En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los dieciséis días del mes de noviembre del año dos mil diez, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Mónica Rodríguez, Roberto Rubén Portela y Omar Florencio Minatta, con la presidencia de la mencionada en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"B. R. H. y otro p.s.a. de tentativa de homicidio a G. H. y otro - Trelew" (Carpeta 1649 OJ Tw – Legajo 17044 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por el Dr. G. L. T. contra la sentencia Nro. 952/10 OJ Tw dictada en fecha 12/05/10.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 09/11/10 en la sede de este tribunal, estuvo presente el acusado R. H. B. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), e intervinieron el Dr. L. T. como su defensor y la Dra. Alicia Susana Vilasca en representación del Ministerio Público Fiscal de esta circunscripción judicial.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Dra. Mónica Rodríguez, Dr. Roberto Rubén Portela y Dr. Omar Florencio Minatta.

La jueza Mónica Rodríguez dijo:

1. Conforme surge a fs. 364-384 de la carpeta, mediante sentencia Nro. 952/10 el tribunal de juicio condenó a R. H. B. en orden a los delitos de homicidio simple en grado de tentativa – tres hechos en concurso real (arts. 79, 55, 42 y 44 CP), por el hecho acaecido el día 26/02/09 en proximidades de la intersección de las calles L. P. casi esquina P. N. del Barrio *** V. de Trelew, evento en el que resultaron damnificados con heridas de diversa consideración los Sres. O., G. y N.

G. (arts. 239, 240, 241, 330 y 332 CPP, y arts. 29 inc. 3, 40, 41, 55 y 79 CP).

2. Establecido lo anterior, prologaré mi voto efectuando una síntesis de la expresión de agravios formulados por la defensa en la impugnación ordinaria traída a conocimiento de este tribunal.

El Dr. G. L. T., en primer lugar, efectuó un resumen de la sentencia impugnada.

Según el defensor, los jueces de mérito no afirmaron que se hubiera demostrado que el elemento utilizado por parte del acusado R. H. B. haya sido un hacha o una maza, al punto que admitieron la utilización de una regla de construcción tal como éste invocara.

Agregó el letrado que los jueces también reconocieron que el acusado no había tenido participación alguna en la trifulca, y que los integrantes de la familia G. corrieron al menos durante siete u ocho cuadras a los hermanos B. (A. y A.) y a otros dos más hasta la casa de éstos, que durante el trayecto se arrojaron piedras, y que el padre de los G. (O.) iba detrás de sus hijos y se allegó hasta el domicilio de los B.

El Dr. L. T. indicó que el tribunal también señaló que diversos testigos refirieron que había muchísima gente reunida al tiempo de salir el imputado a la calle, y meritúo positivamente la versión brindada por el acusado en cuanto al reconocimiento de la autoría de los hechos, así como las coincidencias entre los integrantes de ambas familias sobre la persecución de unos a otros y que al llegar a cercanías de la vivienda de los B., A. y G. G. se trenzaron a pelear mano a mano.

A continuación, ya en carácter de agravios, el defensor cuestionó que el tribunal de juicio haya descartado la legítima defensa de terceros, y supletoriamente un eventual exceso de esta justificante por parte del acusado.

Para ello, los jueces se fundaron exclusivamente en los dichos de la familia G., quienes tenían un interés innegable en el relato de los sucesos, presentándose

como víctimas y no como agresores, aunque se llevaran la peor parte en el conflicto.

Asimismo, consideró el letrado, los jueces omitieron la existencia de un arma de fuego en posesión de O. G., que determinó –al decir del acusado- su accionar violento. Por otra parte, con el objeto que los G. refirieron que empleaba el inculpado, la muerte de tres de ellos hubiera sido inexorable, por ello la mínima lógica y sentido común conducen a descartar la conducta impiadosa y feroz que se le atribuye al imputado B.

Según el abogado L. T., A. B. declaró que estaba peleando con el hijo de O. G., y que éste le decía a su hijo "tenelo que le pego un corchazo". J. L. B., por su parte, quien se encontraba con su tía –madre de A.- en el interior de la vivienda tomando mate, declaró que le avisaron que le estaban pegando a su primo, salió y observó a una persona que venía corriendo con una pistola en la mano refiriendo que lo iba a matar, y por ello se asustó, tomó su bicicleta y se retiró del lugar. Por último, la vecina N. R. vio a dos personas en el piso y a otra que decía "te voy a hacer cagar" (enterándose luego que esta otra persona era G.), y también observó a un sujeto tomando un arma de fuego.

La declaración prestada por el acusado, afirmó el letrado, guarda estrecha relación con este marco fáctico. En efecto, reconoció que tomó una regla de construcción y que se dirigió hacia el padre de los G. (quien tenía el arma), que se le vinieron otros encima, que blandió la regla, y que era posible que haya podido golpear con la misma en más de una oportunidad.

Los G., en cambio, negaron tanto la posesión del arma de fuego como el acometimiento. Los jueces, dijo el defensor, destacaron la declaración en cámara Gesell del menor de catorce años, pero no se pudieron revalidar sus versiones a través de personas ajenas a la familia que protagonizara el conflicto.

Según el defensor, los jueces trataron de modo desigual las declaraciones. No ponderaron en su justa medida las declaraciones de A. y de J. B. por el vínculo familiar con el imputado, pero ese mismo argumento se puede utilizar para desacreditar a los G.. Más aún, el único testigo ajeno a la familia G. que presentó el Ministerio Fiscal, nada pudo aportar en la audiencia para dar asidero a su versión de los hechos.

El tribunal restó valor convictivo a la declaración de la testigo R., respecto del lugar donde quedó un arma de fuego y la distancia con el lugar de la pelea. Pero no tuvo en cuenta, sostuvo el Dr. L. T., la cantidad de gente reunida, y que en medio de una gresca el arma pudo ser pateada o corrida por cualquiera, una vez que cayó de la mano de O. G.

A continuación, el letrado efectuó algunas consideraciones dogmáticas sobre la legítima defensa de terceros, y afirmó que el acusado salió en defensa no de cualquier tercero, sino de sus propios hijos.

En efecto, A. y su hermano A. venían siendo perseguidos por los G. desde unas siete cuadras antes, y la pelea se desencadenó frente al domicilio de los B. El acusado R. H. B. se despertó por la agresión que sufrían sus hijos, y al salir vio a uno de ellos peleando y al menos a quince personas más en el lugar. Entre ellas había una persona mayor -de similar edad a la suya- esgrimiendo un arma de fuego, y ante ello retrocedió, tomó una regla de construcción del patio de la casa, y acometió primero hacia el individuo armado, y luego hacia quienes se le vinieron encima.

En este contexto, afirmó el abogado, no existió desproporcionalidad entre el ataque y la defensa. Discurrir que con un golpe era suficiente no es razonable, ya que el acusado se vio obligado a intervenir en defensa de su familia, frente a su domicilio, por causa ajenas, y en horas de la madrugada.

Como consecuencia del plexo probatorio reseñado, el Dr. L. T. requirió la absolución de su asistido, por haber actuado de modo justificado en legítima defensa de

un tercero. Subsidiariamente, propuso que se considere un exceso en dicha legítima defensa, sobre la exclusiva base de las lesiones sufridas por los G., y sin atenderse a las circunstancias apremiantes que sorprendieran al acusado.

Durante la audiencia de impugnación, el Dr. L. T. también se refirió a la relevancia de otro testigo (D. E.), a quien la Fiscalía invocó como testigo imparcial a lo largo de la investigación, que supuestamente había sido amenazado por la familia B. y sentía temor, y que respaldaba la versión de los G. Sin embargo, en el debate no mencionó haber sido amenazado por algún integrante de los B., ni tampoco refirió haber observado lo que le adjudicaba el MPF.

El defensor también cuestionó -por arbitrario- que el tribunal de juicio haya restado valor probatorio a las declaraciones de los integrantes de la familia B. por su vínculo filial con el imputado, pero que no haya tenido el mismo criterio respecto de las declaraciones de los integrantes de la familia G., hijos de O. y única prueba testifical de cargo de la parte acusadora, quienes difícilmente fueran a contradecir la versión de los hechos brindada por su propio padre.

Por último, el abogado solicitó que la Cámara en lo Penal se pronuncie sobre la medida de coerción impuesta al acusado, en virtud de la modificación que al respecto resolvió el tribunal de juicio.

3. En su respuesta a los agravios efectuada en la audiencia de impugnación, la representante del MPF efectuó una reseña de los votos de la sentencia atacada, en particular la entidad del acometimiento atribuido al autor en función de las diversas lesiones sufridas por los Sres. O., G. y N. G., con el ánimo de quitar la vida de los damnificados.

Si bien el tribunal descartó la agravante mencionada en la acusación, los jueces coincidieron en que el

ataque fue dirigido a personas inermes, de contextura física inferior a la de los atacantes, y que el intento de justificación de la defensa no tuvo su correlato en las pruebas rendidas en el debate. La acción del imputado, además, fue posterior a la finalización de la gresca, a partir de un mano a mano entre dos de las personas que veían acometiéndose.

El juez Arguiano, dijo la fiscal, explicó por qué el acometimiento justificado con la supuesta existencia de un arma debía desestimarse. La jueza Servent, en tanto, aludió a la finalización de la pelea, indicó las razones por las cuales había sido irracional el medio empleado por el acusado (los testigos no observaron que sus hijos estuvieran siendo agredidos en ese momento), y consideró que el imputado se representó la posibilidad de matar a las víctimas y que -con pleno dominio del hecho- decidió actuar en consecuencia, encontrándose reunidos así los elementos del tipo subjetivo del homicidio. El juez Piñeda, finalmente, se pronunció en términos similares a la Dra. Servent en relación con la reyerta previa, con el acometimiento atribuido a B., así como las razones para descartar la legítima defensa como causa de justificación.

En suma, y con remisión a los fundamentos de los jueces de mérito, la fiscal solicitó la confirmación de la sentencia en cuanto a la pena y la calificación escogida.

4. En el tramo final de la audiencia se cedió el uso de la palabra al imputado R. H. B., quien como padre expresó su deseo de que a nadie le ocurra lo que él vivió. Explicó que se encontraba durmiendo, que irrumpieron en la puerta como si quisieran matar a su hijo, salió, vio a su hijo pelear con otra persona y que lo estaban apuntando con una pistola, y que escuchó "tenelo que le voy a pegar un corchazo". Dio la vuelta, y lo primero que atinó a tomar fue un pedazo de regla de construcción. Se dirigió hacia la persona que tenía el arma en la mano, lo golpeó, y se le vinieron encima varias personas más, sin poder determinar cuántos pero

sí que a uno o dos más les asestó uno o dos golpes. Concluyó su relato afirmando que volvería a hacer lo que se le atribuye, porque estaba en juego la vida de sus hijos.

5. Entrando a la cuestión medular que da sustento a la impugnación anticipo mi coincidencia parcial con la postura del recurrente pues, en mi opinión, la conducta atribuida al acusado encuentra correcto encuadramiento legal en las previsiones del art. 35 del Código Penal, esto es, en la figura de homicidio simple en grado de tentativa cometido con exceso en la legítima defensa, tres hechos en concurso real (art. 35 en relación al 34 incs. 6 y 7, 79, 42 y 55 del Código Penal).

En efecto, luego de un pormenorizado análisis de los fundamentos del fallo de condena y de su cotejo con el material probatorio producido en autos, he de discrepar con ciertos aspectos de la valoración realizada, en tanto considero que los Sentenciantes al construir el relato del hecho descartan la versión del acusado con base en los testimonios incriminatorios de las víctimas o de personas allegadas a éstas prescindiendo, sin razón suficiente, de prueba relevante que lo favorece.

Decidir un cambio en la subsunción legal exige una reevaluación completa del material probatorio colectado, tal como lo propone la Defensa, con incidencia en la reconstrucción del modo en que ocurrieron los hechos. Si bien ello es así y tal será el camino que intentaré transitar, dejo aclarado desde el inicio que una primera aproximación a la prueba en su conjunto me persuade acerca de la necesidad de privilegiar el “contexto situacional” por sobre una pretendida minuciosidad reconstructiva que pierda de vista el escenario en lo sustancial.

Coincido con la Defensa en cuanto al riesgo que conlleva fijar los hechos tomando exclusivamente los dichos de la víctimas. Así, recuerda Perfecto Andrés

Ibáñez, con cita de Ster –uno de los primeros expertos en psicología del testimonio-, que "el recuerdo defectuoso no es la excepción sino la regla... Quien presencia un hecho delictivo, más cuando consiste en una grave agresión, y, más aún, si se ve forzado a hacerlo desde la posición de víctima, por razón de la implicación emocional en el suceso, que puede ser extrema, estará normalmente en la peor de las situaciones para crear respecto de él la distancia que le permitiría registrar con la objetividad necesaria las particularidades de la acción y de su autor" (IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, *En torno a la jurisdicción*, Del Puerto, Buenos Aires, año 2007, p. 163).

Así analizado el suceso, estoy convencida de que la reacción del acusado no puede ser equiparada a la de quien emprende una agresión injustificadamente con ánimo homicida, sino que debe tenerse en cuenta que su obrar estuvo movido por una intención defensiva aunque, como analizaré, haya excedido los límites de esa necesidad.

6. En cuanto a la primera cuestión advierto que los Sentenciantes han otorgado credibilidad plena a los relatos de las víctimas, receptando de tal modo la hipótesis fáctica propuesta por la Fiscalía, en desmedro de la versión alternativa que brinda el acusado, quien se aparta mínima pero sustancialmente, de lo narrado por aquellos.

Cabe también recordar que cuando existen dos relatos encontrados sobre el posible modo en que ocurrieron los hechos, el de la parte acusadora y el del imputado, no corresponde establecer reglas de carga probatoria, como si se tratara de un proceso civil; tampoco puede válidamente sostenerse que quien afirma una causa de justificación o una eximente debe probarla, pues en el marco de un proceso penal opera el principio constitucional de inocencia que funciona como una regla de juicio para el juez, obligándolo a inclinarse por aquel relato que no haya sido contradicho en forma contundente por la versión acusatoria. Al decir de Ferrajoli, la versión del imputado debe rechazarse si y

sólo si resulta totalmente implausible por incompatibilidad con alguno de los datos probatorios recogidos (FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 1995, p. 151/155).

Cierto es que conociendo el grave resultado lesivo derivado de tan insignificantes motivos, el intérprete puede sentirse inclinado a pensar que las víctimas asumieron ese rol durante todo el desarrollo de los sucesos investigados cuando, tal como sugiere la Defensa, ello es particularmente así sólo si se toma una visión sesgada de los hechos.

7. En relación al episodio inicial de la pelea, si bien no hay discrepancias sustanciales, ya comienzan a advertirse diferencias en los matices descriptivos entre los testimonios de los integrantes de un grupo y del otro.

Así, lo que para A. B. fueron cortesías o piropos a las dos chicas, para los G. fueron señas obscenas y groserías. Tal vez el contacto haya comenzado con saludos que se transformaron, ante la reacción de los otros, en insultos y "zarpadeces". Aún teñidas de subjetividad, ambas versiones permiten explicar el motivo que desencadena la reacción de los últimos al emprender la persecución.

O. G. dijo al respecto en el debate: "que le digan un piropo es una cosa, que le digan barbaridades es otra", tratando de explicar la reacción de sus hijos. Y al ser consultado para que diga por qué los persiguieron, contestó que porque se sintieron "agredidos y ofendidos".

Sin embargo, cuando G. G. y N. M. G. intentan dar una explicación sobre el motivo por el cual llevan a cabo una persecución de más de siete cuadras dicen que "trataban de alejar a esos cuatro jóvenes que tiraban piedras, para que no resultaran heridos sus hermanitos más chicos".

La Fiscalía, por su parte, tiene por probado al final del debate que los B. y sus dos acompañantes "...se constituyen frente al domicilio de la familia G. y encontrándose éstos en el patio exterior de la vivienda comienzan a ser provocados por esas cuatro personas, quienes previo tirar piedras y agredir de palabra buscando la reacción se retiran de ese lugar hacia su domicilio...", en una interpretación de lo ocurrido que perjudica claramente la posición de los B. Luego agregará que se inicia una agresión contra los perseguidores "aprovechando" la oscuridad de la noche, cuando en realidad la pelea comienza ya en el barrio, donde según los testigos había artefactos de iluminación pública.

Esa visión sesgada de la realidad ha incidido, según entiendo, a lo largo de todo el proceso. Así, por ejemplo, se advierte que todos los testigos, tanto particulares como empleados policiales, hablan de una *riña* o *reyerta*, que nunca se alejó de los extremos propios de una pelea ocasional. Sin embargo los imputados han debido enfrentar la calificación de tentativa de homicidio agravado del art. 80 inc. 6 CP, encuadre excesivo que necesariamente impacta en el derecho de defensa, al obligar a esa parte a realizar un esfuerzo adicional, tan grande como innecesario, para descartar la gravísima subsunción.

Creo necesario recordar, tal como lo he hecho en anteriores pronunciamientos, que el hecho que da base a un proceso penal, como cualquier otro del pasado que se intente recrear, nunca viene *dado* sino que debe ser reconstruido y en esa tarea el intérprete tiene que utilizar el lenguaje. La propia condición anfibológica de las palabras, sumada a su utilización cargada de sentido no siempre sirven al propósito de arribar a la verdad de lo realmente acontecido. Y si bien las partes suelen apelar a este tipo de recursos para fortalecer sus posiciones, la perspectiva de neutralidad -impuesta al sentenciante, pero también a la parte acusadora- exige ser extremadamente precavido a la hora de fijar el

relato del suceso, debiendo circunscribirlo sólo a aquellos extremos que hayan quedado demostrados más allá de toda duda.

8. Volviendo al caso, no cabe perder de vista cómo llegan las víctimas a colocarse en la situación en la que luego se produce la violenta golpiza: después de asumir los jóvenes G. y N. G. una persecución de más de siete cuadras, seguidos bastante más atrás por O. G. y su hijo F., contra R. A., A. B. y sus dos acompañantes. La circunstancia de que en la mayor parte del trayecto hayan sido cuatro los que huían y dos los perseguidores da la pauta de que la intención de estos últimos no parece haber sido otra que evitar el enfrentamiento.

No obstante, al llegar a la esquina de las calles N. y L. P. la persecución cesa, en las cercanías del domicilio del acusado, y comienza una pelea a golpes de puño entre A. B. y G. G. El hecho de que la persecución haya derivado en una pelea a golpes de puño entre dos de los protagonistas claramente identificados no significa, como analizaré, que hubiera cesado la agresividad ni el clima de tensión y hostilidad que se había generado. La experiencia común indica que aunque la reyerta momentáneamente se hubiera circunscrito a dos de ellos, la intervención de los demás participantes, en agresiones tumultuarias como la que se venía desarrollando, continúa latente.

9. El imputado, al prestar declaración al final del debate, narra que esa noche estaba en su casa durmiendo, escucha ruidos y golpes y su señora lo llama “R. levantate, parece que les están pegando a los chicos”, sale y encuentra que había mucha gente, muchos pibes grandes. Observa a una persona mayor que tenía un arma en la mano y “mientras le pegaban a mis hijos este señor decía ‘tenelo, tenelo, que yo le voy a pegar un corchazo’”. Explica que al ver el arma vuelve hasta un cantero de su casa, toma un pedazo de regla de

construcción, vuelve y se abalanza contra ese hombre "revoleando golpes", que esta persona cae y "se me vienen otro montón más de personas encima, me defiendo como puedo hasta que se dispersan".

10. El relato de las víctimas, si bien no se contradice en su mayor parte con la versión del acusado, difiere en ciertos aspectos mínimos pero sustanciales. En primer término, en cuanto los G. pretenden sugerir que cuando el acusado aparece en escena la pelea ya había terminado, y que O. G. intenta disuadirlo para que no los golpee. Por otra parte, en tanto las víctimas niegan categóricamente que este último haya exhibido en la ocasión un arma de fuego y proferido frases amenazantes contra A. B.

Respecto del primer aspecto de controversia advierto que, si bien los Magistrados entienden que la pelea "ya prácticamente había terminado", ello no puede sino interpretarse, *favor rei*, como que continuaba al momento de apersonarse el acusado. En ese aspecto no resultan concordantes las versiones de los G. Así, pese a que G. y N. dicen que ellos "ya se iban" y que "ya había terminado la pelea", F. –menor que depone en cámara Gesell- recuerda: "mi hermano y el menor (A.) se largaron a pelear, 'vengan para acá decía mi papá', le iba a decir 'llevate a los tuyos y yo me llevo a los míos', le iba a decir pero como reaccionó tan rápido (el acusado) y empezó a pegar...". En la versión del menor, B. aparece cuando su padre trataba de interceder, lo cual permite suponer que la pelea aún continuaba.

Por su parte O. G., dice que se venían hacia donde estaba él, por eso *pensó* que se había terminado el problema, pero ve al acusado que se le acerca. Dice no haber estado a más de seis metros de estas personas. Agrega: "yo veo que supuestamente estaban terminando de enfrentarse mi pibe G. con uno o dos de ellos". Manifiesta que una persona mayor se le acerca con dos elementos en sus manos (un hacha y otro que no sabe bien qué era), y él le dice: "llevate a tus chicos para adentro que yo me llevo a los míos". Es clara la

discrepancia con lo narrado por F. –trascripto más arriba-, quien indica que su padre no alcanzó a decir nada, que le iba a decir pero no alcanzó a hacerlo; la vez es demostrativo de que los relatos, además de discordantes, no son totalmente espontáneos ni objetivos, pues es evidente que una frase como la aludida (uno sosteniendo haberla dicho, otro indicando que su padre la iba a decir), es parte de un relato no del todo sincero (aún involuntariamente), como lo sugieren pequeñas fisuras como la señalada.

11. En cuando al segundo aspecto de la controversia son coincidentes las víctimas en negar el empleo de un arma de fuego en el lugar de los hechos, versión acogida por los Jueces del mérito, restando de tal modo credibilidad a los dichos del acusado y a los testimonios de J. L. B. y de A. B., estos últimos por considerarlos interesados en virtud del vínculo familiar que los une con aquél. Sin embargo no puede dejar de considerarse que tal argumento puede servir, de modo análogo, para poner en crisis la absoluta fiabilidad que otorga el fallo a los testimonios de las víctimas o de sus allegados directos.

En ese marco cobra particular relevancia el testimonio de N. T. R., punto que produce una verdadera divisoria de aguas de mi postura con la decisión contenida en el fallo, por la completa ajenidad de esta testigo con los protagonistas del hecho.

En la sentencia los Magistrados han descartado el valor de este testimonio sin dar, a mi juicio, argumentos que resulten suficientes para desechar el relevante aporte informativo que brinda. Surge que en el debate la nombrada fue sometida al interrogatorio de la Defensa y a un riguroso contraexamen por parte de la Fiscalía, no evidenciando una sola fisura o inconsistencia su extensa declaración.

La nombrada, vecina del acusado, relata que estaba durmiendo y es despertada por su madre, que sale hacia el exterior de la vivienda y observa a un individuo frente a su casa, en el medio de la calle, que le gritaba a B. "te voy a hacer cagar" mientras éste se dirigía hacia su casa, contestándole "a quien vas a hacer cagar vos". Indica que "habían salido muchos vecinos a mirar, que habría unas quince personas, pudiendo observar los cuerpos de dos personas tirados en el piso cerca de la esquina...".

Cotejando sus dichos con el resto de los testimonios fácilmente puede colegirse que cuando la testigo sale al exterior de su vivienda ya habían resultado heridos O. y G. G. –a quienes observa tirados en el piso- y que el que le gritaba a B. desde la mitad de la calle era N. M. G.

La testigo agrega haber visto en la vereda de la casa lindera a la suya un arma tirada. Agrega "Ví un sujeto que alzó el arma del piso, la envolvió en una remera blanca, mi mamá me dice 'viste, alzó un arma', sí, lo ví, lo envolvió en una remera blanca, después vino un remís y esa cosa blanca se la dio al remisero".

Esta circunstancia va a ser reiterada, sin sombra de hesitación, una y otra vez durante su prolongada declaración. El dato preciso, sumado a su espontánea reiteración de modo natural por la testigo, con el agregado de que se trata de información que dijo categóricamente haber brindado en su momento a un integrante de la Fiscalía, me persuaden de la fiabilidad de su relato que, por otra parte, no aparece discordante o aislado en el concierto probatorio, sino que se ve apuntalado por la propia versión del acusado, así como las de A. y J. L. B.

No se trata de una testigo sobre la que se haya demostrado interés o parcialidad. Tampoco de alguien que sólo mencione haber visto algo que supone o cree que pudo ser un arma de fuego, sino de una persona que brinda varios detalles autónomos respecto del instrumento: que la ve, que su madre le hace referencia

a la misma, que luego un sujeto la toma y la envuelve en una remera blanca, que después se la entrega a un remisero que se trasladaba en un auto gris y, por último, que después dos chicos de entre 9 y 11 años pasaron buscando el arma, preguntándole a ella si no la había visto.

Cabe en este punto considerar los argumentos dados en el fallo para restar credibilidad a los dichos de N. R., confrontándolos con aquellas características de coherencia y verosimilitud que han sido predicadas más arriba.

Por un lado se dice que nadie más que ella afirma que haya habido una explosión; es cierto que sólo la testigo dijo que “entre dormida” escucha una explosión, sin otra precisión –que evidentemente no tenía-, pero inmediatamente aclara “pero los piedrazos sí, porque rebotó, el chico G. tiraba piedrazos contra lo de B.”, en clara alusión a que su primera referencia es una suposición porque se trató de un ruido que escuchó estando entre dormida (bien pudo ser una pedrada contra alguna chapa, por ejemplo), pero en cuanto a los piedrazos los vio con sus propios ojos. No obsta a lo dicho la circunstancia de que nadie más haya oído una explosión, ya que los testigos presenciales ajenos a la pelea, que fueron muchos, brillaron por su ausencia en el debate. Tampoco permite descartar la versión la circunstancia de que no se observen vidrios rotos en las ventanas de la vivienda de B.

También se señala que con la escasa luz reinante difícilmente la testigo hubiese podido ver el arma frente al nicho de la casa vecina. Sin embargo interrogada al respecto expresó que había iluminación artificial suficiente pues se hallaban encendidos “los palos de luz” de la calle, extremo que no fue desmentido; además la nombrada sólo indica que divisó el arma de fuego (a 10 metros parece perfectamente

divisable) sin agregar otros detalles, indicando que su madre también la vio y comentaron al respecto.

Se arguye asimismo, para restar fiabilidad al testimonio, que ubica el arma a una distancia de entre 20 a 25 metros del lugar donde quedaron tendidos los cuerpos. Por un lado, como bien señala la defensa, no es extraño que el arma haya caído con los primeros golpes y alguien –de los muchos curiosos que luego desaparecieron- la haya pateado o alejado de los protagonistas de la pelea. Pero, además, si la testigo fuera mendaz, nada le hubiese costado ubicar falsamente el arma cerca de los cuerpos de las víctimas.

Se ha argumentado también en el fallo que la declaración de la testigo no resulta coherente ni lógica pues se contradice en relación a la edad de uno de los sujetos que describe. Si bien no se indica cuál sería la aludida incongruencia no he advertido ninguna contradicción en su relato, siendo que en lo que a edades se refiere R. afirma que entre 9 y 11 años es la edad aproximada de los "chiquitos" que andaban buscando el arma, y de entre 18 y 20 años la del muchacho que le grita a B. parado enfrente de su casa.

12. Pero además de lo dicho, el empleo de un arma de fuego en el lugar del hecho, en el momento en que A. y G. se hallaban trenzados en lucha, es corroborado por J. L. B., testimonio también descartado por su vínculo familiar con el imputado.

El nombrado, sobrino del acusado y presente esa noche en su domicilio, narra que: "golpean la puerta y avisan que le están pegando a mis primos, salgo a ver que pasaba y en ese momento estaba peleando mi primo A. B. y viene corriendo un hombre con una pistola en la mano diciendo que lo agarren que lo iba a matar".

Por su parte A. B. dijo, declarando como testigo en el debate, "...yo entré a pelear con uno de ellos (un hijo de los G.), en una de esos se viene acercando, se viene el más grande, el padre de ellos, y dijo 'tenelo, tenelo un rato que le pego un corchazo', yo sigo

peleando con el chico y veo que se acerca más y salgo disparando y en ese momento veo mi papá que sale”.

13. Es claro que el contexto en el que desarrolla la acción el acusado se modifica sustancialmente, al tener por cierta la exhibición de un arma de fuego en la escena de los hechos. Teniendo en cuenta el instantáneo y altísimo poder vulnerante de ese instrumento, no puede menos que justificarse la acción tendiente a neutralizar un posible empleo del mismo.

La actitud de quienes resultaron víctimas esa noche, particularmente la endilgada a O. G., configura un cuadro que bien puede asimilarse al de una agresión actual e ilegítima, según lo analizado más arriba. Asimismo, siendo que una primera reacción del acusado tuvo en miras defender la vida de su hijo A., cabe tener presente que aquél fue completamente ajeno a las circunstancias que desencadenaron la necesidad de ejercer su derecho de defensa, como lo prevé el art. 34 inc. 7 CP.

Considero que la acción asumida, primero en defensa de su hijo y, luego, defendiéndose él mismo al ser acometido por otras personas, resultó inicialmente justificada, es decir, dentro de un marco de justificación. Su actitud de abalanzarse contra la víctima fue necesaria para neutralizar el posible empleo del arma de fuego, luego encaminada a tratar de conjurar las agresiones hacia él dirigidas.

El interrogante de si resultaba jurídicamente exigible al acusado no inmiscuirse en la pelea debe responderse negativamente. Entiendo que no cabe legalmente exigir prescindencia sino al contrario, no sólo por la posición de garante que tiene respecto de sus hijos menores sino por el peligro inminente que entendió debía neutralizar.

14. Resta, entonces, decidir si para repeler la agresión fue racionalmente necesario obrar como lo hizo

o si, en cambio, excedió los límites impuestos por la necesidad. La cuestión pasa pues, en el caso, por determinar si la justificación fue plena o no, pero siempre dentro de un ámbito de situación justificante. Al escoger la calificación legal del hecho considero que cabe excluir una legítima defensa plena, propia o de terceros, en los términos del art. 34 inc. 6 y 7 CP.

En ese aspecto entiendo que el modo de utilizar el elemento contundente empleado, golpeando reiteradamente y con potencia a la cabeza de las víctimas una vez conjurado el posible empleo del arma, primero contra O. G. y luego contra G. y N., fue más dañoso de lo que necesaria y razonablemente exigía la situación, en la que no se hallaba sólo pues estaban presentes sus hijos y sus dos acompañantes, así como otros vecinos y curiosos.

Cierto es que 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 en que obró el acusado no hubo demasiado tiempo para reflexionar. No cabe exigir, por otra parte, 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. Pero tal discordancia, sabemos, se refiere no sólo a la naturaleza del medio usado, sino también a la forma en que el mismo es empleado, y es en este último aspecto que entiendo excesivo el obrar del acusado.

Así, si bien la acción de utilizar un objeto de la contundencia del empleado puede disculparse por ser el único elemento que encontró a mano para repeler la amenaza, la forma de utilizarlo, al seguir atacando aún cuando las personas ya se hallaban desarmadas, resultó desmedida en relación a las circunstancias. Insisto, si bien tengo por cierto que existió, objetivamente, un riesgo concreto para la integridad física cuando menos de uno de los hijos del acusado y luego para él mismo,

que persistía al momento del hecho, el temperamento que adopta para repeler el ataque, aplicando potentes y repetidos golpes con fuerza en zonas vitales del cuerpo de las víctimas –fundamentalmente la cabeza-, constituye una demasía por la que debe responder penalmente el acusado.

15. 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...” (NINO, Carlos Santiago, *La legítima defensa*, Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 168).

Siendo, pues, 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 ésta respecto del caso que se toma como patrón implica necesariamente una atenuación de la pena. Y como un tipo de casos en que esa disminución de la antijuridicidad se da es, precisamente, aquellos llamados de “exceso intensivo”,

esto es, cuando la conducta lesiona más allá de lo racionalmente necesario, 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 (NINO, *op. cit.*, p. 169).

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, circunstancia que tiñe el análisis de la situación disminuyendo su antijuridicidad, aunque habiendo traspasado los límites de la necesidad dentro del curso de una ilegítima agresión entiendo -como subsidiariamente planteara la Defensa-, que ha obrado dentro del marco previsto por el art. 35, en relación a los art. 34 inc. 6 y 7 del Código Penal, 79 y 42 del mismo ordenamiento, normas cuya aplicación corresponde en el caso.

16. Cabe, por último, determinar si existió un concurso real de delitos –art. 55 CP-, como sostienen los Jueces A-quo o si, en cambio, existió un concurso ideal –art. 54 CP-. Si bien el asunto no ha sido motivo de agravio, considero que su tratamiento no está vedado al Tribunal en tanto refleja la aplicación del *iura novit curia* a favor del acusado traduciendo, a su vez, una interpretación restrictiva de la ley penal y, por ende, del ejercicio del poder punitivo del Estado. Además expresamente lo autoriza el art. 332 CPP, aplicable por remisión expresa del art. 385 quinto párrafo CPP, en cuanto establece que "... el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella indicada en la acusación o en el auto de apertura...".

Es sabido que cuando el art. 54 CP refiere "...cuando un hecho cayere bajo más de una sanción...", quiere significar que corresponde al juzgador determinar, de acuerdo a la posición dogmática que adopte, si hay uno o varios hechos o una o más conductas, independientemente de la cantidad de movimientos exteriores o de resultados lesivos.

Sabemos, por otra parte, que para establecer la unidad o pluralidad de delitos no es posible establecer unidades de acción anteriores al derecho, desechadas como han sido las perspectivas mecánico-causales como criterios de delimitación. Tampoco es suficiente un criterio meramente subjetivo, como el de "decisión común" o "unidad de resolución".

Es claro que cuando hay un único movimiento existe una única conducta. El problema surge cuando hay varios movimientos exteriores voluntarios, porque puede haber varias acciones pero una sola conducta, con una o múltiples tipicidades. Para que esos varios movimientos exteriores puedan ser considerados como una conducta única se requiere, necesariamente, que haya un plan común, una unidad de resolución o factor final y, también, un factor normativo, es decir, una unidad de sentido para la prohibición (un único disvalor normativo o prohibición legal). Ello independientemente de que se trate, como en el caso, de una pluralidad homogénea o heterogénea de tipos penales.

En el caso considero que la pluralidad de víctimas y los múltiples movimientos exteriores del acusado no multiplican el delito, que puede describirse como una única conducta defensiva que debe ser unitariamente desvalorado, aunque para su realización haya realizado más de un acto voluntario típico y provocado más de un resultado lesivo. Se trata de un único designio de obrar, que no fue otro que asumir la defensa de un tercero y luego la propia mediante distintos movimientos y contra distintas personas que simultáneamente se le oponían, pero dentro del marco de un mismo contexto justificado, aunque no plenamente. Siendo claro que existió una única resolución para obrar y que la misma resulta comprendida en el tipo permisivo incompleto del art. 35 CP, cabe valorarlos de modo unitario a efectos

de la prohibición, como modo de evitar la imposición de un castigo desproporcionado al hecho.

A lo anterior se suma cierto déficit probatorio respecto del modo concreto en que desplegó la acción de defensa el acusado, lo cual pone aún más en crisis la existencia de acciones lesivas independientes, producto de reiteradas resoluciones criminales. Si bien por el tipo de lesiones que presentaban las tres víctimas (heridas contuso cortantes) puede afirmarse que el elemento productor fue el que utilizara el acusado, no ha quedado demostrada la cantidad de golpes propinados, como tampoco si un mismo golpe pudo alcanzar a más de una víctima (en cuyo caso habría un mismo movimiento encuadrando más de una vez en el mismo tipo penal). Este déficit probatorio debe reflejarse, necesariamente, en la valoración jurídica, en tanto no existe en autos certeza acerca de que haya habido tres resoluciones independientes de atentar contra la vida de las víctimas por parte del acusado, por lo que propicio responda por un único hecho de tentativa de homicidio –tres víctimas- en concurso ideal.

17. Cabe ahora analizar las consecuencias jurídicas que necesariamente conlleva la decisión que antecede. Considero que corresponde la anulación de la pena impuesta (analógicamente, art. 386 y 387 CPP), en tanto carece de competencia este Tribunal para fijarla (art. 71, letra A, punto 1, del CPP). Ello así, toda vez que el cambio del encuadramiento legal determina no sólo la aplicación de una nueva escala penal sino, también, la posibilidad de considerar circunstancias de hecho diversas a las debatidas con anterioridad, lo cual amerita un nuevo debate y una nueva decisión por ante el tribunal que corresponda, que tendrá, a todo evento, la posibilidad de contar con la impugnación ordinaria (doble conforme) que prevé el estatuto procesal en su art. 374, trámite para el cual sí resulta competente esta Cámara en lo Penal.

Fijarla este Tribunal implicaría violar el ámbito de su propia competencia funcional –segunda instancia o

revisora y no una segunda primera instancia-, en tanto la pena a imponer resulta un debate propio de los jueces del mérito (art. 304 CPP), con presencia de las partes y la posibilidad de participación de la víctima, según el marco legal previsto por los art. 40 y 41 del Código Penal. Corresponde remitir las actuaciones a la Oficina Judicial para que, en forma inmediata, se fije la audiencia respectiva, no dándose ninguno de los supuestos que autoricen al Tribunal pronunciarse sobre la medida de coerción personal impuesta, tales como los previstos por los art. 288, 333 primera parte, del CPP. Así lo voto.

18. Corresponde imponer las costas al acusado (art. 239, 240, 241 y ccdtes. CPP), regulando los honorarios de los profesionales intervinientes en la suma de pesos dos mil quinientos ($2.500), por la labor desarrollada en la presente etapa, de conformidad a lo establecido por los art. 5, 7, 13 y 44 de la ley XIII N° 4 –antes decreto ley 2200-.

El juez Roberto Rubén Portela dijo:

Habiendo sido ya expresados los agravios en extenso por la colega que me precediera en el orden de votos, a los fines de no sobreabundar, me avocaré en forma directa al tratamiento de los mismos, los que fueron expuestos al momento de celebrarse la audiencia que fija el art. 385 del Código Procesal Penal.

La materialidad y autoría del evento no fueron controvertidos por la Defensa, que tuvo por probada la existencia de éste como así también que el autor es el imputado R. H. B. La impugnación se basa fundamentalmente respecto a la calificación otorgada en el pronunciamiento en crisis, que encuadra la conducta del agraviado como autor material y responsable del delito de Homicidio Simple en grado de Tentativa, tres hechos en concurso real, de los arts. 79, 55, 42 y 44

del Código Penal, cuando tendría que haberse considerado el accionar del condenado como legítima defensa de un tercero o, supletoriamente, como un exceso de ésta, ya que de la valoración de la prueba surge que B. salió en defensa de sus hijos.

Analizando las circunstancias en las que se desarrollaran los hechos investigados, surge de manera palpable que luego de haberse producido una agresión verbal y gestos obscenos por parte de R. A. B. y A. E. B. hacia la hermana de los G. y una amiga de ésta, fueron perseguidos por G. G. y N. G. M., mientras que por detrás -algo distanciado- lo hacían O. G., padre del primero de los nombrados anteriormente, y su otro hijo menor F. G. Esta persecución culminó en las proximidades del domicilio de los B., donde se tomaron a golpes de puño A. B. y G. G.

Se pudo constatar la existencia de estos acontecimientos a través de los testimonios tanto de las víctimas como victimarios, más aún de testigos que fueron ajenos al desarrollo de estos sucesos, tal el caso de N. A. R., quien pudo observar parte de los mismos. Esta testigo, tal como lo confirma uno de los votantes del pronunciamiento atacado, me refiero al voto guía, es un testigo ajeno al grupo familiar vinculado al hecho, por lo que debe ser especialmente tenido en cuenta su relato, pues se trata de una apreciación objetiva e imparcial, que no trata -o por lo menos no se detecta que tenga interés- de ayudar a ninguno de los grupos que participara en los hechos de violencia.

N. R. se encontraba durmiendo cuando repentinamente, a raíz de un ruido que asimiló a una explosión y golpes de piedras, se despertó, y con el objeto de anoticiarse a qué se debía todo ese movimiento, se asomó a la puerta de su vivienda. Sin ningún tipo de dudas, aseveró que vio a un hombre parado en la calle gritando “Te voy a hacer cagar...”. Al principio pensó que se trataba de un robo, que quizás quisieron entrar a la casa de alguien. Luego pudo ver dos sujetos tirados en el suelo. Posteriormente se enteró de que el sujeto que no conocía

y que le decía a B. “Te voy a hacer cagar...”, era un tal G., porque un Fiscal que se presentó en su casa después de que sucediera el hecho le dio ese nombre.

Esta testigo vio a un sujeto levantar un arma que estaba en las proximidades de la casilla de gas de la casa vecina, observando que la envolvía en una remera blanca y que la entregaba a un remisero. Esta circunstancia también fue observada por su madre, M. R., haciéndole el comentario de que habían levantado un arma del piso.

La testigo R. destacó también la aparición de dos menores, de entre 9 y 11 años de edad, “buscando desesperados el arma”, preguntándole a la deponente si la había visto, arribando posteriormente la policía al lugar. Indicó que su domicilio es calle Love Parry Nro. ***, y que esa noche se habían volcado a la calle la mayoría de los vecinos, y que eran más de quince personas las que -luego de los sucesos- desparecieron del lugar. Afirmó también que cuando G. le dijo a B. que “lo iba a hacer cagar”, estaba en el medio de la calle frente a su casa viendo a este hombre que lo invitaba a pelear, y que el arma que ella vio estaba en el nicho de la casa de la vecina de al lado.

En la sentencia impugnada se minimizó el valor convictivo del testimonio de N. R., cuando ésta apontoca la versión del imputado. Ello es así ya que la deponente confirmó la existencia de los actos de violencia, participando varios sujetos, logró escuchar una explosión -la que asemejó a un disparo- y una intensa pedrea. Vio a un sujeto de apellido G. que le decía a B. “te voy a hacer cagar”, y percibió además que sobre la esquina contraria a la ubicación de su vivienda, había dos personas tiradas en el piso. Brindó también un dato que no puede ser soslayado: la existencia de un arma junto a la casilla de gas del inmueble vecino, la que fue recogida por un desconocido, envolviéndola en una

remera blanca para entregarla a un remisero. Agregó que por este elemento fue interrogada luego por dos chicos de entre 9 y 11 años, quienes la buscaban desesperadamente.

Esta serie de datos brindados por la testigo R., cobran entidad ante los dichos del imputado. En su descargo, B. sostuvo que luego de ser despertado por su esposa, salió de la vivienda y se encontró con mucha gente, pibes grandes, y que entre esos pibes había una persona mayor que tenía un arma en la mano, y que mientras le pegaban a sus hijos, ese señor decía "tenelo que le voy a pegar un corchazo". Cuando salió de la casa no tenía nada, pero cuando vió el arma decidió pegar la vuelta y tomó del cantero un pedazo de regla de construcción, abalanzándose hacia el hombre que tenía el arma, revoleando golpes, no recordando si asestó alguno.

Agregó que este individuo cayó y que se vinieron otros, un montón de personas encima, defendiéndose como pudo hasta que se dispersaron. Volvió a su casa y allí vio un muchacho que desde la mitad de la cuadra le gritaba "vení que te vamos a hacer cagar, total a tus pibes ya les pegamos". En ese momento salió su hijo A. a correrlo, él salió detrás de su hijo, doblaron en la esquina, y vio a su hijo y a este otro chico que se trenzaron nuevamente a golpes de puño, y en ese instante llegó el patrullero policial.

Es importante expresar que los relatos de los integrantes del grupo conformado por los G., tales como G., F., N. y O. –este último padre de los dos nombrados en primer término- indicaron que todo se originó debido a que al pasar por la casa de los G., los B. –A. y A.- y otros dos que los acompañaban, gritaron "zarpadeces" a la vez que se tomaron de los genitales, dirigiéndose a su hermana, quien justo en ese momento salía de la casa con una amiga. Este incidente inicial también fue reconocido por A. B. Indudablemente que este es el hecho detonante y por el cual los G. deciden ir en persecución de los B., corriéndolos seis cuadras aproximadamente.

Es aquí donde debo tener presente el relato de la testigo R., que se despierta ante todo este movimiento de gente, el ruido ocasionado por una explosión y la intensa pedrea que involucraba directamente a estos dos grupos, que se desarrollaba en proximidades del domicilio de los B. Lo que ella pudo apreciar es una parte de lo que se venía desarrollando y, aunque todo pasó rápido, de esta visión parcial hay datos que -ya mencionados anteriormente- no pueden ser excluidos en la valoración probatoria, ya que éstos favorecen por su coincidencia con la declaración del imputado.

Es oportuno señalar que cuando el imputado, luego de ser despertado por su esposa y anoticiado por ésta de que sus hijos estaban peleando, sale de la casa y se encuentra con un escenario de violencia, había un grupo numeroso de jóvenes, y un sujeto mayor con un arma. Ante este panorama, con decisión va en auxilio de sus hijos, y munido con una regla de albañilería se dirige hacia el lugar del tumulto, abalanzándose contra el sujeto que tenía el arma. Después vemos que, a raíz de las lesiones, esta persona era O. G.

En ese contexto actúa el imputado, asestando golpes primero al hombre que tenía el arma y luego a otros, con las consecuencias que da cuenta el médico forense en los informes que glosan en el legajo de prueba, lesiones cuyas características fueron descriptas en el pronunciamiento atacado.

Teniendo entonces como relevante -por verosímil- la declaración de la testigo R., sin contradicciones y firme en su relato, pese a los esfuerzos que efectuara la Fiscal al momento del contraexamen en el debate, vemos que ésta se compadece en parte con la prestada por el imputado, y entonces la historia sobre lo sucedido evidentemente se modifica.

En ese sentido, cabe dejar asentado que “... la actividad de apreciación de la evidencia legalmente

incorporada al debate es un proceso de construcción en el que nada puede desdeñarse por que sí ni analizarse fragmentadamente; la sana crítica -como método- importa precisamente eso: la crítica sana (libre de prejuicios) del material que se produce bajo las reglas de la psicología, la experiencia y la lógica, de suerte tal que las consecuencias sigan a sus causas desde la perspectiva de un observador imparcial; implica, precisamente, apego a las reglas enunciadas por que resultan su contenido en la medida en que el Código Procesal Penal (a tono con sus pares del sistema mixto) no impone normas generales para la acreditación de algunos hechos delictuosos ni determina abstractamente el valor de las pruebas, sino que deja al juzgador en libertad para admitir todo medio legalmente incorporado que estime útil al esclarecimiento de la verdad, para tamizarla conforme aquellas" (STJ Chubut, *in re* "C., C. s/ abuso sexual con acceso carnal (Carpeta N° 16)" - Expte. 21.234-C-2008, sentencia de fecha 06/04/10).

Efectivamente, valiéndome del valor concedido a la prueba obtenida, fundamentalmente a la declaración testimonial de la Sra. R., no discutida ni puesta en tela de juicio, y absolutamente imparcial en sus manifestaciones, es que conforme a lo previsto en el art. 25 CPP, valorando la prueba con profundo apego a la sana crítica, es que encuentro que el accionar de R. H. B. ingresó, si bien al principio justificadamente en la defensa de un tercero (prevista en el art. 34 inc. 7mo. del Código Penal), pues se trataba de sus hijos, siendo ajeno a los hechos tumultuosos que se producían en la calle. Pero pensando que éstos eran atacados, y viendo a un sujeto con un arma en sus manos, se abalanzó hacia este último munido de un elemento contundente, incluyendo en el ataque a otros sujetos, extendió más allá de lo necesario la acción inicialmente justa.

En razón de lo merituado, debo expresar mi coincidencia con parte de los argumentos que sobre este aspecto brindara ampliamente la defensa técnica, por lo que -conforme a las conclusiones arribadas- debe hacerse

lugar a la impugnación sobre el pronunciamiento de mérito, y modificar la calificación legal del hecho adjudicado a R. H. B. por el de tentativa de homicidio simple -tres hechos en concurso real- con exceso en la legítima defensa de terceros (arts. 79, 42, 55, 34 inc. 7mo. y 35 del Código Penal).

Dejo expresamente señalado que no comparto la propuesta de la colega que me precede, en orden a considerar los hechos juzgados como un concurso ideal. En mi opinión se trató de hechos independientes, cometidos como consecuencia de decisiones escindibles, y por ende coincido con los jueces de mérito en que constituyeron un concurso real de delitos.

Aclarado lo anterior, como efecto de la modificación en la calificación, y por imperio de las normas procesales, deberá declararse la nulidad de la pena impuesta y celebrarse, en consecuencia, una nueva audiencia para la determinación de la misma, conforme lo disponen los arts. 304 y 343 del Código Procesal Penal. Atento a lo resuelto, habrán de remitirse los actuados a la Oficina Judicial para que proceda en consecuencia.

Resta concretar el tratamiento de otro de los puntos en los que se agraviara la Defensa, y es el concerniente a la prisión preventiva impuesta por el Tribunal de Juicio, que mutara la medida de coerción a la que se encontraba sometido -arresto domiciliario-, invocándose como razón el art. 221 inc. 2do. CPP, que trata de las características del hecho y la pena que se espera como resultado del procedimiento.

Sobre tal cuestionamiento nada puedo decir, atento a que se dirige a revisar una medida de coerción impuesta al imputado, cuestión en principio ajena a la competencia de esta Cámara en lo Penal (arts. 68 y 71 inciso A *contrario sensu* CPP).

Resta tratar la imposición de costas y la regulación de los honorarios profesionales del Dr. G. L. T. por la

tarea desplegada, respecto de lo cual comparto el criterio expuesto por la colega que me antecede en el orden de votos. Así voto.

El juez Omar Florencio Minatta dijo:

Tal como lo vengo sosteniendo en varios fallos anteriores, es indispensable para juzgar a una persona partir de la versión que de los hechos da ella en su intento de refutar la hipótesis acusatoria. Esta es una regla que los jueces deben tener muy clara, sobre todo los jueces que culminan un proceso mediante una sentencia condenatoria, ya que bastará que la versión del imputado ponga en duda la certeza acusatoria para que esta última sea desechada. Es decir, ni siquiera es necesario que los hechos que traiga el imputado estén apoyados en probanzas que nos lleve a la probabilidad-mucho menos a la certeza- sino que basta con que su versión ponga en duda los fundamentos de la persecución, claro que siempre que esta duda pueda apoyarse en los elementos probatorios en forma razonable. Todo lo dicho es importante para resolver este caso, puesto que es la duda plantada sobre la incriminación la que nos llevará a resolver, lo adelantamos, que los hechos deben encuadrarse como un caso de exceso en la causal de justificación llamada legítima defensa propia y de terceros.

En este camino, nos dice el imputado que, encontrándose durmiendo en su domicilio, es despertado por su cónyuge informándole que se levante porque le parecía que estaban golpeando a sus hijos, mientras escuchaba ruidos y golpes, lo que motivara la salida al exterior y encuentra que había personas que le estaban pegando a sus hijos, observando especialmente a una persona mayor que tenía un arma en la mano y les decía a los agresores “tenelo, tenelo que yo le voy a pegar un corchazo”. Ante tal situación, ingresa nuevamente a su casa y toma del cantero un pedazo de regla de construcción, regresa con él al lugar de la trifulca, y arremete contra el hombre armado -“revoleando golpes”,

expresa-, quien cae al piso y en ese momento, dice que "se me vienen un montón de personas encima, y ahí me defiendo como pueda hasta que se dispersan".

Pues bien, concordante con lo adelantado al principio, entremos a analizar si existen en autos elementos probatorios que apoyen tal versión y la conviertan en plausible o razonable. El análisis lo haremos conforme al tipo del artículo 35 del Código penal en relación a los incisos 6 y 7 del artículo 34, es decir, el llamado exceso en la legítima defensa propia y de terceros, pues entendemos que ésa es la calificación legal correcta conforme a los elementos cargosos. Veamos.

a) Agresión ilegítima:

Hay que comprobar aquí la existencia de una o varias conductas agresivas y antijurídicas, es decir, una o varias voluntades dirigidas a lesionar sin derecho algún bien jurídico, sea propio o de terceros. En este sentido, hay que evaluar si lo observado por el imputado puede ser evaluado como una agresión ilegítima inminente y, adelantamos, que ello es posible si se meritúan las siguientes probanzas.

Por un lado, A. B. da cuenta de la existencia de un arma que portaba el padre de los G. –O.- al momento en que los hijos de éste estaban riñendo con dos de los hermanos B., sosteniendo el testigo -uno de los contendientes- que el padre de los G. les decía a sus hijos.." tenelo, tenelo un rato que le pego un corchazo". Asimismo, otro testigo, el Sr. J. L. B., confirma tanto la existencia del arma como las expresiones en cuanto que lo sostengan a A. porque lo iba a matar.

La sentencia condenatoria desecha estos testimonios por la relación de afecto que tienen sus emisores con el impugnado- A. es hijo y J. sobrino-, pero el mismo criterio o cartabón tendría que haberse aplicado

respecto de los testimonios incriminatorios del padre y de los hijos G. en que la sentencia se apoya para la condena por homicidio simple.

De todas formas, tenemos a favor del imputado el testimonio claro, sostenido, firme y coherente de N. R. en cuanto a la existencia de un arma, relatando la oportunidad en que la vió y cómo se la llevaron del lugar, además de que había unos menores que estaban preguntando por el arma. Es decir, nos parece creíble y no dubitativo en el punto los dichos de esta testigo, pues no se puede apreciar relación de afecto o amistad con el imputado o enemistad con los G. que pueda teñirlos de parcialidad, amén de ser posible que se trate del arma que refieren el imputado y los otros dos testigos, pues la razones para no tener en cuenta a este testimonio que nos dan los jueces, son simple conjeturas que no se apoyan en pruebas de la acusación, tal como no podría observar el lugar la testigo por la oscuridad y porque el arma apareció a más de veinte metros del lugar, extremos ambos no pertinentes puesto que no tenemos otros testimonios sobre las distancias o iluminación de esa noche en lugares exactos y porque el arma pudo haber llegado a esa distancia del lugar de los hechos por distintas circunstancias más que probables en las reyertas callejeras en las que intervienen varios contendientes y varios curiosos como puede ser el hecho de que la hayan trasladado del lugar con pies o manos, etc.

Es decir, si tenemos dos versiones de los dichos de O. G. augurando un mal cierto e inminente para la integridad de las personas- a los que hay que agregar el testimonio de la R. respecto del arma-, la versión del imputado no puede descartarse sin más o, al menos, no puede decirse que no tenga ella ningún asidero, por lo que a ella debe estarse y declarar que hubo agresión ilegítima por parte de los G. hacia los hijos de B.

b) Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima:

La legítima defensa es el ejercicio de un derecho y, como tal, él debe ejercerse y tiene como límite el mismo que tienen todos los derechos en un Estado republicano. Estamos hablando de la racionalidad, que viene a funcionar aquí como límite de la necesidad, de forma tal que no toda defensa por ser necesaria es racional.

La necesidad en el caso concreto viene dada por la imposibilidad del acusado de ocurrir con éxito y eficacia a las autoridades estatales para evitar la agresión, extremo que se desprende claramente del punto anterior y sobre el cual no es necesario explayarse por su obviedad. En cuanto a la racionalidad, entendida ésta como proporción entre el mal que se evita y la lesión que se causa y en la que debe tenerse en cuenta no sólo el medio empleado, sino también el modo, también la encontramos presente hasta un punto. Ello significa que comienza la reacción en forma racional, ya que ante un hombre armado con un arma de fuego, apoyado por sus hijos que estaban agrediendo a los hijos del acusado, la respuesta con otro arma que no es de fuego -no interesa aquí si era una regla de construcción, una maza o un hacha- no puede considerarse desproporcionada, ya que, desde un punto de vista objetivo, la capacidad vulnerante del arma de fuego es muy superior, por la velocidad de la agresión, a la de cualquiera de los instrumentos señalados.

c) Falta de provocación suficiente:

No es difícil probarla en el caso, ya que comienza la participación del acusado en el evento, una vez que la reyerta había comenzado, cuestión que no es puesta en duda por nadie. De todas forma, a fuer de ser abundantes, obsérvese que tal extremo no se requiere en la legítima defensa de terceros, por lo que la cuestión o debate acerca de quien comenzó la agresión o la entidad o suficiencia de una eventual provocación pasa aquí a segundo plano.

d) Exceso:

No obstante lo que vimos hasta aquí, el acusado transformó su primigenia acción defensiva en antijurídica, situación que disminuye la antijuridicidad, pero no la excluye. Es decir, no puede equipararse una acción que siempre fue antijurídica desde el principio, con aquella que comienza siendo justificada y luego se transforma en antijurídica, pues en este último caso hay una clara disminución del injusto.

En el caso traído a juzgamiento existe lo que la doctrina llama exceso intensivo, pues el acusado siguió defendiéndose con el mismo medio y modo con que lo hacía al principio, mientras los agresores lo hacían ya con un medio menos lesivo, como el reemplazo del arma por los puños.

e) Calificación legal:

Así las cosas, deberán subsumirse los hechos en el exceso de la justificante de la legítima defensa que atenúa el injusto de tentativa de homicidio, correspondiendo aplicar, entonces, no sólo los artículos 79 y 42, sino también el artículo 35, todos del Código Penal Argentino.

En cuanto a si existió concurso real en el caso, cabe revocar la sentencia condenatoria por las siguientes consideraciones. Si hay varios movimientos voluntarios ligados por decisión y plan común, tenemos ya el factor final, puesto que todas las acciones de B. respondieron a la decisión y plan único de defensa en un principio. El factor normativo, o sea si el derecho considera a ese plexo de movimientos como únicos para desvalorarlos, depende de la interpretación de los tipos penales, es decir, de su sentido. El tipo penal de la legítima defensa impone que se interprete todo ello como único a los efectos de su aplicación, siempre que puedan estimarse las lesiones como formando parte del contexto defensivo, como ocurrió claramente aquí.

En suma, va de suyo que existe pluralidad típica, es decir que el mismo contexto de acción produjo, por lo

menos, tres lesiones, pero proviniendo ello de una sola conducta, habrá un solo delito porque el mismo tipo penal permisivo de la legítima defensa permite interpretar a la conducta como única en el aspecto valorativo y es por ello que cabe calificar la cuestión como concurso ideal y no real, tal como lo pregona la sentencia, por lo que deberá revocarse la misma en este punto.

f) Sanción:

En cuanto a la pena impuesta, no queda otra salida al tribunal que reenviar para un nuevo debate sobre ella, puesto que el efectuado se realizó bajo otra calificación legal.

La falta de competencia de este tribunal para efectuar un debate sobre la individualización de la pena deriva de un principio constitucional básico que vincula a la justicia penal y que se conoce en doctrina como “doble conforme”. Este principio, incorporado hoy expresamente en la Constitución Nacional -art. 8.2.h de la CADH y 14.5 DEL PIDCyP, a través el inciso 22 del art. 75- garantiza a las personas que su fallo condenatorio final esté necesariamente antecedido de una revisión amplia –en cuanto a hechos y derecho- por parte de, al menos, dos tribunales, de forma tal que siempre haya tenido la posibilidad de que su caso fue fallado por un tribunal y revisado por otro en forma amplia.

Si esto es así, no puede este tribunal de impugnación efectuar el debate sobre la pena porque le estaría quitando al condenado una instancia ordinaria y amplia para protestar sobre su individualización, pues no le quedaría sino la vía extraordinaria y restringida contra la decisión ante la sala penal del Superior Tribunal de Justicia.

Asimismo, el reenvío en este y otros casos, no puede objetarse como violatorio del “ne bis in idem”, puesto que no se trata de darle otra oportunidad al Estado para

que condene, sino que en lugar de fijar éste tribunal la consecuencia del cambio de calificación legal -la pena- lo hace otro –los jueces penales- sólo porque así lo impone otro principio constitucional, tal como lo señalamos en el párrafo anterior.

Finalmente, comparto la imposición de costas y la regulación de honorarios propuesta por la colega que guía el acuerdo. Así voto.

De conformidad con los votos precedentes, con la disidencia parcial del juez Roberto Rubén Portela, esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1) **Hacer lugar parcialmente** a la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica del imputado R. H. B., cuyas demás circunstancias personales obran en autos, contra la sentencia Nro. 952/10 OJ Tw dictada en fecha 12/05/10;

2) **Modificar** la calificación legal impuesta en la sentencia recurrida, quedando subsumido el hecho atribuido en el delito de tentativa de homicidio simple -tres hechos en concurso ideal- con exceso en la legítima defensa de terceros (arts. 79, 42, 54, 34 inc. 7 y 35 del Código Penal);

3) **Declarar la nulidad** del debate sobre la pena, disponiendo el reenvío del caso para que, de manera inmediata, el tribunal que corresponda decida la pena a aplicar de conformidad con lo dispuesto en la presente (art. 387 CPP);

4) **Imponer** las costas al acusado (arts. 239, 240, 241 y concs. CPP), regulando los honorarios profesionales en la suma de dos mil quinientos pesos ($2.500) por la labor desarrollada en esta instancia, de conformidad con lo establecido en los arts. 5, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII-4 (antes decreto-ley 2200); y

5) **Regístrese, protocolícese y notifíquese.**

Mónica Rodríguez **Omar Florencio Minatta**

El juez Roberto Rubén Portela no suscribe la presente, atento a su ausencia posterior al acuerdo (art. 331 última parte CPP). Registrada con el Nro. 31/2010 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.