

Tema: Proyecto integral de reforma del Código Penal.

Título de la ponencia:

**El Exceso en las Causas de Justificación en el Anteproyecto de Reforma
Integral al Código Penal**

Autores: Ana Inés Pagliano (Cumbres Negras n° 2538, B° Parque Capital – Córdoba- TE.: 351-
156329779 anapagliano@datafull.com)

Mariano Brusa (Asunción n° 338, B° Juniors –Córdoba- TE.: 351-153033958
marianobrusa@hotmail.com)

Universidad o institución de la que forma parte: Facultad de Derecho y Ciencia Sociales.
Universidad Nacional de Córdoba.

I- Objetivo:

Pretendemos en este trabajo analizar la regulación propuesta por el Anteproyecto de Reforma Integral al Código Penal¹ en la cuestión relativa al exceso en las causas de justificación. Diversos interrogantes se nos han planteado al respecto, tanto en la versión de eximente completa como incompleta. Más que a dar respuesta concluyente a los mismos, es nuestro objetivo algo más modesto: someter a la reflexión y al análisis crítico, las aristas complejas que presenta esta construcción dogmática, a fin de efectuar con ello un aporte para el debate.

Las dificultades interpretativas que presenta el exceso en la regulación del código vigente, han sido las impulsoras de este trabajo. Por citar, Zaffaroni señala, con acierto, que pocas disposiciones ofrecieron interpretaciones tan dispares como este artículo y que la enorme dificultad que ofrece el texto, lo hace muy poco recomendable desde la perspectiva de lege ferenda.² Surge evidente entonces, la necesidad de revisar este dispositivo legal, a la par de la recepción legislativa del exceso de manera clara y sencilla, en aras, conforme surge de la lectura de los fundamentos del anteproyecto, de uno de los objetivos perseguidos por la reforma, esto es, dotar de claridad y facilitar el proceso de interpretación y aplicación de la ley por parte de los operadores jurídicos.

En esta línea de pensamiento es que nos preguntamos, la regulación propuesta por el anteproyecto en relación al exceso: A) ¿Avanza en orden al objetivo expuesto precedentemente?. Tal interrogante se conecta fundamentalmente con dos postulados básicos del Estado democrático de Derecho: el principio de legalidad y el principio de taxatividad. B) Lo que es más importante aún, ¿Avanza respecto del objetivo de interés superior perseguido por la reforma, de dotar de proporcionalidad y coherencia a la respuesta punitiva dentro del marco político criminal derivado de las normas constitucionales?. Ello se vincula esencialmente con el principio de culpabilidad.

II.- La regulación propuesta

El Título IV del anteproyecto, siguiendo el modelo del Código Penal actual, bajo el acápite “Imputabilidad”, en coherencia con la línea de austeridad que se persigue en la reforma;

¹ Elaborado por la Comisión redactora, nombrada por la Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, designada por resolución 303/04 y 136/05.

² Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. “Manual de Derecho Penal, Parte General”, Ed. Ediar

en dos dispositivos legales, artículos 34 y 35, regula distintos institutos, entre los que se ubica el objeto de estudio que abordamos en esta ponencia. Así, en el inciso l) del art. 34 se regula como eximente, estableciéndose su no punibilidad, el supuesto en que se cometiere un hecho ilícito excediendo los límites de la legítima defensa o de un estado de necesidad justificante por miedo insuperable. Mientras que en el inc. f) del art. 35 se regula como un supuesto de disminución de la pena, al que cometiere un hecho ilícito excediendo los límites de la legítima defensa o de un estado de necesidad justificante, estableciéndose la pena prevista para al tentativa.

Antes de continuar con el desarrollo del tema que nos ocupa, consideramos necesario hacer aquí un paréntesis para exponer que, a nuestro criterio, la propuesta de regular los diferentes institutos abarcados por el art. 34 y 35 siguiendo el orden de las categorías jurídico-dogmáticas del delito, a lo largo de los sucesivos incisos de estos dos artículos, si bien significa un avance, se queda a mitad de camino en orden a dotar de claridad, sencillez y precisión a la legislación para facilitar y contribuir a la seguridad jurídica en la interpretación y aplicación de la ley penal por parte de los operadores jurídicos. Al acabado logro de ese objetivo se llegaría con una técnica legislativa que regule cada instituto bajo su denominación correspondiente y en diferentes artículos; técnica legislativa que se ha utilizado al regular otras materias de la parte general (vgr. Tentativa y desistimiento, Autoría y participación criminal, Concurso de delitos) y que en la legislación comparada adopta, por ejemplo, el Código Penal Alemán. En su defecto, otra alternativa aunque menos recomendable, sería la de consignar en cada inciso a modo de subtítulo el instituto de que se trate y señalar la categoría jurídico-dogmática que es excluida o atenuada por la eximente.

Efectuada tal disgregación, continuamos con la cuestión bajo análisis. El anteproyecto al regular el exceso, lo limita a los supuestos de legítima defensa y estado de necesidad justificante y lo desdobra para darle un tratamiento diferenciado cuando la causa del mismo obedezca al influjo de un miedo insuperable. Supuesto en el que se exime de pena al autor del ilícito, mientras que, cuando el exceso tenga lugar por circunstancias diferentes a la señalada, se disminuye la pena en la forma prevista para la tentativa. Tal distinción nos obliga a reparar, a los fines de un análisis crítico de la propuesta proyectada, en el tratamiento que la doctrina nacional le ha dispensado al exceso en base a su actual regulación. Para también detenernos a analizar la

recepción legislativa en el derecho comparado, Código Penal Alemán y Español, y la opinión de la doctrina extranjera.

II. 1. Doctrina Nacional

Zaffaroni³ resume de manera sintética las disímiles posiciones que han asumido los autores nacionales en materia de exceso: a) Para algunos el artículo 35 abarca sólo conductas culposas; b) otros entienden que se trata de conductas dolosas; c) hay quienes opinan que las acciones allí previstas registran una atenuación que se funda en un error de hecho vencible que las hace culposas; d) para otro sector, registran un menor grado de culpabilidad por miedo o emoción; e) según otros la menor culpabilidad responde a un error vencible de prohibición; h) 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 inimputabilidad disminuida (turbación); g) suele distinguirse el exceso 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 1) afirman que el art. 35 comprende ambas hipótesis, 2) otros afirman que sólo abarca el exceso extensivo y 3) otros para quienes sólo abarca el intensivo; h) por último, existen opiniones dispares respecto a los supuestos del art. 34 al que se refiere el art. 35.

Señala este autor además, la inutilidad de interpretar genealógicamente el precepto por cuanto los antecedentes legislativos contenían requisitos que fueron desapareciendo, no respondiendo la disposición actual a ningún modelo de su tiempo. Ante ello, propone la interpretación más respetuosa del texto de la ley, de la que se infiere, según su criterio, que se trata de una hipótesis de menor contenido de injusto, toda vez que es menos antijurídica la acción que comienza siendo justificada y que sólo se agota antijurídicamente. Tratándose de un problema que debe resolverse en el plano del injusto, como consecuencia lógica, la hipótesis del exceso aparece en la legítima defensa y en el estado de necesidad justificante, quedando abarcada la coacción sólo cuando configura un caso de estado de necesidad justificante.

³ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. "Manual de Derecho Penal, Parte General", Ed. Ediar

Por su parte Núñez⁴, sostiene que el exceso abarca todas los casos posibles de justificación, porque todos encuentran su medida en la ley, en la autoridad o en la necesidad. El exceso supone que el autor no abuse de la ley, de la autoridad o de la necesidad, desvirtuándolas objetiva o subjetivamente. Caracteriza al exceso sólo como una desproporción de la acción con lo legal, lo autorizado o lo necesario, fundando la ilegitimidad del acto excesivo en que, concurriendo todas las condiciones a las que la ley subordina la justificación, es formalmente superabundante como medio para lograr el fin autorizado. Excluye así del ámbito del exceso al denominado “exceso en la causa”. En relación al contenido subjetivo del exceso, sostiene que para que se configure la desproporción del medio ejecutivo sin desnaturalizar la figura del exceso, es necesario que la falta de moderación en el modo no sea intencional. 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, ejercer su autoridad o cargo o sortear el peligro, lo ha llevado al exceso. La regla del error de cálculo producido por el temor, enseñada por Carrara, es solo compatible con el peligro propio de los estados de necesidad, los cuales son aptos para atemorizar al agente, pero no lo es, por ejemplo, con los casos de ejercicio de un derecho o de la autoridad, que por regla, son ajenos a esa eventualidad. Soler, ampliando razonablemente la regla, imputa también el error de cálculo a la agitación del ánimo y a la sorpresa. Sin embargo, lo mismo que Carrara, desenvuelve el principio sólo con miras para las situaciones peligrosas para el autor. La delincuencia por exceso en la justificación no conduce a formas delictivas atenuadas respecto de las figuras delictivas dolosas. No puede haber una figura delictiva atenuada si no conserva los elementos materiales y psíquicos de la figura básica. 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. Por consiguiente, el cometido por exceso es un acto ilícito y punible que admite legítima defensa y reparación civil.

Soler⁵, también sostiene el carácter general del exceso, a diferencia de lo que sucede con otras legislaciones que lo refieren a los casos de justificación. La regla del art. 35 comprende, en

⁴ Núñez, Ricardo . “Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I”, Ed. Lerner

⁵ Soler, Sebastián “Derecho Penal Argentino” Ed.Tea

cuanto enuncia a la autoridad dentro de los supuestos que contempla, a aquellos casos en que la orden es legítima y que el inferior desnaturaliza al excederse en el cumplimiento de lo ordenado (causa de justificación por cumplimiento de un deber), también los supuestos de exceso en la autoridad paterna como consecuencia de las lesiones leves causadas en el hijo menor de edad. El exceso consiste en una intensificación de la acción (exceso intensivo) dejando fuera los supuestos en que la acción no va en la misma dirección del ataque y aparece como un mero pretexto de justificación (lo que los alemanes llaman exceso extensivo). Distingue el autor, como comprendidos en la hipótesis del 35, el supuesto de desproporción de los medios defensivos en relación al ataque (exceso propiamente dicho o exceso intensivo) de los supuestos de desproporción relativa entre el bien defendido y el mal causado (exceso en la causa). Éste último, explica, muy poco desarrollado en la doctrina porque ordinariamente la existencia de la justificación se hace depender exclusivamente de la gravedad del ataque. Situación que no puede quedar descartada frente a nuestra ley, por el problema que nos plantean los casos de legítima defensa imperfecta, en los que existe cierto grado de provocación por parte del que se defiende. En tales hipótesis se tiende a la aplicación lisa y llana de la legítima defensa, lo que es incorrecto porque equipara la excusa del que se defiende de un ataque totalmente injusto con la de quien rechaza un ataque injusto, pero provocado por él mismo, aunque sin malicia. En cuanto al fundamento de la disminución de la pena para el caso del exceso, Soler sostiene, que el principio en que se basa tal atenuación, en especial para las situaciones de legítima defensa y estado de necesidad, es el temor que suscita en el necesitado la situación misma de peligro, en la cual no es justo ni humano exigir un discernimiento preciso de los medios de salvación. El temor, la sorpresa, la agitación del ánimo pueden determinar un error de cálculo, error que quita al hecho excesivo el carácter de doloso, para hacerlo imputable sólo a título de culpa. Y esto es afirmar, aclara, que el elemento subjetivo del exceso es culposo y no doloso. Entiende que la remisión del art. 35 a la escala penal de la figura culposa es un índice más que valioso para estimar que el exceso está fundado en el temor determinado por la situación en que el agente se encuentra, terreno fácil para emprender acciones precipitadas e inconsultas. Señala que, según lo comprueba la investigación psicológica, esos efectos no son gobernados por la razón, alteran el curso de las representaciones y no suprimen la voluntad. Ello no implica que para la convergencia del exceso basta con el estado de perturbación del sujeto, sino que tiene que haber existido realmente una situación objetiva de necesidad y de su existencia, precisamente, debe provenir aquella

perturbación, excitación o temor. Finalmente concluye, que sería más correcto, a imitación de otros códigos, que el exceso en que se ha incurrido por este género de perturbaciones fuese totalmente impune.

Critica la tesis del autor italiano Impallomeni, quien entiende que en la legítima defensa se tiene conciencia de la acción que se ejecuta y, en consecuencia de su exceso eventual. Por ello, teniendo el agente la voluntad, o al menos, la representación actual del resultado, su acción es dolosa y no culposa. El equívoco doctrinario, alega Soler, está aquí en hablar de dolo en el acto inicial, toda vez que no basta la voluntad de un resultado cualquiera para que haya dolo, sino que es necesario que ese resultado sea ilícito, y esa comprobación debe preceder a la indagación subjetiva. No existe un dolo inicial que se prolonga al exceso de acción.

Por su parte, Jorge De La Rúa⁶ sostiene que la verdadera naturaleza del exceso es la de un error culpable que consiste en la creencia de actuar dentro de la justificación, pero no hay exceso si el error es inculpable, rigiéndose en tales casos por el art. 34 inc. 1. Las referencias al temor son innecesarias pues a la ley le basta que el sujeto crea actuar justificadamente, no para justificarlo, pero sí para excluir la responsabilidad dolosa.

II. 1. Doctrina y legislación comparada. Código Penal Español y Alemán.

El exceso no está regulado de manera expresa en el Código Penal Español. Tal situación es introducida a través de la denominada justificación incompleta. Muñoz Conde y García Arán⁷, afirman que las causas de exclusión de la antijuridicidad se configuran y tienen su efecto excluyéndolas, cuando se presentan de manera completa todos sus elementos, objetivos y subjetivos. La ausencia de alguno de ellos de carácter no esencial o el exceso en el ejercicio de la causa de justificación, pueden incidir, atenuando el juicio global sobre el merecimiento de pena del hecho, bien porque disminuye el desvalor de acción, bien porque disminuye el desvalor de resultado, que constituyen la base del juicio de antijuridicidad. Así, quien se excede en el ejercicio de una legítima defensa o de un deber en sí mismo legítimo, merece una mayor condescendencia que el que lo hace sin encontrarse en esa situación. El Código penal Español,

⁶ De La Rúa, Jorge. "Código Penal Argentino. Parte General." Ed. De Palma

⁷ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. "Derecho Penal. Parte General". Ed. Tirant Lo Balnch Libros. Valencia

recoge de un modo general para todas las eximentes en el primer inciso del art. 21, esta postura, al decir que “Son circunstancias atenuantes: 1) Las causas expresadas en el artículo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos. La consecuencia de esta regulación consiste en permitir de acuerdo lo reglado por el art. 68 del ordenamiento citado, la aplicación de una pena inferior atendiendo al número e identidad de los requisitos que falten o concurren, las circunstancias personales de autor y en su caso, el resto de las circunstancias atenuantes o agravantes.

En cambio, el Código Español recepta en el art. 20 inc. 6, como eximente completa de responsabilidad al que “obrar impulsado por miedo insuperable”. Los autores citados manifiestan, que este supuesto recuerda a una causa de inimputabilidad o incluso de ausencia de acción, por cuanto el miedo es un estado psíquico que puede llevar, incluso, a la paralización total del que lo sufre. Pero en este caso, se trata de aquél que, aún afectado psíquicamente, le queda una opción o posibilidad de actuación. El carácter de insuperable, quiere decir superior a la exigencia media de soportar males y peligros; es por tanto la insuperabilidad del miedo, un requisito objetivo que no alcanza a un sujeto timorato o cobarde. El mal que produce el miedo debe ser serio a la vez que real e inminente. Algunos autores españoles han considerado que el miedo insuperable importa una causa de justificación porque el mal que produce el miedo, al igual que en el estado de necesidad, debe ser serio, real e inminente; pero los autores citados entienden que claramente refiere a un supuesto de no exigibilidad de otra conducta, por tanto a una causa de inculpabilidad. Ello porque el componente subjetivo de esta eximente, hace preferible tratarlo en el ámbito de la culpabilidad. Este componente es la razón de la exención y no la situación objetiva que lo provoca, y esto es lo que diferencia a un instituto de otro. Alguna doctrina, señalan éstos autores, sostiene que puede quedar comprendido aquí algún caso de exceso en la legítima defensa, cuando el que se defiende traspasa los límites de la legítima defensa por una situación de miedo. Por último, para la doctrina española, los casos de legítima defensa putativa (inexistencia de agresión ilegítima) en los que, entre otras razones, por un miedo insuperable, el sujeto cree que está en la presencia inminente de una agresión ilegítima, pueden quedar comprendidos, cuando dicha creencia errónea no es razonable, en la legítima defensa como eximente incompleta o, en la medida en que se dé el temor, la completa o la incompleta del miedo insuperable.

Por lo contrario, el Código Alemán regula el exceso al disponer en el art. 33: “Si el autor excede los límites de la legítima defensa por confusión, temor o miedo, entonces no será castigado”.

Roxin ⁸, señala al respecto que el legislador no se pronuncia por la ubicación sistemática del exceso y ello fue premeditado. La fórmula es neutra, sólo se elimina el castigo, se renuncia a la punición, lo que permite interpretar su naturaleza jurídica. Sostiene que se trata de causa de exculpación, el sujeto que se excede se comporta culpablemente aunque sea de manera reducida, se renuncia a la pena porque no es necesaria por razones de prevención general ni especial. La culpabilidad reducida se infiere porque la turbación, el miedo y el pánico, no son un trastorno profundo de la conciencia en el sentido del art. 20 (incapacidad de culpabilidad por perturbaciones psíquicas) si lo fueran, sería superfluo. Aun el sujeto pusilánime que se excede ante una agresión ilegítima está integrado a la sociedad, lo que justifica la falta de prevención especial. Además, tampoco se dan razones de prevención general, porque un delito de debilidad de tal índole no exhorta tampoco, en caso de impunidad a la imitación, y no comporta una conmoción de la paz jurídica, porque el sujeto es el originariamente agredido y el agresor mismo es la mayoría de las veces culpable. Por lo contrario, el exceso por estados pasionales agresivos (cólera, ira etc) no quedan comprendidos aquí, no se presenta en estos casos la ausencia de necesidad de pena, son estados peligrosos y por ello hay que reprimirlos en interés de la conservación de los bienes jurídicos.

En el exceso del art. 33 se da una doble reducción de la culpabilidad: 1. El estado pasional disminuye la motivación normal frente a la norma 2. Y la disminución del injusto, en tanto se repele una agresión ilegítima, de manera mediata disminuye también la culpabilidad. Por tanto ya no se requiere castigo. Sin embargo, sostiene el autor, ello no es lo decisivo. Si lo fuera, cabría preguntarse ¿por qué el exceso no se aplica al estado de necesidad justificante, si aquí concurren también las dos cosas?. La diferencia es que la lesión evitable de personas no implicadas si menoscaba la paz jurídica y por ende es necesaria la pena por razones de prevención general.

⁸ Claus Roxin, “Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito” Ed. Cívitas

La exposición sintética que se ha efectuado del tratamiento doctrinario y legislativo del exceso, tiene como fin dar un somero pantallazo que ponga de relieve la disparidad de opiniones y el tratamiento legislativo diferente respecto al exceso. Se combina el exceso con el temor, se lo regula de manera autónoma, se lo incluye como un caso de justificación incompleta, diferenciándolo absolutamente del temor, al que se lo regula de manera autónoma, adoptando el carácter, según el caso, de eximente completa o incompleta. En conclusión, el panorama es confuso, surgiendo inevitablemente una serie de dudas acerca de cuales son los supuestos fácticos que abarca o capta el exceso siendo que es tan dispar su tratamiento dogmático y legislativo

III. Análisis crítico

Reiteramos aquí nuevamente, los interrogantes que nos planteáramos inicialmente. La regulación propuesta por el anteproyecto en relación al exceso: A) ¿Avanza en orden al objetivo perseguido por la reforma de dotar de claridad y facilitar el proceso de interpretación y aplicación de la ley por parte de los operadores jurídicos?. (vinculado con los principios de legalidad y taxatividad). B) ¿Avanza respecto del objetivo también perseguido por la reforma, de dotar de proporcionalidad y coherencia a la respuesta punitiva dentro del marco político criminal derivado de las normas constitucionales?. (vinculado, en este caso, esencialmente con el principio de culpabilidad)

Para comenzar, diremos que el tratamiento disímil en la doctrina de algunas cuestiones, mientras no incida en la solución del caso desplegando efectos prácticos diferentes, puede ser objeto de análisis desde una perspectiva axiológica en relación a cual sería la ubicación sistemática más adecuada o coherente conforme a un sistema o paradigma. En esta línea, desentrañar la naturaleza del exceso, en cuanto a si se desenvuelve en la órbita de la antijuridicidad, o por lo contrario configura un supuesto que repercute en la culpabilidad, encontrándose el fundamento de la disminución de la pena en el menor grado de injusto (dogmática finalista) o por cuanto el contenido subjetivo del exceso es culposo (dogmática causalista) o en el caso del exceso por miedo insuperable, el fundamento de exclusión de la pena radica en falta de capacidad normal de motivación del sujeto conforme a la norma, lo que reduce la culpabilidad y excluye la responsabilidad por ausencia de razones preventivas (dogmática

funcionalista) o constituye un supuesto especial de inimputabilidad por el estado de perturbación que excluye la culpabilidad o coloca al sujeto en una situación de inexigibilidad de otra conducta; se traduce en una cuestión menor, y por tanto, el legislador se despreocupa de ella simplemente decidiendo la disminución o eliminación del castigo. Así, el anteproyecto, no se pronuncia por la ubicación sistemática del exceso, limitándose a renunciar a la punición en el supuesto de exceso por miedo insuperable y a reducirla en los supuestos de exceso que podríamos llamar comunes. Se puede interpretar o especular acerca de la adopción de tal o cual posición dogmática analizando el tenor literal de la ley que lo formula o su ubicación sistemática a lo largo de los incisos del art. 34 y 35, pero ello excede nuestro objetivo.

Establecer en cambio con precisión, el alcance de las normas relativas al exceso, es decir que supuestos fácticos caen bajo tal regulación y su correspondiente consecuencia jurídica, adquiere otra dimensión. Es que otra cosa es analizar si la reforma propuesta, más allá de toda especulación dogmática, atendiendo a los interrogantes planteados precedentemente, avanza en la concreción de los principios que hemos señalado, principios que hacen a la esencia de un Estado de Derecho. Y aquí lo que entra en juego es la precisión de la reforma proyectada en cuanto al alcance de las normas relativas al exceso para zanjar cuestiones debatidas arduamente por la doctrina nacional y que se proyectan en la jurisprudencia, en la interpretación del instituto en la regulación vigente, tal como ha quedado plasmado precedentemente, y si la innovación introducida a través del desdoblamiento de la regulación del exceso, contemplándose específicamente el que se produce por miedo insuperable, avanza en relación al principio de culpabilidad, obligando al juzgador a su valoración, circunstancia que era pasada por alto o generaba tales dificultades interpretativas, que llevaba a que se arribara a soluciones reñidas con principio de culpabilidad.

Sin lugar a dudas las cuestiones relativas al exceso se incluyen, al la hora de la aplicación de las normas en juego, en los denominados “casos difíciles” y, si bien estos presentan conos de sombra a veces irreductibles, ello no exime del esfuerzo de formular la norma con suficiente claridad de modo de reducir al mínimo la necesidad de obtener precisiones ulteriores, exigencia que supone el principio de taxatividad en miras a proteger la certeza jurídica y la imparcialidad en la aplicación del derecho; valores éstos que se encuentra en la base del principio de legalidad.

Es así que es importante precisar el sistema de punibilidad del exceso, porque establece una prohibición en relación a un permiso legal. Supone decir “puedes hacer esto que no recibirás pena por ello porque tu obrar está justificado, pero si lo haces de tal modo... entonces si hay castigo”.

En este orden de ideas, la innovación del anteproyecto en cuanto a la recepción legislativa del exceso por miedo insuperable como eximente completa de pena en la legítima defensa y el estado de necesidad justificante, constituye un acierto en orden a la concreción de los principios señalados. En tal sentido, constituye una directriz clara que vincula al juzgador en el análisis del exceso, a la valoración de este estado subjetivo en que podría haberse hallado el agente a causa de la agresión ilegítima o estado de necesidad y que provocó su obrar excesivo. Tal estado subjetivo, de existir, hace imposible efectuar reproche alguno sin violar el principio de culpabilidad, porque constituye una alteración psíquica transitoria al momento de desplegar la conducta excesiva en la defensa que impide la comprensión y la dirección de la misma.

¿Podría encontrar este supuesto acogida como causa de inimputabilidad, siendo innecesaria o sobreabundante su regulación?. La respuesta afirmativa se impone, a nuestro criterio, en cuanto a la inclusión del miedo insuperable como supuesto de inimputabilidad, pero es negativa respecto a la prescindencia de su regulación. Porque lo cierto es que, produciéndose este estado anímico en el marco del exceso de un obrar permitido por el ordenamiento jurídico penal, se generan dificultades interpretativas en torno a la naturaleza del exceso, a su ubicación dogmática en relación a las categorías del delito, a alcance del mismo etc., lo que lleva a más de una elaboración teórico conceptual a fundamentar una consecuencia punitiva donde no puede sostenerse el principio de culpabilidad que requiere el efectivo juicio de reproche a efectos de imponer pena. Repárese que parte de la doctrina nacional al tratar el exceso del 35 del código vigente, recurre o hecha mano al temor, miedo, excitación o perturbación del ánimo, para dar fundamento a una pena disminuida que no encuentra sustento en la culpabilidad, porque en relación al exceso no ingresan a analizar el presupuesto de la culpabilidad, esto es la inimputabilidad del sujeto en relación al exceso. Siendo Soler, el único de los autores expuestos que sin referencia alguna a los principios constitucionales, en un análisis estrictamente exegético, al defender la naturaleza culposa del contenido subjetivo del exceso en la regulación del 35 del

código vigente, refiere que “*sería más correcto, a imitación de otros códigos, que el exceso en que se ha incurrido por este género de perturbaciones fuese totalmente impune.*” (el subrayado nos pertenece). No es de sorprender entonces que la jurisprudencia vaya por los mismos derroteros y, dado un caso en donde se plantea una situación de exceso, no repare en el análisis y valoración del temor del agente como supuesto posible de exclusión lisa y llana de la culpabilidad. Al menos en la jurisprudencia cordobesa ocurre.

El Proyecto Tejedor, en la regulación del exceso distinguía los supuestos de excesos impunes: “*Cuando se ultrapasen los límites de la legítima defensa, si resulta de las circunstancias de lugar, tiempo, 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 inexcusable no puede 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 del que tuvo voluntad de inferir la persona forzada a defenderse.*” De tal modo, el exceso era impune en dos casos, cuando provenía de una turbación o cuando derivaba de un resultado preterintencional. Fuera de tales casos el exceso era punible a título de responsabilidad plena o dolosa (no imprudente ni preterintencional).

Señalamos el precedente expuesto con la intención de destacar las circunstancias a que se hace mención para establecer la causa del exceso por “espanto irresistible”, por cuanto creemos conveniente que el legislador introduzca una pauta de orientación para el intérprete que remita a las circunstancias concretas del agente al momento del obrar excesivo a fin de determinar la existencia del temor insuperable. Dejando a salvo así, por mandato legal, toda remisión relativa a parámetros objetivos de la actuación de un hombre medio en tales circunstancias, que opera en detrimento a la vigencia efectiva del principio de culpabilidad.

La conclusión que se impone entonces, hasta el momento, es que la regulación propuesta significa un considerable avance en relación a los dos objetivos perseguidos por la reforma, en cuanto desdobra el tratamiento del exceso asignándole un consecuencia punitiva diferenciada en

base a supuestos fácticos que, en la regulación vigente, no encuentran una distinción fácilmente asequible para el intérprete.

Otro de los aportes significativos, vinculado al primer objetivo, consiste en la limitación del exceso a la legítima defensa y al estado de necesidad justificante. Ello pone fin a la discusión doctrinaria acerca de las causas de justificación en las que el instituto se desenvuelve, receptando además la opinión moderna preponderante. Lo que es a todas luces razonable, porque que dentro de esos ámbitos se circunscribe la posibilidad de obrar de manera excesiva.

En primer lugar, es muy difícil imaginar una actuación que exceda los límites impuestos por la ley o la autoridad, que obedezca a un miedo insuperable. En la legítima defensa y el estado de necesidad justificante el miedo insuperable encuentra su causa en la situación generada por la agresión ilegítima o en la necesidad de evitar el mal mayor. Un miedo insuperable que se genere en el ejercicio de un derecho o autoridad es impensable.

En segundo lugar, pensamos que un obrar excesivo que no obedezca a miedo insuperable, fuera de los límites de la legítima defensa y el estado de necesidad justificante, es un obrar abusivo. El que se extralimita respecto a lo establecido por la ley o la autoridad que ostenta, obra de manera abusiva, sabe lo que hace y lo quiere, y si yerra respecto a lo que impone la ley o comprende su derecho como autoridad, ya estamos en el plano del error de prohibición, el que será ser vencible o invencible según el caso.

De tal modo que, el exceso que regula el art. 35 inc. f) del anteproyecto, comprende todos los supuestos, dentro de la legítima defensa y el estado de necesidad justificante, en que la conducta excesiva no encuentra su causa en un miedo insuperable provocado por la agresión ilegítima o la necesidad. Así las cosas, cualquiera sea el contenido subjetivo que se le asigne a la conducta excesiva, su configuración implica una disminución del reproche que se traduce en la disminución de la pena, lo que el anteproyecto establece en la forma prevista para la tentativa. Tal disminución en la respuesta punitiva podrá fundamentarse en la disminución del injusto (lo que parecería implica sostener que el contenido del exceso es doloso) o en la infracción de

deberes de cuidado o error de cálculo vencible en la respuesta defensiva (lo que parece conduce a sostener que el contenido del exceso se vincula con la culpa).

Ahora bien, sin pretender aquí introducirnos en el análisis de cuestión tan espinosa, creemos dificultoso definir como culposo al contenido subjetivo del exceso. Es que tal posición más parece una ficción, que tomada en serio, llevaría en coherencia con el principio de culpabilidad, a eximir de pena. Ello se advierte claramente en el supuesto de exceso en los límites de la legítima defensa. Aparece reñido con un criterio de justicia material, atribuir al agente un resultado lesivo por haber infringido deberes de cuidado o errado en el cálculo en el modo de defenderse ante una agresión ilegítima de la que es totalmente ajeno. ¿No habría a caso una autopuesta en peligro por parte del agresor?. Desde otra perspectiva, es justo exigirle al sujeto en tal circunstancia, un obrar cuidadoso, y reprocharle por ello?. Parece mas adecuado y fiel a la realidad, asentar el reproche en una conducta dolosa en la medida del exceso, que por las circunstancias en que se genera, disminuye el desvalor de la acción con la consecuente disminución de la pena.

Por último, cabe reflexionar si es conveniente que el legislador formule la norma de modo tal que se despejen los problemas que se suscitan en torno al alcance del exceso. Esto es si la conducta excesiva abarca las hipótesis de lo que se ha dado en llamar, exceso extensivo (la conducta continúa una vez cesada la situación objetiva de justificación), exceso intensivo (la conducta lesiona más de lo racionalmente necesario) y exceso en la causa (desproporción relativa entre el bien defendido y el mal causado). Nuestra opinión es que ello es conveniente en orden al principio de taxatividad. Si bien es cierto que un precepto de tal naturaleza no puede ostentar el carácter de breve, lo importante a la hora de legislar es el rasgo de generalidad de las normas y, disposiciones descriptivas que ganan en precisión, no necesariamente conducen a disminuir el carácter general de la ley. Se trata, respecto de la regulación de determinados institutos, de evaluar los costos en juego. Así es que, mientras con mayor precisión formule el legislador los supuestos comprendidos en la norma, menor discrecionalidad tendrá el juzgador con el consecuente aumento de la seguridad jurídica y tratamiento igualitario de los casos. Por lo contrario, una menor precisión en tal cometido, aumentará los márgenes de discrecionalidad del juzgador con la consecuente disminución de los valores mencionados en la aplicación del

derecho. Pero lo que no hay que perder de vista en este análisis, es que el juez cuenta siempre con una herramienta valiosa que le permite liberarse de la sujeción a la ley, cuando la aplicación de una norma clara y precisa al caso concreto, conduzca a una solución injusta y en franca oposición a los derechos y garantías consagrados en la Constitución. Esto es el control de constitucionalidad difuso. Al legislador, en cambio, ante la inseguridad jurídica y tratamiento desigual en la aplicación del derecho, provocadas en virtud de una norma que por su laxitud requiere de ulteriores precisiones que continuamente generan opiniones jurisprudenciales dispares, le queda sólo un camino que es más engorroso, la modificación del precepto.

IV- Conclusión.

Creemos que significa una marcada evolución en materia del exceso, respecto de los principios de legalidad, taxatividad y culpabilidad; la regulación propuesta por el Anteproyecto de Reforma Integral al Código Penal. Sin perjuicio de considerar que tal evolución se acentuaría aún más, en nuestra humilde opinión y por las razones expuestas, si se reflexionara y debatieran con mayor profundidad algunas aristas en torno al exceso que generan inconvenientes en relación al objetivo de dotar claridad y facilitar el proceso de interpretación y aplicación de la ley por parte de los operadores jurídicos.