



EXCESO EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN: IMPORTANCIA DE LA ELUCUBRACIÓN DOGMÁTICA EXTRAPOLADA A LA PRAXIS FORENSE.

Por: Agustín Tomás Márquez¹.

Sumario: *I. Introito; II. Conceptualizaciones. 1) Conceptualización de exceso en el ámbito jurídico-penal, 2) Conceptualización de causas de justificación. III. Estrato analítico de la teoría del delito en la cual se cavila el exceso de las justificantes; IV. Antecedentes legislativos-históricos, 1) Antecedentes nacionales, 2) Antecedentes extranjeros; V. Naturaleza jurídica del instituto; 1) Esencia culposo, 2) Esencia dolosa; 3) Esencia antijurídica disminuida; VI. Tratamiento actual en la legislación vernácula; VII. Crítica a la solución sancionatoria arribada por nuestro Código Penal vigente; VIII. Conclusión; IX. Bibliografía.*

I. Introito:

Pretendo enfocar el presente artículo académico desde un prisma teleológico tendiente a demostrar la notable utilidad que denota el análisis doctrinario – de manera íntegra – con relación a la praxis tribunalicia a la hora de resolver las concretas contiendas suscitadas.

Tratare de erigir al mismo valiéndome de precisiones no solo conceptuales, sino vinculadas a la naturaleza jurídica del instituto en cuestión, que, según mi entendimiento es el elemento neurálgico del mismo. Entendiendo su esencia, se torna más fructífera la correcta aplicación en aquellos supuestos práctico decisorios – casos concretos sujetos a ser dirimidos judicialmente –.

Otro aspecto no menor, es la problemática de la solución conminatoria que ofrece el instituto. Cuestión que desarrollare en la etapa correspondiente del escrito.

¹ **Diplomado** en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Católica de Santa Fe (UC.S.F.), **Practicante** en el Servicio Público Provincial de Defensa Penal (S.P.P.D.P.) de la 1º Circunscripción de Santa Fe.



II. Conceptualizaciones:

A mi modo de ver, considero pertinente comenzar el abordaje del presente escrito partiendo de precisiones conceptuales en relación a los tópicos más álgidos vinculados al instituto jurídico que he escogido para escudriñar.

1) Conceptualización de exceso ámbito jurídico-penal:

Como punto de partida, me valdré de precisar que se comprende – a groso modo – por exceso, lo cual es necesario, según creo, partir de la exegesis que ha hecho la Real Academia Española sobre dicho término. Esta institución experta en el idioma y la gramática del mismo entiende que es *“Parte que excede y pasa más allá de la medida o regla”*². Tomando como base esta elucubración, y extrapolándolo al campo jurídico-penal, entiendo que es *“aquella conducta que sobrepasa los límites previstos por el ordenamiento jurídico, los cuales son expresados por el derecho objetivo vigente, la autoridad o la necesidad misma. Dichas demarcaciones – a prima facie – legitiman el comienzo de la ejecución del obrar del agente, que luego se torna desmesurado”*³.

2) Conceptualización de causas de justificación:

Siguiendo a Fernando Gentile Bersano, las causas de justificación son *“circunstancias o eximentes que por determinadas razones excluyen la antijuridicidad y, en consecuencia, la ilicitud de una conducta típica. Esto se debe a que el ordenamiento jurídico está compuesto por normas prohibitivas (prohíben comportamientos) y normas permisivas (imponen una conducta) pero, además de ellas, encontramos preposiciones permisivas, es decir, normas que permiten una conducta típica bajo determinadas circunstancias. Estos preceptos pueden provenir de otras partes o ramas del*

² <https://dle.rae.es/exceso>

Sitio web consultado el día 14 de Diciembre de 2.019.

³ Esta conceptualización vierte producto del parangón que efectuó con la norma vigente – artículo 35 del Código Penal – y la hermenéutica terminológica emanada por la Real Academia Española.



ordenamiento, ejemplo: el derecho de retención ⁴ previsto en el Código Civil y Comercial que posibilita justificar una eventual retención indebida”⁵.

A su vez, el doctrinario Raúl Viñas, entiende que la justificación es *“la conformidad de un hecho con lo justo. El hecho justificado es absolutamente lícito, entra en el universo del JUS, se conforma al orden jurídico. No lo contraria y es la antítesis de un delito, con el que guarda una relación lógica de contradicción”⁶.*

Por su parte, Marco Antonio Terragni, hace un análisis más exhaustivo y acabo de las mismas, concibiendo que *“la doctrina tradicional considera que la faz negativa del elemento antijuridicidad está constituida por las causas de justificación. Conforme a esta concepción, una conducta típica no es antijurídica cuando concurren, v.gr. legítima defensa o estado de necesidad. En este tema, que se vincula obviamente con la teoría de los elementos negativos del tipo, hay doctrina que marcha por otro andarivel: según ella, la ley habilita al autor a obrar, no obstante que el hecho esta descripto como delito. Esa doctrina habla entonces, de tipos permisivos. La consecuencia es, pues, que la concurrencia de estos hace que la conducta no sea justificada sino, directamente, atípica Por mi parte, opino que, efectivamente, en algunas figuras delictivas, aparecen explícitos estos permisos, como que requieren, v.gr., que el apoderamiento sea ilegítimo ⁷(art. 162, Cód. Penal). Y, en general, no es punible quien realice algunos de los hechos previstos en la Parte Especial del Código, en el cumplimiento de su deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo*

⁴ El mismo se encuentra regulado en el Código Civil y Comercial, en su Libro VI *“Disposiciones comunes a los Derechos Personales y Reales”*, Título III, artículos 2587, 2588, 2589, 2590, 2591, 2592 y 2593.

⁵ GENTILE BERSANO, Fernando, *“Derecho Penal. Parte General”*, Ed. LIBRERÍA CIVICA, Santa Fe, 2.019, 1^ª Edición, página 208.

⁶ VIÑAS, Raúl Horacio, *“Derecho Penal. Parte general”*, Ed. NOVA TESIS, Rosario, 2.007, Tomo I, 1^ª Edición, página 431.

⁷ Haciendo una comparación en este caso con lo expuesto por Gentile Bersano respecto al Derecho de retención como causal de justificación, se puede apreciar que colisiona con lo manifestado por Terragni, ya que en ese supuesto el apoderamiento sería legítimo y se tornaría atípica la figura, lo cual no sería una justificante. En lo personal, me inclino por seguir la postura de Terragni, ya que entiendo que en este supuesto no se podría vencer el filtro lógico de la tipicidad, y solo sería una conducta no típica, por el hecho de carecer del elemento *“ilegitimidad”* en el apoderamiento, previsto en el precepto legal del artículo mencionado *ut supra*.



(art. 34.3, Cód. Penal). De forma tal que, utilizando un esquema o el otro, la conducta es atípica; no, típica y justificada. En cuanto a la legítima defensa y al estado de necesidad, podrían seguir siendo consideradas causas de justificación, con la reserva que ya he formulado respecto del elemento subjetivo de ambos. Lo que no comparto, pues mueve a la confusión, es la expresión tipos permisivos, pues el tipo penal es la concreción del principio de legalidad recogido en la Constitución. Y entre otras necesidades esta, en que la ley sea estricta; es decir, que describa el hecho de forma que no queden zonas grises. Tal no puede ocurrir con los permisos, pues escapa a la imaginación más fértil la cantidad de situaciones fácticas que puedan ser captadas por el legislador’⁸.

Para culminar con este acápite “II. 2)” del presente trabajo, concibo que las causas de justificación – al igual que Terragni – son aquellas que representan la faz negativa de la antijuridicidad, ya que si bien, permiten que la conducta sea típica, no la torna contraria al ordenamiento jurídico. Por lo cual, dicho facto está amparado en la misma norma, lo cual – siguiendo el criterio unitario de la antijuridicidad – no contraria a la totalidad del ordenamiento jurídico *ergo*, no es posible de responder en ninguna de las ramas restantes del Derecho.

III. Estrato analítico de la teoría del delito en la cual se cavila el exceso de las justificantes:

Para comenzar el abordaje de este punto del escrito, considero pertinente mencionar los dos posibles enfoques jurídicos a la hora de escudriñar esta problemática dentro de la teoría del delito y, precisamente, en que estamento lógico se debe arribar.

La primer postura apunta a que el correcto tratamiento se debe ejecutar en el plano de la antijuridicidad, lo cual, se considera que la misma opera de manera disminuida⁹ o en

⁸ TERRAGNI, Marco Antonio, “*Tratado de Derecho Penal*”, Ed. LA LEY, Buenos Aires, 2.012, Tomo I “*Parte General*”, 1º Edición, página 508.

⁹ DONNA, Edgardo Alberto, “*El exceso en las causas de justificación*”, Ed. ASTREA, Buenos Aires, 1.985, 1º Edición, páginas 93 y 94.



realidad lo que se disminuye es la entidad del injusto¹⁰ – el principal exponente en el ámbito local es Eugenio Zaffaroni¹¹ –.

La segunda postura se fundamenta que el análisis racional que se debe hacer ante esta contienda técnica – dogmática, radica en el estrato de la culpabilidad, la cual se vincula con la culpabilidad por vulnerabilidad a la cual se enfrentó aquel que se excedió al momento del exceso. Por ende, debe entenderse que dicha conducta ha superado el escollo u óbice lógico interpuesto en el filtro de la antijuridicidad, lo cual permite su elucubración en el ámbito de la culpabilidad¹².

IV. Antecedentes legislativos-históricos:

1) Antecedentes Nacionales:

Este instituto encuentra su génesis en nuestro ordenamiento jurídico en el Proyecto de 1.917, preparado por la Comisión de Legislatura Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados de la Nación. El Proyecto del año 1.891 no incluye este instituto, como tampoco en del año 1.906, lo cual como he mencionado *ut supra* el primer vestigio del mismo es el del año 1.917¹³.

La fórmula utilizada en dicho proyecto es la que usufructuó Julio Herrera, por supuesto con arreglos técnico-legislativos y políticos-criminales pertinentes, lo cual, dicha formulación final, fue tomada por el Código confeccionado por Rodolfo Moreno del año 1.921, plasmado en el actual artículo 35¹⁴. Tal es así que Moreno, manifestó lo siguiente: *“Basado en esas opiniones, como lo dice la Exposición de motivos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria al final del párrafo destinado a ocuparse de la legitima defensa, se colocó este artículo... Debo hacer presente que esa inclusión fue consultada personalmente*

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *“Manual de Derecho Penal”*, Ed. EDIAR, Buenos Aires, 6ª Edición, pagina 502.

¹¹ En realidad sostiene que si es posible graduarse la antijuridicidad, y no solo el injusto, ya que es una *“característica graduable”*, la cual permite determinar si es mayor o menor la entidad del injusto.

¹² TERRAGNI, Marco Antonio, IBÍDEM, Tomo I, pagina 528.

¹³ DONNA, Edgardo Alberto, IBÍDEM, páginas 15 y 16.

¹⁴ DONNA, Edgardo Alberto, IBÍDEM, pagina 26.

Aquí el autor cita la obra *“El exceso en el ejercicio de un Derecho”*, confeccionada por Oscar Vera Barros.



por mí al doctor Herrera, con quien convivimos la redacción del artículo tal como se sanciona”¹⁵.

2) Antecedentes extranjeros:

En lo que respecta a la búsqueda de encontrar vestigios de este instituto jurídico en ordenamientos jurídicos comparados, nos topamos con el artículo 50 del Código Penal italiano – el cual fue avizorado por Julio Herrera a la hora de bosquejar la base del actual artículo 35 de nuestro Código Penal, como ya lo he manifestado *ut supra* – del año 1.889, el cual disponía lo siguiente: “*Colui che, commettendo un fatto nelle circostanze prevedute nell’articolo precedente, he ecceduto i limiti imposti dalla legge, dalla autorità o dalla necessità, e punito con la detenzione per un tempo non inferiori ai sei anni, ove la pena stabilita per il reato commesso sia l’ergastolo, e negli altri misura non inferiore ad un sesto e non superiore alla metà, sotituita la detenzione alla reclusione e la interdizione temporánea dei pubbliciuffici all’interdizione perpetua*”¹⁶.

Cabe aclarar que este artículo ha sido retocado en el futuro, pero la base legislativa que ha utilizado Herrera es la del mencionado.

Ahora bien, la disposición legal en cuestión, tiene como antecedente el Proyecto erigido por Zanardelli del año 1.887.

V. Naturaleza jurídica del instituto:

En este acápite del escrito, me he propuesto enfocar cual es la esencia técnica – dogmática del instituto en cuestión. Para ello lo divido en tres posibles naturalezas.

1) Esencia culposa:

¹⁵ MORENO, Rodolfo (h), “El Código Penal y sus antecedentes”, Ed. TOMMASI, Buenos Aires, 1.922, Tomo II, página 310.

¹⁶ “A quien habiendo cometido un hecho en las circunstancias previstas en el artículo anterior ha pasado los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad, se lo castiga con la detención por un tiempo no inferior a seis años si la pena establecida para el delito cometido es el ergástulo, y en los demás casos con la pena establecida para el mismo delito reducido a medida no inferior a un sexto ni superior a la mitad, sustituida la detención por la reclusión y la interdicción temporal de los oficios públicos a la interdicción perpetua”. Esta traducción ha sido hecha por Edgardo Donna.

DONNA, Edgardo Alberto, IBÍDEM, página 23.



En esta primera concepción, cabe destacar que el principal personaje que la pregonó es el maestro Francesco Carrara, el cual entiende que la esencia o naturaleza jurídica del exceso en alguna de las justificantes es culposa. Carrara propugna esta teorización aferrándose a que el exceso a secas es un “*error de cálculo*”, entonces, extrapolándolo al plano jurídico – penal, este “*error de cálculo*” se asemejaría a los supuestos culposos. Cabe destacar – tal como lo ha hecho autor en cuestión – que para que se torne operativa dicha naturaleza jurídica, se deben haber cumplido – en el caso de la legítima defensa – los elementos del *moderamen*¹⁷, los cuales son *conditio sine qua non* para la legitimidad de la justificante¹⁸.

Esta concepción es seguida parcialmente por quien ha planteado las bases legales de este instituto en nuestro sistema jurídico penal – Julio Herrera –.

Herrera en realidad entiende que el aspecto culposo es la comparación de la pena a aplicarse a un delito culposo, con el cual comparte cierta semejanza.

Dicho autor, no habla de que el exceso sea culposo sino, encuentra su razón de ser en la analogía de la pena¹⁹.

2) Esencia dolosa:

El principal exponente de esta naturaleza es Giovan Impallomeni, quien entiende que el hecho de excederse en las justificantes, radica en la intencionalidad de sobrepasar las justificantes. Dicho sobrepaso, no se origina por alguna inobservancia, lo cual si daría lugar a lo que plantea Carrara²⁰.

Por su parte, Enrique Bacigalupo, tiene una postura tuitiva respecto a esta concepción, el cual manifiesta que: “*La punibilidad atenuada que establece el artículo 35 se explicaría, de acuerdo con esto, en la evitabilidad del error*

¹⁷ Son los requisitos necesarios para que la defensa del ofendido opere de manera legítima. En nuestro ordenamiento jurídico, están contemplados en el artículo 34, inc. 6 del Código Penal, los cuales son: “... a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende.”

¹⁸ DONNA, Edgardo, IBÍDEM, páginas 24 y 35.

¹⁹ HERRERA, Julio, “*La reforma penal*”, Ed. LIBRERÍA E IMPRENTA MAYO, Buenos Aires, 1.911, página 483.

²⁰ DONNA, Edgardo, IBÍDEM, página 30 – 34.



sobre la antijuridicidad – es decir sobre la falta de necesidad – de la acción cumplida, pero dejaría intacto el dolo del hecho”²¹. A su vez, en su obra “Tipo y error”, genera un aporte concomitante al abordaje de este artículo, el cual ha plasmado lo siguiente: “Este artículo – 35 –, en efecto, toma en cuenta los casos de exceso sobre los límites impuestos por la ley, por la autoridad, o por la necesidad, manteniendo para ellos la punibilidad adecuada. La dogmática ha entendido en general que la atenuación que dispone este artículo refiriéndose a la pena del delito culposo, significa que el exceso es una forma de auténtica culpa. Sin embargo, tal caracterización de la atenuación del artículo 35 del Código Penal es evidentemente impropia, en la medida en que quien se excede hace lo que quiere hacer, mientras que en la culpa, al contrario, produce lo que no quisiera. Por este motivo, el exceso no pertenece a los hechos en que algo se produce sin quererlo; lo que el autor hace cuando se excede, coincide con lo que se propuso. El autor quiso matar y mató; la creencia errónea que haya tenido respecto de los límites del obrar permitido no modifica para nada aquella circunstancia”²².

3) Esencia antijurídica disminuida:

En esta última postura, quien la ha anunciado con mayor vehemencia es Eugenio Zaffaroni. Este jurista entiende que la óptica analítica del instituto debe enfocarse en el plano de la antijuridicidad, por lo cual parte de la base de que su esencia guarda relación con elementos que la tornan dolosa, pero el meollo de la cuestión radica en que es una conducta dolosa que posee una antijuridicidad disminuida, es decir es un injusto menor. Este análisis técnico – jurídico encuentra su razón de ser en que, las conductas comienzan siendo conforme a Derecho – o mejor dicho “jurídicas” – y se prolongan

²¹ BACIGALUPO, Enrique, “Una sentencia trascendente sobre la cuestión del exceso (art. 35 del Código Penal) y la conciencia de la antijuridicidad”, en “Nuevo Pensamiento Penal”, 1.975, página 47.

²² BACIGALUPO, Enrique, “Tipo y error”, COOPERADORA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES, Buenos Aires, 1.973, páginas 51 y 52.

temporalmente, sobrepasando el permiso legal incluido – perdón por la tautología – en el tipo permisivo²³.

El autor prosigue su exegesis técnica, ejecutando un parangón analítico con las teorizaciones antes expuestas – aquellas que se basaban en que el instituto tiene una esencia culposa o dolosa – y su consideración. Como resultado de esto entiende que las conceptualizaciones mencionadas parten de que el aspecto neurálgico de la cuestión es determinar si su naturaleza es dolosa o culposa, mientras que el, comprende que lo troncal es que se refiere a conductas dolosas con menor antijuridicidad. Por otra parte, encuentra una disimilitud en que las otras teorías ajenas a él, afirman que siempre se necesita la presencia de un error, mientras que para dicho autor no es necesario. Por último, difiere con los otros autores porque estos comprenden que este instituto abarca cualquier supuesto en que no se den todos los requisitos del tipo permisivo, por su parte Zaffaroni, considera que, esta figura jurídica abarca solo los casos de conductas que comienza estando conforme a Derecho y terminan antijurídicamente²⁴.

Dentro de esta conceptualización podemos encontrar dos formas o tipos de excesos: A) Extensivo o B) Intensivo. A) Este se produce cuando la conducta sigue o prosigue una vez que cesaron las circunstancias objetivas de justificación – ejemplo: una vez que cesa la agresión ilegítima –, por otro parte, el supuesto B) ocurre cuando la conducta resulta ser irracional – esto se puede dar en el medio defensivo que se utiliza, por ejemplo: una persona sufre una agresión ilegítima en su integridad física, la cual es propinada por golpes de puño, y la misma se defiende utilizando una pistola –²⁵.

VI. *Tratamiento actual en la legislación vernácula:*

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, IBÍDEM, pagina 503.

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, IBÍDEM, pagina 503.

²⁵ GENTILE BERSANO, Fernando, IBÍDEM, pagina 237.



En este punto “VI)” considero acertado comenzar avizorando como está plasmado este instituto en nuestro derecho positivo vigente. Para eso, es dable vislumbrar lo dispuesto en el artículo 35 del Código Penal, que dispone lo siguiente: “*El que hubiere excedido los límites impuestos por la Ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia*”.

Ahora bien, siguiendo el criterio exegético efectuado por Omar Breglia Arias y Omar Gauna en el la versión comentada del Código Penal, consideran que para que dicha institución jurídica se torne operativa es necesario que haya existido una justificante – comparten la inteligencia interpretativa de Zaffaroni, la cual parte de una conducta como jurídica, pero al sobrepasar los límites se torna antijurídica –²⁶.

Otra cuestión fructífera que aportan estos autores al análisis de este fenómeno jurídico, es lo que sucede en aquellos casos donde se ejerce una *defensa putativa*²⁷. Para eso, cabe destacar que se entiende por defensa putativa.

Por ella, se comprende en el universo jurídico que es aquella que se ejerce cuando las condiciones objetivas o elementos objetivos de la misma defensa no están presentes. Lo que si esta presente, es una creencia por parte del presunto defendido que estos elementos se encuentran de manera efectiva.

Para una mejor comprensión de este supuesto, considero acertado el ejemplo vertido por Gentile Bersano, el cual expone el caso en que, el presunto defendido considera que está por ser atacado ilegítimamente por otra persona, la cual cree – bajo error – que va a sacar una pistola o un revolver para cumplir su cometido, pero en realidad – esa otra persona – está por sacar sus cigarrillos y su encender de un bolsillo interno de la campera²⁸.

²⁶ BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar, “*Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado.*”, Ed. ASTREA, 2.007, Buenos Aires, 6ª Edición, Tomo I, páginas 370 y 371.

²⁷ BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar, IBÍDEM, pagina 380.

²⁸ GENTILE BERSANO, Fernando, IBÍDEM, pagina 262.

Este supuesto – defensa putativa –, a su vez, puede ser conocido o considerado como el ejercicio de un “*error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación*”.

Retomando con el eje central de este punto, y volviendo de la digresión que me he permitido hacer respecto a la defensa putativa, la solución arribada por Breglia Arias y Gauna, el supuesto de exceso en dicha defensa putativa, no sería posible, ya que no se han materializado los presupuestos objetivos que habilitan a la misma²⁹.

VII. *Critica a la solución sancionatoria arribada por nuestro Código Penal vigente:*

Este acápite del presente artículo académico, surge como corolario del tratamiento de la esencia del instituto “*Exceso en las causas de justificación*”, el cual, al no haber un consenso unánime de su esencia, la solución punitiva arribada por nuestro ordenamiento jurídico, se puede tornar insuficiente o incorrecta en ciertos supuestos del mundo real.

La deficiencia más importante que encuentro – y siguiendo la teorización de Zaffaroni, que ha dicho que el exceso es merecedor de castigo porque la conducta si bien comienza jurídicamente, luego por dicho sobrepaso de los límites se vuelve antijurídica – es la impunidad de ciertos supuesto facticos.

Verbigracia de esto puede ser, aquel que se excede en la necesidad – tomando como justificante al estado de necesidad – y genera algún entuerto patrimonial ajeno, precisamente produce la conducta típica del delito de daño. Ahora bien, en este supuesto, y teniendo en cuenta la estructura sistemática de nuestro ordenamiento jurídico – entiéndase *numerus clausus*³⁰, es decir que solo son

²⁹ BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar, IBÍDEM, pagina 380.

³⁰ Nuestro sistema es así porque, en la parte general del Código Penal, no hay una cláusula de equivalencia que determine que en aquellos casos en los que los delitos, no puedan ser imputado



pasible de penalidad los delitos culposos que estén expresamente contemplados – los tipos penales culposos previstos en la parte especial del Código penal son caracterizados por enunciar el aspecto anímico con el cual se pueden ejecutar, – las manifestaciones de la culpa – es decir, imprudencia, negligencia, etc. En todos los demás supuestos, no es aceptable conminar como delitos culposos a cualquier figura que no detente dichas manifestaciones. Ahora bien, circunscribiéndome al ejemplo que he vertido, considero aceptable seguir la explicación de Ana María Cortés de Arabia – plasmada en la obra “*Derecho Penal, parte general: Libro de estudio*”, dirigida por Carlos Lascano (h) – respecto a cómo se podría exceder en el supuesto que medie un estado de necesidad. Parte de la base de que, el exceso se volvería operativo cuando resulte la producción de un mal que no es el menor entre los posibles para evitar el mal mayor, es entonces, innecesariamente mayor que el que podía causarse para soslaya la concreción de la ofensa al bien jurídico defendido³¹.

Siguiendo con el análisis del ejemplo mencionado, en relación ahora a nuestro sistema – *numerus clausus* – el delito de daño, no contiene en ninguno de los supuesto de las manifestaciones de la culpa *ergo* en el caso que el mismo se materialice quedaría impune por el hecho de no tener una escala punitiva como referencia³².

VIII. Conclusión:

Como corolario de todo lo expuesto *ut supra*, entiendo que este instituto actualmente ha perdido la entidad de debate que ha detentado antiguamente. La mayoría se ha conformado comprendiendo que hay varias posturas vinculadas

subjetivamente a título doloso, se lo puedo imputar a título culposo. Lo cual a *contrario sensu* nuestro sistema correría la suerte de ser *numerus apertus*.

³¹ LASCANO, Carlos (h), “Derecho Penal, parte general: Libro de estudios”, Ed. ADVOCATUS, 2.005, Córdoba, 1ª Edición, páginas 468 y 469.

³² En el mismo sentido Terragni entiende que en los únicos supuestos que este instituto es viable es en los casos que se materialice un homicidio o algún tipo de lesiones.

TERRAGNI, Marco Antonio, ÍDEM.

a su esencia, evitando la posibilidad de seguir estudiando esta institución para llegar una solución que zanje las aristas interpretativas.

Relacionado al actual abordaje legal del mismo en nuestro universo normativo, comparto el criterio del Dr. Zaffaroni al entender que en el eventual caso que de *lege ferenda* se modifique este artículo 35 del Código Penal – el cual en el último Anteproyecto del Código Penal, presidido por el Dr. Mariano Borinsky, mantiene la misma estructura gramatical, lo cual no genera expectativas positivas de que la redacción del instituto cambie – subsanando o aclarando que penalidad le correspondería a aquellos casos en los cuales no se prevé alguna sanción porque no están presente en ningún tipo penal culposo por el simple hecho – ya expuesto – de carecer de la estipulación pertinente de las manifestaciones de la culpa³³.

Ahora bien, relacionando el título del presente artículo con todo lo que he plasmado en el mismo, entiendo que este instituto jurídico no es utilizado prístina o genuinamente de manera técnica, sino es usufructuado en la praxis forense como un supuesto de aminoración de monto de pena en aquellos casos donde resultaría excesivo la aplicación de la pena para el delito cometido dolosamente, y a su vez, resultaría insuficiente socialmente aquellos presupuestos donde se deje impune la conducta efectuada.

El maestro Terragni concluye de manera análoga a la forma que he comprendido esta disyuntiva, entendiendo que se lo utiliza como una “*válvula de escape*”³⁴ para llegar a una solución intermedia entre la impunidad y la excesiva cuantía punitiva.

³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, IBÍDEM, página 505.

³⁴ TERRAGNI, Marco Antonio, ÍDEM.



IX. Bibliografía:

- BACIGALUPO, Enrique, *“Tipo y error”*, COOPERADORA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES, Buenos Aires, 1.973, 1º Edición.
- BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar, *“Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado.”*, Ed. ASTREA, Buenos Aires, 2.007, 6º Edición, Tomo I.
- DONNA, Edgardo Alberto, *“El exceso en las causas de justificación”*, Ed. ASTREA, Buenos Aires, 1.985, 1º Edición.
- GENTILE BERSANO, Fernando, *“Derecho Penal. Parte General”*, Ed. LIBRERÍA CIVICA, Santa Fe, 2.019, 1º Edición.
- HERRERA, Julio, *“La reforma penal”*, Ed. LIBRERÍA E IMPRENTA MAYO, Buenos Aires, 1.911, 1º Edición.
- LASCANO, Carlos (h), *“Derecho Penal, parte general: Libro de estudios”*, Ed. ADVOCATUS, 2.005, Córdoba, 1º Edición.
- MORENO, Rodolfo (h), *“El Código Penal y sus antecedentes”*, Ed. TOMMASI, Buenos Aires, 1.922, Tomo II, 1º Edición.
- TERRAGNI, Marco Antonio, *“Tratado de Derecho Penal”*, Ed. LA LEY, Buenos Aires, 2.012, Tomo I *“Parte General”*, 1º Edición.
- VIÑAS, Raúl Horacio, *“Derecho Penal. Parte general”*, Ed. NOVA TESIS, Rosario, 2.007, Tomo I, 1º Edición.

Legislación:

- Código Civil y Comercial de Nación Argentina.
- Código Penal de la Nación Argentina.

Otras fuentes:

- <https://dle.rae.es/exceso> .Sitio web consultado el día 14 de Diciembre de 2.019.