ABOGADO

**Identificación del Trabajo Final de Graduación**

Título del TFG en español	Principios delimitadores del exceso en la legítima defensa, en el marco del ordenamiento jurídico Argentino
Título del TFG en inglés	Delimiting Principles of excess in self-defense, according to the Argentine legal system
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	PIA (Proyecto de Investigación Aplicada)
Integrantes de la CAE	DR. JOSE LUIS LAGO DR. MAXIMILIANO DAVIES
Fecha de último coloquio con la CAE	03/08/2013
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	PDF



**Autorización de publicación en formato electrónico**

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

**Autorización de Publicación electrónica:**

- Si, inmediatamente
- Si, después de ..... mes(es)
- No autorizo

**Firma del alumno**