---------- En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los veintiocho días del mes de Septiembre del año dos mil nueve, se reunieron en Acuerdo en la Cámara en lo Penal de la circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia los jueces de Cámara Dres. Rafael LUCCHELLI, Mónica RODRÍGUEZ y Silvia Susana MARTOS, asignados para el tratamiento del recurso del imputado, bajo la Presidencia de ésta última, para dictar sentencia en estos autos caratulados: "COMISARÍA SECCIONAL PRIMERA INVESTIGACIÓN HOMICIDIO R G. R. F." Expte. N° 06/09 CPCR, Carpeta N° 1522, Legajo Fiscal N° 17270, seguidos contra: C. L. G., argentino, nacido el día 03 de Octubre de 1989 en esta ciudad, hijo de Y. M. B. y de C. R., DNI N° **.***.***, ayudante de mecánico, desocupado, soltero, instruido, con último domicilio en calle U. N° *** de la Ciudad de Comodoro Rivadavia, en virtud de la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa Particular del nombrado contra la Sentencia de fecha 03 de Junio de 2009 mediante la cual el Tribunal de Juicio integrado por los Dres. Martín Roberto MONTENOVO, Daniel Luis María PINTOS y Maria Elena Nieva de PETTINARI en la que condenaran a C. L. G. a la pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas, por hallarlo autor penalmente responsable del delito de Homicidio simple (Aar. 79 del CP), por el hecho ocurrido en esta ciudad, el día 17 de agosto de 2008 en perjuicio de R. F. G.---------- Intervino por la Acusación el Sr. Fiscal General, Dr. Marcelo Fabián Cretton y por la defensa técnica del imputado, el Defensor Particular Dr. J. C. S.---------- Efectuado el sorteo, resultó el siguiente orden de votos: Dr. Rafael LUCCHELLI, Dra. Silvia Susana MARTOS y Dra. Mónica RODRÍGUEZ.---------- Tras deliberar la Sra. Presidente puso a

votación las cuestiones en el orden y conforme lo prescribe el artículo 329 del Código Procesal Penal (Ley 5478).---------- **El Juez Rafael LUCCHELLI dijo:** ---------- 1.- Contra la Sentencia de la Excma. Cámara Primera en lo Criminal Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia de fecha 03 de Junio de 2009, que condenara a C. L. G. a la pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas, por hallarlo autor penalmente responsable del delito de Homicidio simple (Aar. 79 del CP), la defensa interpuso impugnación.---------- El hecho objeto de imputación se describió en la sentencia de la siguiente manera: *"el día 17 de Agosto de 2008 al retirarse del local "E. C." a la hora 06:30 hs. M. G., su hermano F., su otra hermana C., el novio de esta última C. G., G. S., M. S., M. O. y D. A. caminaban por calle Araucarias hacia Rivadavia y encontrándose en calle Rivadavia casi Viamonte los hermanos C. y F. G. se agarraron de los cabellos siendo separados por su hermano M. En ese instante apareció el novio de C., C. G. e intercambian golpes de puños con F. G. y por diferencias futbolísticas ya que pertenecían a diferentes clubes. Fueron separados por M. O. y M. G. quienes percibieron que G. tenía en sus manos una navaja chica tipo utilitaria con la que intentaba agredir a F. G. Con posterioridad a esto el grupo se dividió D. A., G. S., C. G. y su novio C. se separan del resto, emprendiendo un recorrido por calle Rivadavia, tomando Alem, hacia calle Ameghino. Al cruzar el boulevard de la Avenida Alsina y llegar a la intersección con Rawson fueron interceptados por F. G. quién comenzó a pelear con su hermana C. y en el momento en que se agarraron del cabello se interpuso C. G. quien intercambió golpes de puño con F. G., cuando D. y C. trataron de separarlos pudieron notar que F. G. tenía abundante sangre en su cuerpo. Al ver esto C. G. salió corriendo del lugar tomando por Alsina, pudiendo apreciar C. G. que cerca de la esquina había una navaja tipo utilitaria de color roja que estaba*

tirada en la vereda, la cual no pudo ser habida luego del hecho. En ese instante apareció en el lugar M. G. quien nota que su hermano presentaba dos puntazos a la altura del corazón, procediendo a cargarlo en un automóvil particular para trasladarlo hasta el Hospital Regional, donde falleció como consecuencia de las heridas recibidas: una herida cortante horizontal de 1,7cm de largo por 0,6de ancho en la parte media de la misma ubicada en la cara anterior del pecho a la altura del esternón; una herida cortante horizontal en la cara anterior del pecho a la altura del reborde costal del lado izquierdo de1,5cm de largo por 0,6 cm de ancho en su parte media. Que la primera herida le produjo una hemorragia aguda que provocó un shock hipovolémico que le produjo la muerte, estimándose que el óbito se produjo a los pocos minutos de haberse producido las heridas recibidas – puntazo a al altura del corazón- correspondiendo por ende la calificación de homicidio simple en calidad de autor (Art. 79 y 45 del C.P.). ----------

---------- Planteada la plataforma fáctica del juicio, cabe analizar si la crítica del defensor particular resulta procedente. ----------

---------- Realizada la audiencia que prevé el Art. 385 del C.P.P. el Sr. Defensor Particular Dr. J. C. S. mantuvo el escrito de impugnación interpuesto y denunció inobservancia o errónea aplicación de la ley penal que funda la solución del caso y lesión de garantías constitucionales, toda vez que de aplicarse la correcta, hubiere sido diferente el decisorio al que se ha arribado. Señaló que se encuadra en inobservancia de la ley porque se ha omitido aplicar la ley o norma que corresponde, dictándose en consecuencia una sentencia arbitraria. Cita doctrina y jurisprudencia respecto de este último concepto.----------

---------- Colige asimismo que el Tribunal ha aplicado erróneamente la ley que funda la solución del caso, ya que al inobservar la ley que

hubiera correspondido aplicar, ha fundado su fallo en una normativa diferente, errando en la apreciación jurídica.---------- Entiende que el decisorio impugnado no ha alcanzado plena prueba por lo que deviene infundado. Cita doctrina y jurisprudencia al respecto.---------- Señala que ha sido un fallo por mayoría y no unánime, en el que no se ha valorado el material probatorio de descargo producido en el debate, que demostraba que los hechos no ocurrieron en la forma afirmada por la parte acusatoria, es decir, que el plexo probatorio reunido no ha sido suficiente para alcanzar la certeza requerida. Por ello entiende que al no quedar claramente establecidos que los hechos se hayan producido como se dan por sentados en el decisorio, su defendido debió ser absuelto por haber actuado en legítima defensa (art. 34 inc. 6º del C.P.), o en su caso, ser condenado a una pena sensiblemente menor a la impuesta, por aplicación del art. 35 del C.P. –exceso en la legítima defensa-, tal como lo sostuvo el juez del voto disidente. A continuación cita las partes pertinentes de los votos de los sentenciantes en donde se efectúa el tratamiento de la causal exculpatoria.---------- Seguidamente efectúa un pormenorizado análisis de la prueba valorada por los jueces en sus respectivos votos.---------- Luego se refiere –citando los párrafos pertinentes de los votos- a la calificación legal escogida por la mayoría –homicidio simple art. 79 del C.P. y la del juez disidente quien entiende aplicable al caso el art. 35 del C.P, en función del art. 34 inc. 6 y 7.---------- Posteriormente hace referencia que el Tribunal al sentenciar ha llegado a la certeza haciendo jugar los elementos de prueba para formar criterio en forma concordante con la parte acusadora, tornando por ello dicha resolución arbitraria dado que se ha apartado del camino lógico que corresponde para arribar a la conclusión. Dice que ha

demostrado que con la prueba testimonial producida en el proceso y con los informes médicos que se agregaron a la causa, que los hechos ocurrieron como los expuso su defendido. Entendió respecto de esto que no incumbe a esa parte acreditar cómo han ocurrido los mismos, pues ello importa la inversión de la carga de la prueba, lo cual es inadmisible en el proceso penal, por afectar el principio de inocencia. Cita jurisprudencia.---------- Señala que conforme se ha ventilado fue la víctima F. G. la que esa noche provocaba y agredía no sólo a su defendido sino a su propia hermana, resaltando las testimoniales que fueran ponderadas por el Juez Montenovo, concordantes sólo en ello, con los argumentos de la defensa, encajando esto en el concepto de agresión ilegítima.---------- Indica la falta de acreditación de que G. llevara una navaja consigo a la luz de testimonios no tenidos en cuenta –como el de C. G., G. S. y D. A.- quienes estuvieron juntas y no vieron que su defendido llevara con él el arma homicida, la que a la postre tampoco fue encontrada imposibilitando el poder determinar si era apta o no para producir las heridas que le causaron la muerte ha F. G.---------- Discrepa respecto de la reconstrucción de los hechos finales efectuada por los jueces de la mayoría, pues ninguno de los testigos presentes en el hecho pudo determinar cómo se produjo el último enfrentamiento entre F. G. y su defendido. Entiende clarificador el criterio sentado por el Juez Montenuovo respecto de la conducta de la víctima, su iniciativa respecto de generar inconvenientes, y que si existió la pelea a golpes de puño –avalado ello por las testimoniales y por la prueba médica- éstas no logran precisar la última secuencia, existiendo por ello la posibilidad de una justificación, aunque incompleta –conf. el voto del Juez disidente. Que esta situación de agresión ilegítima y falta de

provocación del imputado ha generado en la argumentación del Magistrado –Juez Montenovo- que se encontraban dadas las condiciones para no aplicar el Homicidio simple del Art. 79 y sí el exceso de legítima defensa, artículo 35 del CP.---------- Apoya lo antes dicho, las lesiones que presentaba su defendido –a la luz de las constancias médicas- aludiendo que las mismas se deben al intento de frenar el ataque inminente de F. G. con el arma blanca.---------- Señala inexplicable la parcialidad en la valoración de la prueba efectuada por los Jueces que votaron en mayoría, desechando la prueba producida por la defensa. Juzgó que no se ha destruido la presunción de inocencia que goza su defendido y que de haberse valorado correctamente, debería haberse aplicado la normativa prevista en el art. 34 inc. 6º del CP respecto de C. G. por haber actuado el mismo en legítima defensa de sus derechos, decretándose su absolución y de no ser así, subsidiariamente -conforme lo sostuvo el Dr. Montenovo- la aplicación del artículo 35 de dicho cuerpo legal.---------- Finaliza solicitando la anulación de la sentencia de fecha 03 de Junio de 2009 y por ende la inmediata libertad y la absolución de su defendido. En forma subsidiaria, se aplique lo previsto por el art. 35 del C.P., tipificándose la conducta en exceso de legítima defensa aplicando el art. 84 del homicidio culposo imponiéndose, por ello, una condena de ejecución condicional, teniendo en cuenta la falta de antecedentes y el hecho de tratarse de la primera vez que se condena penalmente a su defendido. Hace reserva de caso federal.---------- El Sr. Fiscal mantuvo lo expuesto en la contestación del emplazamiento. Manifiesta oposición a lo afirmado por la Defensa respecto de la forma en que sucedieron los hechos. Señaló correcta la valoración del material probatorio por parte de los jueces que concurrieron a dictar sentencia, estableciendo en forma correcta la materialidad y la autoría de los hechos.---------- Entiende

inaplicable al caso el artículo 34 del C.P. ya sea el inc. 6 o 7, pues no hubo agresión ilegítima sino una simple diferencia entre hermanos, que en ningún momento corrió peligro la vida, ni hubo riesgo inminente o amenaza de una lesión que la persona no está obligada a soportar, adecuada a la oportunidad en que ocurren los hechos.----------

---------- Resalta como evidente la desproporcionalidad del medio empleado, pues era una pelea a golpes de puño. Se refiere a las lesiones del imputado.----------

---------- Ratifica la posición dominante del imputado y contesta los alegatos defensitas respecto del arma.----------

---------- Discurre respecto de la aplicación del art. 35 en el voto del Juez Dr. Montenuovo y sindicó que sí existe claridad –por las testimoniales de los que estaban en el lugar- respecto del ocurrido en la parte final y que ocasionara la muerte de G. como desenlace. Por último solicita que se confirme el fallo.----------

-- El imputado refiere que su intención no fue pelear con nadie ni arruinar el cumpleaños de su novia, que jamás portó un arma blanca ni quiso que esto pasara.--

---------- 2.- Habiendo reseñado los antecedentes que motivan el recurso, comenzaré a tratar en particular los agravios que dieran motivo a la impugnación deducida por la defensa.----------

--------- El Sr. Defensor Particular, Dr. J. C. S., entiende que se debió absolver al imputado ya que la conducta del mismo, a su criterio, debió ser encuadrada como ejecutada en legítima defensa (Art. 34. inc. 6° del C.P.); o en su caso, ser condenado a una pena sensiblemente menor a la impuesta, por aplicación del art. 35 del C.P., tal como lo sostuvo el Sr. Juez Montenovo en su voto disidente. Funda su aserto, en que a su criterio, el plexo probatorio reunido en el presente proceso no ha sido suficiente, de manera

alguna, para alcanzar la certeza referida a que los hechos se hayan producido de la forma en que lo presentara la parte acusadora y que lo consignara el Tribunal de Juicio.----------

---------- He de adelantar coincidiendo con los votos de la Dra. María Elena Nieva de PETTINARI y el Dr. Daniel PINTOS, que en modo alguno se puede entender que en algún momento la conducta desplegada por G. se vio amparada por la causa de justificación esgrimida por el Sr. Defensor Particular.----------

---- Ha sido acreditado con la certeza requerida que el imputado portaba un arma blanca. Así lo ha afirmado el testigo M. A. O. y el hermano de la víctima, M. A. G., en forma coincidente. Ambos Magistrados han descartado que existiera algún tipo de provocación por parte del occiso antes que salieran del local bailable el "C.". En ese sentido, la Dra. Nieva de PETTINARI afirmó en su voto que: “A poco que se examinen los dichos del encartado vemos que no se corresponden con lo acontecido esa noche del 16/8 a la madrugada o mañana temprana del 17/8/08; nos habla de provocaciones o "tocamientos" de la casa donde pasaron el cumpleaños de C. al baile, por parte de F. G. versión totalmente desmentida por todos los testimonios escuchados." En la misma senda el Dr. PINTOS expresa en su sufragio que: “Merece destacarse primeramente que todos los testimonios rendidos en la audiencia de debate han coincidido en que recién a la salida de "E. C." se produjo un primer incidente entre víctima y victimario, que no pasó a mayores, por la actitud contemporizadora de los restantes miembros del grupo, que separaron a los contrincantes, momento en el que G. exhibió el arma blanca.".

---------- Respecto del desenlace, entiendo que no existió la provocación que aduce en su declaración el imputado, como lo expresan la mayoría de los jueces,

toda vez que la testigo C. G. dice que ni bien vio que su hermano salió a su encuentro. Como señala la Juez Nieva de PETTINARI, al explicar la conducta de C. G.”. Su intervención fue terminar con la riña de los hermanos pero esta vez sin que nadie los separara, lo que todos veían como una pelea a las piñas entre los hombres, terminó en forma breve con los puntazos por parte de G. en el lugar clave del cuerpo como el corazón como también en el hígado, tallo informado en la autopsia". Aún si se creyese que el victimario sufrió algún tipo de agresión ilegítima y que no existió por parte del nombrado provocación suficiente -cosa que como ya dije descarto- entiendo que el medio empleado para conjurar esa supuesta agresión no fue ni necesario ni racional.----------

---------- En ese sentido Roxin lo plantea “desde la perspectiva de que es necesaria que toda defensa idónea, sea la más benigna de varias clases de defensas elegibles y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir daño. Con lo cual se entra al serio problema del medio o de la forma de defenderse, en el sentido de que debe utilizarse el medio menos lesivo para ello. (...) quien puede repeler al agresor con puños o patadas, no puede echar mano al cuchillo o al revolver; quien pueda intimidar al agresor amenazándole con un arma contundente o de fuego o mediante un disparo de advertencia, no puede disparar sin más..." Maurach y Zipf...insisten en la idea del medio menos gravoso, de modo que en el caso concreto se debe utilizar aquel que irrogue el menor daño posible. Por su parte Ese y Burkhardt afirman que "el modo y la dimensión de la defensa se establecen según el modo y la dimensión de la agresión. De modo que los requisitos de la defensa serían los siguientes: intensidad de la agresión, peligrosidad del agresor y de los medios de

defensa que estén a disposición. En consecuencia, no se debe permitir que una agresión que lesione el honor por medio de palabras sea defendida por una defensa activa con un arma. La racionalidad del medio de la que habla la ley argentina no es otra cosa que las cuestiones antes discutidas, esto es, la posibilidad de defenderse de la manera más eficaz, con el medio menos dañoso para el agresor en los términos y las formas antes mencionadas. Toda esta cuestión se resume a nuestro juicio en la posibilidad de defensa frente al agresor con el medio menos dañoso; si se quiere hablar acá de racionalidad, es adecuar la teoría a la letra de la ley, pero teniendo en cuenta que ello no debe impedir, ni tampoco se debe exigir, la eficacia de la defensa. Esta idea ha sido advertida con agudeza por Pessoa, cuando expresa que "en primer lugar, corresponde precisar que si bien el texto legal habla de la "necesidad racional del medio empleado", debe entenderse en el sentido de que la necesidad racional es la cualidad que debe tener la conducta, entendida ésta como el medio "para impedir o repeler la agresión". En consecuencia, agrega, una conducta es necesaria cuando es el único camino eficaz para neutralizar la agresión antijurídica. Y será racional, cuando es proporcional, esto es, una relación entre el mal evitado y el mal causado. En síntesis, "la racionalidad del acto defensivo es la cualidad del mismo que consiste en cierta correspondencia axiológica jurídica entre el mal evitado y el mal causado" (Donna, Edgardo Alberto, DERECHO PENAL, Parte General, Tomo III, págs.202/206). ---------- Los testigos descartan en forma absoluta la posibilidad que la victima estuviera armada. En ese sentido resulta esclarecedor lo dicho por la Magistrada que lidera el acuerdo, cuando señala que: "Las lesiones leves que presentaba el encartado descriptas por el médico forense Dr. I. J.

W. no hacen más que corroborar que la pelea entre ambos fue breve, poniendo al descubierto que las lesiones que presentaba la victima fueron de una enorme entidad, en primer lugar porque el acometimiento fue realizado con fuerza para que el filo del arma blanca atraviese en su extensión o espesor el músculo cardíaco provocando una gran hemorragia; igual fuerza también desplegó en la otra herida de la cara anterior del lóbulo izquierdo que lesionó el hígado, dando de esta manera por tierra que el imputado lo madrugó cuando vio que su adversario sacaba el cuchillo de su campera y le torció el brazo para que lo soltara y que no le vio ningún signo de que estuviera lastimado, sólo que se corre la víctima para atrás y le saca el cuchillo. Esta versión del hecho luctuoso no hace más que confirmar que en todo momento el encartado estuvo en una posición dominante." Por su parte el Juez PINTOS magistralmente sintetiza lo ocurrido cuando señala que el imputado". pervirtió lo que debió ser sólo una pelea a golpes de puño, con el uso de un arma de filo, con las consecuencias ya conocidas."
Ha dicho la Jurisprudencia que: "El medio usado en la legitima defensa es racionalmente necesario si en su momento aparece idóneo, según la razón, con vistas a eliminar el peligro que para la integridad física del procesado representaba la agresión y no se acredita la oportuna concurrencia de otra posibilidad defensiva que, también para la razón, tuviese equivalente suficiencia y menor aptitud dañosa. Con la expresión "necesidad racional del medio empleado" (Art. 34, inc. 6, letra b, Cód. Pen.) se quiere significar no sólo que la agresión tiene que haber creado un estado de necesidad sino, además, que la reacción de quien se defiende debe ser el medio o la forma en que el peligro puede efectivamente evitarse, o sea la reacción que el sujeto

podía razonablemente suponer que a tal efecto servía. No existió el estado de necesidad ni, correlativamente, fue necesaria ni razonable la reacción (art. 34, inc.6|, Cód. Pen) de quien no adoptó ninguna de las actitudes posibles que razonablemente pudo haber adoptado; por el contrario, ante la primera tentativa de la ahora víctima (persona de su conocimiento y trato) de impedirle la retirada, extrajo su cuchillo y lo ultimó. (SCJBA, 20-8-81, "R., L.O. s /Homicidio", JUBA). En la misma senda, se ha expresado que: "La necesidad racional del medio empleado en la legítima defensa debe juzgarse conforme la agresión y la reacción desde el punto de vista del sujeto que quiere evitar dicho ataque. (SCJBA, 27-12-91, "C., J.L s/Homicidio" P 40351 S, AyS 1991-IV-732).---------- 3.- Habiendo descartado los elementos constitutivos de la legitima defensa, conforme la plataforma fáctica que tengo por probada, entiendo -siguiendo a Zaffaroni- que no puede entenderse que la conducta desplegada por el encartado pueda ser subsumida en un exceso en la legítima defensa. En ese sentido dicho autor explica que: "es inadmisible agregar a la fórmula del art. 35 del C.P. requisitos que la misma no contiene, puesto que resultaría violatorio del principio de legalidad. De allí que no admitimos que el art. 35 presuponga error vencible u otra causa que disminuya la culpabilidad, insistiendo en que no queda otro recurso que respetar la letra de la ley y resolver la cuestión como un problema de antijuridicidad de la conducta, lo que no excluye la posibilidad de que eventualmente se presenten atenuantes de la culpabilidad, sino sólo la de que ellos sean considerados como requisitos necesarios para la atenuación de la pena. Creemos por consiguiente, que el único fundamento para que la conducta típica sea portadora de una menor carga de antijuridicidad es que la conducta que se

inicia y agota como antijurídica es más antijurídica que una conducta que tiene comienzo al amparo de una causa de justificación y se agota antijurídicamente. Por ende, entendemos que en nuestro texto para que la conducta merezca una consideración de injusto menor, conforme al art. 35 del C.P., es necesario que la misma se inicie justificadamente; ello se debe a que nadie puede "exceder el limite" de un ámbito dentro del que nunca ha estado. Cuando en una defensa falta desde el comienzo la racionalidad del medio, por ejemplo, no puede haber exceso en la legítima defensa, porque no puede excederse de la legítima defensa quien no ha actuado nunca en legítima defensa. Esto no significa excluir totalmente del ámbito del art. 35 del C.P. el llamado exceso "intensivo", sino sólo cuando el mismo se opera ab initio. Habrá una disminución de la antijuridicidad cuando la conducta que comienza siendo justifica continúa fuera del permiso, como cuando sigue la conducta que comenzó siendo defensiva, continuándosela cuando ya ha cesado la agresión o su amenaza (exceso extensivo) y también la habrá cuando el agresor sigue agrediendo pero con un medio que es menos lesivo y quien se defiende lo sigue haciendo con el mismo medio que empleara antes (exceso intensivo). (...) No excluimos , pues, el exceso intensivo, sino sólo el exceso intensivo ab initio, es decir, aquél que hace que la defensa nunca haya sido legítima, puesto que en este caso-como surge claramente de la letra de la ley- no se puede exceder su límite, porque nunca se estuvo dentro de sus límites.----------

---------- Existen algunos autores, como Bacigalupo, que postulan un sistema de eximentes incompletas. Así, cabría hablar para este autor de exceso en la legítima defensa, si, a modo de ejemplo, falta la necesidad racional del

medio empleado, pero ha existido una agresión ilegítima y faltó provocación suficiente. En ese sentido Zaffaroni, explica que: Cabe aclarar que el planteamiento de Bacigalupo podría tener andamiento en otro sistema legislativo, como es el de las eximentes incompletas, entendidas como causa de atenuación, tal como sucede en España, donde Cerezo Mir hizo una interpretación similar o como acontecía en el inc. 1| del Art. 83 del Código argentino de 1886, seguido por el art. 64 del proyecto de 1891 y postulado por J. para el homicidio en el proyecto de 1917. No obstante, como ya vimos, éste no es el sistema de nuestro derecho positivo. El sistema del exceso del código de Baviera fue reemplazado en el código brasileño de 1830 por un sistema de eximente incompleta (párrafo 3| del art. 18), que fue adoptado en España, simplificado por el código de 1848, al enunciar las eximentes incompletas en forma genérica, puesto que el código brasileño imperial se refería realmente a una "defensa incompleta". No obstante, esta evolución fue desechada desde que se derogó el código de 1886, que seguía como dijimos, el modelo español. (Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte General, T. III, pags. 639/648) ---------- Por ello entiendo que en el caso analizado Nunca puede aplicarse lo preceptuado por el art. 35 del C.P. ya que no puede hablarse de exceso en la legítima defensa si la conducta que desplegó el imputado, como ya expliqué, nunca estuvo amparada por esta causa de justificación.
En igual sentido, la jurisprudencia ha dicho que: "Para que exista exceso en la defensa es menester que concurran en principio, los supuestos que hacen actuar la legítima defensa y habrá exceso en la defensa cuando se intensifique en sus limites la acción, inicialmente justificada" (CCCorr. De San Martín, sala I, 15-4-94, "T., N y Otro"LLBA 1994-750). En igual

sentido: "Para hablar de exceso en la defensa, primero se debe observar la existencia de una legítima defensa tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo." (CNCCorr, sala I, 29-II-89, "A, F.V", LL 1990-b-374). ---------- 4.- Por todo lo expuesto propicio no hacer lugar a la impugnación deducida por la defensa del imputado C. L. G., confirmando la sentencia de fecha 03 de junio de 2009 por la que se condena a G. a la pena de ocho años de prisión accesorias legales y costas, por hallarlo autor penalmente responsable del delito de Homicidio simple (Art. 79 del CP), por el hecho ocurrido en la ciudad de Comodoro Rivadavia el día 17 e agosto de 2008, en perjuicio de R. F. G. Así voto.- ---------- 5.- Considero justo regular los honorarios de la Defensa Particular del imputado C. L. G. en la suma de Pesos Cuatro Mil ($2.500,00), no incluye IVA, por la tarea desarrollada en esta etapa, a cargo a su defendido (Art. 7 y 9 de la Ley XIII N° 4 –antes 2200 modif. por Ley 4335.---------

---------- **La Jueza Silvia Susana MARTOS dijo**: ----------

---------- Planteados los agravios de la Defensa, pasaré a analizar si resulta aplicable al caso el instituto de la Legítima defensa –art. 34 inc. 6 y 7, tal como lo postula esa parte o subsidiariamente el Exceso en la legítima defensa.----------

---------- 1.-Enseña Zaffaroni que la doctrina más extendida, supera el debate entre las posturas objetivistas y subjetivistas, limitándose a fundar la legítima defensa en el principio de que el derecho "no tiene por qué soportar lo injusto, partiendo del reconocimiento del carácter subsidiario de la legítima defensa, es decir, que la defensa sólo puede ser legítima cuando no es posible apelar a los órganos o medios establecidos jurídicamente" (Zaffaroni- Alagia-Slokar Manual de Derecho Penal, Ediar, pag 472). Se trata de una situación conflictiva en la cual el sujeto puede

actuar legítimamente porque el derecho no tiene otra forma de garantizar el ejercicio de los derechos o mejor dicho la protección de los bienes jurídicos.---------- 2.- Jeschek nos aporta la definición clásica de legítima defensa: “es la defensa requerida para apartar de sí o de otro una agresión actual antijurídica”. Nuestro ordenamiento legal establece los requisitos o límites de la misma que son: la agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión y la falta de provocación suficiente. Es decir que la necesidad tiene su límite en la racionalidad.---------- 3.- En el caso de autos, el punto central para descartar la justificante, se encuentra en que no sólo la conducta desplegada por el imputado fue innecesaria sino que además fue manifiestamente irracional, dado que ésta fue aberrantemente desproporcionada. Se puede defender cualquier bien jurídico, a condición de que la defensa no exceda los límites de la necesidad racional. El sujeto debe utilizar el medio menos lesivo que tiene en sus manos. No actuaría justificadamente quien para defenderse de una agresión a golpes responde con una ametralladora; quien para defenderse de los golpes inciertos de un borracho, le propina un puñetazo que le fractura varios huesos. En estos casos queda excluida la defensa legítima, porque la conducta realizada no era necesaria para neutralizar la agresión. Zaffaroni trae “el clásico y conocido ejemplo del empleo de una escopeta por parte de un paralítico que tiene sólo este arma al alcance de su mano, no disponiendo de ningún otro recurso para impedir que un niño se apodere de una manzana; será antijurídico, pero no porque el bien jurídico vida sea de superior jerarquía al bien jurídico propiedad, sino porque el orden jurídico no puede considerar conforme a derecho que para evitar una lesión de tan pequeña magnitud, se acuda a un medio que –aunque necesario por el único disponible- sea tan enormemente lesivo como un disparo mortal de arma de fuego”. (ob cit. Pág 473) . Es así que nuestro Código

Penal establece que no es suficiente la defensa necesaria sino que requiere que la misma sea racional.----------

--------- 4.- En torno a las particulares circunstancias sobre la que se basa la figura legal escogida, debemos ubicarnos en la situación de quien consideró que su vida se hallaba inminentemente amenazada. En ese sentido, considero que dicho extremo no se dio, ello si se repara que el imputado en ningún momento dice haber advertido la utilización de la navaja - que según él portaba la víctima-. Refiere en su declaración que G. quiso arrancarle la capucha; que le pegó de atrás, que se trenzaron en lucha y que no sabe cómo llegó la navaja a sus manos. En ningún momento habla de que actuó en legítima defensa; en ningún momento consideró que su vida se hallaba inminentemente amenazada. Pero aún teniendo en cuenta que el imputado fue mendaz en su relato a fin de colocarse en una mejor posición defensiva y debamos analizar objetivamente si existió una legítima defensa, los testimonios de las personas que se encontraban esa madrugada del 17 de agosto de 2008 en el lugar del suceso, concatenados con otros datos objetivos como el protocolo de autopsia y el informe del médico forense, dan las pautas para arribar a la certeza de que el imputado no obró amparado por esa causal de justificación. "Que el derecho conceda un derecho no significa que permita realizarlo de cualquier modo y a costa de lesionar bienes jurídico-penales; significa sólo que permite realizarlo dentro de los cauces legítimos" (Mir Puig, Santiago "Derecho Penal- Parte General", P.P.U, Barcelona, pág 525.----------

--------- Ha quedado acreditado que cuando apareció nuevamente la víctima en el lugar donde se encontraba el imputado con C. G. - su novia- y las dos amigas, aquella fue a pelear con su hermano pues estaba muy enojada por lo que había pasado anteriormente, tomándolo de los cabellos. En ese contexto de reyerta entre

hermanos, intervinieron el resto de los presentes, con forcejeos. Las dos amigas de C. fueron a separarla, episodio en el que también participó el imputado, en defensa de su novia y también de su propia integridad pues según sus dichos, la víctima le pegó una patada por atrás, le arrancó la capucha y se tomaron a golpes de puño. Este episodio concluye instantes después con la utilización por parte de G., de una navaja, con la que le asesta dos puntazos uno en el corazón y otro en el hígado a G. que le provocaron la muerte casi instantánea. ----------

---

---------- Valoro lo testimoniado por C. G., quien relata que ella estaba enojada con su hermano por lo que había pasado y fue la primera en ir a su encuentro a reprocharle y a tomarlo de los cabellos; que sus amigas la fueron a sacar, la alejaron y que C. se metió, quedando los dos hombres solos quienes comenzaron a tironearse, a empujarse y a forcejear. Agrega que en determinado momento C. se fue corriendo; que ella vio algo brilloso en el piso y que su hermano quedó recostado en el enrejado, no imaginando que algo tan grave le había sucedido. Por su parte la testigo D. S. A. relata respecto del último suceso que cuando llegó F. G. hubo una pelea; como que comenzaron a forcejear todos y que luego vio a F. manchado de sangre. Por su parte M. A. G. rememora que escuchó los gritos y que D. decía “le dio, le dio” y allí fue a ver a su hermano observando los dos puntazos en el corazón.----------

---

--------- Se encuentra acreditado que el imputado C. L. G. quien era portaba esa noche un arma blanca, a pesar de que se insiste en que no era él quien la llevaba. Si bien la Defensa en el líbelo recursivo se hace alusión a que los Jueces no tuvieron en cuenta los testimonios de C. G., G. S. y D. A., quienes estando junto al imputado, no observaron que llevara un arma, la que por otra parte -se señala-, no

fue encontrada, ello no invalida la apreciación realizada por los jueces, pues que éstas no hayan visto la navaja, no implica necesariamente que no haya existido. Obsérvese que los que vieron el arma blanca en poder del imputado, fueron los que separaron a los contrincantes en el primer episodio a unas cuadras del lugar.---------

---

---------- También ha quedado acreditado que no es posible la versión C. G., respecto de la mecánica del desenlace, pues tal como lo informa el Dr. I., médico forense, en el protocolo de autopsia, el causante presentaba un profundo corte en el corazón, que perfora el pericardio, lo que confirma que el autor se hallaba en una posición dominante, sin riesgo para su integridad física. En ese sentido el Dr. P. trajo a colación lo recogido en los libros de medicina forense en cuanto a que un instrumento de filo no puede penetrar en profundad si no fue impulsado con intención, o al menos sostenido con fuerza por el victimario apuntando al adversario.----------

---------- Maurach enseña que “la persona en situación de legítima defensa ha de escoger aquel medio y aquella clase de defensa que, en el caso concreto, irrogue el menor daño ... pudiendo en todo caso recurrir a aquellos medios que obliguen al agresor a abandonar su agresión independientemente de su voluntad. No es preciso que soporte daños a bienes propios, ni tampoco debe limitarse a aquellos medios defensivos menos peligrosos o más inseguros, en cuanto al éxito de la defensa. Si no existe otra alternativa, el medio elegido será el necesario...”----------

---------- Analizando el desenlace final, ha quedado acreditado que en una pelea que se desarrollaba entre hermanos, cuando C. fue a tomar de los cabellos a la víctima disgustada con él, intervinieron las otras personas que estaban en el lugar, para separarlos. En esa oportunidad prosiguen peleando a golpes de puño el imputado y

la víctima, ocasión en la que, en una acción totalmente desproporcionada y desmedida, C. G. con un arma blanca que tenía en su poder, le asesta dos puntazos a G., uno de ellos en el corazón, que le provocaron la muerte. Indudablemente pudo utilizar otro medio menos lesivo para desembarazarse de la situación o defenderse. No se cumple en el caso la necesidad racional del medio empleado para repeler una agresión.----------

---------- 5.- Habiéndose planteado en subsidio, el exceso en la legítima defensa paso analizar si corresponde la aplicación del artículo 35 del código sustantivo.-----

--------- Zaffaroni encuentra su fundamento dentro del plano del injusto “Existe una mayor carga de antijuridicidad en la conducta que se inicia y agota como antijurídica, que en otra que tiene comienzo al amparo de una causa de justificación y sólo se agota antijurídicamente” (ob cit pág 501). El exceso del artículo 35 del Código Penal, se subordina a la existencia de los mismos presupuestos que demanda el permiso, toda vez que para ocurrir exceso, la acción debió comenzar justificadamente y concluir antijurídicamente, lo que conforme se ha referido, no ha ocurrido.----------

--------- No puede existir exceso en la legítima defensa cuando, como en autos, ha quedado demostrada la irracionalidad del medio empleado por el imputado para repeler la agresión ilegítima de parte de la víctima, dado que en manera alguna puede considerarse racional la reacción de quien al advertir que su novia peleaba con el hermano y concurrir a separarlos, al recibir una patada por atrás por parte de éste y comenzar una pelea de puños, le asesta a su agresor dos puntazos con el arma blanca, en zona vital, con suficiente fuerza y profundidad como para causarle la muerte. Destaco en ese sentido lo informado por el médico forense y que el Dr. P. detalla en su voto exhaustivamente, con citas bibliográficas.----------

---------- Traigo a colación el fallo del Superior Tribunal de Justicia de Tucumán: “Uno de los requisitos del artículo 35 el Código Penal es que el agente inicialmente actúe en legítima defensa, pero que se exceda en su actuación, sin otro propósito que el de defenderse. Para aplicar el artículo 35 es imprescindible que exista legítima defensa inicial, como presupuesto, pues la figura prevé una intensificación innecesaria de una actitud inicialmente justificada. Siempre existe una licitud inicial en la actuación del sujeto activo, quien termina sobrepasando los límites impuestos por la necesidad y obrando de un modo ilícito. Bien se ha señalado que la fórmula utilizada por el artículo tiene carácter general de modo que, preexistiendo una situación objetiva de justificación (agresión ilegitima, situación de necesidad, deber legal de obrar, derecho en ejercicio), se obra luego en exceso, exhorbitando el sujeto los limites de la acción. Para exceder los límites de algún ámbito es necesario haber estado antes dentro de ese ámbito. Quien en ningún momento estuvo dentro del tipo permitido, de modo alguno podrá exceder sus límites (CSJ de Tucumán, 15-11-96, "A.A.A. y otros, LL 1998-C-949 (40.480-S).-

---------- 6.- Sentados así los hechos, importa decir que G. sabiendo lo que hacía y conociendo el peligro de su acción sobre la vida de G. asestó -con un arma blanca que sacó de entre sus ropas- las heridas mortales en el cuerpo de la víctima. Con el modo de utilización de la navaja, el resultado de la configuración delictual de su acción, resulta comprensiva del resultado causado de modo intencional, debiendo confirmarse el fallo de condena por Homicidio Simple.---------- Por todo lo expuesto propicio no hacer lugar a la impugnación deducida por la defensa del imputado C. L. G., confirmando la sentencia de fecha 03 de junio de 2009 por la que se condena a G. a la pena de ocho años de prisión accesorias legales y costas,

por hallarlo autor penalmente responsable del delito de Homicidio simple (Art. 79 del CP), por el hecho ocurrido en la ciudad de Comodoro Rivadavia el día 17 e agosto de 2008, en perjuicio de R. F. G. Así voto.----------

---------- Encuentro adecuado el monto que el colega preopinante ha fijado respecto de los honorarios de la Defensa. Nada más.----------

---------- **La Juez Mónica Rodríguez dijo**:----------

---------- **1.** Decidido el sentido del fallo por mis colegas preopinantes, quienes han detallado exhaustivamente las razones que los guían, he de intentar hacer lo propio y fijar la posición que, según entiendo, resulta adecuada a la solución del caso, consciente de que la postura minoritaria exige un plus de justificación en la discrepancia, coherente con el intenso sentido garantizador que tiene el recurso ordinario del condenado en el procedimiento penal de la Provincia.----------

---------- Dos son las discordancias sustanciales que me inclinan a considerar, en idéntico sentido al que sostiene el voto en minoría del juez Montenovo en la sentencia en crisis, que el recurso de la Defensa debe ser parcialmente acogido. Por un lado, en cuanto a la interpretación de algunos aspectos del material probatorio rendido en el debate, fundamentalmente en cuanto a lo ocurrido en el segmento temporal final del episodio que culmina con la muerte de la víctima. Por otro, en punto al rendimiento que cabe otorgar a la regla del art. 35 del Código Penal Argentino, cuya aplicación al caso ha sido subsidiariamente requerida por la Defensa.----------

---------- **2.** Entiendo necesario hacer un tratamiento conjunto de ambas cuestiones en virtud de la íntima relación que tiene, en el presente caso, la valoración de los elementos probatorios y el encuadramiento legal que a partir de esa base fáctica corresponda realizar.----------

---------- Ello, por cuanto los hechos no son simples constataciones o entidades

naturales, dadas al intérprete en su objetividad, sino que detrás de cada afirmación hay un complejo proceso lógico, desarrollado sobre la base de determinada selección y valoración de los datos fácticos propia de la subjetividad de quien analiza. Conferir relevancia penal a un hecho es darle determinada significación en virtud de una norma, por eso hoy se afirma que hechos y derecho resultan entidades inescindibles dentro del proceso penal. ----------

---------- **3.** Comparto, en términos generales, las conclusiones fácticas que fijan los colegas preopinantes en sus respectivos votos, con las salvedades que he de examinar más adelante. Entiendo que se ha demostrado parcialmente la hipótesis fáctica de la Fiscalía, ya que no pudo acreditarse con certeza el modo en que se desarrolló el último tramo del episodio, que desembocó en el fatídico resultado.-----

Al respecto la parte acusadora sostiene que ...el grupo...D. A., G. S., C. G. y su novio C.... fueron interceptados por F. G. quien comenzó a pelear con su hermana C. y en el momento en que se agarran del cabello se interpuso C. G. quien intercambió golpes de puño con F. G., cuando D. y C. trataron de separarlos notaron que F. G. tenía abundante sangre en su cuerpo. Al ver esto C. G. salió corriendo del lugar....---------- Tal hipótesis fue receptada en la sentencia, por mayoría, al sostener que hubo una pelea a golpes de puño entre víctima y victimario, que este ultimo pervirtió mediante el empleo de un arma blanca, dirigida a una zona letal del cuerpo, desde una posición dominante.----

---------- El relato del imputado, a su vez, coincide con esa base fáctica salvo en cuanto sostiene que quien portaba el arma blanca era la víctima y que él logra desarmarlo luego de un forcejeo en el que siente un corte en su mano, sin explicar de qué modo termina con el cuchillo en su poder, viendo que su contendiente se va hacia atrás, situación que es aprovechada para

salir corriendo, largando el cuchillo al piso en ese lugar. ---------- A excepción del tema de quién portaba el arma, el resto de los dichos del acusado me impresionan como veraces y permiten dar sentido a la totalidad de los datos probatorios de la causa, en tanto muestran una consistencia explicativa que no solamente no se contrapone a los relatos de los testigos sino que los complementa y amplía en muchos aspectos que hacen a la solución del caso.---------- **4.** Entrando al análisis del material probatorio creo necesario ponderar el *contexto de la situación afectiva y familiar* en que se desarrolló el hecho. El acusado dice que conocía a F. y se saludaban bien pero, *después que empecé a salir con C. empezaron las agresiones, empezó a golpear a su hermana, la echaba de la casa, una vez la había golpeado a la salida del baile y yo lo esperé en la casa para preguntarle por qué le pegó y enseguida quiso intervenir con golpes de puño y la madre tuvo que meterlo para adentro…Una vez quiso golpearla adelante mío….y salió la madre y fue esa vez que yo entré a su casa.* Relata haber tenido buena relación con el otro hermano, M. G., quien en una oportunidad le dijo a la mamá del imputado que tenía miedo de su hermano, hablando de F., porque cuando tomaba era de pelear y tenía miedo de que le pasara algo, agregando el acusado que F. *de por sí era violento.* ---------- La madre de la víctima, E. C. viuda de G., declara en el debate, permitiendo corroborar ciertos aspectos de la versión del imputado. Así, la testigo explica que su hijo, F., se oponía a la relación de noviazgo de su hija con el imputado porque quería ayudarla, ya que tenía miedo porque esta persona estaba amenazada por otro lado y F. pensaba que su hermana corría peligro. Confirma, en lo sustancial, los dichos del acusado en cuanto a la existencia de incidentes por el maltrato que F. prodigaba a su novia. Narra que tres veces fue el acusado hasta el portón de su casa a preguntarle a F. por qué maltrataba a C., por qué la insultaba. Que una de esas veces la testigo tuvo que

intervenir: *voy afuera y lo separé yo y le dije a F. vení para adentro* y luego hizo pasar al imputado y conversaron. Confirma que su hija se fue varias veces de la casa y que luego supo que se había quedado en lo de G. Dice que eran comunes las discusiones. Que C. estaba consumiendo mucha droga y una vez la tuvo que internar. Que en una oportunidad salieron los tres, F., C. y el imputado, y que *la pelea nunca fue con él, era con la hermana, la pelea venía porque C. y F. discutían por hache o por be, se agarraban y él como hombre venía a defender, según él, a su novia, pero siempre de prepo venía a pedirle cuentas al hermano.* ---------- ---------- La testigo, a pesar de su profundo dolor, aparece objetiva en su relato y no omite decir, por ejemplo, que ella había aceptado el noviazgo de su hija con G. y que el día anterior a la madrugada del hecho, cumpleaños de C., el imputado estuvo con la testigo preparando la fiesta e *incluso la torta la hizo él y me ayudó en otras cosas como ir a hacer las compras.* Que si bien eran comunes las discusiones, el día del cumpleaños no hubo ningún incidente en la fiesta, saliendo hacia el baile los hermanos, el imputado y el grupo de amigos a eso de las dos y media de la mañana.---------- ---------- Por su parte la madre del acusado, Y. M. B., dice que la relación entre su hijo y F. G. no era buena, que ese chico cada vez que llegaba ebrio era soberbio, le quiso pegar varias veces a su hijo y también le pegaba a la hermana, quien le tenía mucho miedo. Varias veces C. dijo que el hermano le había pegado, que la madre la había echado de la casa y ella, como no tenía donde estar, se quedaba en la casa de la testigo. En relación a la víctima dice haberla conocido, que *fue dos o tres veces a mi casa y tuvo una conducta mala porque le quiso pegar una vez a uno de mis hijos, a T. que es uno de los menores, siempre estaba con esa ironía de querer pegarle a C., yo no entiendo cuál era el problema con exactitud,*

serían celos de hermanos.---------- **5.** Luego de este bosquejo de situación, el caso impone centrar el análisis en la noche del hecho y valorar lo ocurrido esa madrugada entre G. y la víctima antes del desenlace fatal. El acusado dice: *ya en el baile F. G. empezó a joderme por el corte de pelo, que esto que lo otro, me tocó la cola varias veces, yo me estaba retirando a mi casa y me decían que me quede porque era el cumpleaños de C., así que me quedé. En el trayecto de su casa al baile él les decía a sus amigos que si había quilombo que no corra nadie, se hablaban entre ellos, y los amigos de él me decían que él era como su hermano. Fuimos a bailar y ahí en el baile trataba de estar lejos de él, a la salida el cantaba, empezó a cantar canciones de su equipo, nos vamos para un boliche, R. y en ese trayecto él viene y me toca la cola, me doy media vuelta, me golpea y se fue corriendo del lado de su amigo, un grandote lo tenía a él, mi novia va a golpearlo, yo quiero ir a intentar separarla, ahí viene el hermano (M.) me agarra a mí y a mi novia y nos dice "córtenla que los voy a agarrar a patadas a los dos"*. Luego, ante preguntas de las partes en relación a ese incidente, agrega *cuando yo quise ir a sacar a mi novia, que se estaban peleando, me agarran entre todos los amigos de él y el hermano y a él lo tenía un chico, no sé quién era, que le decía que la corte y se agarró a pelear con el chico que lo tenía, pero yo en ningún momento lo golpeé ni nada por el estilo… Esa noche peleó con la hermana una vez o dos, estaban todos amontonados, no alcancé a ver algún golpe de puño pero estaban agarrándose de los pelos. No sabe por qué peleaba, él fue el que empezó todo, agrediendo a su hermana y a mí, en realidad estaba empecinado en golpearme a mí, yo le decía arreglamos esto mañana y él decía yo no tengo nada que arreglar con vos*.

6. Con relación a este primer episodio, los testigos presentes coinciden en relatar que hubo una pelea entre F. y C., en la que intercede C. G., siendo separados por

los presentes, fundamentalmente por M. G., hermano mayor de aquellos. Las declaraciones no brindan demasiados detalles. Es de suponer cierto grado de alcoholización en los presentes, pero sobre todo queda claro en sus dichos un sesgo de subjetividad marcada por ser amigos de la víctima. No es dato menor, y debe ser tenido en cuenta, que todos los testigos presenciales eran amigos de F. o de C., a excepción de M. G., el hermano mayor de ambos. Es evidente que la íntima amistad previa sumada al resultado del episodio tiñen la subjetividad de los testigos que, o no vieron las actitudes violentas de G. o las minimizan.----------

---------- Así, M. A. O. dice que *a la salida del baile empezaron a discutir por el tema de los equipos, C. y F., se empezaron a cargar, empezaron a discutir, C. empezó a meterse en el medio y empezaron a agredirse, después a las trompadas, M. y yo separamos a C. y los demás separaron a F.*----------

---------- Por su parte M. C. dice que *cuando salen del C. empezaron a discutir C.y G., yo alcance a ver que estaban discutiendo y ahí los separamos, F. para una parte, se fue C. para otra y nosotros para otro lado. Cuando empezaron a discutir nosotros fuimos y los separamos*.----------

---

---------- En este primer incidente F. G. provoca al imputado, pero quien reacciona es C., trenzándose en lucha con aquél. Ante ello interviene G. para defenderla, continuando contra éste la agresión G., siendo separados por algunos de los presentes. Esto surge muy claro del relato de la testigo D. A., como se verá.----------

---------- El relato de C. G., tanto respecto a esta primera agresión de la víctima como al tramo final de lo ocurrido esa madrugada, no puede valorarse sino del modo en que, con claridad y precisión,

lo ha hecho el Juez Montenovo en su voto, pues más allá de la alteración perceptiva que todos pudieron tener en mayor o menor grado esa noche, sus dichos aparecen sesgados por el dolor y la culpa que le produce la evocación de lo ocurrido, de lo cual no resultó ajena.---------- En el debate C. refiere esta primera escena de conflicto al decir: *empezamos a caminar, medio distribuídos en la calle porque no pasaban autos, empezaron a cantar temas de los equipos de Newbery y Huracán, y ahí yo iba de la mano con C., y escuché a C. decir "eh pará, no te zarpés", y ahí mi hermano le dice "eh qué te pasa", porque no sé quién lo había tocado a C. o dado una palmadita por atrás, yo escuche eso, no vi nada, y ahí fue el primer encuentro y ahí los separamos, en ese momento me fui porque no quería estar ahí y me fui sola a L. A. D.* Es claro que omite mencionar que es ella misma quien se trenza con F. y que ese es el motivo de la intervención de C.---------- Por su parte G. S. dice c*uando salimos estuvieron discutiendo y ahí los separaron, se quisieron pegar, se agredieron entre ellos*. La otra amiga de C., D. A., afirma *hubo una discusión entre C. y F., pero ahí los separamos, discutieron por C., no sé por qué discutieron pero por C. sí, porque F. quería agredir a C., la insultaba, ahí nos separamos C., G., yo y C. y F. se quedó con M. y los otros chicos*.----------

---------- Como se advierte, aún con diferencia de matices y detalles, pues es normal que cada uno de los testigos enfoque su atención de diferente manera y desde distintas ópticas, todos guardan coincidencia en afirmar una primera pelea provocada por G., en la que el acusado interviene para defender a su novia.

La intervención de los presentes, particularmente de M., el hermano mayor de la víctima, hace que los grupos se separen, tomando G., D., C. y el acusado para el lado de L. A. D., y F. se queda con M. y el resto de los chicos.----------

---------- M. también hace

referencia a un primer incidente, a la salida del C., diciendo *mi hermana y mi hermano se pusieron a discutir y este pibe se metió, se quería meter y yo los separé, a los dos; no sabe por qué peleaban*.---------- **7.** Luego de esa primera agresión, como dije, el imputado junto a C. y sus dos amigas, G. y D., toman para el lado del L. A. D. Cuando este grupo se separa del resto C. se sienta a llorar en una escalera, según ésta cuenta, y luego vienen las dos amigas a levantarla. C. se va alejando y C. lo llama pidiéndole que se quede con ellas. Ante una pregunta concreta acerca del motivo por el que se sentó a llorar en la escalera, dice *me senté ahí, al frente de los años dorados porque se había armado una pelea, a nadie le va a gustar que su cumpleaños termine así.* El escenario descripto es relevante pues muestra la seria perturbación anímica de C. esa noche, producto de la injusta y pertinaz agresión por parte del hermano, quien de ese modo arruinaba su festejo de cumpleaños. ----------

El imputado relata este tramo final de los hechos, una vez separados por M. G. los dos grupos, al decir *agarro a mi novia y nos dirigíamos a Alsina y Rawson, doblo por Rawson y ellos iban bajando Alsina, siento un grito me dicen C., que me llama C., y ahí siento que me golpea de atrás con una patada, me arranca la capucha del buzo yo quedo apoyado entre un paredón con reja y él viene y me dice "te hacés el guapo, te hacés el guapo, querías pelear" veo que saca algo del buzo y me hace así y yo le agarro del puño de la mano y siento como que algo me corta, le doblo el brazo y forcejeamos, forcejeamos y se hace para atrás, cuando aflojó salí corriendo para no seguir recibiendo golpes de puños, cuando iba corriendo me miro y veo que tenía sangre, no sé en qué oportunidad, tenía el cuchillo yo y lo largué, salí corriendo pensando que él venía corriéndome desde atrás, yo esta yéndome para mi casa*.---------- Testigos directas del

suceso resultan, pues, la hermana de la víctima, a la sazón novia del imputado, C. G., así como G. S. y D. A. La primera dice *le pedí a C. que viniera con nosotras, con D. y con G., y escucho que alguien dice ahí está el C., miro para atrás y lo veo parado en Rawson, en la esquina, fui a buscarlo y lo agarré de los pelos, porque estaba enojada por lo que había pasado, estuvimos ahí y las chicas me fueron a sacar, me agarraron cada una de un lado y fue en ese momento que se agarraron con mi hermano, estaban los dos solos, empezaron a tironearse, se empujaron entre ellos, en un momento a otro, fue en un ratito, mi hermano se quedó parado y ahí se fue a agarrar al enrejado, en ese momento miré alrededor y vi algo brilloso en el piso y ví que C. salió corriendo para la calle Alsina, para abajo.*---------- G. S., poco o nada aporta, aunque dice que *iban bajando la Alsina y ahí lo encontramos a F., en la esquina, estaba boca arriba todo lleno de sangre, a C. no lo vio.*---------- Por su parte, sobre el momento final, la testigo D. A.relata: *nos fuimos por la segunda, pasamos por los años dorados, ahí agarramos Alsina, cruzamos el boulevard y ahí llegó F. Hubo una pelea, como que empezamos a forcejear todos, lo vi a F. en la esquina, manchado de sangre. A C. no lo vi después. En el momento que resulta herido ella vio porque estaba en la esquina, vio a F. y a C. peleando y no vio ningún arma blanca.*---------- **8.** He de coincidir con los colegas que me preceden en el orden de votación en cuanto a que no resulta verosímil la versión del imputado respecto a que es la víctima quien extrae una navaja en medio de la contienda. El testigo O. dice haber visto, cuando se produce el primer incidente a la salida del baile, que G. *tenía en su mano derecha una navaja tipo utilitaria color gris, no tan grande, chiquita, del tamaño de la mano.* A la vez el testigo M. C.dice que O. le contó haber visto a G. portar una navaja en esa ocasión. M. G. también dice haber visto una hoja de cuchillo en la mano de G. durante el primer episodio,

así como que O. se lo quiso sacar, no pudiendo hacerlo porque después cada uno agarró por su lado. Por último, C. sostiene que *C. usaba armas blancas, era común llevarla cuando salíamos, me la daba a mí para que yo se la guarde porque a mí no me gustaba y yo se la guardaba, por si pasaba alguna pelea, algún bardo, como salíamos a la noche, íbamos al baile, a otros lados.* G. S., si bien dice no haber visto que el imputado portara un arma blanca, refiere que M. después de la pelea comentó que C. tenía un cuchillo. ---------- También resultan contestes los testigos en señalar que la víctima no llevaba un arma blanca la noche del suceso y no era de andar armado, al menos jamás lo vieron portar un instrumento de esas características. ---------- Por ello entiendo que debe descartarse la afirmación del imputado en cuanto a que F. G. extrae una navaja en mitad de la pelea y que él, no sabe cómo, se la arrebató. Ello con base en la prueba que vengo de mencionar y que lleva a tener por cierto, en cambio, que fue el propio acusado quien saca el arma blanca que los testigos mencionan haberle visto esgrimir en el primer incidente.----------

----------**9.** No encuentro, en cambio, razón suficiente para afirmar que el imputado se encontrara en una *posición dominante* respecto de su contendiente al momento de provocar las estocadas contra la víctima. El imputado dijo, en reiteradas oportunidades en su declaración, que él había quedado ubicado contra un paredón con rejas: *yo quedo apoyado entre un paredón con reja* y que después del forcejeo salió corriendo *para no seguir recibiendo golpes.* En otro tramo de su declaración G. dice *era tanta la desesperación de salir de donde me estaba agrediendo, cuando alcanzo a sacarle el cuchillo fue en el momento en que él se corre para atrás, yo estaba apoyado contra el paredón*.---------- La posición que dice haber

tenido el imputado respecto de su agresor coincide con el lugar en que Carolina ubica a su hermano después del hecho, al indicar que lo ve parado *y ahí se fue a agarrar al enrejado* (ver fotografías del legajo fiscal). Y más adelante agrega lo vieron a F. tirado, *las chicas lo habían acostado al lado del enrejado*. Por otra parte, la pericia de autopsia da cuenta de que ambas heridas cortantes presentaron una trayectoria *ascendente* de izquierda a derecha, lo cual tampoco permite extraer aquella conclusión. Ello teniendo en cuenta, además, que el acusado y la víctima eran de similar contextura física. El acusado dice no haber alcanzado con ningún golpe de puño a G., lo cual se corresponde con el informe de autopsia, en el que consta que el occiso no presentaba ninguna otra lesión en su cuerpo, además de las dos heridas cortantes.

Por ello, además del contexto defensivo en el que se desarrolló la acción, teniendo por cierto que al momento de la agresión el acusado se hallaba contra una pared recibiendo golpes de puño, evalúo tal situación como contraria a hallarse en "posición dominante" respecto de la víctima y, por ende, no encuentro acreditado el mencionado extremo fáctico en el caso de autos. ---------- **10.** En cuanto a la calificación legal del hecho he de coincidir con los colegas preopinantes, aunque por otros fundamentos, en cuanto a que cabe excluir una legítima defensa plena. Anticipo que tal conclusión se funda en el *modo* en que el imputado utilizó el arma blanca pues, en mi opinión, resultó desproporcionado respecto de la agresión sufrida. En ese marco, el interrogante acerca de si corresponde la aplicación del art. 35 del Código Penal –planteada en forma subsidiaria por la Defensa-, merece una respuesta favorable, entiendo, ante el menor contenido de injusto que exhibe la conducta juzgada, como lo analizaré.

La actitud de la víctima la noche del hecho, tanto en los primeros roces que provoca dentro del local -que no pueden tenerse por desacreditados-, como en el

incidente a la salida de E. C. y, fundamentalmente, cuando después de separarse los grupos, él vuelve solo –dejando a sus amigos y a su hermano-, y va a interceptar al imputado y a su novia que ya se iban a sus casas, dándoles alcance en la esquina de la calle Rawson, forcejea con C., emprendiéndola a golpes de puño contra el acusado, configura un cuadro de *agresión ilegítima* que tengo por suficientemente acreditado. Asimismo se demostró que no hubo de parte de G. ningún gesto de provocación, siendo la propia hermana de la víctima quien corrobora que C. quería irse a su casa y hacia allí se dirigía al momento en que el C. lo alcanza en la fatídica esquina.----------**11.** En mi opinión ha quedado fuera de duda que la acción asumida por G., primero en defensa de C. y, luego, al defenderse él mismo, resultó *inicialmente justificada*, es decir, que al trenzarse con la víctima actuó dentro de un marco de justificación. Es claro, e incluso así creo que lo han considerado los Jueces de la mayoría del tribunal de juicio, que la actitud del imputado de forcejear y trenzarse con la víctima fue *necesaria* para neutralizar una nueva agresión de G. a su hermana, a la que sistemáticamente golpeaba. ---------- Debo en este punto insistir que no se ha demostrado con certeza en el juicio el modo en que aconteció este último episodio, por lo cual es preciso aplicar con rigurosidad las reglas de interpretación que impone el principio de inocencia. Es por ello que no cabe descartar la patada y el tironeo en la capucha al acusado por parte del agresor, máxime si se tiene en cuenta que G. dijo haber ido un poco más adelante que las chicas y que éstas han hecho un relato absolutamente carente de todo detalle. Por ello entiendo que la conducta de G. aparece adecuada en ese momento, ante el pertinaz desafío emprendido por la víctima.---------- Cierto es que el acusado pudo no inmiscuirse y hasta retirarse del lugar y dejar que G. persistiera en su ataque a la hermana, pero no cabe

legalmente exigir la huida o la indiferencia, y por ello entiendo lícita la actitud que asume.---------- **12.** Resta, entonces, decidir si para repeler la ilegítima agresión fue racionalmente necesario obrar como lo hizo o si, en cambio, excedió los límites impuestos por la necesidad. Por ello entiendo que la cuestión en el caso pasa por determinar si la justificación fue plena o no, pero siempre dentro de un ámbito de situación justificante. ---------- Entiendo que el caso no puede asimilarse a una pelea callejera a golpes de puño, asumida por cuenta y riesgo de los contendientes. Aquí hubo una agresión ilegítima, provocada injustamente por la víctima, en la que el imputado interviene en defensa de su novia, impidiendo que esa agresión progresara. Esta justificación inicial en la intervención, cuyo propósito fue prevenir o neutralizar una conducta antijurídica del agresor, debe ser necesariamente ponderada.---------- Anticipo que, en mi opinión, corresponde subsumir la conducta en las previsiones del art. 35 del Código Penal, pues en el caso hubo una legítima defensa que luego se extendió por fuera de los límites de la necesidad.---------- Parece cierto que el enfrentamiento del acusado con G. comienza, como en el incidente anterior, en defensa de su novia, pues ante las injustas vías de hecho asumidas por la víctima es C. la que reacciona en contra de su hermano. El acometimiento de G., una vez retirada su hermana por las amigas, continúa al trenzarse con G. mediante golpes de puño, varios de los cuales impactaron en el rostro del imputado, provocándole lesiones. El imputado dice que *cuando aflojó salió corriendo para no seguir recibiendo golpes de puños…salí pensando que él venía corriéndome desde atrás.* Las lesiones padecidas por el acusado se acreditan con el informe médico del Dr. R., realizado el mismo día del hecho, a las 16.20 hs., y el del Médico Forense del día 19 de agosto, es decir, un día después; ambos profesionales resultan coincidentes al constatar un hematoma en

mucosa bucal, ambos lados -izquierdo y derecho-, un hematoma tenue en mejilla derecha, de 3cm por 2cm, un hematoma tenue en párpado inferior del ojo izquierdo, edema en región dorsal de mano derecha, con excoriaciones lineales de 0,3 cm a 0,4 cm de largo en dedo índice medio, herida cortante de 1,1cm en la cara dorsal del dedo índice de la mano izquierda; lesiones que reconocen una data de doce horas en el primer examen; el mecanismo de producción en las lesiones contusas sería golpes con objeto contundente, puño o similar, y un objeto con filo en las heridas cortantes. Ninguna otra lesión, además de las heridas con arma blanca, se constató en la víctima, según se acredita con la pericia de autopsia.--------

---------- **13.** Pero considero que, aún acreditada la existencia de *agresión ilegítima* por parte de F. G., así como la *falta de provocación suficiente del acusado*, la conducta de G. respecto al *modo de utilizar el arma blanca contra su contrincante en la ocasión*, fue más dañosa de lo que, necesaria y razonablemente, exigía la situación. Por ello, si bien cabe descartar la existencia de un permiso legal pleno, sólo puede decirse que el acusado excedió los límites de la *necesidad* en los términos utilizados por el art. 35 del C. Penal. ---------- El principio de máxima taxatividad interpretativa impone asignar a la regla justificante el mayor rendimiento que el sentido del texto autoriza. Sabido es que este principio, de estricta aplicación en materia penal, impone al intérprete el significado que cabe atribuir a la ley *cuando dentro del alcance semántico de las palabras legales puede haber un sentido más amplio para la criminalización o uno más limitado o restrictivo. Las dudas interpretativas de esta naturaleza deben ser resueltas en la forma mas limitativa de la criminalización.* (Zaffaroni Alagia Slokar, Derecho Penal, Parte General, ed. Ediar, año 2000, p. 110). Por ello no es libre el intérprete al fijar posición teórica

pues, salvo supuestos en que la solución más restrictiva de lo prohibido resulte artificial o arbitraria, siempre cabe aplicar la exégesis más limitativa de la punibilidad. ---------- **14.** La situación de necesidad en relación al medio empleado debe ponderarse *ex ante*, esto es, retrotrayéndose al momento de la acción e imaginando el posible cuadro de ponderación de la realidad que tuvo el agente. Es claro que en el contexto de una lucha cuerpo a cuerpo no hay demasiado tiempo para reflexionar, por lo cual no cabe exigir una ponderación exacta del medio empleado para repeler un ataque, y en los casos de desigualdad, sólo cabe excluir el exceso cuando la misma sea grosera o palmariamente desproporcionada. La discordancia, sabemos, se refiere no sólo a la naturaleza del medio usado, sino también a la forma en que el mismo es empleado.---------- Entiendo que la acción de extraer y utilizar el imputado un arma blanca del *modo* en que la utilizó contra el agresor, resultó *desmedida* en relación a las circunstancias en que se desarrollaba la contienda. En este punto, si bien tengo por cierto que existió, objetivamente, un *riesgo concreto para la integridad física del acusado* (de hecho resultó con lesiones leves), que persistía al momento del hecho -así como la consiguiente necesidad de conjurarlo-, el temperamento que adopta para repeler el ataque, aplicando dos estocadas con fuerza en una zona vital del cuerpo, constituye una demasía por la que debe responder penalmente el acusado.

El art. 35 del Código Penal es una de las normas que mayores dificultades interpretativas ha presentado en la doctrina. En el punto, me inclino por seguir las enseñanzas del profesor Carlos Santiago Nino quien, con singular consistencia teórica, arroja luz en un ámbito teórico tan oscuro. Así, afirma *"...la antijuridicidad no es una propiedad del tipo "todo o nada", sino que puede darse en diferentes grados...la acción es antijurídica, pero en grado menor (que) cuando se trata de*

una acción que, causando el mismo daño, no previene ningún mal...”. (La Legítima Defensa, Carlos Santiago Nino, Editorial Astrea, 1982, p. 168).---------- Por otra parte, siendo que la ley no distingue si el *exceso* debe obedecer a una perturbación del ánimo, al miedo, a un error en la ponderación del peligro corrido, o a cualquier otro aspecto subjetivo del obrar penalmente típico, considero que no debe el intérprete efectuar tal diferencia y, menos aún, en perjuicio de la posición del inculpado. Dice Nino, *“...Esta disminución de la antijuridicidad no depende de ningún estado mental del sujeto; ni el temor, ni el error son aquí relevantes, puesto que la antijuridicidad de una acción es, como vimos, puramente objetiva en un sistema penal liberal. Dado que la magnitud de la pena que se adscribe a una clase de acciones depende de su grado de antijuridicidad, la disminución de esta respecto del caso que se toma como patrón implica necesariamente una atenuación de la pena. Y como los casos en que esa disminución de la antijuridicidad se da son precisamente los casos en que se suelen llamar de “exceso intensivo”, por haber una deficiencia de los requisitos de necesidad o proporcionalidad, es perfectamente justificable una regla como la de nuestro texto legal que disminuye la pena sin tomar para nada en cuenta las actitudes subjetivas del agente.* (op.cit. p. 169).---------- Pero en el caso, cualquiera sea la posición teórica desde la que se aborde esta problemática, no tengo dudas de la licitud inicial en la acción defensiva que emprende el imputado, primero defendiendo a su novia y luego a él mismo, habiendo traspasado los límites de la necesidad dentro del curso de una ilegítima agresión, como subsidiariamente plantea la Defensa, esto es, el art. 35 del Código Penal, en relación al art. 34 inc. 6° y 7°, norma cuya aplicación corresponde en el caso . Así lo voto.----------

---------- **15.** Sin perjuicio de lo expuesto, habiendo quedado decidida la cuestión mediante el voto de la mayoría del Tribunal, deviene innecesario pronunciarme sobre las consecuencias jurídicas que en el caso tendría la posición que asumo, esto es, sobre la pena que estimo resultaría justa aplicar.----------

---------- **16.** Las costas deben cargarse al imputado (art. 239, 240, 241 y ccdtes. del C.P.P.), estimando adecuado regular los honorarios profesionales del defensor técnico del imputado en la suma de Pesos Dos Mil Quinientos ($ 2500.-), no corresponde IVA (art. 7, 9 y ccdtes. de la ley 2200, t.o. ley 4335).----------

---------- Con lo que se dio por culminado el Acuerdo, pronunciándose el siguiente:----------

---------- **FALLO**:----------

---------- **I)- RECHAZAR** la impugnación ordinaria deducida por la defensa Particular de C. L. G., a cargo del Dr. J. C. S., con costas (Arts. 385 y cc. del C.P.P.).---------- **II) CONFIRMAR** la sentencia dictada en fecha 03 de Junio de 2009 dictada por los jueces de Cámara de esta Circunscripción Judicial Dres. Martín Roberto MONTENOVO, Daniel Luis María PINTOS y Maria Elena Nieva de PETTINARI, glosada a fs. 100/125.---------

---------- ---------- **III) REGULAR** los Honorarios profesionales del Defensor Particular en la suma de Pesos Dos Mil Quinientos ($ 2.500,00), no incluye IVA, por la tarea desarrollada en esta etapa, a cargo a su defendido (Art. 7 y 9 de la Ley XIII N° 4 –antes 2200 modif. por Ley 4335.---------- **IV) REGISTRESE**, protocolícese y notifíquese por su pública proclamación (Art. 331 del C.P.P.).----------

La presente sentencia es firmada por dos miembros del Tribunal por impedimento ulterior de la Sra. Juez Mónica RODRÍGUEZ (Art. 331, último párrafo del C.P.P).

Se remite digitalmente desde la ciudad de Puerto Madryn en el día de la fecha 05 de Octubre de 2009 a fin de dar cumplimiento de la lectura del presente fallo, conforme se ordenara por la Sra. Presidente Dra. Martos en la Audiencia correspondiente.-

Silvia Susana MARTOS — Juez de Cámara

Rafael LUCCHELLI — Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL Nº _____/09 CPCR DEL AÑO 2009. CONSTE.-