

La Historia es así: de texto a publicar a fuente original

MARÍA DEL CARMEN MAZA* - CORINA TIRIBELLI**

Desde hace años, estas autoras solemos reunirnos para evaluar –ante la demanda de los investigadores–, diversas posibilidades que nos permitan brindar la información que no aparece en una primera consulta, es decir, en qué libro de actas o de resoluciones y qué tesis podría servir al investigador, como así también dar respuesta a nuestras propias inquietudes vinculadas con la historia de la Facultad.

Y en eso estábamos cuando, repentinamente se hizo visible a nuestros ojos una carpeta cuyo contenido nos llamó la atención, una carta en letra manuscrita con un atrayente membrete que hacía referencia a la ópera Luisa Miller, y un documento escrito a máquina nos desvió del tema que estábamos tratando.

Bs. As., febrero 09

Querido Yeye:

Revolviendo papeles y procurando ordenarlos –tarea imposible–, con motivo de mi alejamiento del Colón, apareció esta joya. La historia es así: Allá el 60 o 61, con Alberto Ciria y Emilio Perrot, emprendimos la preparación de un volumen de homenaje a Bielsa. Varios profesores colaboraron, enviando trabajos –recuerdo el de Fiorini– o comprometiéndolos, pero al final, no recuerdo bien porqué, la tarea no se completó, y casi todos los retiraron. Pero no don Luis. Durante casi medio siglo, este ensayo permaneció en mi poder. Aunque supongo que puede haberse publicado, quizás como capítulo de un libro, la verdad es que resulta versión única, por los numerosos retoques y agregados manuscritos.

Lo mejor que puedo hacer, entonces, es ponerlo a disposición de la Facultad y así lo hago.

Va un fuerte abrazo y el deseo de un gran 2009 para ti y tu gente.

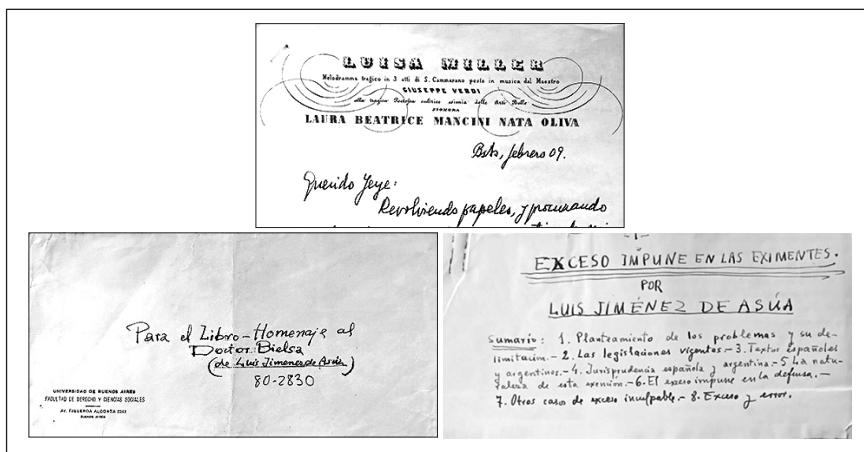
Horacio

Al Dr. Atilio A. Alterini

Decano de la Facultad de Derecho

* Licenciada en Museología, Universidad del Museo Social Argentino. Asesora del Museo y Archivo Histórico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, desde marzo de 2007 a la actualidad. Presidenta del Comité argentino de ICOM.

** * Directora de la Biblioteca Central de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.



¿Quién era Horacio, que tan generosamente se desprendía de un ensayo escrito por el prestigioso e investigado docente Jiménez de Azúa? ¿Quién nos podría ayudar a dilucidar este enigma? Teniendo en cuenta su paso por el Teatro Colón y ese delicado papel carta utilizado en la misiva, indudablemente debíamos solicitar ayuda al Dr. Abelardo Levaggi. Consultado, nos respondió: “sin dudarle, Sanguinetti”.

Horacio Sanguinetti

Egresado del Colegio Nacional de Buenos Aires¹, ingresó en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, en 1954, donde obtuvo el título de abogado en 1961. Fue Consejero estudiantil, 1959/1960 y en la Asamblea Universitaria.

Perteneció al Centro de estudiantes MUR, que era la línea reformista, junto con Bacigaluppo, Herminio Candal, Ricardo Piglia, Alberto Ciria y José Num (con quien se conocían desde el secundario en el Colegio Nacional de Buenos Aires), Enrique Groisman, Arnaldo Singerman, entre otros. Habitualmente se reunían en la casa de su padre, Florentino Sanguinetti, en el Barrio de Belgrano.

Como docente ingresó por concurso *ad honorem* en la Cátedra de Derecho Internacional del Dr. Arguello, en 1963. A partir de esta fecha fue por concurso profesor ordinario adjunto de Derecho Político; Derecho Internacional Privado, Cátedra Dr. Goldshmidt; cátedra Historia del Derecho Argentino del Dr. Félix Luna. También ejerció la docencia en la

1- Fue su rector durante los períodos 1983/1996 y 1998/2007.

Facultad de Ciencias Económicas, en el Instituto Nacional de Señoritas No. 9, Santiago Derqui. Autor de numerosas publicaciones, ensayos y artículos, como “La reforma Universitaria” y “Universidad y estudiantes”, junto a Alberto Ciria; “Régimen administrativo de la Universidad” con de Vedia; “Los reformistas, Rousseau, su pensamiento político”, etc.

Más allá de los estáticos datos que se pueden obtener de los legajos – estudiante y docente– se imponía entrevistarlos. Tras algunos intercambios de mails y WhatsApp concertamos una cita. Muy gentilmente respondió algunas preguntas vinculadas a este tema específicamente y luego junto a su esposa Cristina compartieron muchos recuerdos de la vida universitaria.

A la pregunta: ¿Por qué querían hacer una publicación en homenaje a Bielsa? Una respuesta sintética definió el objetivo:

- Por su saber
- Su conducta
- Su historia en la docencia

La intención era hacerlo desde el Centro de Estudiantes, pero no se habían planteado cómo materializarla. Sí tuvieron claro a quiénes convocar, los profesores más destacados, entre ellos, Bartolomé Fiorini, administrativista como Bielsa y Jiménez de Azúa, a quien considera como una gran figura de la historia universal, y recuerda que su compañero Bacigalupo fue su alumno dilecto y lo hizo penalista.

Fueron tres encuentros excepcionales. Muchas respuestas y comentarios que exceden lo específico de este artículo, pero riquísimos en cuanto a diversos aspectos de la vida de la facultad, incluido el recuerdo de su padre y contemporáneos, también de la Línea Reformista MUR.²

En este contexto, y con el objetivo de preservar el documento original, como así también, ponerlo al alcance de un mayor número de docentes, investigadores y alumnos, nos pareció pertinente la publicación completa de este documento. El criterio de transcripción ha sido incluir lo tachado, que así se verá, y la tipología cursiva para los párrafos redactados a mano. Los subrayados respetan el original como así también las citas bibliográficas.

2- Las entrevistas fueron realizadas por María del Carmen Maza, quien además recibió en donación para el Museo y archivo histórico de la Facultad cuatro fotos datadas 1922 y 1924, del Dr. Florentino Sanguinetti, en las que se puede reconocer a profesores y al Decano Dr. Sáenz.

EXCESO IMPUNE EN LAS EXIMENTES

POR LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA

Sumario: 1. Planteamiento de los problemas y su delimitación. - 2. Las legislaciones vigentes. - 3. Textos españoles y argentinos. - 4. Jurisprudencia española y argentina. - 6. El exceso impune en la defensa. - 7. Otros casos de exceso inculpable. - 8. Exceso y error.

1. Planteamiento de los problemas y su delimitación. – El tema del exceso en las eximentes está erizado de dificultades, en cuanto a su encuadramiento sistemático. Algunos Códigos, como el español, lo han resuelto de modo impecable, si se parte de la tesis de que ese exceso sólo puede producir efectos atenuantes de la pena. Por ello, la circunstancia 1ª del art. 9º dice que se considerarán atenuantes “... Todas las expresadas en el capítulo anterior (es decir las eximentes) cuando no concurrieren los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos. Del mismo modo, el Código penal argentino, en su art. ° 35, reza: El que hubiera excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia. Una y otra disposición sólo estima el exceso como “circunstancia actuante” desde luego privilegiada, pero que no hace más que atenuar la pena, sin llegar a eximir.

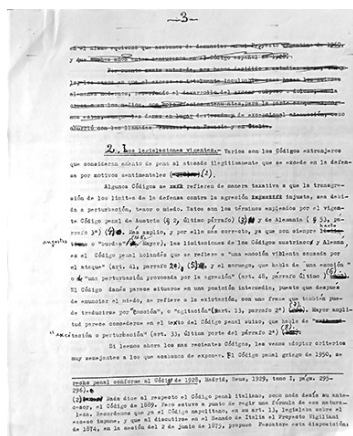
También el proyecto Peco se cuidó de no confundir el exceso con las causas eximentes, puesto que refirióse a él en un artículo propio, el 29 titulado “exceso en las causas de justificación y de inculpabilidad”, con lo que le separa enteramente de ellas, cuando están integradas por todos sus requisitos, sin que resulte demasiado incongruente el lugar que el exceso ocupa, ya que forma parte, con aquellas, de un Capítulo titulado: “La responsabilidad y causas que la excluyen”.

En cambio –aunque el propósito sea el de simplificar problemas de sistémica–, no puede merecer alabanzas el Proyecto de Código penal argentino enviado por el Poder Ejecutivo a la Cámara de Diputados el año 1960, ya que el exceso en el cumplimiento de la ley, del estado de necesidad y de la legítima defensa, si bien se legisla en un artículo diferente al de dichas eximente (el 17), está incluido en el Capítulo tercero, cuyo epígrafe es: “Causas de justificación”.

El exceso no hace más que atenuar, en su aspecto más frecuente, y cuando exime, a tenor de lo dicho en el último párrafo, es, como se verá

luego, por “excitación o turbación explicable por las circunstancias”, estado que jamás puede decirse que constituye una causa de justificación.³

Por eso aunque desde el plano práctico hubiera convenido al abogado o al juez ver tratado el exceso en las justificantes, cuando hemos desarrollado éstas (en el tomo IV de nuestro Tratado), prescindimos de estudiar allí este tema para no quebrantar la armonía sistemática con tamaña incongruencia. *Lo correcto es ocuparse, al examinar* las causas de inculpabilidad de aquellos excesos originados por perturbación, excitación o aturdimiento, pues si bien no reconocen la eximente del exceso, en tal supuesto, ni el Código penal común de España, ni el de la Argentina, si se encuentra legislado en el Código penal para la zona de influencia española en Marruecos –que aun rige en cierta parte de ese territorio después de unificarse y conquistar su independencia–, y se comienza a valuar, en este sentido, por los tribunales argentinos, a más de un parecer en los Proyectos de Código penal *de mayor importancia*.



2. Las legislaciones vigentes. - Varios son los códigos extranjeros que se consideran exentos de pena al atacado ilegítimamente que se excede en la defensa por motivos sentimentales.⁴

3- Queremos apresurarnos a advertir que esta crítica nuestra no es de ahora, sino de hace treinta y tres años. El Código Penal español de 1928 hizo ya lo que en esos años acaba de hacer el Proyecto argentino de 1960: incluir bajo el título de causas de justificación este exceso inculpable. Entonces escribimos: “En cambio (de las excelencias que se atribuyó por sus autores a esa disposición de la Dictadura), es de censurar acremente que el art. 59 del Código de 1928, que concede impunidad por motivos de índole subjetiva (terror, arrebato, obcecación) figure entre las causas de justificación...” (L. Jiménez de Asúa y J. Antón Onea, Derecho penal conforme al Código de 1928, Madrid, Reus, 1929, tomo I, págs. 295-296).

4- Nada dice al respecto el Código penal italiano, como nada decía su antecesor, el Código de 1889. Pero estuvo a punto de regir una fórmula de esa naturaleza. Recordemos que ya el Código napolitano, en su

Algunos Códigos se refieren de manera taxativa a que la transgresión de los límites de la defensa contra la agresión injusta, sea debida a la perturbación, temor o miedo. Estos son los términos empleados por el vigente Código penal de Austria (§ 2, último párrafo)⁵ y de Alemania (§53, párrafo 3º)⁶. Más amplio y por ellos más correcto, ya que son siempre ~~limitativas~~ harto angostas o “burdas” (M.E. Mayer), las limitaciones de los Códigos austriacos y alemán, es el Código penal holandés que se refiere a “una emoción violenta causada por el ataque” (art. 41, párrafo 2º),⁷ y el noruego, que habla de “una emoción” o de “una perturbación provocada por la agresión” (art. 48, párrafo último).⁸ El Código danés parece situarse en una posición intermedia, puesto que después de enunciar el miedo, se refiere a la excitación, con una frase que también puede traducirse por “emoción” o “agitación” (art. 12, párrafo 2º).⁹ Mayor amplitud parece concederse en el texto del Código penal suizo, que habla de “excitación o perturbación” (art. 33, última parte del párrafo 2º).¹⁰

art. 13, legislaba sobre el exceso impune, y que al discutirse en el Senado de Italia el Proyecto Vigiliani de 1874, en la sesión del 2 de junio de 1875, propuso Pescatore ésta disposición: “Quien rechaza una agresión contra la propia vida no es imputable por exceso en la legítima defensa, aunque haya traspasado los límites por turbación, terror o temor”. El autor de la enmienda llegó a la exageración de estimar esta defensa tan legítima como la ajustada a sus clásicas fronteras. Más moderado Eula, criticó el agregado de Pescatore y propuso conceder al juez la facultad de absolver al agente que se excede en la defensa por turbación o temor, pero es el caso que se contentaba con dar al juez ese arbitrio, pero no quería ver taxativamente.

5- “o que solo por perturbación (Bestürzung), temor (Furcht) o miedo (Schrecken) ha excedido [el “autor”] los límites de esa defensa”.

6- “El exceso de la defensa necesaria no es punible cuando el autor ha transgredido los límites de la defensa por perturbación, temor o miedo”. El texto en su idioma original dice: Die Ueberschreitung der Norwehristnichtstrafbar, wenn der Täter in Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen des Verteidigungshinausgegangen ist. Hay bastantes discrepancias entre los autores de lengua española al traducir los términos concretos de la emoción que embarga al agente. Nosotros traducimos: “perturbación, miedo o terror” y lo mismo hizo Rodríguez Muñoz, Marcelo Finzi vierte aturdimiento en vez de “perturbación” y Juan del Rosal, dice “miedo (Furcht) u “horror” (Sorecken). Acaso fuera esta la traducción más exacta desde el punto de vista literal, o la que nosotros hicimos antes: “...miedo o terror”. Pero es el caso que, si el “terror” es el último estadio del miedo, en el que quien lo sufre está paralizado, la versión parecería de contenido impropio. Por eso hemos escrito ahora, “terror” donde antes dijimos “miedo” y “miedo”, donde antes pusimos “terror”.

7- “No es punible el acto que ha excedido los límites de la defensa necesaria si ha sido consecuencia inmediata de una emoción violenta causada por el ataque”.

8- “Quien ha excedido los límites de la legítima defensa, no es, sin embargo, pasible de pena alguna si este exceso se ha producido tan solo a consecuencia de una emoción o de una perturbación provocada por la agresión”.

9- “Quien ha excedido los límites de la legítima de la defensa necesaria conforme a derecho, quedará impune, si el exceso por miedo o excitación, [agitación o emoción] producidos por el ataque, está suficientemente justificado”.

10- “...Quedará impune el defensor si excede los límites de la legítima defensa, en excitación o perturbación inculpables, a causa del ataque”. Apresurémonos a decir que el texto alemán del Código suizo dice: Aufregung der Bestürzung; état excusable d'excitation ou de saisissement, y el italiano

Si leemos ahora los más recientes Códigos, les vemos a adoptar criterios muy semejantes a los que acabamos de exponer. El Código penal griego de 1950, se refiere a la impunidad del exceso causado por “miedo o perturbación”. (art. 23)¹¹ y lo mismo dice el Código penal búlgaro de 1951 (art. 5, párrafo 2º)¹² mientras que el Código penal yugoeslavo, del mismo año, usa de los vocablos “excitación o perturbación” (art. 11, última parte del párrafo 3º).¹³

Algunos Códigos hispanoamericanos se han referido también al exceso impune en caso de defensa o de necesidad, aunque son muy pocos los que le conciben del modo como venimos estudiándolo aquí. El Código de Venezuela considera exento de pena el exceso en la legítima defensa, en estado de incertidumbre, temor o terror (art. 65, núm. 3º, párrafo último).¹⁴ Más ceñido aún al problema que nos ocupa, y extendiendo la eximente al estado de necesidad, es el texto del Código penal de Costa Rica, que exime cuando el exceso se deba a la perturbación del espíritu causada por el ataque (art. 27).¹⁵ De distinto tenor son las disposiciones del Código paraguayo, puesto que lo que hace es negar que hubo exceso y considerar, por tanto, que el agente ~~obro~~ actuó dentro de los límites de la legítima defensa, ~~cuando~~ si obró por el espanto producido por la agresión, en ciertas circunstancias (art. 24).¹⁶

3. Textos españoles y argentinos. - Ya hemos advertido (cf. Supra, núm. 1), que los Códigos vigentes de España y de la Argentina se han insertado en sus artículos esta exención, que apreciamos como causa de

eccitazione o... sbigottimento.

11- Después de establecer la atenuación de la pena en caso de defensa excesiva añade: “Sin embargo, no es punible; es decir, el exceso no le es imputable, si ha obrado a causa de miedo o perturbación producido por el ataque”.

12- “La acción no es punible cuando se ha cometido el exceso en los límites de la legítima defensa, a causa de miedo o perturbación”.

13- “Si [el agente] comete ese exceso a consecuencia de una violenta excitación o perturbación, el juez podrá eximirle de pena”. Advirtamos que la traducción alemana [suelen ser correctísimas las de las Sammlung que fundó A. Schönke] dice: heftige Erregung oder Bestürzung, en tanto que la versión oficial en francés, es de este tenor: violente excitation ou... siasissement.

14- “Se equipara a la legítima defensa el hecho con el cual el agente, en el estado de incertidumbre, temor o terror, traspa los límites de la defensa”.

15- “La defensa legítima o la preservación en los estados de necesidad, no pierden su carácter de eximentes por el exceso de acción en que el agente incurra, si, según las circunstancias, el exceso deba atribuirse a la perturbación de espíritu que la agresión o el riesgo hayan producido”.

16- “Para decidir si hubo o no exceso en la defensa, el juez deberá tener presente en cada caso, las circunstancias especiales en que se encontró el agredido, su edad, sexo, debilidad, lugar y hora del ataque, lo peligroso de éste, y por consiguiente, el espanto que ha podido producirle, etc., y si de la reunión de estas circunstancias, resulta verosímil que el acusado se mantuvo dentro de los límites prescriptos por la ley, debe darse la defensa por legítima”.

inculpabilidad; pero también dijimos que hay un texto, compuesto por españoles –vigente aun en Marruecos– que se refiere al exceso impune. Veámoslo, tras de hacer su breve historia.

El proyecto de Código penal redactado por Silvela, en 1884, establecía en su art. 32, que “el exceso en la legítima defensa no será punible cuando resulte del terror o del arrebato y obcecación del momento, atendidas las circunstancias del hecho, del lugar en que se efectúe y las personales del agresor y el agredido”. Este precepto fue reproducido, palabra por palabra, en el Proyecto de reforma del Código penal de 1912, en el párrafo 2º, num.1º, del art. 29, sin más que suprimir la frase “del lugar en que se efectúe”.

También copia la fórmula del Proyecto Silvela, el Código penal para la zona de influencia española en Marruecos, en el párrafo segundo del núm. 5º del art. 9º, sin introducir más que alguna modificación literal que no afecta para nada la esencia: No obstante –dice– el exceso en la legítima defensa no será punible cuando se justifique que es debido al terror, al arrebato, o a la obcecación del momento, atendidas las circunstancias del hecho, del lugar y de las personas que intervengan como agresores y agredidos.¹⁷

Aunque hemos dicho que en la Argentina no hay precepto alguno vigente sobre esta clase de exceso impune, no significa esto que no lo haya habido antes. En efecto, el llamado Proyecto Tejedor –que rigió en buen número de Provincias argentinas– contenía un artículo tomando de los arts. 130, 131, y 132 del Código de Baviera, que con el número 12, del título III, del libro segundo, decía así: “Cuando se ultrapasan 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 terrible, esta imprudencia excusable no podrá dar motivo a la aplicación de la pena”.¹⁸

17- Advirtamos que una disposición idéntica en contenido, aunque con leves cambios de expresión que no afectaban en nada a su esencia, se adoptó por el Código penal de 1928, en su artículo 59. Por tanto, durante el breve tiempo que rigió éste Código –[fue “anulado” por la República española en 1931]–, existió también en la Península, la eximente que nos ocupa.

18- Para explicar ese galimatías gramatical, acude Tejedor al Comentario oficial del Código bávaro y transcribe, traduciéndolo de la versión francesa, este párrafo: “Cualesquiera que sean los límites que en principio se tracen a la legítima defensa, es preciso reconocer, que la persona atacada, sorprendida por la agresión no puede conservar siempre la sangre fría necesaria para observar la medida exacta de la defensa. Un hombre débil o tímido ve el peligro más grande de lo que es; otro se imagina que el primer ataque no es más que el preludio de otro más peligroso. ¿Cómo una ley equitativa podría reprocharles haberse excedido de los límites de la defensa por miedo o irreflexión? ¿No es el agresor la causa directa de esta irreflexión y miedo que ha ocasionado por un ataque ilegítimo? En tales casos no debe haber

También, descendiendo a lo largo de los años, el Proyecto de reforma aprobado en el Senado en 1933, contenía una disposición que nos importa en cuanto al exceso que estudiamos. Conviene hacer un poco de historia que particularmente no es muy conocida.

El llamado Proyecto sobre peligrosidad criminal, de 1926, para poder aprovechar el art. 35, a fin de inscribir en ese lugar ciertos estados peligrosos delictivos, pasó el contenido de él –y que sigue siendo el mismo de ahora– a un párrafo que debería haber figurado como último del inciso 6° del artículo 34. Al hacer nosotros la crítica de esas disposiciones sobre peligrosidad, proyectadas el año 1926, observamos que la colocación de ese texto era incorrecta, puesto que se adosaba a la legítima defensa, cuando el exceso regulado en él abarcaba, además, los actos legales y necesarios, así como el mandato de la autoridad. Y añadimos que, puesto que los comisionados habían intervenido en el problema del exceso, aunque sólo fuera “para trasladarle de sitio, no hubiese sido inoportuno el recuerdo de que buena parte de los vigentes Códigos y todos los Proyectos, otorgan impunidad a los que se exceden en la defensa por causa de terror explicables por las circunstancias del injusto ataque”.¹⁹

Esta advertencia no cayó en saco roto, y cuando el Senado de la Nación Argentina aprobó su reforma de 1933, que no llegó a discutirse en la Cámara de Diputados y que no tardó en caer en el olvido, ordenose, en el art. 8 de ella, que como inciso 8° del art. 34, figuraría el entonces –y hoy– art.35 del Código penal, “con la siguiente ampliación”: “No será punible el exceso en la defensa cuando él sea determinado por el temor explicable en razón de las circunstancias del ataque”.²⁰ Son de más interés, sin disputa, los Proyectos de Código penal que se han compuesto en el país desde 1937. No nos parece afortunada la fórmula elegida por el Proyecto de esa fecha compuesto por Coll y Gómez. En la segunda parte del art. 16 y en referencia al exceso en ejercicio de un derecho o función, en el estado de necesidad y en la legítima defensa, se decía: “No se impondrá sanción alguna cuando se demuestre que el exceso fue determinado por circunstancias de hecho que, fundadamente, hacían temer un peligro mayor”.

lugar a pena alguna”.

19- Este estudio mío sobre el Proyecto argentino de estado peligroso de 1926, que vio la luz en el diario *La Prensa* (de Buenos Aires), de los días 12 y 22 de junio y 11 y 26 de julio de 1927, lo hemos recogido luego en nuestro libro *El Código penal argentino y los Proyectos reformadores ante las modernas direcciones del Derecho penal*, Buenos Aires, La Facultad, 1943, págs. 332-334 principalmente.

20- Vid. Peco, *La Reforma penal en el Senado de 1933*, p. 187.

El Proyecto Peco de 1941, terminaba el art. 29, relativo al exceso, en la necesidad, la defensa, el derecho, el deber o la orden, con esta frase: “No se impondrá sanción alguna cuando el exceso aconteciere por emoción violenta justificada”. El autor, en su Exposición de Motivos (págs. 121-127), hace largas y muy eruditas consideraciones, con valiosas notas de la legislación comparada, para ilustrar el texto que inserta en su Proyecto, advirtiéndole que ha seguido, principalmente, lo que establece el Código holandés. Lástima que, a pesar de ser consciente Peco de que esta eximente no es una causa de justificación, haya limitado los efectos de la “emoción violenta”, a la que esté “justificada”, con lo que no sólo desvirtúa la naturaleza misma de la exención, sino que se hace secuaz de la tesis de que solo las emociones éticas (como Ramos pretendió al interpretar el homicidio por emoción violenta) pueden servir de fundamento a la eximente.

A su vez, en el impropio lugar que ya hemos criticado (vid. Supra, núm. 1), dice el Proyecto enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación, al referirse al exceso en los “límites impuestos por la ley o por la necesidad”, que “no es punible el exceso proveniente de una excitación o turbación explicables por las circunstancias”. En la breve nota que acompaña a este art. 1, nada se aclara al referirse, en el último párrafo, al que también lo es último en el citado artículo.

4. Jurisprudencia española y argentina.- Son pocas las sentencias del Tribunal Supremo de España –acaso solo la que vamos a citar– que hayan decidido casos de defensa impune. Lo hizo la del 16 de noviembre de 1935, en el recurso de casación interpuesto por nosotros contra el fallo de la Sala de Justicia de la Audiencia de Tetuan que condenó al recurrente a virtud de su sentencia de 19 de septiembre de 1934.²¹ El Tribunal Supremo

21- En el tercer punto del segundo motivo de casación de nuestro escrito quedaban resumidos los hechos que, como probados, constaban en los “resultados” y “considerandos” del fallo recurrido: “En la hipótesis de que el medio empleado por L. para defenderse de C., fuera estimado como excesivo, es obvio, puesto que lo declara la sentencia, que el exceso es debido al arrebato o a la obcecación del momento. En el primer resultado de la Sentencia recurrida se dice que el Jefe de Policía –[nuestro defendido]– hizo los disparos temeroso de ser agredido. Es decir, por temor. Y en el tercer Considerando se añade que está probada ‘la impresión y ofuscación que tales hechos (los insultos, provocaciones y amenazas de C. le produjeron, hasta llegar a amedrentarle, disminuyendo el imperio de su voluntad...’. En suma: está demostrado paladinamente que el exceso de la defensa fue debido al temor, a esta L. amedrentado, disminuida su voluntad, es decir, arrebato y obcecado en el momento de repeler la conducta agresiva de C. Así se acredita, además, si como manda la ley atendemos para juzgar de ese arrebato y obcecación, que motiva el exceso, a las circunstancias del hecho: acometiendo por dos veces, después de haber creído que cogía C. un arma y ser las tres de la madrugada; del lugar: un cabaret donde hay escándalo, y de las personas que intervienen como agresor y agredido: un Jefe de Policía de intachable conducta, a quien C. desobedece, que después del primer disparo ve que este se dirige de nuevo contra él, y un hombre que escandaliza en un cabaret, que amenaza, que no se intimida, y que

–que, conforme a la legislación española, conocía en casación de los fallos dictados en la Zona marroquí en que España tenía su influencia– declaró que, por haber acometimiento y no haber obrado por móviles ilegítimos, existe legítima defensa, y que, si bien falta la proporcionalidad racional del medio, “el exceso es debido al terror y al arrebató”.

En cuanto a lo resuelto por los tribunales argentinos, hartó se sabe que la jurisprudencia es tan ingente como unánime, en la exigencia de requisitos, de acuerdo al texto del artículo 35, donde no se reconoce la eximente del exceso emocional.

Pero hay un fallo, bastante reciente, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo penal de la Capital Federal, confirmatorio de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, en que se exime a una mujer a pesar del notorio exceso de defensa contra la agresión de su marido. El caso es tan importante que nos decidimos a tratarlo con amplitud. Empecemos por transcribir los hechos que constan en el “Considerando” de la sentencia del Juzgado: Indagada la autora refiere que está casada con GF, “de quien tiene dos hijos de cinco y siete años. Desde que se casó, su marido le promovía continuamente incidencias por motivos fútiles y la mayoría de las veces inexistentes, habiéndola agredido y lesionado en muchas oportunidades, lo que motivo que una vez denunciara el hecho a las autoridades de la comisaría 19ª. La conducta del marido no se modificó y más bien empeoraba, llegando a agredirla casi diariamente en presencia de sus hijos y de sus parientes. El día del hecho, luego de beber algo de cerveza, a causa de una broma entre las dos mujeres, su marido la injurió soezmente y a una respuesta moderada de ella el hombre le dirigió un puñetazo que pudo esquivar, por lo que la víctima, exasperada, la atacó con una botella y lanzándose sobre ella intentó golpearla, interponiéndose su hermano, que recibió el golpe. Al advertir que su marido se hallaba enceguecido y solo quería acabar con la dicente, su hermano, o el que se le interpusiera: tomó un sifón y mientras el marido forcejeaba con su hermano que trataba de evitar ser nuevamente golpeado, aplicó ella un golpe a F. quien cayó al suelo. La declarante, presa de extrema nerviosidad y ya sin ‘control’ continuó golpeando al marido con el sifón. Luego lo retiró de allí y lo volvió a golpear. Al advertir que no se movía, espontáneamente fue a entregarse detenida”.

avanza sobre el que ha dado la orden en uso de legítimas atribuciones”. (vid. nuestras Defensas Penales, 2ª edición, Buenos Aires, Losada, tomo I, págs. 325-326).

En este fallo de Primera Instancia, el juez no aprecia la defensa excesiva –que sin embargo es obvia– sino que, a virtud de consideraciones en que luego insistirá la Cámara, como ahora veremos, aprecia la legítima defensa completa, puesto que invoca los incisos sexto y séptimo del art. 34 del Código penal (Sentencia de 16 de marzo de 1956, en Jurisprudencia Argentina, diario del 16 de agosto de 1957).

No sin razón legal, el fiscal de la Cámara pide que se revoque esa decisión del Juez y que se condene a la procesada como autora de “homicidio con exceso en la defensa”. La Cámara confirma la Sentencia del Juzgado, no sin que alguno de los magistrados razonara muy correctamente, invocando el “estado de terror”, el haber obrado la imputada, “ya sin control”, haciendo muy atinadas consideraciones sobre los efectos del miedo.

Dice, en efecto, el doctor Black: La conducta inicial de la autora, “responde evidentemente a una agresión ilegítima, rechazada con un medio racional, sin provocación de su parte. El problema se plantea, y de aquí deriva la disparidad de criterios de quienes han intervenido en el proceso, con el comportamiento posterior de la Sra. De F. cuando caído, el causante, ha cesado la agresión. Ella continúa su acción y sigue golpeando a su marido, a quien retira de la cocina para volver a golpear, y entregarse detenida, luego, al primer agente que encuentra. Para juzgar esa conducta es necesario tener presente las excelentes referencias recogidas de la mujer en el lugar, su carácter hacendoso y dócil frente a un marido desaprensivo y brutal, que la agraviaba y castigaba produciéndole lesiones físicas, de la naturaleza y magnitud comprobadas. El carácter pendenciero y provocador del esposo, lo llevaron bajo amenaza de muerte, a intimidar a la vecina... El día del hecho, la procesada, al verse tan injustamente atacada, tuvo la visión de que su marido, fuera de sí, quería acabar con ella. Tomó el sifón para defenderse, y ya son ‘control’ continuó golpeando, hasta que hubo cesado todo peligro para ella.

“De los antecedentes referidos y del propio accionar de la procesada se desprende que obró bajo estado de terror, que si bien en algunos casos produce una acción paralizante, en otros determina un inconsciente automatismo. La Ley, que no le puede reprochar la causa desencadenante ni su acción inicial, no puede responsabilizarla por el obrar posterior realizado con pérdida del auto-control, no imputable a ella... El informe médico de f. 181 habla sobre la posibilidad de un obrar dentro de la clásica ‘tempestad de movimientos’ producida por el miedo”.

Tras de tan interesantes reflexiones sobre el miedo –en referencia a él invoca la opinión de Carrara– y luego de reconocer, tácitamente, que en la conducta posterior de la encausada hubo exceso, aplica, como ahora veremos, al igual que el juez a quo, los incisos referentes a la legítima defensa perfecta.

El razonamiento de que por ser irreproachable la “acción inicial”, deba serlo la conducta posterior, realizada “con pérdida del auto-control”, puede ser cierto, pero la eximente ya no puede fundarse en la legítima defensa, que es causa de justificación, sino en otra especie de motivo, que no es otro que la inculpabilidad. Para ello, el magistrado hubiera tenido que invocar una causa supralegal de exculpación. No se atrevió a hacerlo y, por eso, transitando un camino mucho menos firme que el recorrido por él hasta ese momento, alega la duda y acaba eximiendo, como lo había hecho el Juzgado, por legítima defensa pura y simple.

He aquí la última parte de su voto: “La falta de recuerdos de todo detalle, exteriorizado en la declaración inicial de f. 39, y los demás elementos de juicio citados y referidos en la sentencia, constituyen comprobaciones objetivas suficientemente graves para crear una verdadera duda sobre la conciencia y automatismo de la acción ulterior de la Sra. de E., que inclina, en virtud de lo dispuesto en el art. 13 C. Pr. Cr., a encuadrar su actuación material de este proceso dentro de las previsiones del C.P., arts. 34 incs. 6 y 7” (Sentencia de 19 de octubre de 1956, en Jurisprudencia Argentina, diario de 16 de agosto de 1957, fallo núm. 12931).

5. La naturaleza de esta exención.- El primer problema en el que se nos presenta es el de determinar la naturaleza del exceso, cuando éste se halla causado por motivos de emoción (excitación, aturdimiento, miedo).

a) el criterio más generalizado antes, era el de estimarlo como una “causa personal que exime de pena”; es decir, en nuestra terminología, como una excusa absolutoria. Así pensaban Franz von Liszt²², Max Ernst Mayer²³, Wachenfeld²⁴, Allfeld²⁵ Gerland²⁶, Paul Merker²⁷, R. von Hippel²⁸.

22- Tratado de Derecho penal, tomo II, traducción española, Madrid, Reus, 1916, págs. 336-337.

23- Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2ª edición, 2ª impresión, Heidelberg, Winters Universitätsbuchhandlung, 1923, págs. 282-283.

24- Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Munich, Beck, 1914, pág. 120.

25- En el Lehrbuch des deutschen Strafrechts, de Hugo Meyer, 8ª edición, Leipzig-Erlangen, 1922, pág. 129, nota 38.

26- Deutsches Reichsstrafrecht, Berlin-Liepzig, Walter de Guyter, 1922, pág. 115.

27- Grundriss des Strafrechts, All. Teil, Bonn, Röhrscheid, 1927, pág. 78.

28- Deutschen Strafrechts, vol. II, Berlin, Springer, 1930, pág. 213, nota 6.

Es de notar la opinión de Max Ernst Mayer, que tanto vuelo y legítima enclavadura ha dado a las causas de inculpabilidad. A su juicio, no está claro en la ley la naturaleza y el alcance de este exceso impune, motejando de “grosera” la regla del Código penal que exime en estos *impuestos*. En resumen, “no es más que una tosca causa personal que exime la pena”.

b) Nos interesa sobremanera hacernos cargo de lo que piensan los autores venezolanos. Su Código es de los pocos de Hispanoamérica que encaran el asunto de que tratamos (vid. retro, nota 12) y los penalistas de Venezuela son de los contados que, en la lengua castellana, ~~tratan~~ se preocupan del exceso emocional de defensa. Tulio Chiossone, seguramente influido por lo que ocurrió en Italia (cf. Retro, nota 2), se limita a decir que ésta parte –[del art. 65]– lleva a confusiones” y en consecuencia, que “debiera suprimirse”.²⁹ A este criterio de drástica amputación, le lleva su desconocimiento de otros textos legales y de las opiniones de otros autores. Andrés Velutini, a pesar de que en su tesis se trata especialmente de “la legítima defensa y de su exceso”, escribe páginas tan incompletas como equívocas.³⁰ Los penalistas venezolanos que han dedicado al exceso emocional impune páginas más certeras, ven en él una especie de motivo de impunidad inimputabilidad, acaso por el texto, demasiado terminante en la equiparación con la legítima defensa real. Así, Godoy Fonseca dice que “la incertidumbre, el temor y el terror, producen un desequilibrio en nuestras facultades mentales capaz de hacernos perder la serenidad y el aplomo necesarios en algunos instantes de la vida”.³¹ No difiere en su parecer sobre esta cuestión, Alejandro Urbaneja, puesto que dice que, en esos estados, existe “desequilibrio mental” y el hombre procede como el autómatas”.³² Más profundo, como siempre, y mejor conocedor de los problemas penales, se muestra José Rafael Mendoza. Con un sistema dogmático muy controvertible, divide la defensa propia y de otro, en defensa subjetiva propiamente, defensa putativa genuina y defensa real”. “La primera es causa de inimputabilidad...; la segunda, causa de inculpabilidad..., y la tercera, causa de justificación...”³³ El empeño de Mendoza de mantener la defensa subjetiva, que es un monstruo dogmático, le lleva a confusiones y a mezclar la apreciación subjetiva de la “racionalidad del medio”, con el exceso emocional y con la defensa putativa, si bien trata de las dos últimas

29- Anotaciones del Código penal venezolano, tomo I, Caracas 1939, págs. 14-17.

30- La legítima defensa y su exceso, Tesis para el Doctorado, Caracas 1939, págs. 14-17.

31- Comentarios al Código penal venezolano, pág. 114.

32- Breves anotaciones al Código penal venezolano, en Revista Jurídica, tomo VIII, núms. 85-96, diciembre 193, pág. 31.

33- Curso de Derecho penal venezolano, 4ª edición, Caracas, Imprenta El Cojo, 1961, tomo II, pág. 159.

en lugar distinto. Un aspecto, pues, de la defensa subjetiva, sería el exceso emocional. Lo único que puede servir de excusa, más que de justificación, a Mendoza, es que el texto de su país –como lo acabamos de indicar– equipara a la legítima defensa el exceso emocional y por ello busca, dentro de ella, la manera de clasificarla.³⁴

Lo que aquí nos importa es destacar que, para el gran penalista venezolano, esta forma excesiva de defenderse constituye una causa de inimputabilidad.

c) Se pronuncian, en cambio, por calificar ese exceso emotivo como causa de inculpabilidad. Autores más modernos y sobre todo los más recientes, como Frank³⁵, Lobe³⁶, Eberhard Schmidt³⁷, Mezger³⁸, Welzel³⁹, W. Sauer⁴⁰, H. Mayer⁴¹, Arthur Wegner⁴². Lo mismo piensa en Austria T. Rittler⁴³. En cuanto a los autores suizos Thorman von Overbeck⁴⁴, Logoz⁴⁵ y Schwander⁴⁶, la calificación del exceso emocional venía prejuzgada por el empleo que el Código hace del adjetivo entschuldbar (exculpable o inculpable).

d) Los más nuevos autores vacilan sobre la índole dogmática del exceso impune por emoción. H. Schröder cree que la disposición del párrafo 3º del §53 “solo tienen carácter de una prueba... de que en caso de estar en consideración la referida emoción (Affekte), debe excluirse la negligencia en cuanto al exceso de la defensa”.⁴⁷ Los términos que usa el código penal danés (vid. retro, nota 7) parecerían autorizar esta interpretación. Jagusch, por su parte, si bien se inclina a enclavar este exceso entre las causas personales que eximen de pena, dice que está entremedias de esas y de

34- Idem, págs. 161-180.

35 - Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 18ª edición, Tubinga Mohr, 1931, comentario al §III, 3.

36- En Leipziger Kommentar, 4ª edición, 1929, comentario al §53, nota 7.

37- F. von Liszt-Ebenhard Schmidt, Lerbuch des deutschenstrafrecht, 26ª edición, Berlin-Leipzig, Walter de Gruyter, 1932, pág. 199.

38- Strafrecht-EinLehrbuch, 2ª edición, Munich-Leipzig, Duncker und Humblot, 1933, págs. 364-367 y Strafrecht I. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch, 8ª edición, Munich-Berlin, Beck, 1958, págs. 198.

39- Das deutsche Strafgesetzbuch, 7ª edición, Berlin, Walter de Gruyter, 1960, págs. 81 y 160.

40- Allgemeine Strafrechtslehre, Berlin, Walter de Gruyter, 1949, pág. 107.

41- Strafrecht, All. Teil, Stuttgart-Colonia, Kohlhammer, 1953, págs. 206 y sobre todo 349.

42- Strafrecht, All. Teil, Göttinga, Vandenhoeck und Ruprecht, 1951, pág. 193.

43- Lehrbuch des österreichischen Strafrecht, All. Teil, 2ª edición, Viena, Springer, 1954, págs. 141 y 240.

44- Das schweizerische Strafgesetzbuch, tomo I, Zurich, Schulthess und Co., 1940, pág. 142.

45- Commentaire du Code pénal suisse. Partie générale, Neuchâtel – Paris, Delachaux, 1939.

46- Das schweizerische Strafgesetzbuch, Zurich, Polygraphischer Verlag, 1952, pág. 72.

47- Artículo en Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht, 1944, pág. 124 y Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, tomo I, 8ª edición, Munich, Beck, 1957, pág. 297.

la inculpabilidad, puesto que reconoce que la exención no se basa en una característica personal.⁴⁸

Finalmente, R. Maurach, después de hacerse cargo de todas estas dificultades, cree hallar solución enclavando el exceso de la defensa por emoción entre las causas que excluyen la “responsabilidad por el hecho” (Tatantttwortung) que figura, en su sistema, dentro de la culpabilidad pero como pieza aparte de la culpabilidad misma.⁴⁹

A nuestro juicio, se trata de una causa de inculpabilidad, a pesar de las objeciones y distinguos que quiere hacer R. von Hippel: “Aquí –dice el gran profesor que enseña en Gottinga– se mezclan entre sí dos conceptos: inculpabilidad (Schuldlosigkeit) y excusabilidad (Entschuldbarkeit). En la causa de inculpabilidad, falta un elemento conceptual del delito (el subjetivo). En la excusabilidad, consideraciones equitativas (aquí la situación de legítima defensa + la emoción), conducen a eximir de pena a un determinado partícipe, a causa de especiales características o relaciones personales, aunque exista la culpabilidad. Este es el caso de la causa personal que excluye la pena [...]”.

No tiene mayor importancia que el autor, en el caso del párrafo 3º del §53, haya excedido dolosa o culposamente los límites de lo necesario –[y el autor cita la jurisprudencia recogida en las Entscheidungen, vol. 21, pág. 189 y vol. 56, pág. 33]–. Aunque quede exento de pena, el agente es culpable y está obligado al resarcimiento (pues el §227 del Código civil no reconoce exceso alguno impune). En el exceso de legítima defensa se ahorra al autor la consecuencia más grave de lo injusto; es decir, la pena, porque el acto aparece psicológicamente más leve, pero no porque no sea culpable. El mismo criterio siguen los Proyectos de Código penal (emoción exculpable), que Liszt-Schmidt interpretan incorrectamente. Ocurre, también, con frecuencia en la vida diaria, que se reproche con justicia su culpabilidad a un autor, pero añadiendo que, a pesar de ello, no se le quiere hacer responsable a causa de circunstancias psicológicamente atenuantes”.⁵⁰

No pueden hacernos mella estos reparos, no solo porque hemos negado la diferencia, puramente terminológica, de “causas de inculpabilidad” y “causas de exculpación”, sino porque esos casos en que existe antijuricidad

48- Leipziger Kommentar, tomo I, 8ª edición, berlin, Walter de Gruyter, 1957, págs. 412-413.

49- Deutsches Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch, 2ª edición, Karlsruhe, C. E. Müller, 1958, págs. 321-323.

50 - Deutschen Strafrechts, cit. Vol. II. Pág. 214, nota 6, que viene de la página anterior.

y culpabilidad en la conducta, y no se penan por razones psicológicas, se denominan causas personales que excluyen de la pena y no “causas de exculpación”. Por eso, al exponer los pareceres de los autores, en punto a calificar el exceso impune, hemos incluido a von Hippel, y él mismo lo dice también textualmente, junto a los otros autores que la consideran una causa personal que exime de pena (excusa absolutoria).

e) Quedaría el examen de un supuesto harto posible: “el miedo” de que habla el Código penal alemán, y más aún si traducimos el vocablo Schrecken por “terror”, así como el Código español; vigente en Marruecos, que taxativamente se refiere al último, podría constituir una verdadera causas de inimputabilidad cuando llegue, en efecto, a causar un verdadero estado de inconsciencia. Es decir, que si el agredido experimenta un miedo que llega a pavor, y por ello se excede en la defensa, el exceso impune constituirá, en esta hipótesis, una causa de inimputabilidad.

6. El exceso impune en la defensa.- La mayor parte de los penalistas alemanes tratan exclusivamente del exceso de la legítima defensa, puesto que el Código de su país encierra exclusivamente esta hipótesis.

Ante todo, la naturaleza antijurídica de dicho exceso no permite que se le considere como causa de justificación y los escritores están de acuerdo con ello, discutiendo, tan solo, si es una causa de inculpabilidad o una excusa absolutoria (cf. Supra, núm. 6). A consecuencia de la naturaleza injusta del acto, se suele afirmar en Alemania que se reconoce la legítima defensa contra el defensor que se excede (así, por ejemplo, Mezger, S., pág. 364 y lo mismo en Stidienbuch, All. T., pág. 198, de acuerdo con la jurisprudencia alemana). El problema sería muy distinto en España y en la Argentina, donde se exige, como tercer requisito, para que la defensa legítima lo sea, es decir, para que reúna los caracteres de perfecta y por ende de causa de justificación la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Quien atacó primero, y creó así la legítima defensa del agredido, aunque éste se exceda, ¿podría decirse que al repeler *aquél* ese exceso, obra en legítima defensa? ¿No estarían más bien los dos ejerciendo una defensa excesiva y, por tanto, impune, en el supuesto de obrar ambos por emoción, miedo, aturdimiento o excitación? El atacado que se excede estaría en una defensa excesiva en los medios; el atacante que repele el exceso en una defensa excesiva en la causa.

Los autores –recordemos a Mezger (S., págs. 364-365 y Studienbuch A. T. pág. 198)– diferencian, para decir qué clase de exceso es inculpable, el

exceso intensivo: es decir, el exceso en los medios, de que acabamos de hablar y el exceso extensivo, esto es, en los casos en que el agente haya buscado la defensa como “pretexto”, y en aquellos otros en que objetivamente no existe ya, como en el supuesto de que el atacado siga su acción contra el agresor que cesó en el ataque y huyó.

Este criterio de Mezger, contradicho por Hälschner⁵¹, a pesar de que advierte que con esto “no se roza en lo más mínimo el punto de vista de la defensa putativa”. *S.*, pág. 365, nota 4) necesita ser debatido y aclarado.

Todavía nos queda un tema por dilucidar. Mezger, de acuerdo con la jurisprudencia alemana (*Entscheidungen*, vol. 21, pág. 189 y sigs. Y 191), cree que si se da el caso previsto en el párrafo 3º del §53, es decir, si se produce el exceso emotivo, incluso el actuar doloso queda cubierto por la inculpabilidad prevista (*S.*, pág. 365 y *Studienbuch* A. T. pág. 198). Así opina también Hellmuth Mayer (*Strafrecht*, pág. 206). Aunque Schönke/Schröder no acepten este criterio respecto de las acciones conscientes y de elemento interno trascendente (*Strafgesetzbuch*, 9ª edición, pág. 297-298) –y antes que ellos lo rechazó ya el Profesor de Iusbruck T. Rittler, siguiendo a la jurisprudencia austríaca (*Lehrbuch*, All. Teil, 2ª edición, pág. 142)–, estamos enteramente de acuerdo con Mezger.⁵²

Por último, refirámonos a la clase de emoción que exculpa el exceso. Preciso, será ante todo, acudir a los textos de Austria, Alemania, Holanda, Noruega, Dinamarca, Suiza, Grecia, Bulgaria, Yugoslavia, España y de los Proyectos argentinos. Solo en referencia a las expresiones usadas por cada uno podremos valorar si todas o sólo una parte de esas emociones, es capaz de fundamentar la eximente. Está claro que el temor y el miedo son emociones asténicas, pero aunque los más interesados interpretes afirmen que la perturbación, de que hablan los Códigos penales de Alemania, Austria, Grecia, Bulgaria y Yugoslavia es ~~también~~ de esa índole, nos cabe objetar que también las emociones esténicas causan perturbación. De muy otro modo, a como razonan los intérpretes de Alemania y Austria, han de

51- En el original 48 *Das gemeine deutsche Strafrecht*, vol. I, 1881, págs. 481-494. A partir de esta referencia los números cambian debido a que en el original se encuentra repetido el número de la referencia.

52- No es este el momento de discutir el problema; pero quiero advertir... que es un error vincularlo a la culpa como hacen algunos Códigos penales –por ejemplo el italiano–, y en la Argentina, los proyectos de Peco y de Soler. El exceso puede también ser doloso. Si no fue Impallomeni el primero en verlo, fue uno de los primeros (*L'omicidio nel Distrito penale*, págs. 513-515, e *Istituzioni*, págs. 330-331). Nuestro punto de vista coincidente es muy antiguo (cf. *Adiciones a la traducción española, hecha por nosotros, del Programa de F. Carrara, Madrid, Reus, 1922, pág. 375*).

interpretar el texto de su país los autores holandeses, puesto que sólo se dice en su Código emoción violenta, y también se debe dar mayor radio de eficacia al término excitación que se usa en los Códigos de Dinamarca, Suiza y Yugoslavia.

Tanto Eberhard Schmidt (en el Lehrbuch, de von Liszt, pág. 199) como E. Mezger ((S., pág. 364) Welzel (D.S., págs. 81 y 160) y ahora Jagusch (Leipziger Kommentar, tomo I, pág. 412), Schönke/ Schröder (Strafgesetzbuch, págs. 297 y 298) y Maurach (Lehrbuch, All. Teil, pág. 322), así como los austríacos T. Rittler (Lehrbuch, pág. 141) Malaniuk⁵³ y Nowokowski⁵⁴, creen que otras emociones, “no depresivas, sino esténicas” tales como el ardor combativo, la cólera, la venganza, etc., no excluyen la culpabilidad. Maurach se apoya en lo restrictivo del texto alemán que no permite aplicarle por analogía a otras emociones, en favor del reo. Asertos tan terminantes son difíciles de aceptar. Cuando Mira López se refiere al miedo⁵⁵, demuestra con sus grandes dotes de psicólogo y apoyándose en autores prestigiosos, que la situación asténica del miedo, en ciertos estadios avanzados, se mezcla casi siempre de un profundo sentimiento de cólera. El juez deberá, pues, discernir cuando el exceso se debe a una emoción nacida del aturdimiento, del temor o del miedo, aunque se mezcla inevitablemente con otra de índole colérica, y cuando es sólo la ira vindicativa la que le lleva al agente a excederse en la protección de su persona o derechos.

Nos importa sobre todo, referirnos a los textos de España y de la Argentina. Respecto al Código argentino debemos advertir que su radio es mayor, puesto que abarca a lo ordenado o permitido por la ley, a la legítima defensa, al estado de necesidad y a la obediencia debida. Demos de lado lo dicho por el Proyecto Tejedor, que rigió antaño y que pertenece ya a la historia y ocupémonos de los textos de Proyectos que, más o menos remotamente, tienen posibilidades de transformación en norma jurídica. El Proyecto Peco, al referirse a la emoción violenta, como causa de exención en el exceso de las causas justificantes o inculpables, da, acaso, la fórmula mejor, puesto que no se tiene que entrar en el examen de si las emociones que disculpan al que se excede, son asténicas o esténicas. Por otra parte, se hace uso de un término ya esclarecido por la interpretación de científicos y jueces al tratar del homicidio emocional. El Proyecto de 1960, en cambio,

53- Lehrbuch des österreichischen Strafrecht, All. Teil, Viena, Manasche Velagsbuchhandlung, 1947, pág. 131.

54- Das österreichische Strafrecht in seinen Grundaügen, Graz, Styria, 1955, pág. 59.

55- El miedo, en su obra Cuatro gigantes del alma, Buenos Aires, El Ateneo, 1954, págs. 15 y sig.

no hace más que transcribir el texto de los otros códigos extranjeros, y al hablar de excitación o turbación nos sumerge en las mismas dudas y nos fuerza a iguales debates que los que libran en los países que han hecho uso de esas expresiones.

En cuanto a lo escrito en el Código para Marruecos –tras advertir que ya no importa como precepto español, puesto que rige transitoriamente en un país que no pertenece a España, digamos que, como en el caso el Proyecto Peco, encierra conceptos fáciles de interpretar por hallarse en otras disposiciones del Código español: arrebato y obcecación; lástima que, en vez de terror, no dijera miedo, que figura también como eximente en el Código peninsular. De todos modos, los intérpretes de España no hallaron dificultades para desentrañar la fórmula del Código para la Zona de influencia en territorio marroquí, como hemos visto antes (núm. 3).

7. Otros casos de exceso inculpable.- En Alemania y Austria donde el exceso emocional impune sólo se refiere taxativamente a la defensa necesaria, opinan los autores que es posible reconocerle igualmente, por analogía en el estado de necesidad.

No se presentaría tan dudoso recurso si los Proyectos de 1941 o de 1960 llegaran a regir en Argentina. De modo expreso, como ya se ha visto por los textos transcriptos, habría de aplicarse la eximente a los actos facultados, debidos, necesarios o mandados. Baste, pues, decir que todo lo que se ha escrito para ilustrar el exceso impune en la legítima defensa, sería aplicable a quienes traspasan los límites de las otras causas de justificación o de inculpabilidad.

8. Exceso y error.- No del exceso emocional, sino del exceso en la defensa por error, vamos a tratar ahora. El error, sería, pues, lo predominantes en la situación que nos disponemos a estudiar, y por tanto, este exceso putativo no dejaría de ser una causa de inculpabilidad.

“Finalmente, es posible también –dice Maurach– una concurrencia de errónea creencia en situación de legítima defensa y de exceso de defensa intensivo o extensivo, el llamado exceso putativo de defensa. El autor cree erróneamente ser atacado y traspasa esencialmente (exceso intensivo) la medida de la defensa o lo hace a causa de un error sobre los límites de ésta última (exceso extensivo), defensa excesiva que hubiera llevado a cabo, si el ataque, en la forma representada por el autor se hubiese realizado. En estos casos se debe distinguir:

“a) Es siempre imposible la aplicación del párrafo 3º del §53 – [absolución por exceso causado por ‘perturbación, terror o miedo’]– pues este privilegio presupone la existencia real y no imaginada de un ataque... La responsabilidad por el hecho queda en este caso inalterable”.

“b) Por el contrario, no es imposible la desaparición de la culpabilidad en caso de que la representación errónea del autor fuera inevitable. Si yerra el autor, de modo inevitable, tanto sobre la agresión como sobre la medida de la defensa lícita, debe ser declarado absuelto. Si ambas representaciones equivocadas fueron evitables, el autor será culpable de lesión dolosa al supuesto agresor. Esto mismo valedero en caso de evitabilidad del error sobre la situación de defensa necesaria y la inevitabilidad del error sobre los límites de la defensa, así como en los casos a la inversa” (*Lehrbuch*, All. Teil, 2ª edición, pág. 380).

Ofrece mucho interés la concepción sobre el error en la proporción de los medios, tal y como se expone por algunos autores suizos. Tanto Hafter⁵⁶, como Logoz (*Commentaire*, I, págs. 74 y 75), consideran que deben aplicarse las disposiciones eximentes relativas al error de hecho –y por ende proclamar la exención en caso de invencibilidad de éste– si el defensor, realmente atacado ilegítimamente, yerra sobre si los medios que emplea para defenderse son o no proporcionados dadas las circunstancias de la agresión. El ejemplo de Logoz nos parece sobremanera inadecuado. En efecto, nos dice que ese caso ocurre cuando el sujeto opone la fuerza y hiere a su agresor, sin darse cuenta de que estaban inmediatamente próximos agentes de la fuerza pública que hubieran podido intervenir”. (*Commentaire*, I, pág. 136). Este ejemplo nada tiene que ver con la proporcionalidad de los medios, sino que se basa en la pretendida subsidiaridad de la legítima defensa, que nosotros hemos rechazado.⁵⁷

Palabras finales

Haciéndonos eco del Dr. Sanguinetti, buscamos en nuestra Biblioteca Central qué tan representado está el Dr. Jiménez de Asúa con su obra, para difusión y estudio de su pensamiento y nos encontramos con una bibliografía bastante profusa. Investigamos, asimismo en bibliotecas universitarias nacionales y del exterior.

56- *Lehrbuch des schweizerischen Strafrecht*, All. Teil, 2ª edición, Berna Stämpfli, 1946, §29, II, 5.

57- Vid. *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires, Losada, tomo IV, 2ª edición, 1961, núm.1298

Encontramos muchas publicaciones producto de su pensamiento, su actividad como docente, político, investigador que se ve reflejada en tantos escritos de diversas épocas.

Asimismo, buscamos también la obra del Dr. Bielsa, objeto del homenaje. Los resultados fueron tal como lo pensábamos, profusión de escritos de dos grandes estudiosos del derecho penal que marcaron una línea de pensamiento, tal vez ideológicamente polémica y que un grupo de amigos y colegas del Dr. Horacio Sanguinetti reunidos en un mismo afán quisieron honrar, pero quién sabe por qué razones no explícitas el homenaje nunca pudo llevarse a cabo.

Sin embargo, gracias a la generosidad del Dr. Sanguinetti, que entregó al Dr. Alterini, siendo decano de esta prestigiosa Facultad de Derecho, la obra inédita del gran penalista Dr. Luis Jiménez de Asúa, hoy la ponemos en manos de todos aquellos estudiosos interesados y en honor a la memoria del Dr. Tulio Ortiz.