



**Universidad del Azuay**

**Maestría en Derecho Penal**

***LA RESPONSABILIDAD PENAL POR EL EXCESO DE LEGÍTIMA  
DEFENSA: CONSIDERACIONES TEÓRICAS Y TRATAMIENTO EN  
EL SISTEMA PENAL ECUATORIANO***

**Trabajo previo a la obtención del título de Especialista en Derecho  
Penal**

**Autor: Abg. Silvana C. Tapia  
Director: Dr. Sandro Abraldes  
Cuenca, Ecuador  
2008**

**LA RESPONSABILIDAD PENAL POR EL EXCESO DE LEGÍTIMA DEFENSA:  
CONSIDERACIONES TEÓRICAS Y TRATAMIENTO EN EL SISTEMA PENAL  
ECUATORIANO**

**Índice de contenidos**

<b><u>RESUMEN</u></b>	<b><u>3</u></b>
<b><u>ABSTRACT</u></b>	<b><u>4</u></b>
<b><u>1. INTRODUCCIÓN.-</u></b>	<b><u>5</u></b>
<b><u>2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.-</u></b>	<b><u>6</u></b>
<b><u>3. NOCIONES PRELIMINARES.-</u></b>	<b><u>6</u></b>
<b><u>A. LA LEGÍTIMA DEFENSA.-</u></b>	<b><u>6</u></b>
<b><u>B. EXCESO DE DEFENSA.-</u></b>	<b><u>7</u></b>
<b><u>I. CRITERIOS DE VALORACIÓN.-</u></b>	<b><u>7</u></b>
<b><u>II. EXCESO INTENSIVO.-</u></b>	<b><u>11</u></b>
<b><u>III. EXCESO EXTENSIVO.-</u></b>	<b><u>12</u></b>
<b><u>4. EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL O ATENUACIÓN DE LA PENA POR EL EXCESO DE DEFENSA.-</u></b>	<b><u>12</u></b>
<b><u>A. EL EXCESO POR ERROR DE PROHIBICIÓN.-</u></b>	<b><u>13</u></b>
<b><u>B. INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA</u></b>	<b><u>15</u></b>
<b><u>C. TEORÍA DE LA IRRELEVANCIA PARA LA PREVENCIÓN GENERAL (ROXIN)</u></b>	<b><u>18</u></b>
<b><u>D. TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO (MAURACH)</u></b>	<b><u>19</u></b>
<b><u>E. EL EXCESO COMO EXIMENTE INCOMPLETA (MENOR CONTENIDO DE ANTIJURIDICIDAD)</u></b>	<b><u>20</u></b>
<b><u>F. EL EXCESO PENADO COMO DELITO IMPRUDENTE</u></b>	<b><u>22</u></b>
<b><u>5. REGULACIÓN POSITIVA DEL EXCESO DE DEFENSA</u></b>	<b><u>23</u></b>
<b><u>A. SISTEMAS IBEROAMERICANOS Y SISTEMA ALEMÁN.-</u></b>	<b><u>23</u></b>
<b><u>B. REGULACIÓN Y JURISPRUDENCIA ECUATORIANA.-</u></b>	<b><u>27</u></b>
<b><u>6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</u></b>	<b><u>30</u></b>
<b><u>7. BIBLIOGRAFÍA</u></b>	<b><u>35</u></b>

## **RESUMEN**

El trabajo de investigación “La responsabilidad penal por el exceso de legítima defensa: consideraciones teóricas y tratamiento en el sistema penal ecuatoriano” analiza, desde los diversos puntos de vista que ha generado la doctrina, las consecuencias penales de la acción defensiva, cuando ésta excede los límites impuestos por la Ley. Al respecto, los sistemas penales adoptan diferentes posturas, considerando, en unos casos, que el exceso de defensa debe exculparse, excluyendo así la sanción penal por inexigibilidad de otra conducta o bien por irrelevancia para la prevención general, y en otros, que la sanción debe subsistir pero disminuida, por tratarse de un hecho típico con un menor contenido de antijuridicidad. La confrontación teórica nos permite contar con bases técnicas que aclaran el panorama del exceso de defensa, para formular, finalmente, algunas observaciones y recomendaciones al sistema penal ecuatoriano que contiene, a nuestro criterio, varias disposiciones inadecuadas en relación con los principios generales del derecho penal y constitucional.

## **ABSTRACT**

The paper “Criminal liability for excessive self-defense: theoretical considerations and regulations in the Ecuadorian criminal code” analyzes the consequences of the defensive action when it surpasses the limits established by Law, from diverse Criminal Theory points of view. On this subject, criminal codes take different positions considering, in certain cases, that excessive self-defense should be exonerated, this way excluding penalty, since a different behavior cannot be legally required, or because it is not relevant for general criminal precautions; and in other cases, that the penalty should subsist but mitigated, since the criminal act has a lower content of illegality. Theoretical confrontation allows us to have a technical basis that clarifies the outlook for excessive self-defense in order to formulate, finally, some observations and recommendations for the Ecuadorian criminal code, which contains, in our opinion, several inadequate dispositions regarding the general principles of both Criminal and Constitutional Law.

## 1. Introducción.-

En el marco de la estructura del delito, la valoración de la responsabilidad penal da lugar a la punibilidad. Según explica Roxin, son presupuestos de la responsabilidad penal: la culpabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad, y la normalidad de la situación en que se actúa<sup>1</sup>. Todos estos presupuestos pueden atravesar la cuestión del exceso de defensa y están estrechamente vinculados entre sí, ya que en de cada caso, son criterios que nos servirán para determinar si quien actuó con exceso de defensa debe o no ser sancionado penalmente.

Para poder hablar de legítima defensa deben estar presentes ciertos requisitos que determinan el carácter defensivo de la conducta, como son el *animus defendendi* y la existencia de una agresión ilegítima; de lo contrario la acción tendrá que valorarse de acuerdo con los principios generales de la responsabilidad.

El reconocimiento de la legítima defensa data de las edades más primitivas: Cicerón<sup>2</sup>, por ejemplo, la consideraba la expresión de una ley natural. Puede decirse que todos los sistemas antiguos permitieron rechazar la fuerza con la fuerza. La sistemática arcaica, adoptada por el código napoleónico, el belga y el luxemburgués, trata a la legítima defensa desde la perpetración de homicidio y lesiones, posición que se superó tiempo después para emplazar a la legítima defensa dentro de la parte general del Derecho Penal, como causa excluyente de la responsabilidad.

La figura de la legítima defensa tiene fundamental trascendencia, tanto en el ámbito de la teoría del delito, cuanto en el ámbito de aplicación del derecho penal, ya que se relaciona con un principio filosófico que la ha sustentado tradicionalmente: el derecho no debe ceder ante lo injusto.

---

<sup>1</sup> Roxin Claus, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas S.A., 1997. Pág. 791.

<sup>2</sup> OMEBA, Enciclopedia Jurídica, Tomo XVII, Bibliográfica Omeba, Argentina, 1979. Pág. 134

## **2. Hipótesis y Planteamiento del Problema.-**

Es posible y así lo reconocen la mayoría de legislaciones modernas, que se superen los límites impuestos por la ley para reconocer una causa de justificación, apareciendo entonces el exceso. Las leyes penales en el mundo prevén, en unos casos, una graduación de las penas aplicables al exceso de defensa; en otros, dejan al arbitrio del juez la decisión de castigar o no el exceso, y finalmente, como es el caso del código alemán, excluyen la responsabilidad penal por el exceso en todos los casos en que se deba a la turbación por debilidad, verbigracia, por miedo o temor.

La cuestión de delimitar una frontera entre lo que debe considerarse rechazo de una agresión injusta y lo que debe tenerse por una simple agresión lesiva, sigue siendo, por su trascendencia, materia de discusión teórico-doctrinaria. Al respecto dejamos planteada la hipótesis de la siguiente manera: es necesario revisar y replantear el enfoque que sobre este punto tiene el Código ecuatoriano, en cuanto a la posibilidad de excluir la pena en ciertos casos de exceso de defensa y en cuanto al error de prohibición invencible, que no exculpa pues se presume de derecho el conocimiento de la ley penal; presunción que se presenta contradictoria del principio de legalidad consagrado en la Constitución y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

## **3. Nociones Preliminares.-**

### **a. La legítima defensa.-**

La legítima defensa es una de las causas de justificación que excluyen la antijuridicidad de la acción típica. Opera en los casos excepcionales en los que sólo el individuo puede defender sus bienes jurídicos más preciados<sup>3</sup>. Según Roxin, al permitir el legislador la legítima defensa, persigue también un fin de prevención general, pues considera deseable que el orden legal se afirme frente a agresiones bienes jurídicos individuales, aunque no

---

<sup>3</sup> Muñoz Conde Francisco, Derecho Penal Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. Pág. 366.

estén presentes los órganos estatales que estarían en condiciones de realizar la defensa<sup>4</sup>. La legítima defensa se entiende como un derecho elemental a la autoprotección y la autodeterminación frente a agresiones antijurídicas de terceros. Recientemente la doctrina ha considerado también a los intereses comunitarios como bienes susceptibles de legítima defensa<sup>5</sup>.

En la práctica puede ser difícil delimitar dónde termina la justificación y comienza la exculpación, que puede darse justamente en los casos de exceso de defensa. Para que la defensa excluya la antijuridicidad del tipo y constituya el ejercicio de un derecho, debe cumplir ciertos requisitos que la legitimen. El argentino Zaffaroni subraya que el ejercicio de todos los derechos debe plantearse con base en la racionalidad. Así, cuando la acción defensiva causa un daño inusitado, cesa la legitimidad por su falta de racionalidad<sup>6</sup>.

b. Exceso de defensa.-

i. Criterios de valoración.-

El argentino Soler define al exceso como “la intensificación innecesaria de la acción judicialmente justificada cuando el sujeto en las condiciones en que concretamente se halló, pudo emplear un medio menos ofensivo e igualmente eficaz”<sup>7</sup>.

El profesor chileno Cousiño Mac Iver considera que “todo exceso elimina la legitimidad de la defensa”<sup>8</sup> y citando a Pacheco: “La necesidad en el principio, la templanza en la acción, son los fundamentos y las dos justificaciones de este derecho. Lo que es necesario y sólo cuando es necesario”.<sup>9</sup> La extralimitación en las acciones de quien se defiende determinará,

---

<sup>4</sup> Roxin Claus, Obra Citada. Pág. 608.

<sup>5</sup> En este sentido Maurach: “La agresión, sobre todo su actualidad y antijuridicidad, es determinada desde una perspectiva más bien individualista, en cambio, la defensa y en especial, su reducción a una medida adecuada tienen un cariz supraindividual”. Derecho Penal Parte General, Traducción de Jorge Bofill Genzsch y Enroque Aimone Gibson, supervisada por Edgardo A. Donna, Astrea, Buenos Aires, 1994. Pág. 439.

<sup>6</sup> Zaffaroni Eugenio Raúl, Derecho Penal Parte General, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2005. Pág. 612.

<sup>7</sup> Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, t. 1, p. 387. Según Consta en Donna, Op. Cit. Pág. 42.

<sup>8</sup> Cousiño Mac Iver Luis, Derecho Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, Pág. 267.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

pues, la imposibilidad de alegar la existencia de una causa de justificación. De acuerdo con la mayor parte de la doctrina, dichos requisitos son:

- Agresión actual e ilegítima: entendiéndola como real amenaza de lesión de todo bien jurídico reconocido por el Derecho, proveniente de una conducta humana. La agresión es actual si es inminente o si aún perdura aunque no es necesario que haya alcanzado ya el carácter de tentativa punible de delito, puesto que la inminencia del ataque equivale al ataque mismo y perdura mientras mantiene intensivamente la lesión del bien jurídico, de manera que sería posible defenderse del ladrón que huye con el botín, por ejemplo. Zaffaroni va más allá incluso, manifestando que defiende legítimamente su patrimonio el propietario de un automóvil que lo recupera por la fuerza de quien se lo hurtó dos días antes, si lo halla casualmente y no puede acudir a otro medio para recuperarlo<sup>10</sup>. La jurisprudencia argentina contiene un caso que versa justamente sobre esta circunstancia, sobre el cual volveremos más adelante: el del ingeniero Horacio Santos, que persiguió a los individuos que se habían sustraído el pasa cassetes de su automóvil para finalmente dispararles, produciéndoles la muerte. Si la agresión no es inminente o ha dejado de perpetrarse, la defensa será excesiva y tendremos que examinar la posibilidad de exculparla. La agresión no debe estar a su vez, justificada. Ha de ser, además, ilegítima, es decir, ilícita. La ilicitud viene dada por la normativa vigente en cualquier sector del orden jurídico.
- Necesidad de la defensa: la acción debe ejecutarse con el propósito de defenderse de la agresión y no debe llegar más allá de lo estrictamente necesario para el fin expuesto. Esta calidad se determina por la intensidad real de la agresión y de acuerdo a los medios que estaban a disposición del agredido, es decir, el conjunto de las circunstancias del caso particular, y debe determinarse *ex ante*, retrotrayéndose al momento de la ejecución de la acción. Si la acción de defensa es requerida *ex ante*, se justifican también las consecuencias no queridas que acarrea. Maurach con otros doctrinarios, considera que la defensa no depende de una ponderación de los intereses en disputa, más bien se determina según la peligrosidad e intensidad de la agresión y no de acuerdo

---

<sup>10</sup> Zaffaroni Eugenio Raúl, Obra Citada, Pág. 625.



al valor del bien atacado<sup>11</sup>. La necesidad de defensa es precisamente el elemento más problemático, y el más relacionado con la cuestión del exceso. En principio, es un requisito *sine qua non* para que podamos hablar de legítima defensa; sin embargo, la dificultad aparece cuando nos preguntamos cuándo debe entenderse que concurre dicha necesidad. La doctrina toma en cuenta los estados de pasión asténica que el sujeto puede haber sufrido, viéndose imposibilitado de ejecutar tal razonamiento. En general, la tendencia doctrinaria y jurisprudencial es restringir los límites de la defensa necesaria a una medida socialmente aceptable<sup>12</sup>. Así pues, de acuerdo con la doctrina dominante, en cada caso el individuo que se defiende deberá escoger, entre aquellos medios a su alcance, al menos dañoso; lo cual no siempre será posible, tomando en cuenta la urgencia que requiere la defensa propia y que deja poco tiempo para la reflexión. En ese momento ingresamos en el terreno de la exculpación, según trataremos en su momento. La llamada necesidad racional del medio empleado deberá, pues, valorarse tomando en consideración el modo, tiempo, lugar y características psicológicas del agente entre otros elementos.

- La proporcionalidad: La jurisprudencia ecuatoriana se ha pronunciado, acerca de los supuestos que determinan un exceso de defensa, de la siguiente manera: “(...) el exceso de legítima defensa (...) se entiende entre otras circunstancias como la falta de proporción entre el instrumento utilizado para la agresión por el agresor con el instrumento utilizado por el agredido. Además, la reacción del que se defiende, debe ser en el mismo acto, en respuesta a un peligro presente para la vida<sup>13</sup>”. El tribunal de casación equipara la necesidad racional del medio empleado con la proporcionalidad, sin tomar en cuenta los medios disponibles en cada situación particular. Cousiño Mac Iver<sup>14</sup> aclara que la templanza en la defensa necesaria no tiene que ser equivalente a la proporcionalidad, puesto que una defensa racionalmente necesaria puede no ser proporcionada, cuando el

---

<sup>11</sup> Maurach Reinhart, Zipf Heinz, Obra Citada. Pág. 437.

<sup>12</sup> *Ibidem*: “La defensa elegida por el agredido no es necesaria cuando dispone de otros medios menos gravosos. Por lo tanto, la persona en situación de legítima defensa ha de escoger aquel medio y aquella clase de defensa que, en el caso concreto, irroguen el menor daño”.

<sup>13</sup> Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 9. Página 2817.

<sup>14</sup> Cousiño Mac Iver Luis, Derecho Penal Chileno, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979.

agredido no dispone de otros medios a su alcance para la protección de sus derechos, como en el caso de la mujer que es agredida sexualmente por un hombre cuyas fuerzas físicas son considerablemente superiores y sólo tiene a mano un revólver. Impallomeni<sup>15</sup>, contemporáneo de Carrara, al analizar el código penal italiano observa que no siempre que hay desproporción entre el hecho cometido y el que lo ha determinado, desaparece la legítima defensa. Todo depende del estado subjetivo del agente. Si éste era tal, que incluso frente al peligro le permitía la libre acción de sus órganos corporales y el libre ejercicio de sus facultades anímicas, se podrá hablar de exceso; en otro caso, la material desproporción del hecho no eliminará la eximente. En el mismo sentido, Jiménez de Asúa indica que “todo bien jurídico debe poder ser defendido incluso dando muerte al atacante si no hay otro medio menos drástico, sin tomar en cuenta la gravedad del ataque”<sup>16</sup>.

Nosotros consideramos adecuada la aplicación del “doble baremo”<sup>17</sup>, como lo llama Muñoz Conde: uno objetivo que corresponde a la apreciación que cualquier persona razonable hubiera podido hacer, y uno subjetivo, teniendo en cuenta las circunstancias y conocimientos del que se defiende.

- Falta de provocación suficiente: nuestro código penal, que sigue al español, enumera entre las circunstancias que deben concurrir en la legítima defensa, a la “falta de provocación suficiente”. Hacemos hincapié en el adjetivo “suficiente”, ya que tampoco sería justo negar toda posibilidad de defenderse a quien provocó la agresión pero no con la entidad con que ésta se produjo<sup>18</sup>, es decir, la calidad de “suficiente” implica una coherencia entre la provocación y la respuesta a esa provocación. Sin embargo, no podría invocarse la legítima defensa si la agresión fue provocada justamente con el designio de acogerse después al derecho de legítima defensa, ya que nos encontraríamos ante una situación de abuso del derecho.

---

<sup>15</sup> Así citado por Donna en El exceso en las causas de justificación, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985. Pág. 34.

<sup>16</sup> OMEBA, Enciclopedia Jurídica, Tomo XI, Driskill, Buenos Aires, 1981. Pág. 163.

<sup>17</sup> Muñoz Conde Francisco, Obra Citada, Pág. 370.

<sup>18</sup> Término utilizado por Muñoz Conde en Obra Citada, Pág. 371.

Según sostiene Zaffaroni<sup>19</sup>, el que provoca suficientemente crea la situación de necesidad de defensa; la conducta provocadora debe operar como motivo determinante para la conducta agresiva antijurídica. La suficiencia, por otra parte, dependerá de dos caracteres:

- La previsibilidad del desencadenamiento de la agresión de tal manera que la prudencia elemental aconseje la evitación de la conducta.
- El carácter negativo de la conducta, es decir, que se muestre inadecuada para la coexistencia, de manera que se haga evidente el principio de que a nadie se le puede obligar a soportar lo injusto.

ii. Exceso intensivo.-

También llamado “exceso en la respuesta”<sup>20</sup>, hace referencia a la licitud del acto defensivo en sí, es decir a la necesidad racional de la defensa empleada en relación con los medios disponibles en cada caso concreto, verbigracia, cuando el sujeto supera, en la defensa, la medida de lo necesario. De acuerdo con Carrara, citado por Donna, “hay un error de cálculo en la apreciación del peligro y en la de los medios necesarios para rechazar, producido por la emoción de la lucha, y que se hubiera tal vez evitado con mayor atención”<sup>21</sup>.

Emblemático resulta, en el contexto del exceso extensivo, el caso Horacio Santos, suscitado en Argentina cuando el 16 de junio de 1990 el imputado persiguió y disparó a dos hombres, quienes murieron en el acto, luego de perseguirlos en su automóvil por haber sustraído el reproductor de casetes de su automóvil. De acuerdo con el fallo de segunda instancia se valora la acción como exceso de defensa “no porque la agresión hubiera cesado sino porque la defensa, para que sea legítima debe ser necesaria; esto es, que el medio empleado sea racional para responder a la agresión”<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Zaffaroni Eugenio Raúl, Obra Citada, Pág. 626.

<sup>20</sup> Documento Web de referencia: El exceso extensivo en la legítima defensa, Eloísa Rodríguez Campos. <http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PENAL/legitimadefensa.htm>

<sup>21</sup> Donna Edgardo Alberto, El exceso en las causas de justificación, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985. Pág. 19.

<sup>22</sup> LA LEY 1993-B, 116 - DJ 1993-2, 88

### iii. Exceso extensivo.-

También llamado exceso en la causa o exceso cronológico, consiste en la reiteración o prolongación innecesaria de la acción en el tiempo: el sujeto supera los límites temporales de la defensa, cuando en realidad no hay agresión o cuando ésta ya no subsiste porque ha cesado el peligro. También se habla de exceso extensivo cuando la defensa se produce antes de que el ataque sea inminente. Para el sector mayoritario de la doctrina moderna, este tipo de exceso no debe quedar impune, ya que al producirse descarta la presencia de los llamados estados pasionales asténicos. Así, para el español Cerezo Mir, el exceso cronológico no sería susceptible siquiera de eximente incompleta.

La corriente minoritaria considera que no hay diferencia relevante entre el exceso intensivo y el extensivo: la extralimitación extensiva es igual de comprensible, igual de disculpable e idénticamente valorable en cuanto a su relevancia social. Así, Jakobs<sup>23</sup> indica que está disculpada la defensa excesiva así como la que tiene lugar en el estado pasional asténico previo o posterior a la actualidad de un ataque; en el caso de una defensa retrasada el fundamento se encuentra en que sigue siendo consecuencia de la puesta en peligro representada por la agresión; en el caso de una defensa anticipada, el agresor debe haber hecho preparativos perceptibles para la agresión, que permiten pensar que desembocarán en un ataque actual. Roxin<sup>24</sup> coincide en este aspecto ya que, según su criterio, no falta en estos casos la “sobreejencia psicológica por el dramatismo de la situación”, pero anticipa que para la impunidad del exceso extensivo es necesaria una conexión temporal inmediata con la agresión (ya concluida o inminente).

## **4. Exclusión de la responsabilidad penal o atenuación de la pena por el exceso de defensa.-**

Cabe señalar que con la expresión “responsabilidad penal” nos referimos de manera global a todos aquellos presupuestos necesarios para dar lugar a la pena, ya que si bien la doctrina

---

<sup>23</sup> Jakobs Gunther, Derecho Penal Parte General, Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., 1995. Pág. 707.

<sup>24</sup> Roxin Claus, Obra Citada, Pág. 935.

trata a la culpabilidad como presupuesto fundamental para la punibilidad, hay autores que añaden categorías adicionales, como Roxin, para quien el principal presupuesto de la responsabilidad penal es la culpabilidad, y a ésta debe añadirse una necesidad preventiva de punición, puesto que incluso en el evento de que una acción se califique de típica, antijurídica y culpable –y como consecuencia del último presupuesto, punible-, existirán casos en que se excluirá la responsabilidad penal por causas que no tienen que ver con la persona del autor . Para Roxin pues, la responsabilidad es más amplia que la culpabilidad y más apropiada como categoría en la estructura del delito<sup>25</sup>.

De cualquier manera conviene recordar que la culpabilidad se entiende como el juicio de reproche que puede hacerse al autor cuando no omite la acción antijurídica aún cuando puede hacerlo –es decir que el autor es capaz de motivarse de acuerdo a la norma y puede comprender el injusto-. Dentro de la culpabilidad, Jakobs<sup>26</sup> diferencia a la inimputabilidad de la inexigibilidad: en el segundo supuesto, si bien el sujeto es capaz de comprender el injusto, está determinado a cometer el hecho por motivos de los que no es responsable. Actúa sin culpabilidad aquél a quien no puede exigirse la conducta adecuada a la norma. La inexigibilidad sería una causa supralegal de inculpabilidad. Es necesario, dice el autor, que la conducta de quien se defiende no revele rasgos drásticamente delictivos. Naturalmente la valoración tendría que hacerse de acuerdo con los límites de las capacidades soportables para el promedio; puesto que una valoración individual podría llevar a la exageración de que todo lo que pueda comprenderse pueda pasarse por alto.

A continuación mencionaremos los enfoques más importantes que se han utilizado para explicar los casos en que el exceso de defensa no amerita sanción penal:

a. El exceso por error de prohibición.-

El error de prohibición es aquél que se presenta cuando quien actúa piensa que su conducta es lícita o, dicho de otro modo, cuando al autor, en el momento de la acción, le falta la

---

<sup>25</sup> Roxin Claus, Obra Citada. Pág. 814.

<sup>26</sup> Jakobs Gunther, Obra Citada, Pág. 630.

comprensión del injusto. Dicho error puede referirse a la existencia, límites o requisitos objetivos de una causa de justificación que autorice la acción generalmente prohibida; es decir, el individuo cree erróneamente que en el caso concreto se puede invocar una causa de justificación. El exceso en la defensa puede ser el resultado de un error de prohibición, como cuando el autor de lesiones corporales cree que la legítima defensa cubriría también las afecciones que van más allá de la medida necesaria para repeler el ataque, en cuyo caso no existe una justificación en la forma en que el autor se imagina<sup>27</sup>. Así, el código español indica que “el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal”<sup>28</sup> El código penal argentino, por su parte señala: “No son punibles: 1. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”<sup>29</sup>. Cuando el error es invencible se excluye la culpabilidad y cuando es vencible la pena puede ser atenuada. En el derecho mexicano por ejemplo, esta atenuación es obligatoria, mientras en el derecho alemán es facultativa.

Al respecto el sistema ecuatoriano mantiene una postura más bien arcaica, según la cual el error de prohibición no debe ser relevante en ningún caso:

Art. 3.- Se presume de derecho que las leyes penales son conocidas de todos aquellos sobre quienes imperan. Por consiguiente, nadie puede invocar su ignorancia como causa de disculpa”<sup>30</sup>.

Se admite, dentro de las atenuantes, una que se refiere a la rusticidad del delincuente, cuando “revele claramente que cometió el acto punible por ignorancia”<sup>31</sup>. Esta postura, que recoge la noción civil de “error de derecho”, ha sido ampliamente superada por la doctrina penalista para dar paso al concepto de “error de prohibición” al que nos hemos referido. El Art. 13 del código civil ecuatoriano prescribe: “La ley obliga a todos los habitantes de la

---

<sup>27</sup> Roxin Claus, Problemas Actuales de Dogmática Penal, Ara Editores, Traducción de Manuel Abanto Vázquez, Ara Editores, Lima, 2004. Pág. 129.

<sup>28</sup> Fuente: Código Penal Español, Art. 14, Boletín Oficial del Estado, <http://www.boe.es>

<sup>29</sup> Fuente: Biblioteca del Tribunal Superior de Justicia <http://www.jusneuquen.gov.ar/>

<sup>30</sup> Código Penal, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 2007. Pág. 11.

<sup>31</sup> Art. 29, N. 8vo. Ibídem

República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna”. Al respecto, el catedrático Hernán Coello García comenta: “Una vez que la ley entra en vigencia se produce una consecuencia necesaria: obliga a todos y nadie puede alegar en su provecho el desconocimiento de la norma obligatoria. Este es un hecho incontrovertible que, bien con expresiones felices, como la del Art. 13 del Código Civil, bien con criterios harto criticables, como el que consigna el Art. 3 del Código Penal, lo consignan todos los ordenamientos jurídicos”<sup>32</sup>.

Al consignar el conocimiento de la ley como presunción de derecho que no admite prueba en contrario, el código penal ecuatoriano contradice un principio penal y constitucional básico, a saber, el principio de legalidad, consagrado en el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, que se refiere al Debido Proceso:

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

En materia penal, las sanciones, que restringen la libertad del individuo, no pueden aplicarse indiscriminadamente. Esta estimación fundamenta precisamente al principio de legalidad: la tipificación de los supuestos que constituyen delitos tiene por objeto hacer posible que el individuo conozca con anterioridad cuáles son las conductas que el sistema jurídico considera delictivas, ya que sólo partiendo de ese conocimiento es factible ajustar la conducta a la norma y puede hablarse de posibilidad de comprensión del injusto. La promulgación y publicación de una ley, no bastan por sí solas para asegurar que la norma sea conocida por todos y en ciertos casos será, ciertamente, imposible haber conocido el contenido de la Ley. Mal puede el sistema penal exigirle al individuo que se motive en una norma que no tuvo posibilidad de conocer.

b. Inexigibilidad de otra conducta

---

<sup>32</sup> Coello García Hernán, Epítome del Título Preliminar del Código Civil y sus principales relaciones con la legislación ecuatoriana, Universidad del Azuay, Cuenca, 1995. Pág. 87

El cumplimiento de la ley es obligatorio para todos los ciudadanos bajo circunstancias normales, ya que los niveles de exigencia que marca el ordenamiento jurídico tienen que poder ser cumplidos por cualquier persona. El Derecho no puede exigir comportamientos heroicos; más allá de esta exigibilidad normal objetiva -la cual Maurach llama responsabilidad por el hecho<sup>33</sup> y agrega como categoría sistemática adicional-, no se puede imponer el cumplimiento de los mandatos legales. Y junto a ésta existe una no exigibilidad subjetiva que se refiere a las situaciones en que no se puede exigir al autor concreto de un hecho que se abstenga de cometerlo, pues ello implicaría un sacrificio excesivo para él<sup>34</sup>, ya que se encontraba en una situación tan extrema que no es conveniente imponerle una sanción penal.

Por lo general, los trastornos no patológicos de la conciencia no excluyen la imputabilidad, pero gradualmente se han ido tomando en cuenta como determinantes de la inexigibilidad de otra conducta. Naturalmente, no todos los estados pasionales pueden calificarse como trastornos profundos de la conciencia, puesto que las posibilidades de exculpación resultarían demasiado amplias. Por otra parte, si es el propio sujeto quien propicia la aparición de la reacción pasional, puede todavía responsabilizarsele penalmente de acuerdo con los principios de la *actio libera in causa*.

En este sentido, Carlos Tejedor, autor del proyecto de Código Penal para la República Argentina, comenta que “quien es atacado, debido a la agresión, no puede conservar siempre la sangre fría necesaria para observar la medida exacta de la defensa, y ésta es la causa de que no se aplique pena”<sup>35</sup>. Igualmente Fioretti, citado por Donna, afirma que “castigar el exceso de defensa es una ventaja que se da al bribón que asalta, contra el hombre honrado que, víctima de una agresión injusta y con su espíritu profundamente

---

<sup>33</sup> Maurach Reinhart, Zipf Heinz, Obra Citada. Pág. 543.

<sup>34</sup> Muñoz Conde Francisco, Obra Citada, Pág. 447.

<sup>35</sup> Así citado por Donna en “El exceso de justificación”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985. Pág. 16.



perturbado, tendrá que exponerse a ser considerado como un homicida común, como un verdadero criminal"<sup>36</sup>.

Hablamos, pues, de los casos de no exigibilidad de otra conducta cuyo origen se encuentra en una situación psíquica excepcional, con dominio de la voluntad notablemente disminuido, como el que el Código Español llama “miedo insuperable”, que puede llevar incluso a la paralización total del que lo sufre. La responsabilidad penal se excluye si el sujeto, en una situación de pánico, daña un bien jurídico sin darse cuenta de que había otros medios menos lesivos a su alcance. En este contexto Donna comenta que “el hombre que se defiende no se encuentra en la situación del juez en su gabinete, de poder apreciar con exactitud el peligro del ataque y la naturaleza de los medios que se le deben oponer. Su ánimo está forzosamente turbado por el temor, por la exaltación propia de quien lucha, y, por lo tanto, es muy difícil no exagerar el peligro y los medios empleados”<sup>37</sup>.

El numeral 1 del Art. 20 del Código Penal Español indica:

“[Están exentos de responsabilidad criminal:] El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”.

Y a su vez el numeral 6:

“El que obre impulsado por miedo insuperable”. Muñoz Conde considera que si el mal amenazante no es de suficiente entidad habrá de apreciarse una eximente incompleta<sup>38</sup>.

El sistema alemán, por su lado, se refiere a los “estados pasionales excluyentes de responsabilidad”<sup>39</sup>; esto es, los estados anímicos o mentales desordenados de aquellos que por verse enfrentados a una agresión inesperada no son capaces de una respuesta reflexiva. Dichos estados pasionales pueden ser “asténicos” y “esténicos”. Los primeros son

---

<sup>36</sup> *Ibídem*, Pág. 19.

<sup>37</sup> Donna Edgardo Alberto, *El exceso en las causas de justificación*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985. Pág. 19

<sup>38</sup> Muñoz Conde Francisco, *Obra Citada*, Pág. 451.

<sup>39</sup> Roxin Claus, *Obra Citada*, Pág. 930.

consecuencia de la debilidad, es decir de la turbación, el miedo y el pánico. Los segundos en cambio se refieren al enojo, la rabia y la cólera. Hay un acuerdo mayoritario en cuanto a que sólo se podría excluir la responsabilidad en el caso de las excitaciones anímicas debidas a la debilidad, y nunca extenderse a los estados pasionales esténicos, por cuanto implican una peligrosidad mayor por parte del actor, que sí puede comportar alarma social. Jakobs considera que estos comportamientos son de tendencia delictiva coincidiendo con Roxin, quien estima necesario reprimir las conductas agresivas<sup>40</sup>.

De acuerdo con el Código Penal Alemán “Si el autor excede los límites de la legítima defensa por confusión temor o miedo, entonces no será castigado”<sup>41</sup>.

c. Teoría de la Irrelevancia para la Prevención General (Roxin)

Roxin considera que el sujeto que se excede culpablemente en la defensa, puede ser exculpado cuando la punición no resulta exigida por razones de prevención especial ni de prevención general. De acuerdo con el autor, el exceso en la defensa, cuando se debe a la personalidad especialmente asustadiza de quien lo perpetra, no requiere una intervención preventiva especial y tampoco hay razones de prevención general para aplicar una sanción, ya que un “delito de debilidad” no exhorta a la imitación ni comporta conmoción social, pues el sujeto es el originariamente agredido y el agresor suele ser el causante del rebasamiento del límite.

La prevención general supone que el castigo aspira a lograr que el conjunto social vea lo inconveniente que puede resultar romper el orden. Es una idea de intimidación al conjunto: el derecho penal marcaría una suerte de reforzamiento de valores gracias al cual las personas se abstendrán de ejecutar la conducta delictiva.

El que actúa con exceso en la defensa es culpable, ya que la turbación o el miedo no provocan por regla general un trastorno profundo de la conciencia y, por otra parte, los

---

<sup>40</sup> Jakobs Gunther, Obra Citada, Pág. 706

<sup>41</sup> Código Penal Alemán, traducción de Claudia López Díaz, Universidad Externado de Colombia, 1999, Pág.

estados pasionales agresivos son peligrosos y deben ser reprimidos; pero en ciertos casos se suprime la pena porque no la requieren necesariamente razones preventivas: la conducta es socialmente errónea, no está permitida, pero no se sanciona penalmente debido a las circunstancias especiales del caso.

Roxin deja a un lado la cuestión de la inexigibilidad de otra conducta para inclinarse por una explicación más sencilla en cuanto a la naturaleza y ubicación sistemática del exceso de defensa, ya que, a su criterio, si se considera que la turbación, el miedo y el pánico excluyen la punición, esto no debería ocurrir solamente en el caso de extralimitación, sino en todos los casos posibles, cosa que no se puede concebir.

Roxin enfoca la culpabilidad (responsabilidad) como una cuestión de la necesidad de la sanción, que no de reprochabilidad; cuestión que debe resolverse de acuerdo con la teoría de los fines de la pena. El denominador común de las causas de exclusión de la responsabilidad será pues, la no necesidad de punición.

#### d. Teoría de la Responsabilidad por el Hecho (Maurach)

Maurach propone incluir en el marco sistemático de la teoría del delito, una categoría adicional, inmediatamente anterior a la culpabilidad, que él llama “responsabilidad por el hecho”. Bacigalupo<sup>42</sup> explica esta categoría intermedia partiendo de que la culpabilidad contiene un reproche, pero la reprobación del hecho no significa todavía un reproche al autor, por lo tanto, el primer nivel de imputación debe ser la imputabilidad por el hecho. Lo que excluye la responsabilidad por el hecho es la posibilidad de motivación de la media de los individuos, mientras que cuando se pasa a analizar la culpabilidad, se tiene que individualizar.

Según el propio Maurach<sup>43</sup>, la responsabilidad por el hecho siempre está presente cuando la acción se halla libre de aquellos factores externos influyentes en la motivación, de tal

---

<sup>42</sup> Bacigalupo Enrique, *Ibíd.*, Pág. 386.

<sup>43</sup> Maurach Reinhart y Zipf Heinz, *Obra Citada*, Pág. 545.

manera que el resultado se le pueda atribuir a la voluntad del autor. La responsabilidad es el principio general, mientras que los casos en que se excluye son excepcionales. Sin embargo, la responsabilidad por el hecho, por sí sola no puede causar reacción penal, solamente permite dar el paso hacia la siguiente categoría, es decir, la culpabilidad. Sólo cuando ésta se agrega el hecho se transforma en delito.

La categoría dogmática de la responsabilidad por el hecho se fundamenta en la diferencia que existe entre la exclusión de la pena, proveniente de la desaprobación por parte del orden jurídico, y la exclusión de la pena resultante de la renuncia del Estado a sancionar una acción típica y antijurídica aunque haya sido realizada culpablemente.

Las causas específicas de exclusión de la responsabilidad por el hecho son el llamado estado de necesidad disculpante y el exceso en la defensa. El actuar es incorrecto pero frente a la naturaleza humana universal, no sólo se disculpa de manera individual sino que se dispensa de manera general.

El punto de convergencia con Roxin se encuentra en que la exención de pena no se basa en consideraciones sobre la culpabilidad individual, sino en la idea de que en general no es necesario aplicar una pena en esas situaciones extraordinarias. Pero al ubicar a la responsabilidad por el hecho como etapa previa a la culpabilidad, excluyendo por lo tanto la posibilidad de aplicación de penas y también de medidas de seguridad, se generan algunas consecuencias prácticas cuestionables, como la del ejemplo que propone el propio Roxin<sup>44</sup>: si alguien, justamente a causa de una afección mental, está inclinado a cometer excesos en la legítima defensa, es peligroso para la colectividad y será necesario imponer una medida de seguridad.

e. El exceso como eximente incompleta (menor contenido de antijuridicidad)

Algunos códigos penales, entre ellos el ecuatoriano, el italiano y el español, regulan como atenuantes a ciertas circunstancias que determinan el exceso de defensa, ya que, a decir de

---

<sup>44</sup> Roxin Claus, Derecho Penal Parte General, Op. Cit. Pág. 817.

Cerezo Mir, suponen una menor gravedad de lo injusto, esto es, tienen un menor contenido de antijuridicidad. La doctrina española habla de “causas de justificación incompletas”<sup>45</sup>, pues, tanto la agresión ilegítima cuanto la necesidad de la defensa son elementos esenciales para que se configure la justificante de legítima defensa, mientras que la necesidad racional del medio empleado y la falta de provocación suficiente, son elementos inesenciales. Así, la falta de uno de estos elementos inesenciales, determina la aplicación de la eximente incompleta, siendo el supuesto más frecuente el de exceso en la intensidad de la reacción defensiva. Este exceso es ilícito pues no está amparado por la causa de justificación, pero la antijuridicidad del hecho es menos grave y modifica la responsabilidad; atenúa el juicio global sobre el merecimiento de pena del hecho. Así, según el código español:

“Son circunstancias atenuantes: 1. Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos”.

El artículo anterior al que se hace referencia, es precisamente el que versa sobre las “causas que eximen de responsabilidad”, entre las cuales se encuentra la legítima defensa y sus requisitos. Si falta alguno de ellos, se aplicaría la atenuante. El código ecuatoriano, por su parte, nos habla de “excusa”, que en la práctica funciona como atenuante, de acuerdo con el Art. 25, según veremos más adelante.

Cabe aclarar nuevamente que en este caso no estaríamos hablando de exculpación, la cual procedería si el exceso de defensa se ha producido a causa de un estado psíquico excepcional o por error de prohibición invencible, y en todo caso, por no existir, siguiendo a Roxin, relevancia en términos de prevención general.

Por otra parte, el código ecuatoriano, a diferencia del español, que exime de responsabilidad por causa del miedo insuperable; no prevé la posibilidad de que el exceso de defensa pueda ser exculpado y toma en cuenta únicamente la atenuación de la pena a través de la excusa.

---

<sup>45</sup> Cerezo Mir, José, Derecho Penal Parte General, Ara Editores, Pág. 789.

f. El exceso penado como delito imprudente

El código penal argentino, en su Art. 35, asimila el exceso en la defensa a la culpa o imprudencia, de manera que funciona como atenuante. El mismo sistema lo adopta el código mexicano. De acuerdo con este enfoque, la pena por el exceso de defensa puede quedar excluida o disminuirse siempre y cuando el exceso se impute a título de culpa, nunca de dolo; en otras palabras, el exceso sólo puede ser de naturaleza culposa y corresponde a los tribunales decidir si la transgresión de los límites de la legítima defensa ha tenido lugar solamente por imprudencia o ha sido el resultado de una intención criminal; postura que se resume en el aforismo: *Quando quis licitae defensionis, modum excedit, dicitur ex culpa et non in dolo*<sup>46</sup>.

Eusebio Gómez<sup>47</sup> distingue entre exceso de defensa simplemente y exceso de legítima defensa. El primero siempre es doloso, el segundo, culposo, y pone de manifiesto el error de cálculo del que hablaba Carrara, esto es, en cuanto a la gravedad y a la inevitabilidad del peligro.

Frente a esta postura encontramos la de otros autores, entre ellos Bacigalupo<sup>48</sup>, según quienes el exceso no es de aquellos hechos que se producen sin quererlo el autor, sino que lo que hace el autor cuando se excede coincide con lo que se propuso, aunque la acción haya sido determinada por la terrible situación física y emocional a que se hallaba sometido quien se defiende. Es decir, el exceso también puede ser doloso. En ese caso se explica la exclusión de la pena porque la antijuridicidad del exceso es una antijuridicidad disminuida, ya que la acción se inicia al amparo de una causa de justificación y el código penal argentino no hace referencia al temor o turbación. Zaffaroni sostiene igualmente que el Art. 35 del código argentino no prevé conductas culposas ni convierte en culposas las dolosas, sino que se trata sólo de una disminución de la pena conforme al menor contenido injusto de la conducta.

---

<sup>46</sup> Así, en Donna Edgardo Alberto, *El Exceso en las causas de justificación*, Astrea, Buenos Aires, 1985, Pág. 12

<sup>47</sup> Gómez Eusebio, *Tratado de derecho penal*, t. 1, p. 565-566; según lo cita Donna en Op.Cit.

<sup>48</sup> Bacigalupo Enrique, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1999. Pág. 402.

## 5. Regulación positiva del exceso de defensa

### a. Sistemas iberoamericanos y sistema alemán.-

En cuanto a los requisitos que debe cumplir la defensa para ser legítima, el código penal español de 1932 formula principios a los que se acogen las legislaciones de Argentina, Chile, Nicaragua, el Salvador, Honduras, Uruguay, Guatemala, Perú, Costa Rica, Venezuela y Ecuador; entre los que se incluye la “necesidad racional del medio empleado”

Una característica común a los sistemas penales ecuatoriano, argentino, mexicano y español, es el tratamiento del exceso de defensa como un acto con un menor contenido de antijuridicidad de lo que resulta una rebaja en la pena que se le impone al sentenciado. Así, el Código Penal Argentino indica en su Art. 35:

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”<sup>49</sup>.

Según anotamos anteriormente, algunos autores interpretan este artículo como aplicable únicamente a las conductas culposas, mientras otros incluyen también las dolosas; unos autores ven en el exceso un error de hecho vencible que hace culposa a la conducta y otros ven disminuida la culpabilidad a causa del miedo o la emoción. Zaffaroni, repetimos, llega a la conclusión de que la acción que comienza siendo justificada tiene un menor contenido de injusto.

Por su parte, el Código Penal Federal de México<sup>50</sup>, indica en su Art. 15 que el delito se excluye cuando:

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible; A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el

---

<sup>49</sup> Fuente: Biblioteca del Tribunal Superior de Justicia <http://www.jusneuquen.gov.ar/>

<sup>50</sup> Fuente: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM <http://info4.juridicas.unam.mx/>

sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

El sistema mexicano, como vemos, asimila el error invencible a las causas de exclusión de la antijuridicidad, aunque en sentido estricto, la acción siga siendo antijurídica.

También queda excluido el delito cuando:

IX. Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.

Como vemos, tanto el error de prohibición invencible cuanto la no exigibilidad de otra conducta pueden determinar la exclusión de la responsabilidad penal; es decir, si el exceso de defensa se perpetró a causa de un error de prohibición invencible o bien, de acuerdo con la apreciación del juez, no era posible que el actor se motivara en la norma que prescribe los límites de la defensa; el exceso no se sancionará.

El código mexicano contiene además una disposición expresa en el Art. 16:

Al que se exceda en los casos de defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones IV, V, VI del artículo 15, se le impondrá la pena del delito culposo.

Entendemos pues, que este artículo se aplica en todos los casos en que no sea posible excluir la culpabilidad por error invencible o inexigibilidad de otra conducta. En otras palabras, se considera que todo exceso de de defensa, por haberse originado al amparo de una causal de justificación, tiene un menor contenido de injusto y por tanto la pena que se impone estará atenuada. A nuestro ceterior, el sistema mexicano es uno de los más completos en cuanto a la regulación del exceso de defensa, ya que permite que el juez valore y aplique la norma según las circunstancias en que se haya perpetrado el exceso.



Los sistemas a los que nos hemos referido tienen su antecedente en el Código Penal Español<sup>51</sup> que indica en el Artículo 21:

Son circunstancias atenuantes: 1ª) Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

Es decir, cuando falte uno de los requisitos para la legítima defensa, como es, naturalmente, la necesidad racional del medio empleado, la consecuencia será la atenuación de la pena.

El código español considera al error de tipo invencible como excluyente de responsabilidad penal, al igual que al error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción:

Artículo 14.

1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.
2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.
3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

En cuanto a la inexigibilidad de otra conducta, el código español toma en cuenta al “miedo insuperable” como causa para la exclusión de la responsabilidad penal:

Artículo 20. Están exentos de responsabilidad criminal:

- 6º) El que obre impulsado por miedo insuperable.

Y en los casos de “miedo superable” u otras circunstancias en las que no concurren los requisitos para eximir de responsabilidad, aunque se puede apreciar un menor contenido de injusto, se aplican las atenuantes:

---

<sup>51</sup> Fuente: Boletín Oficial del Estado <http://www.boe.es/>

Artículo 21. Son circunstancias atenuantes:

1ª) Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

(...)

3ª) La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.

Pasamos ahora a citar el Art. 33 del Código Penal Alemán<sup>52</sup>:

Si el autor excede los límites de la legítima defensa por confusión temor o miedo, entonces no será castigado.

La interpretación literal de este artículo –la expresión “castigado”- indicaría que lo que se excluye es la pena, aunque haya culpabilidad; si bien también puede sostenerse que siendo el castigo consecuencia de la culpabilidad, al estar excluido éste se entiende que está excluida aquella, naturalmente estamos hablando siempre de un autor capaz de culpabilidad. En cualquier caso hay impunidad para quien actúa con exceso de defensa por sufrir un estado pasional asténico.

No quedan incluidos en este artículo los llamados afectos “esténicos” como la ira, la rabia, el furor homicida y otros similares, y tampoco el exceso extensivo de legítima defensa, es decir la lesión motivada por confusión, temor o miedo cuando todavía no se ha dado o se ha dado ya la situación de legítima defensa. En este punto discrepa Jakobs, quien considera que también está disculpada la defensa excesiva en el estado pasional asténico previo o posterior a la actualidad de un ataque. Jakobs considera, además, que en este caso la inculpabilidad no es únicamente consecuencia de la desorientación psíquica del agredido ni de la circunstancia de que esta desorientación quepa atribuírsela al agresor, sino que se basa en la posibilidad de remitir a la víctima de la defensa precisamente a su propia autoría culpable por la situación<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> López Díaz Claudia (traductora), Código Penal Alemán, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

<sup>53</sup> Jakobs Gunther, Obra Citada, Pág. 705.

En Latinoamérica adoptan una regulación similar a la alemana los códigos penales de Venezuela y Costa Rica. Evidentemente, la profusa doctrina alemana plantea una serie de reflexiones trascendentales en cuanto a la responsabilidad penal por el exceso de defensa.

b. Regulación y jurisprudencia ecuatoriana.-

Según el Art. 25 del Código Penal ecuatoriano:

Son excusables el homicidio, las heridas y los golpes, cuando son provocados por golpes, heridas u otros maltratamientos graves de obra o fuertes ataques a la honra o dignidad inferidos en el mismo acto al autor del hecho, o a su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos o afines dentro del segundo grado. Son también excusables las infracciones determinadas en el inciso anterior cuando son el resultado de un exceso de legítima defensa”.

Como punto de partida afirmaremos pues, que, en general, todo exceso de defensa se castiga, aunque con excusa, que funciona como atenuante. Interesa también señalar, que según el Art. 28, los motivos de excusa previstos por la ley no son admisibles si el culpado comete la infracción en la persona de sus ascendientes.

Por otra parte, ya habíamos anotado que el sistema ecuatoriano no admite el error de prohibición invencible como excluyente de la responsabilidad penal; posición que consideramos del todo inapropiada y criticable: de acuerdo con el Art. 3:

Se presume de derecho que las leyes penales son conocidas de todos aquellos sobre quienes imperan.  
Por consiguiente, nadie puede invocar su ignorancia como causa de disculpa.

Solamente la llamada “rusticidad del delincuente”, cuando revela que cometió el acto punible por ignorancia, está considerada entre las atenuantes, dentro del Art. 29, que a su vez es de interés para nuestro análisis por cuanto contiene otras disposiciones que atenúan la pena:

Son circunstancias atenuantes, todas las circunstancias que refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al estado y la capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al

acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en la sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor, como en los casos siguientes:

(...)

4. Haber delinquido por temor o bajo violencia superables;

Al referirse el código al estado y la capacidad física del delincuente, podríamos enmarcar estas atenuantes en lo que la doctrina llama “inexigibilidad de otra conducta”, mientras las expresiones “alarma ocasionada en la sociedad” y “poca o ninguna peligrosidad del autor” bien pueden encajar en lo que Roxin llama “falta de necesidad de prevención general”, que sin embargo, en nuestra legislación, no excluyen la responsabilidad penal, pero sí la atenuan, por cuanto se considera que tienen un menor contenido de injusto. En otras palabras, el sistema ecuatoriano solamente elimina la responsabilidad penal en los casos en que la culpabilidad quede excluida por inimputabilidad del actor –cuando no ha cometido el acto con voluntad y conciencia, se hallaba imposibilitado de entender o de querer o se trataba de un alienado mental-. Pero todavía llama la atención el numeral 4 del artículo transcrito, pues se refiere al “temor y violencia superables”. Si bien tenemos claro que la fuerza irresistible elimina la acción<sup>54</sup> y, según lo prescrito, la fuerza superable constituye atenuante; al hablar de miedo superable se da a pensar que el miedo “insuperable” a su vez eliminaría la responsabilidad penal; sin embargo, el código nada dice al respecto.

En cuanto a la aplicación de la ley, uno de los problemas que enfrentan los tribunales penales ecuatorianos tiene que ver con los criterios para determinar cuándo hay exceso de defensa. Así, una sentencia de tercera instancia indica:

Las circunstancias del hecho, como aparecen del proceso, permiten apreciar que si bien hubo agresión actual ilegítima de González y falta de provocación suficiente del ahora sindicado, la reacción de éste fue de tal modo fulminante y mortífera que hay lugar para calificarla, en relación con la amenaza que respondía, de exceso de legítima defensa, circunstancia de excusa, que no eximente, señalada en el artículo 25 inciso 2o. del Código Penal<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Art. 18. No hay infracción cuando el acto está ordenado por la ley, o determinado por resolución definitiva de autoridad competente, o cuando el indiciado fue impulsado a cometerlo por una fuerza que no pudo resistir. Código Penal, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito 2007, Pág. 15.

<sup>55</sup> Gaceta Judicial. Año LXXXV. Serie XIV. No. 9. Pág. 2135.

Según el expediente, la confesión y los testimonios referidos, en el día y lugar indicados se encontraron González y Mori, quienes tenían motivos manifiestos de enemistad; que el primero, increpó al segundo y lo amenazó con un revólver y éste le respondió con una ráfaga de varios tiros de su carabina dándole muerte. La valoración del tribunal penal recae sobre la conducta excesivamente violenta o peligrosa del reo, aunque no hay otras reflexiones ni referencias doctrinarias que sustenten la toma de posición al confirmar la sentencia venida en grado. Creemos que el análisis es insuficiente y no se puede obtener una conclusión definitiva a partir de la información que consta de autos; en apariencia hay una necesidad racional del medio empleado que, por una parte era el que tenía al alcance el agredido y por otra, incluso corresponde al criterio de proporcionalidad puesto que se trata de armas de fuego. Tampoco parece haber provocación alguna; queda por resolver lo concerniente a la actualidad de la agresión y hay que preguntarse si es necesario que ante la amenaza con arma de fuego haya que exigir a la víctima que espere un ataque certero para poder defenderse. Este tipo de escenarios plantean la necesidad de una mejor regulación discernir adecuadamente entre legítima defensa y exceso de defensa, pues en este caso resulta evidente que el tribunal valora la increpación verbal frente a la reacción con el arma de fuego y juzga a esta última desproporcionada con relación a la primera, sin tomar en cuenta la inminencia del peligro que enfrentó el reo ni hacer un análisis más profundo en cuanto a las circunstancias particulares del evento.

En cambio encontramos una adecuada valoración de la racionalidad del medio empleado en el siguiente caso:

Tomando en cuenta que el reo, al verse atacado por varias personas, y fuertemente estropeado, hizo uso de su arma de fuego, primero como arma contundente y posteriormente disparando, siendo imposible que bastara su fuerza corporal para defenderse y por no tener otro medio a su alcance; la sala revoca la sentencia venida en grado y absuelve definitivamente al acusado del delito de homicidio inintencional.<sup>56</sup>

El criterio es notablemente más acertado que el que contenía el primer fallo mencionado, ya que esta vez el tribunal toma en cuenta la situación particular del imputado, quien no tenía

---

<sup>56</sup> Gaceta Judicial. Año LXXVII. Serie XII. No. 14. Pág. 3203.

otra manera posible de defenderse ante el ataque de varias personas y recurrió por ello al uso de un arma de fuego. No se puede hablar de exceso de defensa, pues no existía la posibilidad real de escoger un medio de defensa menos lesivo o, dicho de otra manera, el uso del arma de fuego fue racional por cuanto no era posible actuar de otra manera.

En otra sentencia, mencionando la doctrina del español Pacheco acerca de la necesidad racional del medio, y esta vez diferenciándola de la proporcionalidad, la sala indica que el acusado:

(...) en la desesperación por salvarse desarmó a su atacante y al verse herido, lleno de coraje comenzó a lanzar machetazos contra su agresor, a quien dejó exánime en el suelo, junto con el machete.

En el mismo documento se hace constar que:

No es racional pedir a un hombre acometido tal serenidad y tal dominio sobre sus acciones que deje de dirigir su espada contra el pecho del que le acomete para dirigirla solo contra su brazo. Tal perfección y tal maestría en el arte de la defensa pueden desearse, pero no racionalmente exigirse.

Como puede apreciarse, es un caso evidente de no exigibilidad de otra conducta, pues el derecho no puede exigirle al individuo que exhiba un comportamiento heroico o que conserve una serenidad suficiente para hacer un cálculo preciso, en momentos en que está siendo víctima de un ataque. Siguiendo un criterio muy acertado, el tribunal penal determina la existencia de un exceso de defensa, a partir del momento en que el agresor quedó desarmado, e incluso menciona la imposibilidad de exigir otra conducta al reo, por lo que, en aplicación de la ley, revoca la sentencia anterior, que era más severa, y aplica la excusa de exceso de defensa, reemplazando la pena de seis años de reclusión menor por la de tres años de prisión. Creemos que el profundo temor bajo el cual actuó el reo debería permitir eximirlo de responsabilidad penal, lo cual sin embargo, no es posible en estricta aplicación del ordenamiento penal vigente.

## **6. Conclusiones y recomendaciones**

### Teóricas.-

Cuando la defensa sobrepasa los límites permitidos por la ley, deja de ser legítima y quedan atrás las causas de justificación, ya que el exceso de defensa es una conducta antijurídica. Sin embargo, aún es necesario rebasar la etapa sistemática de la culpabilidad para poder determinar si se debe o no aplicar una pena. Todos los presupuestos necesarios para proceder a la sanción penal, los hemos ubicado dentro del concepto único de “responsabilidad penal”. En nuestro estudio no hemos incluido el análisis los casos en que la inimputabilidad excluye la posibilidad de responsabilidad penal; nos referimos más bien a la exclusión de la culpabilidad propiamente dicha, que se refiere a los casos en que el actor es perfectamente capaz de ser culpable aunque no llegue a serlo por motivos que tienen que ver con las circunstancias particulares en que ocurren los hechos; y a los casos en que incluso pese a subsistir la culpabilidad, no tiene sentido aplicar una pena.

Cuando se actúa con exceso de defensa, podemos encontrarnos, de acuerdo con la teoría del delito, dentro de una de las siguientes circunstancias:

- La acción se enmarca dentro de los supuestos de la teoría del error. Si éste es invencible queda excluida la responsabilidad penal; si es vencible se puede aplicar una pena atenuada.
  - El código ecuatoriano no admite la invocación del error como relevante de responsabilidad penal; admite una atenuante por la “rusticidad del delincuente”.
- La acción se produjo en un estado de emoción violenta que impide al actor valorar los límites de la defensa. Cuando estos estados se deben al miedo o temor, queda excluida la responsabilidad penal. Cuando el exceso se debe a la ira o furor homicida en general no se excluirá la responsabilidad penal, pero podría el juez relevar de la sanción por no tener importancia para la prevención general (siempre y cuando la acción no revele el ánimo de cometer un delito) aunque es posible que subsista la necesidad de aplicar medidas de seguridad.
  - El código ecuatoriano no contempla la posibilidad de que el exceso de defensa quede impune, pues regula expresamente los casos de exceso; y

tampoco contiene una disposición general que haga referencia a estados de emoción como el miedo insuperable, refiriéndose únicamente a la fuerza física irresistible como factor que elimina la responsabilidad penal.

Tanto el tratamiento del exceso como eximente incompleta, cuanto el tratamiento del exceso como delito imprudente, explican la atenuación de la pena por un menor contenido de antijuridicidad de la conducta, que no excluye la imputabilidad penal pero la debilita en parte.

Consideramos que la no exigibilidad hace decaer la culpabilidad por el exceso de defensa. No se puede medir de manera precisa en qué momento, ante la amenaza de un mal grave, una persona puede perder la compostura y dejarse arrastrar por el miedo. No se puede determinar un criterio objetivo para decidir en todos los casos qué se puede o no considerar exceso, siendo en este punto de importancia central el *animus defendendi*, que tiene que evidenciarse a lo largo de toda la acción, excesiva o no. A esto Roxin agrega la posibilidad de que la conducta no tenga relevancia para cuestiones de prevención general, por lo cual no se castiga; lo que revela una tendencia mecanicista, que procura alejarse de los criterios subjetivos de valoración del comportamiento.

En nuestra opinión, la teoría de la responsabilidad por el hecho que propone Maurach, no presenta conveniencia práctica, puesto que exime de responsabilidad en general a quien actúa en estado de necesidad disculpante o con exceso de defensa. Nos parece más apropiado considerar a estas dos situaciones, por regla general, punibles; y sólo excepcionalmente exentas de pena o merecedoras de una pena atenuada, de acuerdo con los criterios de no exigibilidad que hemos revisado.

En cuanto a la distinción entre exceso intensivo y exceso extensivo, consideramos que en principio el exceso extensivo conlleva responsabilidad penal, sin embargo no siempre será posible distinguir de forma precisa en qué momento la defensa dejó de ser tal para convertirse en ataque, de tal manera que siempre será necesaria la intervención del tribunal penal para examinar las circunstancias concretas en cada caso.



### Prácticas.-

Las dificultades para probar, en la práctica, las características de los estados pasionales y su potencial para excluir la culpabilidad, nos lleva a inclinarnos por tomar en cuenta un límite de exigencia social y no únicamente psicológico para excluir la responsabilidad penal. Por otra parte no nos parece congruente con una concepción eurística del ser humano, imponer una pena, aun si es disminuida, por no haber podido discernir de manera precisa los medios de salvación. En primer lugar, porque la adecuación de la conducta a la norma se impone por razones generales de protección a los bienes jurídicos y no con el designio de normar con exactitud la medida necesaria de la defensa y mucho menos de vigilar el comportamiento de quienes se vean obligados a defenderse (en este punto es lógica la propuesta de Roxin, quien fundamenta la impunidad del exceso de defensa en la falta de necesidad de prevención genera); y en segundo lugar porque las propias garantías constitucionales sobre los derechos fundamentales imponen ante todo el respeto a la integridad, entendiendo a la persona como un ser dotado de una esfera emocional y afectiva; de manera que las respuestas humanas no pueden tener una medida constante y exacta, mucho menos si el individuo está siendo atacado.

No es aceptable que, dentro del código penal ecuatoriano, el error de prohibición no se considere causa de exclusión de la responsabilidad penal, no únicamente respecto de los casos de exceso de defensa sino de cualquier evento en el que se aprecie el error; ya que la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad es uno de los presupuestos para la responsabilidad, ampliamente aceptado por la mayoría de las posiciones doctrinarias, y no solamente desde un enfoque teórico-valorativo, sino también desde el punto de vista normativo de la Constitución y de los tratados internacionales sobre derechos humanos, que consagran el principio de legalidad y que tienen, evidentemente, mayor jerarquía que la ley ordinaria, en este caso, el código penal.

La jurisprudencia ecuatoriana no es concordante en cuanto a los factores que deben tomarse en cuenta para valorar el exceso de defensa: en unos casos se toma en cuenta la necesidad

racional del medio empleado, en el contexto de cada situación, y en otros, la proporcionalidad del medio, o equivalencia entre los medios usados para el ataque y los usados para la defensa. Este caso es apenas un ejemplo de la necesidad de fundamentos teóricos más sólidos al momento de administrar justicia por parte de los tribunales penales.

Por los motivos expuestos proponemos una reforma en el Código Penal ecuatoriano, mediante la cual se elimine la disposición que considera el conocimiento de la ley como presunción de derecho, y por otra parte una regulación que permita excluir la pena para los excesos de defensa originados en la turbación y el miedo y que no revelen agresividad, ánimo de dañar o en general, una conducta delictiva. A continuación transcribimos el artículo pertinente del código ecuatoriano y añadimos, en cursivas, nuestra propuesta:

Art. 25. Son excusables el homicidio, las heridas y los golpes, cuando son provocados por golpes, heridas u otros maltratamientos graves de obra o fuertes ataques a la honra o dignidad inferidos en el mismo acto al autor del hecho, o a su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos o afines dentro del segundo grado.

Son también excusables las infracciones determinadas en el inciso anterior cuando son el resultado de un exceso de legítima defensa.

*Si los límites de la legítima defensa se hubieren excedido a causa de la ofuscación o el miedo, podrá el juez eximir al autor de toda pena.*

.

## 7. Bibliografía

- BACIGALUPO Enrique, Manual de Derecho Penal. Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1999.
- CEREZO MIR, José, Obras Completas, Ara Editores, Lima, 2006.
- CEREZO MIR José, Temas Fundamentales del Derecho Penal, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.
- COELLO GARCÍA Hernán, Epítome del Título Preliminar del Código Civil y sus principales relaciones con la legislación ecuatoriana, Universidad del Azuay, Cuenca, 1995.
- COUSIÑO MacIVER, Luis, Derecho Penal Chileno, Editorial Juridica de Chile, Santiago, 1979.
- DONNA Edgardo Alberto, El Exceso en las causas de justificación, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985.
- JAKOBS Gunter, Derecho Penal, 1991.
- MAURACH Y ZIPF, Derecho Penal, Parte general, Editorial Astraea, Buenos Aires, 1994.
- MUÑOZ CONDE Francisco, Teoría General del Delito, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2002.
- MUÑOZ CONDE Francisco, Derecho Penal Parte General, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- OMEBA, Enciclopedia Jurídica, Tomo XVII, Bibliográfica Omeba, Argentina, 1979.
- ROXIN Claus, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- ROXIN Claus, La Teoría del Delito en la discusión Actual, Grijley, Perú, 2007.
- VASCONCELOS Francisco, Diccionario de Derecho Penal, Editorial Porrúa, México, 1997.
- WELZEL Hans, Derecho Penal Alemán, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Chile 1987.
- ZAVALA BAQUERIZO, Jorge y otros, Jurisprudencia Especializada Penal Tomos I, II, II y IV, Corporación de estudios y publicaciones, Quito, 2004.

SITIOS WEB:

<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/>

<http://www.bibliojuridica.org/>

<http://www.boe.es/>

<http://www.jusneuquen.gov.ar/>

<http://info4.juridicas.unam.mx/>