

**LEGITIMA DEFENSA Y SU EXCESO: CRITERIOS OBJETIVOS Y
SUBJETIVOS NECESARIOS PARA LA APLICABILIDAD DE UNA CAUSA
DE JUSTIFICACIÓN**

*Por Susana Cuello Constan
y Paula Andrea Kelm*

Sumario:

Introducción

1. **Causas de Justificación**
2. **Legítima defensa**
3. **Exceso en la legítima defensa**
4. **Límite entre la legítima defensa y su exceso**

Conclusión.

Introducción.

El presente trabajo se centra en una causa de justificación específica regulada en nuestro Código Penal, la legítima defensa y el límite que lo separa del exceso de ésta. Hemos percibido cierta y variada interpretación en nuestra doctrina y jurisprudencia en relación a los aspectos que el juzgador tiene en cuenta al momento de valorar si se está en presencia de una defensa legítima como causa que excluye la aplicabilidad de una pena, o ante un exceso por haber superado el límite que el derecho establece, generando una importante consecuencia jurídica, la pena prevista para los delitos culposos. En tal sentido, se advierte que al momento de merituar un hecho ya acaecido, no puede prescindirse de la situación anímica de temor, de perturbación de quien debe defenderse. En tal orden de ideas, el aspecto subjetivo, en algunos casos, se lo ha interpretado como condición negativa a la aplicabilidad del instituto jurídico de la legítima defensa. En otros, se lo ha tomado como un error que debe ser tratado en el ámbito de la culpabilidad.

Nuestra inquietud se encuentra orientada a esclarecer cual es el delgado límite que separa la institución jurídica “legítima defensa” del exceso, circunstancia que, al no estar resuelta doctrinariamente, queda supeditada al análisis del juzgador que requerirá de especial sensibilidad, oficio y experiencia para valorar la existencia de una causa de justificación, lo que no siempre resulta fácil si se lo enfoca desde un único criterio objetivo y abstracto.

En este contexto se desarrolla el presente trabajo, tomando como punto de partida las causas de justificación, en particular consideramos los tres requisitos de la legítima defensa, para luego ingresar al ámbito del exceso, culminando por último en un análisis dogmático y fallos jurisprudenciales de cómo se ha interpretado el aspecto subjetivo en el caso concreto, como eximente de la causa de justificación o incluso como excluyente de culpabilidad, lo que en cierta medida desvirtúa la legítima defensa.

I. Cuestión: Causas de Justificación en el Código Penal Argentino

Las causas de justificación son situaciones de hecho y de derecho cuyo efecto es excluir la antijuridicidad de un hecho típico. Constituyen autorizaciones o permisos para realizar un comportamiento prohibido.

Carreras señala que no existen en nuestro Código Penal, lo mismo que en la legislación penal comparada, un concepto positivo de la justificación. La tradición sigue el sistema regla-excepción. Es decir, la exclusión de la antijuridicidad concreta casos especiales de excepción¹.

Jescheck² entiende que es posible la justificación de un comportamiento típico pues, bajo ciertas condiciones, acciones que en sí mismas se hallan prohibidas con una pena pueden, y a menudo, incluso, deben realizarse. También se sigue que, en todos los casos, deviene en presupuesto necesario la concurrencia de una acción previa. En tal sentido, señala Jescheck que "...el juicio definitivo de antijuridicidad se basa en dos órdenes de ideas: por una parte, en la comprobación de la tipicidad de la acción; por otra, en el examen de la cuestión de si interviene una causa de justificación...".

En la doctrina nacional, Eugenio Zaffaroni, sostiene que "no hay tipos permisivos sin que se presuponga la existencia de un tipo prohibitivo, pues carece de sentido permitir lo que no está prohibido".³

Nuestro Código Penal contiene las causas de Justificación en la parte general, artículo 34, inc.3,4,5,6,7 y en la parte especial en el art.86 incs. 1 y 2, art.152, art. 111 inc.1 y art. 156. El presente trabajo se centrará en el inc. 6º del mencionado art.34.

¹ CARRERAS, Eduardo R, "Las causas de Justificación en el Código Penal", *Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales*, Bs. As. 1978, p. 9 a 11

² El autor alemán Jescheck, al referirse a las proposiciones permisivas, entiende que es posible la justificación de un comportamiento típico. *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, vol. 1, p. 440 y ss

³ *Manual de Derecho Penal*, p.414 y *Tratado de Derecho penal* t.III, p.573. Carreras lo critica entendiendo que no utiliza terminología correcta al decir "tipos permisivos". (Carreras, ob.cit. p. 9 a 11)

II. Segunda cuestión: Legítima defensa

Son variadas las opiniones sobre las exactas relaciones entre el estado de necesidad y legítima defensa, apareciendo esta última como una especie del estado de necesidad –el estado de necesidad frente a la agresión del hombre–, empero esa relación no resulta tan clara, pues en la legítima defensa puede ocurrir que el mal que se evita sea menor que el que se usa para repelerlo e incluso se acepta cierta desviación del estado de necesidad, no computando la alternativa de evitar el mal amenazado mediante la huida. En realidad el problema ha sido señalado en lo que se refiere al principio de economía que es base del estado de necesidad: el mal mayor debe ser sacrificado al mal menor. Pero lo cierto es que la vinculación entre ambos institutos es señalada y la jurisprudencia se ha encargado de connotarlo en reiteradas oportunidades⁴.

Puede advertirse que numerosos son los autores que entienden la legítima defensa, o en palabras de Bacigalupo “defensa necesaria”⁵, a la reacción necesaria para evitar la lesión ilegítima, y no provocada, de un bien jurídico, actual o inminente amenazado por la acción de un ser humano.

Muchas y muy variadas son las fundamentaciones que los autores han encontrado al instituto bajo análisis. Así, algunos encuentran su fundamento en el principio que “*el derecho no debe ceder ante lo ilícito*” surgiendo una doble consecuencia: no solo se acuerda un derecho de defensa individual, sino también de ratificación del orden jurídico como tal⁶. Otros piensan que se trata de una cuestión de sentido común, que no necesita otros apoyos (Luzon Peña, Aspectos esenciales de la legítima defensa, p.30). Zaffaroni, con una visión distinta, fundamenta a la legítima defensa en el derecho del ciudadano a ejercer la coerción directa cuando el estado no puede proporcionarla en el caso concreto con parecida eficacia⁷ y le asignan una naturaleza subsidiaria, negando el doble fundamento de dicha causal justificante⁸.

También se ha sostenido que el criterio justificador de la legítima defensa se encuentra en la prevaencia en el interés que el derecho tiene en la defensa del bien atacado frente al que

⁴ BREGLIA ARIAS, *Código Penal comentado, anotado y concordado*, 6ª edición, Edit. Astrea 2007, Tomo I, p.352

⁵ Considera que si bien la definición “legítima defensa” es correcta, la defensa solo es legítima si es necesaria, esto debe quedar claro ya en la designación (Derecho Penal. Parte Gral. P. 359)

⁶ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Edit. Alveroni, 1999, p.359 y ss.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal, Parte General*, Bs As., p.583.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, Ediar, 2 edición Bs.As. 1982, p. 489.

tiene en mantener incólume el bien del agresor lesionado por el agredido o por el tercero que lo defiende⁹.

Ahora bien, para que opere esta causa de justificación es necesario que se cumplan los presupuestos previstos para ella, esto es: la existencia de una agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelarla y falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende.

Gramaticalmente, *agresión* significa tanto como ataque o acción de acometimiento. Jurídicamente es amenaza actual o inminente para un bien jurídico protegido. Una de las características específicas de la legítima defensa, en relación con el estado de necesidad es, precisamente, que la situación de peligro del bien jurídico debe ser consecuencia de un obrar humano que debe reunir las características de la acción en el sentido jurídico penal¹⁰, dejándose de lado todo ataque que no provenga del hombre.

Para Nuñez, la agresión tiene en el Código Penal un sentido objetivo, que debe prescindir del estado anímico del agresor, por ello sostiene que la falta de derecho del agresor no dependerá de que haya querido el menoscabo para el agredido, sino de que el derecho autorice al agredido a defenderse frente al intento de causárselo. La legítima defensa no tiende a la situación del agresor y a su responsabilidad y castigo, sino que está destinada a resguardar la situación del agredido de los ataques de que sin derecho la haga objeto un tercero¹¹.

En sintonía, la jurisprudencia sostiene que “la agresión ilegítima prevista en el art. 34, inc. 6º del Código Penal, es el ataque efectuado sin derecho y con peligro inminente para la integridad del ofendido. Se refiere a una conducta antijurídica, actual o potencial, que ocasiona peligro de daño para un derecho. Tal peligro es el suficiente riesgo de daño –para un bien jurídico- como para hacer racionalmente necesaria la defensa. Debe entonces tratarse de una acción peligrosa para la integridad de un derecho” (Cfrme. C. Apels. Trelew, Sala A, 15/5/02, R; H.O.)¹².

En cuanto al requisito “Falta de provocación suficiente”, la provocación es una conducta que hace previsible, o puede hacerlo, la respuesta agresora, sin que deba tenerse en cuenta para ello la característica personal del agresor. La pérdida del derecho de defensa por parte del que es agredido ilícitamente está condicionada por una provocación que no necesita ser antijurídica pero si “suficiente”, es decir “de cierta gravedad”. Ello significa que debe

⁹ NUÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino, Parte General*, T. I, p. 344.

¹⁰ FONTAN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, T.II, Ed. Abeledo Perrot, 1966,p. 146.

¹¹ NUÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino, Parte General*, T.I, p.349 y ss.

¹² ROMERO VILLANUEVA, Horacio, *Código Penal de la Nación Anotado*, Lexis Nexis 2008, p.136.

consistir en un estímulo de una agresión antijurídica, pero no producida totalmente sin responsabilidad del agredido antijurídicamente¹³.

En cuanto a la necesidad racional del medio empleado, esta necesidad debe resultar de la agresión que pone en peligro un bien jurídico: necesidad de defensa. Jiménez de Azúa¹⁴, recalca que la *necesidad*, más que el simple requisito de la defensa, sin la cual esta subsistiría en sí, aunque excesiva, es una condición de la que no podemos prescindir.

La necesidad supone: oportunidad del empleo de la defensa; imposibilidad de usar otros medios menos drásticos; inevitabilidad del peligro por otros recursos, pero todo ello en directa relación y subordinación al peligro que nos amenaza, a la entidad del bien jurídico que violentamente amparamos y a la figura típica que surge de la reacción.¹⁵ La ley no requiere que dicha necesidad sea absoluta, sino racional, lo que es más laxo. Al calificarse la necesidad de racional la doctrina hace un distinguo entre necesidad y proporcionalidad, que tiene por consecuencia, por una parte, determinar una cierta proporción en los medios y, por otra, que la proporción entre el daño que se evita y el que se causa no sea absoluto. Al respecto Zaffaroni tiene dicho “el orden jurídico no puede tolerar que la legítima defensa se lleve hasta un grado en que la conducta defensiva resulte contraria a la seguridad jurídica, particularmente en su aspecto subjetivo. Cuando la acción defensiva causa una lesión al sentimiento de seguridad jurídica de mayor intensidad que el que causa la misma acción agresiva, cesa la legitimidad de la acción defensiva. Por ello, no cualquier empleo de un medio lesivo necesario se halla dentro de los límites de la legítima defensa, sino sólo aquel que es "racional".

En la doctrina argentina se ha entendido la *racionalidad* de la necesidad del medio, como la “*proporcionalidad*”, lo que resulta correcto, siempre que por “proporcionalidad” entendamos al requerimiento negativo de que no *falte la proporcionalidad de manera aberrante*. Igualmente, se ha entendido que por “medio” no debe connotarse un instrumento sino todo género “de acciones y omisiones que se emplean para la defensa”.

Tal apreciación resulta correcta, puesto que lo que la ley exige no es una “equiparación” ni “proporcionalidad” de instrumentos, sino una cierta proporción entre la conducta lesiva y la conducta defensiva en cuanto a su lesividad. Así, existirá esta proporción cuando el que es

¹³ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Alveroni, 1981, p.370

¹⁴ Tratado de Derecho Penal, T. IV, Ed. Losada, Bs.As. 1976, n° 1321, pág. 213.

¹⁵ JIMENEZ DE AZÚA, op. y loc. Cit.; en contra, sosteniendo que en la legítima defensa no se realiza ponderación alguna sobre la relación valorativa de los bienes en juego, la Cám. Crim. Capital, sala I, 22- VIII, 1996, caso “Aguirre, Fermín E.” doc. Jud. 1997- 3, pág. 282.

atacado a puñaladas se defiende con un arma de fuego, porque hay proporción lesiva, aunque objetivamente sea más dañoso un revólver que un cuchillo¹⁶.

III. Tercera cuestión: Exceso en la Legítima defensa

El art. 35 CP establece una disminución de pena para "el que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad". La pena aplicable en tal caso, será la "fijada para el delito por culpa o imprudencia". Pocas disposiciones del código vigente -por no decir ninguna de ellas- han dado lugar a interpretaciones tan dispares como este artículo.

Para que exista exceso es necesario que, quien en medio de una situación de legítima defensa actué excediéndose. Se da la agresión ilegítima y la falta de provocación suficiente, pero no la racionalidad del ataque con que se devuelve la agresión.

Se configuraría el supuesto de exceso en una causa de justificación, concretamente, en el ejercicio de la legítima defensa, cuando hay un exceso en el uso del medio utilizado para defenderse. Jurisprudencialmente se tiene dicho que el exceso en la legítima defensa, consiste en "la intensificación innecesaria de la acción inicialmente justificada y su viabilidad presupone la preexistencia de aquella"(C.Pen S Fe, sala III, 22/8/89, RepZeus, 8-620). Se discute en doctrina cuál es la naturaleza jurídica del exceso pero, para no extendernos en ella ya que nos es el motivo del presente trabajo, solo diremos que; los autores enrolados en el finalismo o posfinalismo entienden que es dolosa. La opinión mayoritaria en nuestro país es que es culposo. Es decir que para que haya exceso es necesario que éste no sea intencional porque, de lo contrario, sería "abuso". Se excede el que obra dentro de una causa de justificación ("intrañeus"); por el contrario "abusa" ("extraneus") quien le imprime al acto un carácter ajeno a la justificante porque obra a sabiendas y con intención de dañar a la persona del otro o sus derechos.

IV. Cuarta cuestión: Límite entre la Legítima defensa y su exceso.

Hasta aquí, es incuestionable que el exceso en la defensa presupone un estado inicial que la justifique, o sea, estar en presencia de los requisitos de la legítima defensa, empero determinar el momento en que el agredido ha traspasado el límite que la justificaba, es la cuestión que proponemos examinar. Este límite no resulta tan sencillo de percibir al momento del análisis que lleva a cabo el juzgador al valorar la conducta acaecida, y que trae aparejado una importante consecuencia jurídica: la exclusión de la antijuridicidad en el caso de la

¹⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Parte Gral*, Tomo III, Ed. Ediar, Bs.As.1998, pag. 590 y 593

aplicabilidad de la causa de justificación o la atenuación de la pena para el caso de exceso, aplicando la prevista para los delitos culposos. Advertimos, al encontrar fallos al respecto que, en similares situaciones han resuelto de manera distinta, por lo que intentaremos esclarecer cuales son los criterios que los distintos tribunales han debido tener en cuenta a la hora de determinar la aplicabilidad de las normas antes mencionadas.

Dogmática y jurisprudencialmente se ha coincidido que, al momento de valorar el caso concreto, se deben analizar todas las circunstancias en la que se ve envuelto el sujeto que injustamente ve atacado un bien jurídico, no resultando ajustado a derecho llevar a cabo esta tarea basado exclusivamente en criterios objetivos y abstractos. Ello, desde que la mayoría de los tipos penales fueron redactados de manera tal de no poder prescindir del elemento subjetivo, es decir, los verbos típicos fueron concebidos de modo final. En esa dirección, encontramos que parte de la doctrina ha entendido que el miedo, el temor que genera la agresión misma, es lo que puede originar la intensificación innecesaria de la acción inicialmente justificada, dando origen así a lo previsto por el art. 35 del C.P.. En ese sentido, Ricardo Nuñez opina que la desproporción objetiva del medio de ejecución empleado, subjetivamente debe obedecer a un estado de excitación o perturbación del ánimo del autor o a un abandono por parte de éste de las reglas de prudencia observables en el caso, que, sin alterar su finalidad de ejecutar la ley, ejecutar su autoridad o sortear el peligro lo ha llevado al exceso en la legítima defensa¹⁷. Esto ha sido receptado jurisprudencialmente por la C.S.J.N. al decir “el apresuramiento, el temor, el nerviosismo, solo pueden ser computables para atenuar la pena, no así, para eximir de responsabilidad (C.S.J.N. 18/02/38, LL9-724); en igual sentido “el exceso en la defensa es la reacción de un peligro con exceso de temor, es un error de cálculo en la apreciación del peligro y en los medios para rechazarlo” (CFuero Pleno Reconquista, 15/3/90, RepZeus, 9-558). En similares términos “el exceso se caracteriza por error de cálculo producido por la emoción de la lucha, respecto de la apreciación del peligro corrido, o de los medios necesarios para conjurarlo” (S.T.J.Entre Rios, 20-IV-48, La Ley, 52, pág.173)

Al respecto, opinamos humildemente que reconocer como elemento preponderante el estado anímico del autor para excluir la legítima defensa y aplicar la figura del exceso, es un error que puede desvirtuar la naturaleza de la causa de justificación, transformándola en un mero presupuesto del exceso. Ello, por cuanto resulta lógico y previsible que quien es colocado - por el accionar intencional de quien viene a agredirlo- en una situación de peligro no provocada, en la que tiene que actuar necesariamente para impedir o repeler el ataque y así

¹⁷ NUÑEZ, Ricardo. *Tratado de Derecho Penal parte general*, Ed. Lerner Córdoba, 1987, pág. 428 y sgtes.

evitar la lesión a un bien jurídico, produzca en su ánimo una alteración que dificulta el discernimiento de lo que objetivamente sucederá. Sostener lo contrario, pretendiendo que el agredido pueda apreciar acabadamente todas las circunstancias de manera objetiva para valorar correctamente la forma de defensa, resulta fuera de la realidad. Así lo ha entendido parte de la jurisprudencia al decir que “ampara la eximente de legítima defensa, a la madre que da muerte a su esposo golpeándolo en la cabeza con un palo en vista de que este no cesaba en el propósito de tener contacto carnal con la hijastra a quien oprimía la garganta para que no gritara y la amenazaba con un cuchillo. El hecho de que después del primer golpe y cuando el esposo estaba caído, la procesada le aplicara dos golpes más, no configura el exceso de la defensa, porque no se le puede exigir lógica y humanamente, dado el estado emocional en que debió actuar, la serenidad necesaria al limitar la defensa al primer golpe, cuando ella no sabía si éste hubiera sido suficiente para limitar la reanudación de la agresión” (CCrimCorrCap, 22/04/36, JA,54-247, y LL2-593).

Por otro costado, disímil postura es la sostenida por parte de la doctrina apreciando al elemento subjetivo como causal de inculpabilidad. En tal sentido, el Dr. Soler, al analizar la figura del exceso, sostiene que la remisión del art. 35 del C.P. a la escala penal de la figura culposa es un índice valioso para estimar que el exceso está fundado en el temor determinado por la situación en que el agente se encuentra. Entiende que ése es un fácil terreno para emprender acciones precipitadas e inconsultas, porque según lo comprueba la investigación psicológica esos efectos no son gobernados por la razón, alteran el curso de las representaciones y no se producen o suprimen a voluntad. Concluye que sería correcto, a imitación de otros códigos, que el exceso en que se ha incurrido por ese género de perturbaciones fuese totalmente impune.¹⁸ Por otro lado, Jorge de la Rúa sostuvo que "si se atiende a la esencia de la cuestión, es indudable que el concepto de 'racional' de la ley penal, en el sentido de 'razonabilidad', debe comprender necesariamente un cierto margen de error. Así, sufre error el que se defiende a tiros de un grupo que lo ataca en la oscuridad, si se comprueba que la intención de dicho agresor estaba circunscrita sólo a pegar una bofetada al agredido y luego huir. Pero así como existió error, no se puede negar la razonabilidad del medio; a su vez, tal razonabilidad desaparece si se comprueba que el agredido conocía ex ante el objetivo del grupo". Por ello, concluye el autor, "el problema fundamental reside en determinar cuál es el límite de la razonabilidad del error que no sustrae la defensa de la justificación. La regla debe atender a los principios de la culpabilidad, esto es, error no imputable sobre las circunstancias..."¹⁹. Del mismo modo, Esteban Righi ha criticado la

¹⁸SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino* tomo I, Ed. Argentina, Bs. As. 1987, pág 389.

¹⁹ De la Rúa, Jorge, *Código Penal Argentino - Parte general*; Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, ps. 600 y 601

regulación del art. 35 concluyendo que; el exceso en la legítima defensa debe ser considerado en el ámbito de la teoría de la culpabilidad, mediante una regla cuya consecuencia jurídica no debe ser la aplicación de la pena prevista para el delito culposo (como establece el art.35 del C.P.), sino la impunidad por ausencia de culpabilidad en el autor; la exclusión de la culpabilidad en los supuestos de exceso en la legítima defensa, es consecuencia de una fundamentación bidimensional, toda vez que además de la posibilidad de remitir la situación a la víctima del exceso en razón de su previa agresión antijurídica, se debe exigir que la misma hubiere generado una perturbación que haya dificultado al autor motivarse por la obediencia a la norma, lo que no ha sido previsto por el art. 35 del C.P.; en la medida en que no debe considerarse el exceso un caso especial de error de prohibición, concurriendo los presupuestos señalados, corresponde prever la impunidad aun en los casos de exceso consciente en la legítima defensa.²⁰

En tal sentido, la Cámara Nacional Criminal Correccional ha dicho que “... el proceder del imputado que actúa en legítima defensa debe valorarse en la “atmósfera” en que se desarrolló el suceso, ex antes y no ex post, es decir, desde el punto de vista del sujeto en el momento en que se defendió. No resulta claro, si el acusado podía apreciar, en caso de haber sucedido, si la agresión había cesado, por lo que se debe suponer que aquel entendió que la misma continuaría, situación que permite sostener un error de prohibición invencible (art. 34, inc 1 C.P)” (CNCrimCorr, sala II, 30/08/92, c. 41.179, “R.J.M.”, voto del Dr. Vázquez Acuña).

Advertimos, en este punto, que considerar la comprensión del sujeto agredido al percibir la continuación o interrupción de la agresión del que es víctima, como un error de apreciación que debe ser analizado en el ámbito de la culpabilidad, y no como un eximente de antijuridicidad, niega el instituto de la legítima defensa. En efecto, ya que resulta incuestionable, a esta altura del análisis, como ya se mencionara, que la conducta contiene siempre un estado anímico perturbado por una situación provocada intencionalmente por quien genera el ataque. Ya lo sostenía Tejedor al decir que “quien es atacado, debido a la agresión, no puede conservar siempre la sangre fría necesaria para observar la medida exacta de la defensa, y ésa es la causa de que no se aplique la pena”.²¹

Ello se ha visto reflejado en diversos fallos judiciales, al decir: “Los golpes innecesarios cuando está caída la víctima no descartan por sí la legítima defensa, no ha de confundirse exceso en los golpes con exceso en la defensa. Aquel puede explicarse con el ardor de la

²⁰ RIGHI, Esteban, “Consideraciones Críticas sobre la regulación del exceso en la legítima. Sistema del Código Penal Argentino”, *Cuaderno de doctrina y jurisprudencia penal*, Año 1999, N° 9-A, P. 353 y siguientes.

²¹ TEJEDOR, Carlos, *Curso de Derecho Criminal*, p. 58, citado por DONNA, Edgardo Alberto, *El Exceso en las causas de justificación*, Ed. Astrea, Bs. As., 1985, p. 17 y 18.

lucha que no permite a veces discernir si cesaron realmente los riesgos del ataque, mientras que el último es achacable a una precipitación culposa” (SCTucumán 13-V-41, La Ley 24, pág 49).

“...no puede desconocerse el escalamiento nocturno de la morada pueda implicar un real temor por parte del que se defiende, de un riesgo potencial de su integridad física, así como la de sus bienes, que autoriza el rechazo a un mortal como supuesto de defensa legítima, y que la misma consiste en una simple presunción que funciona mientras no se pruebe que dicho escalamiento no implicaba en la situación de peligro que autorizara la muerte del intruso. Pero las circunstancias que rodearon el caso nos llevan a plantear el tratamiento no solo de las condiciones objetivas que lo circundaron, sino las especialmente gravosas que afectaron al protagonista, como ser lo particularmente traumático que resulto haber sido víctima de varios ataques y agresiones previas que lo llevaron, tanto a él como a su anciano padre, a rodearse de medios de seguridad con el objeto de no pasar por una circunstancia como las que le tocaran vivir... ante la probada agresión que representó el encontrar a la víctima en el interior de su predio, previo escalar los muros y en horas de la noche, existió una defensa necesaria y racional, sin que pueda considerarse excesivo el hecho de efectuar más de un disparo hacia la oscuridad, pero los límites de su defensa no pueden enmarcarse exclusivamente en el número de disparos efectuados, máxime si se tiene en cuenta que fueron realizados consecutivamente y en forma sucesiva hacia una misma dirección, como consecuencia de un solo acto instintivo”. (CamCrimCorr Quilmes 4/11/96 “Revista del Colegio de Abogados de La Plata, N° 73, P. 56, voto del Dr. Natiello, adhesión de los Drs. Rousseau y Celesia).

“La utilización del arma con relación al ataque es proporcional dada la gran magnitud de éste, en las circunstancias de tiempo, lugar, modo y personales del acusado. No le quedaba otra posibilidad al imputado que echar mano a su escopeta. Podrá objetarse que el agresor no llevaba arma de fuego en su poder; sólo se ha secuestrado una madera que llevaba en la espalda entre sus ropas. Pero debe tenerse presente que la proporción o adecuación de los medios empleados en la legítima defensa no atienden ni se agotan en la medida “...entre los medios o instrumentos del ataque y de la defensa, pues la ley no pone como requisito la equivalencia de los medios utilizados por el agresor y el agredido”. (CCrimCorr. Bell Ville. 14/6/07. Sentencia N° 16. "Appendino, Ibar Juan p.s.a. de Homicidio calificado por el vínculo y por el uso de arma”).

De lo expuesto, se observa que la jurisprudencia citada, al momento de analizar el caso concreto, no ha tenido en cuenta exclusivamente las circunstancias objetivas, sino que ha considerado la perturbación del ánimo como elemento integrante de la legítima defensa,

siempre valorado dentro del contexto particular de cada caso, que hacen viable la aplicación de ésta causa de justificación.

“Conviene, entonces, hablar de necesidad racional, pero para juzgar ese aspecto, la jurisprudencia entiende que deberán tenerse en cuenta todas las circunstancias que vivió el sujeto agredido, las que generalmente obstruyen un grado de conciencia y aún de inteligencia emocional normal” (TOral N°8, 31/08/93, PPBA, 90-25).

“La legítima defensa y su exceso se fundan en la necesidad de evitar un peligro actual o inminente. El exceso en las legítimas defensas es un arduo problema en la interpretación de la ley, pero lo indudable es que se estima la relevancia decisiva del aspecto subjetivo en la conducta de quien busca defenderse”²²

Conclusión:

- 1) Las causas de justificación son situaciones de hecho y de derecho cuyo efecto es excluir la antijuridicidad de un hecho típico. Constituyen autorizaciones o permisos para realizar un comportamiento prohibido.
- 2) La legítima defensa es la reacción necesaria para evitar la lesión ilegítima, y no provocada, de un bien jurídico, actual o inminente amenazado por la acción de un ser humano. Para que opere esta causa de justificación es necesario que se cumplan los presupuestos previstos para ella: la existencia de una agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelarla y falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende.
- 3) Para que exista exceso en la legítima defensa es necesario que, quien en medio de una situación de legítima defensa actué excediéndose. Se da la agresión ilegítima y la falta de provocación suficiente, pero no la racionalidad del ataque con que se devuelve la agresión.
- 4) No se debe prescindir del elemento subjetivo al momento de valorar la aplicabilidad de la causa de justificación en el caso concreto.
- 5) Reconocer como elemento preponderante el estado anímico del autor para excluir la legítima defensa y aplicar la figura del exceso, es un error que puede desvirtuar la naturaleza de la causa de justificación, transformándola en un mero presupuesto del exceso.

²² DONNA, Edgardo, *Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia*, edit. Rubinzal-Culzoni 2005, tomo I, fallo 5-5-92 “T.E.O. S/homicidio y lesiones graves en concurso real,” p.398.

- 6) Considerar la comprensión del sujeto agredido al percibir la continuación o interrupción de la agresión del que es víctima, como un error de apreciación que debe ser analizado en el ámbito de la culpabilidad, y no como un eximente de antijuridicidad, niega el instituto de la legítima defensa.
- 7) Encontramos más acertado considerar la perturbación del ánimo como integrante de la legítima defensa, siempre valorado dentro del contexto particular de cada caso, lo que hace viable la aplicación de ésta causa de justificación.
- 8) La cuestión analizada en el presente trabajo solo encuentra solución en el particular análisis que debe realizar el juzgador, quien evitando valoraciones efectuados ex post, basadas únicamente en criterios objetivos y abstractos, sino desde el contexto que debió actuar el sujeto agredido, justipreciando todas y cada una de las circunstancias que rodearon el caso concreto, logrará arribar a una solución ajustada a derecho.