En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los cuatro días del mes de septiembre del año dos mil trece, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Alejandro Gustavo Defranco, Omar Florencio Minatta y Mónica Rodríguez, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"M., L. G. víctima de homicidio - Trelew" (Carpeta 3.970 OJ Tw – Legajo 37.321 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por el Dr. A. M. contra la sentencia nro. 1416/13 dictada en fecha 14/05/13.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 21/08/13 en la sede de este tribunal, estuvo presente el acusado D. A. C., (cuyas demás circunstancias personales obran en autos) e intervinieron el Dr. A. M. como su Defensor técnico y el Dr. César Zaratiegui en representación del Ministerio Público Fiscal de esta circunscripción judicial.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Mónica Rodríguez, Alejandro Gustavo Defranco y Omar Florencio Minatta.

La jueza Mónica Rodríguez dijo:

1. Efectuaré, en primer lugar, una síntesis de los antecedentes del caso sometido a conocimiento y decisión de esta Cámara, así como de los agravios que sustentan la impugnación ordinaria deducida y el responde a los mismos por parte del Ministerio Público Fiscal en el transcurso de la audiencia que prescribe el art. 385 del C.P.P.

Mediante sentencia Nro. 1416/13 de fecha 14/05/13, el tribunal colegiado integrado por los jueces penales Dres. José Alberto García, Ana Laura Servent y Sergio César Piñeda, declaró a D. A. C. como autor responsable del delito de homicidio simple con exceso en la legítima defensa (arts. 35, 45 y 79 del C.P.) en perjuicio de L. G. M., por el hecho

ocurrido el día 07/03/2012 en esta ciudad, y lo condenó a la pena de tres años y seis meses de prisión y costas.

2. El Sr. Defensor, en su presentación escrita y ratificada en la audiencia prevista en el art. 385 CPP, sostuvo que agravia a su parte la sentencia impugnada por cuanto los sentenciantes valoraron erróneamente la prueba producida para concluir en la autoría responsable de su asistido, por cuanto su accionar ingresó en el tipo permisivo de la legítima defensa que prescribe el art. 34, inc. 6 del C.P., y, en forma subsidiaria, agravia a su parte la pena impuesta por entender que la misma resulta excesiva.

En orden al primero de los agravios, señaló que la errónea valoración que adjudica a los sentenciantes se funda en la exigencia de una conducta o aptitud que su asistido no poseía cuando afirman que pudo dirigir los disparos a partes no vitales del cuerpo de la víctima, de efectuar disparos al aire o a un lugar diverso al impactado, toda vez que A. C. en su primera declaración sostuvo que no sabía del manejo de armas y que no practicaba tiro.

Señaló que ciertamente los dos disparos fueron efectuados y que el primero de ellos no impactó en la víctima. Destacó que, no obstante de ello, ésta continuó con su aproximación munido de un cuchillo hacia su asistido, develando ello la inminente agresión y que de no haber efectuado el segundo disparo a corta distancia, hubiera sufrido el ataque.

Concluyó que la conducta de su asistido en modo alguno resultó excesiva, sino que comenzó y terminó siendo defensiva, por lo cual solicitó se revoque el fallo, absolviendo a D. A. C. por ingresar su conducta en el tipo permisivo de la legítima Defensa que prescribe el art. 34, inc. 6 del C.P.

Por último, señaló que, en el caso de no ser compartido por el Tribunal el criterio que sostiene, destacó que la pena impuesta resulta ser excesiva, toda vez que el mínimo legal que fija el art. 35 del C.P. es de seis meses de prisión y considerando que su asistido es una persona joven sin antecedente penal alguno y que lleva cumplido un año y

seis meses de prisión domiciliaria, entiende que la pena justa es la de un año de prisión.-

A su turno, el Sr. Fiscal sostuvo que los jueces de la condena han fundado suficientemente la calificación que aquí se cuestiona, toda vez que las circunstancias de tiempo, modo y lugar demuestran que el imputado C. pudo dirigir su conducta a un resultado menos lesivo que el efectivamente ocasionado, la muerte de L. G. M. Asimismo, en cuanto a la pena impuesta, señaló que la misma se ajusta adecuadamente a la conducta realizada y al daño ocasionado.

Por último, invitado que fue el imputado a manifestarse, el mismo señaló que no efectuaría declaración alguna.

3. Tal como ha sido reseñado precedentemente, el remedio ordinario que deduce la Defensa se dirige a cuestionar la valoración probatoria que efectúan los Sentenciantes en el fallo de condena y, a partir de allí, la calificación legal escogida. Subsidiariamente, el recurrente extiende su crítica a la individualización punitiva decidida -de tres años y seis meses de prisión-, por considerarla excesiva.

En relación al primer agravio el letrado afirma, muy sintéticamente, que al calificar los Magistrados el hecho como Homicidio con exceso en la Legítima Defensa han desconocido la circunstancia de que su defendido no es un tirador experto, ni ha realizado prácticas de tiro con anterioridad al hecho. Tampoco han tomado en cuenta, agrega, que de los dos disparos efectuados por el imputado, el primero no da en el blanco y el segundo –mortal- impacta en una víctima armada con cuchillo cuando ésta se encontraba a muy corta distancia de su defendido. El impugnante hace hincapié, por último, en la diferencia de edad existente entre víctima y victimario (este último casi diez años menor) así como que la decisión de disparar fue tomada por el acusado en milésimas de segundo.

Los jueces de primera instancia tuvieron por cierta la existencia de una agresión ilegítima por parte de la víctima, consistente en un acometimiento con cuchillo hacia la persona del acusado, así como la ausencia de provocación por parte de este último, sin perjuicio de reconocer como posible una discusión previa entre los protagonistas del evento. Asimismo, entendieron que la defensa fue necesaria, aunque sostienen que el acusado traspasó los límites de esa necesidad, debiendo responder por el exceso cometido en su reacción defensiva.

Los Sentenciantes concluyen, de modo prácticamente idéntico, en afirmar la posibilidad cierta que tuvo el acusado de limitar su conducta de resguardo a disparos disuasivos o, en su caso, a disparar hacia zonas no vitales del cuerpo de la víctima. Por tal razón subsumen el accionar atribuido a C. en la figura de homicidio cometido con exceso en la legítima defensa, solución prevista por el art. 35, en relación al 79, del Código Penal.

4. De modo preliminar debo decir que el caso muestra, en mi opinión, un déficit notorio en el desarrollo de la actividad probatoria, falta que seguramente ha dificultado una reconstrucción histórica más ajustada a la realidad de lo ocurrido.

Cierto es, como reiteradamente ha señalado el juez Pfleger en sus fallos, que es muy difícil para el juzgador acceder, dentro del limitado marco de un proceso penal, a la verdad real de un suceso del pasado. Sin embargo, es claro que en el caso ha faltado la versión de varias personas que, sabemos, conocieron los hechos por su percepción directa, en razón de hallarse esa tarde en compañía de la víctima, habiéndose escuchado solamente a los testigos que acompañaban al acusado.

Sin embargo, el relato del hijo del occiso, M. A. M., permite vislumbrar como posible la hipótesis fáctica principal de la parte acusadora. La lacónica versión del menor difiere, en aspectos sustanciales, con aquella que finalmente fue consagrada como cierta. Ese relato permitiría inferir que en realidad la agresión no provino de M. sino

del propio grupo integrado por C. y quienes depusieron como testigos en el debate, y que la víctima se acercó a ellos con el único propósito de pedirles "que se dejaran de joder", parafraseando la contundente frase que utiliza el niño en Cámara Gesell.

Si bien la Fiscalía intentó hacer comparecer al debate cuando menos a dos de las personas que acompañaban a la víctima en el momento del hecho, no tuvo éxito en la tarea. En el debate pudo escucharse que esas personas no quisieron venir a declarar al juicio por *miedo*.

Como en tantas otras causas penales, el compromiso ciudadano brilló por su ausencia, por más comprensibles que pudieran ser las razones que se esgriman. Quienes tenían la obligación legal y, por qué no, moral de atestiguar no lo hicieron, ya sea por temor a represalias, por indiferencia, por falta de confianza en el accionar de la justicia o por creer que este gravísimo conflicto no se resuelve en los tribunales.

Como sea que fuere, lo cierto es que ha quedado consagrada judicialmente la versión de que la víctima persiguió al grupo blandiendo un *cuchillo*, sin que hubiese mediado provocación por parte del acusado o de sus acompañantes e, incluso, que lo hizo cuando éstos ya se estaban alejando del lugar. Y si bien la existencia misma del arma blanca en la escena del hecho fue puesta en tela de juicio en el debate, ya que no fue hallada y nadie dijo haber visto al occiso con cuchillo en los primeros instantes de la investigación, la versión que introduce C. y tres de sus amigos en Sede judicial días después –O., F. y E.-, ha sido ponderada como verdadera.

Según entiendo esa conclusión es correcta, pero no por vía de considerar monolítica la prueba de descargo, sino por aplicación del principio beneficiante de la duda (art. 44, VI, C. Ch. y art. 28 CPP).

No obstante, no he de abundar en mayores consideraciones respecto de la aludida prueba testimonial, pues la competencia revisora de este Cuerpo se ha abierto por virtud del recurso del acusado, por lo que mal podría este Tribunal reevaluar el material probatorio en su perjuicio. Es claro, pues, que sólo cabe atenerse a la plataforma fáctica tal cual ha sido fijada por el Tribunal del debate en la sentencia recurrida.

5. Entrando, ahora sí, al análisis de aquello que ha sido motivo específico de agravio anticipo que, en mi opinión, corresponde mantener la calificación legal del hecho fijada por el Tribunal de juicio, esto es, la de Homicidio con exceso en la Legítima Defensa.

Cristalizados, como han quedado, los hechos en el fallo de condena, la solución que propicio se funda en idéntico motivo al tenido en cuenta por los Magistrados del juicio. El ámbito de lo reprochable, en el contexto situacional atribuido al acusado, ha sido el *modo* en que objetivamente C. utilizó el arma de fuego, directamente contra la humanidad de la víctima, conducta que resultó claramente desproporcionada respecto de la concreta agresión que dijo haber padecido. Corresponde la aplicación del art. 35 del Código Penal por el menor contenido de injusto que exhibe un accionar cuyo comienzo se evaluó justificado, pero que sobrepasó los límites de ese permiso legal.

Recordemos que los Sentenciantes consideraron que la acción asumida por C. resultó *inicialmente justificada*, es decir, que al extraer el arma de fuego de entre sus ropas y disparar contra la víctima actuó dentro de un marco de justificación. Es claro, pues, que han considerado que tal acción fue *necesaria* para neutralizar la agresión de M. quien, según tuvieron por probado, se acercó desde atrás con un cuchillo.

El núcleo problemático que debieron dirimir los Jueces, a partir de la postura contrapuesta de las partes, consistió en determinar si para repeler la ilegítima agresión que dice haber sufrido el acusado fue racionalmente necesario obrar como lo hizo o si, en cambio, excedió los límites impuestos

por la necesidad. Ese es el interrogante que se plantearon los Magistrados del juicio y, tal como anticipara, lo han resuelto correctamente.

En dicho análisis consideraron que, aún acreditados los presupuestos de *agresión ilegítima* por parte de la víctima y de falta de provocación suficiente por el acusado, la conducta de C. respecto de la manera de utilizar el arma contra el atacante fue más dañosa de lo que, necesaria y razonablemente, exigía la situación.

Cierto es, como puede inferirse del planteo defensivo, 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.

También sabemos que no cabe exigir una *ponderación* exacta del medio a utilizar para repeler un ataque. En casos de desigualdad –cuchillo contra arma de fuego- sólo cabe excluir el exceso cuando la misma sea 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.

Sin embargo, el particular contexto en que se desarrollaron los hechos ha dejado en claro que no se trató de una agresión súbita, o de una lucha cuerpo a cuerpo, situaciones que –a modo de ejemplo- permitirían suponer que el agredido no tuvo siquiera un mínimo de tiempo para reflexionar o decidir emprender una conducta menos dañina.

La acción de extraer súbitamente el acusado un arma de fuego, cuyo altísimo poder vulnerante forma parte del saber más elemental de cualquier persona, y utilizarla de la manera en que lo hizo contra el agresor, resultó *desmedida* en relación al contexto situacional cuyas características han quedado establecidas en el fallo de condena.

En este punto, aún teniendo por cierto que pudo existir, objetivamente, un riesgo concreto para la integridad física

del acusado, así como la consiguiente necesidad de conjurarlo, el temperamento que adopta para repeler el ataque -efectuando un disparo a la cabeza del agresor- constituye una demasía por la que debe responder penalmente.

6. Considero, a su vez, que no cabe hacer disquisiciones sobre aspectos *subjetivos* en el accionar del acusado, esto es, si obró con error en la evaluación del riesgo, o en estado de temor o alteración.

En el punto es sabido que el art. 35 del Código Penal es una de las normas que mayores dificultades interpretativas ha presentado para la doctrina. Sin embargo, considero que la interpretación de Carlos Santiago Nino, así como la más reciente de Zaffaroni, arroja luz en un ámbito teórico tan oscuro.

Con singular consistencia teórica Nino ha explicado que "...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. Sostiene el citado autor que "...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 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).

7. En el caso, y más allá de la posición teórica desde la que se aborde la cuestión, considero que los Jueces han dado razones plausibles para entender que el acusado, D. A. C., traspasó los límites de la necesidad de defensa, dentro del curso de la ilegítima agresión padecida.

La respuesta defensiva adoptada por el imputado no fue la única posible dentro del cuadro de situación vivido, y tampoco la menos lesiva que pudo asumir.

Cabe, además, rechazar el argumento del recurrente en punto a que C. carece de especialización práctica en el uso de armas de fuego. Los Magistrados han ponderado la posiblilidad concreta que tuvo de acudir a diversas conductas alternativas posibles, que poco o nada tienen que ver con su mayor o menor destreza o experticia en el manejo de armas de fuego. Intentar una reacción menos lesiva, sin llegar a la huída –aconsejable actitud, pero no exigible legalmente-, consulta en mi opinión la más estricta racionalidad.

Por otra parte, surge del propio relato del acusado que Montenegro "muestra" el arma que llevaba debajo de la ropa cuando ellos pasan. También ha dicho C. y los testigos que aquel primero va a dejar a su hijo y luego traspone caminando la bocacalle en dirección al grupo. El imputado afirma que la víctima "llevaba un cuchillo blandiéndolo, no sé si para matar a alguien o para *asustarnos*". La gráfica frase muestra que la agresión no fue súbita, inesperada o de una inmediatez y gravedad tal que no pudiera ser conjurada de otra manera que disparando un revólver contra a la cabeza del provocador.

Por todo ello, entiendo que corresponde confirmar la calificación legal escogida por los Magistrados del debate,

en cuanto han subsumido la conducta atribuida a D. A. C. en el art. 35 del Código Penal, en relación al art. 34 inc. 6°. Así lo voto.

8. En cuanto a la pena impuesta, he de seguir idéntico temperamento al adoptado respecto del primer agravio planteado por el recurrente, por cuanto considero que la decisión contenida en el fallo de condena resulta ajustada a derecho.

Si bien es cierto que los fundamentos dados por los Sentenciantes en punto a las circunstancias agravantes no aparecen demasiado concisos en el fallo, es claro que la determinación de la cuantía punitiva exige tener en cuenta la totalidad de los extremos fácticos tenidos por ciertos al declarar la autoría responsable del acusado. Desconocer los motivos dados por los jueces al analizar el contexto en el que se desarrolló la acción homicida de C., por no haber sido expresamente reiterados esos argumentos al momento de individualizar la pena, constituiría una injusta e indebida omisión.

Ello, claro está, sin dejar de tener en cuenta que una regla básica para esta etapa indica que los únicos agravantes que pueden ser ponderados son aquellos oportunamente requeridos por el ministerio público fiscal. Lo contrario implicaría vulnerar el derecho de defensa del acusado al impedirle alegar y probar en contra de eventuales calificantes que pueda valorar, con evidente quiebra de la imparcialidad, el juzgador.

Por otra parte, sólo pueden ser computadas como agravantes de la penalidad aquellas circunstancias que hayan entrado dentro de la esfera de lo dominable por el agente. Así lo he sostenido en anteriores pronunciamientos, al señalar: "...es sabido que sólo procede agravar la pena por todas aquellas circunstancias que sean directamente achacables al agente, circunstancia que no se configura cuando tales extremos escapan al ámbito de su dominabilidad" (Cámara en lo Penal de Trelew, in re: "D. D. A. y otro p.s.a. homicidio calificado r/ víctima A. M. F.", Carpeta N° 2084 OJTw, Legajo Fiscal N° 20588).

Atribuir responsabilidad por sucesos ajenos, eventuales o fortuitos, que incluso deber ser tomados –favor rei- como desconocidos por el agente, implicaría una aplicación del *versari in re illícita*, vulnerando de tal modo el principio que obliga a que la pena sea adecuada a la culpabilidad.

En el caso, debe tenerse en cuenta que los Magistrados del juicio asumieron que existió un detonante inmediatamente anterior al hecho, provocado por C. y su grupo, quienes habían salido predispuestos (con arma de fuego el acusado) a vengarse de unos muchachos que habían atacado a una joven (aparentemente el buscado era un muchacho de nombre G., como la víctima).

Es que de otra manera no se explicaría la reacción de acercarse M. al acusado y pedirle que *no molesten* porque estaba con su hijo, circunstancia que autoriza a inferir que hasta ese momento aquel se encontraba en actitud pasiva, en compañía de un grupo de amigos, en el momento que pasa el grupo de C.

Insisto, los Magistrados han tenido por acreditada la "falta de provocación suficiente" al analizar ese presupuesto esencial de la legítima defensa. Sin embargo, ello no implica que hayan dejado de evaluar que fue el propio acusado quien puso la condición inicial para que se desencadenara la reacción de la víctima.

Y si bien han considerado que esa primera provocación no tuvo entidad como para enervar una defensa legítima posterior –ya que si bien provocan luego siguen su camino y es la víctima quien los sigue y se acerca a ellos-, entiendo que se trata de un extremo crucial para sopesar el grado de culpabilidad del acusado.

La jueza Servent con claridad ha aludido a "la posibilidad de que hubiese existido alguna discusión o referencia relacionada con el hecho del piedrazo que sufriera ese día la joven K. V. como consecuencia del enfrentamiento de equipos de fútbol contendientes ... lo que

podría surgir de la Cámara Gesell de M. A. M. cuando dijo que el occiso les dijo ‘que se dejen de joder’”.

Debe decirse que tanto C. como quienes lo acompañaban en aquella ocasión han reconocido en el juicio haber salido esa tarde a recorrer el barrio para vengarse de quienes habían atacado a piedrazos a la novia de un amigo.

Ese tremendo contexto de situación -en el que finalmente va a producirse el desenlace fatal- no puede dejar de sopesarse y, en particular, los fútiles motivos que guiaron al acusado a munirse de un arma de fuego y salir en busca de venganza.

La situación descripta, aunque haya encontrado encuadre en una justificante imperfecta, es sustancialmente diferente a la de quien se defiende de una agresión de la cual ha sido completamente ajeno.

Esta última circunstancia nos aleja sustancialmente del mínimo previsto por la escala legal para el delito de homicidio culposo, según la remisión contenida en el art. 35 del Código Penal. Por ello, no advierto desmesura o desproporción en la determinación de una pena de tres años y seis meses de prisión, considerando –a la vez- el efecto reductor de las diversas circunstancias atenuantes analizadas con acierto en el fallo de condena.

Entiendo acertada la posición de los Jueces de responder con la severidad del encierro efectivo la conducta juzgada. Ello, sin ignorar la abundante doctrina y jurisprudencia que se ha pronunciado sobre la inconveniencia de aplicar penas de encierro efectivo de corta duración. Es que no pueden ser consideradas tales para el ordenamiento jurídico argentino aquellas que, como en el caso, superen los tres años de prisión. No se trata de la opinión de cada intérprete acerca de lo que es más o menos “corto” en materia de privación de libertad. Es claro que el parámetro objetivo viene dado por el art. 26 CP, en cuanto establece los supuestos en los que puede dejarse en suspenso el cumplimiento de la pena.

Las enseñanzas de la Corte en el conocido caso “Squilario”, en procura de evitar que las penas de corta

duración se cumplan con encierro efectivo, están referidas a supuestos en que la hipótesis de dejar en suspenso la condena pueda ser aplicada. Además, puede leerse en dicho fallo: "la razón por la cual la condena condicional se limita a la pena corta de prisión es porque el hecho no reviste mayor gravedad", circunstancia que no se verifica en el caso sub examen.

Las consideraciones expuestas me llevan propiciar la confirmación del fallo de condena, también en relación a la determinación punitiva decidida por la sentencia de primera instancia. Así voto.

9. Tal como he opinado, corresponde confirmar la decisión adoptada sobre las costas del proceso, y fijar los honorarios del letrado defensor en un 25% de los fijados en primera instancia.

El juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1. Analizada la sentencia impugnada, han coincidido los jueces del debate en cuanto a que la conducta de C. resulta encuadrada en las disposiciones del art. 79 del Código Penal, esto es, Homicidio Simple.

De hecho no se ha discutido a lo largo del debate la materialidad ni la autoría habiendo consenso en las formas y circunstancias del óbito de M. y que el autor de la muerte fue el incuso.

2.- Coinciden los jueces en que, además, tal demérito se produjo en un contexto de defensa necesaria aunque, al momento de analizar la racionalidad de la respuesta a la agresión, consideran que la muerte constituyó un exceso *"ab initio"* por lo que encuadran la conducta de C. en las previsiones del art. 35 del Código sustantivo.

3.- Puesto a resolver la cuestión, debo afirmar desde ya que la solución transitará los andariveles propuestos por el Sr. Defensor. En efecto, el análisis del caso llevado a juicio debe, necesariamente, hacerse desde la determinación "ex ante" de la racionalidad del acto defensivo, lo que no

es otra cosa que lo que el abogado de C. expuso en la audiencia aunque en forma algo rudimentaria.

Como se dijo mas arriba, el Dr. M. dijo que se le exigió a su asistido una conducta o aptitud que no poseía, al afirmarse que pudo dirigir los disparos a partes no vitales del cuerpo de la víctima, de efectuar disparos al aire o a un lugar diverso al impactado.

Señaló que si bien efectuó dos disparos, el primero de ellos no impactó en la víctima quién continuó con su aproximación munido de un cuchillo hacia su asistido, develando ello la inminente agresión de aquél, que de no haber efectuado el segundo disparo a corta distancia, hubiera sufrido el ataque, concluyendo con que la conducta de su asistido en modo alguno resultó ser excesiva, sino que la misma comenzó y terminó siendo legitima.

De esa manera relató el imputado su versión de los acontecimientos al momento de celebrase la audiencia de control de detención. Efectivamente, C. señaló que "nosotros pasamos por frente a ellos, por el medio de la calle, ellos estaban en la vereda, pasamos por el frente de ellos, y...no, ante que pasáramos había uno que hace así y saca y tenía un cuchillo de mango blanco y saca y hace así y tenía un nene, cruza la calle yendo para la otra esquina para dejarlo, lo fue a dejar; nosotros pasamos y había otro pibe y con un palo y creo que estaban tomando y a parte tenían...palos y eso; y nosotros agarramos y pasamos nomás y...porque eran...a parte que pasamos eran más grandes que nosotros, nosotros éramos pibitos nomás, esta era gente grande. Nosotros pasamos y...me parece que era Ulloa ese, no lo conozco yo, nos iba siguiendo a la par hasta que llegó a la esquina, llegó a la esquina y nosotros seguimos caminando...y este M. agarra y...me parece que viene porque nosotros seguimos caminando nomás y a unos 5...7 metros empieza a decir "eh qué les pasa con mi pibe, qué onda con mi pibe", y yo iba último en el grupo y al darme vuelta quedé primero, y yo lo miro así y vi al otro pibe que tenía un palo que venía de este lado y venía M. igual, y... yo veo que viene con un cuchillo y...el mismo cuchillo que ya lo

había visto yo de mango blanco, y yo agarro y saco el arma...para mostrarlo y...para ver si se asustaba así o algo así, y yo saco el arma mirando el arma y cuando miro ya lo tenía encima, encima así y agarré...y no se porque tiré, la verdad que apunté, disparé y ahí ya se me borra todo y salí corriendo yo...".

3.- Que la versión del imputado, tal como valoran los jueces del debate, se encuentra apontocada con las declaraciones de los testigos integrantes de su grupo de pertenencia. En efecto, A. M. E. recuerda el episodio como que "el pibe" se acercó con un cuchillo, sin discusión, que M. llevaba un cuchillo en la mano, blandiéndolo para matar o para asustar y que Darío sacó el arma y le tiró dos veces y que estaban los dos de frente.

A su turno, A. F., alias F., manifiesta que había un grupo de personas en el lugar, que uno del grupo se levantó su vestimenta "dorsal", mostró un cuchillo e hizo gestos de agredirlos. Que poco después, se dan vuelta con C. y venía esta persona cuchillo en mano haciendo "gestos como de violencia", que su grupo siguió caminando y luego escucho los disparos.

Coincide G. O. en que iban caminando por calle N. y se cruzan con un grupo de chicos que estaban en la esquina de dicha arteria con P.; ve a M. que saca un cuchillo y "como que nos espera"; que los señalaba y gritó que habían asustado a su hijo; vio por fin que M. venía cruzando la calle, cuchillo en mano, que los otros pibes venían con palos y cintos. Agregó que M. traía el cuchillo en la mano derecha, cruzó la calle y se venía hacia donde estaban ellos, que lo vio cerca, a dos o tres metros y lo vio caer.

La cercanía entre el matador y su víctima también se encuentra científicamente comprobada. En efecto, explicó en la audiencia el Oficial C. G. C., a quien se le encargó la realización de la pericia 50/12, que el disparo se produjo a

una corta distancia, entre 20 y 50 centímetros, estando victima y victimario de pie.

En ese sentido, la autopsia hecha sobre el cuerpo del occiso revela la existencia de una sola herida producida por un proyectil de arma de fuego que le produjo la muerte.

4.- Que ello así, de la prueba rendida en el debate, es dable llegar a la conclusión a que arriban los jueces en punto a que nos encontramos ante una situación de legítima defensa.

En primer lugar, no cabe duda que se dio en la especie una **agresión ilegítima** por parte de M. No cabe duda a estar a los testimonios escuchados –no controvertidos por hipótesis alternativas- que M. emprendió una conducta voluntaria, con claras intenciones de afectar un bien jurídico de C., en concreto, su integridad física, al acometerlo con un cuchillo que llevaba en su mano acercándose, cuanto menos, a una distancia de entre 20 y 50 centímetros, tal como se desprende de la pericial apuntada.

Que tal conducta agresiva era no permitida surge claramente del hecho ponderado correctamente por los jueces del debate en punto a que en ningún momento C. se prestó a pelear con el luego occiso, que siguió caminando con sus conocidos por la calle y que fue M. quien cruzó la arteria para comenzar el ataque. En síntesis, C. advirtió que se gestaba una próxima e inminente afectación de un bien jurídico propio sin obligación alguna de soportarla.

En palabras del maestro Nuñez resulta mucho más claro: "*La agresión es ilegítima si el agresor ha obrado sin derecho. La regla es la ilegitimidad de la agresión. La excepción concurre cuando el proceder del sujeto activo está autorizado por significar el ejercicio de un cargo público o de autoridad (paternal, disciplinaria) o de su derecho (por ejemplo, el de retención)...*" (Manuel de Derecho Penal-Parte General, Lerner, 1999, pag. 163).

También resultó acreditado en forma satisfactoria que C. no provocó de modo alguno aquella agresión. Han valorado correctamente los sentenciantes la prueba rendida y llegaron a la conclusión –que comparto- que no puede argûirse como

provocación suficiente el hecho anterior en que se hubo golpeado a la novia del testigo F. Han sido claros los testigos en punto a que si bien se reunieron los amigos para salir a buscar a los agresores nunca los encontraron, aunque si se toparon con el grupo de M. quién, como se dijo antes, intentó agredir a C.

En cuanto al requisito del apartado b del art. 34, inciso 6, que se viene desgranando, se encuentra acreditado en forma indubitable que tal disparo de arma de fuego efectuado por C. era **necesario** para repeler la agresión.

"Para ser legítima, la defensa requiere ante todo ser necesaria, y no lo es cuando el sujeto dispone de otra conducta, menos lesiva o inocua, y le es exigible la realización de la misma en lugar de la conducta típica en cuestión. No actuará justificadamente quien pudiendo repeler una agresión a puñetazos responde con una ametralladora, o quien para defenderse de los puñetazos inciertos de un borracho le propina un golpe que le fractura varios huesos. En estos casos queda excluida la legitimidad de la defensa, porque la conducta realizada no era la necesaria para neutralizar la agresión: los golpes se pueden responder de la misma manera y al borracho basta con darle un empellón." (Zaffaroni-Alagia-Slokar, Tratado, 2000, pag. 615).

En efecto, tal como ha sido valorado por los jueces, *ex ante*, la conducta defensiva emprendida era la única con que contaba para repeler el ataque armado, ante un grupo de personas que acompañaban al agresor, algunos con palos o cintos, quien era mayor de edad, pudiéndose afirmar que llegó hasta una distancia menor a un metro con su cuchillo en mano.

Tampoco podría ponerse en la cuenta de C. el hecho de no haber emprendido la huida. Tal como decía el profesor alemán Welzel, *"la fuga no es exigible, en principio, al agredido, pero sí, en cuanto su honor no sufra desdoro, en eludir la agresión (especialmente frente al inculpable), lo*

mismo que la aceptación de ayuda ajena (RG., 71-1 34, 72-58)" (DERECHO PENAL-PARTE GENERAL, Pag. 93).

Por último, en cuanto a la racionalidad de la defensa, diré con el maestro Zaffaroni que "*…la defensa deja de ser legítima cuando el empleo del medio necesario para evitar el resultado tiene por efecto la producción de un resultado lesivo concreto que, por su inusitada y escandalosa desproporción respecto de la agresión, provoque más inseguridad jurídica que la agresión misma…* y que… *la ley no exige una equiparación ni proporcionalidad de instrumentos, sino la ausencia de desproporción aberrante entre las conductas lesiva y defensiva, precisamente en sus respectivas lesividades. Así, no será irracional la defensa del que siendo atacado a puñaladas se defiende con un arma de fuego, porque no existe una aberrante desproporción lesiva entre ambas conductas, aunque objetivamente sea más dañoso un revólver que un cuchillo…"* (ob. Cit., pag. 613).

5.- Es por ello que, en este extremo, dejare de acompañar la sentencia impugnada para votar en el sentido que no encuentro exceso alguno en el accionar de C. por haber sido su acto defensivo, repito, necesario por no poder exigírsele otra conducta alternativa y racional al no haber una desproporción aberrante entre la lesividad que provocó y la que quiso repeler.

De los elementos rendidos en la audiencia, no es dable suponer conducta alternativa alguna que pudiera haber emprendido el imputado; no se ha verificado si el primer disparo –de los dos escuchados por los testigos- fue al aire y luego el letal; no se ha acreditado en forma contundente la posibilidad real de fuga (a pesar de considerar que no es exigible en el caso).

Aún siendo reiterativo, la ausencia de acreditación del cuadro de situación en que se dio el luctuoso resultado, impide verificar con certeza el exceso intensivo referido por los jueces penales. En efecto, no es dable afirmar apodícticamente que C. hubiera podido elegir ante la inminencia del ataque armado el lugar exacto para efectuar su disparo, o valorar correctamente la actitud defensiva, no

siendo menor la circunstancia –como hipótesis sugerida por el Dr. Piñeda- que hubiera efectuado uno intimidatorio antes que no alcanzó la humanidad de M. y, ante la continuación de la agresión, efectuó el letal.

6.- En definitiva, encontrándose acreditado que la acción típica llevada a cabo por el imputado, Homicidio Simple del art. 79 del Cód. Penal, fue emprendida ante la agresión ilegítima, no provocada y con un medio –refiriéndome no al instrumento en sí, sino a la modalidad de su utilización- necesario y proporcional a la conducta lesiva en ciernes, no pudiéndose sostener que la misma haya excedido los límites del permiso legal, es que corresponde sin más la absolución del traído C. por haber sido su accionar justificado de conformidad con las pautas del art. 34 inc. 6 del Código Penal y consecuentemente con ello, el cese de la cautelar que sobre el mismo pesa.

7. Corresponde imponer las costas al acusado (art. 242, inc. 3ro. CPP) y regular los honorarios del profesional a cargo de la Defensa del acusado en la suma de veintiún (21) JUS, por la labor desarrollada en esta etapa, a cargo del imputado. (art. 5, 7, 13, 44 y ccdtes. de la Ley XIII N° 4, antes Decreto-Ley 2200).

El juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. La defensa técnica postula la revocación de la sentencia, sosteniendo que los jueces efectuaron una errónea valoración de la prueba producida en el debate, entendiendo que la solución correcta que debieron inferir de todas ellas, es dar por verificada en el caso la situación fáctica de la legítima defensa propia y , de esta forma, absolver a su defendido.

Subsidiariamente, plantea se imponga la pena de un año de prisión, conforme a los tipos penales escogidos por el tribunal sentenciador, basando el planteo en la falta de antecedentes penales del imputado, su corta edad y la realidad negativa que presentan las cárceles del país,

peticionando que el dicho monto se deje, a su vez, en suspenso.

2. Adelantamos que lleva razón la postulación referida, pues estimamos que los hechos probados configuran, sin duda, la eximente alegada, descalificando así la reconstrucción fáctica a la que llegan los jueces del caso.

En esta senda, todos los votos dan por probados, con la debida certeza, que hubo una agresión ilegítima de la víctima, no provocada en forma suficiente por el imputado, y que éste se encontró en la necesidad de defenderse. Sobre estos puntos no es posible revisar nada, al no haber sido controvertidos en esta instancia, por lo cual la discusión se debe centrar exclusivamente en la existencia o no de la figura del exceso, estipulada en el artículo 35 de nuestro código penal para todas las causas de justificación, por lo que allí vamos.

3. En primer término, corresponde recordar el marco teórico pertinente que dará la razonabilidad necesaria a nuestra decisión, para luego determinar la comprobación de los hechos que encajan en él. Sabido es que ante una agresión ilegítima, surge la necesidad de defenderse mediante una acción que sea la más idónea frente al caso, es decir, aquella que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir un daño, lo que implica la utilización de medios objetivamente eficaces que permitan esperar con seguridad la eliminación del peligro. Entonces, para juzgar acerca de su idoneidad, hay que tener en cuenta no solo la imposibilidad de otra conducta menos lesiva- necesidad-, sino también su racionalidad, esto es, que no haya una desproporción grosera entre la agresión y la defensa. En este último sentido, hay que recordar aquí que el medio utilizado no hace referencia al instrumento, sino a todo género de acciones que incluyan al mismo como modalidad, extremo indispensable para la valoración, ya que la ley no exige equiparación de instrumentos, sino ausencia de desproporción grave, aberrante o inusitada entre la acción lesiva de defensa y la lesión que se trata de impedir o repeler. Es decir, el juicio deberá hacerse no solo teniendo en cuenta la

dañosidad objetiva del instrumento- el revólver, por ejemplo, es mas dañoso que un cuchillo- sino la modalidad de su utilización conforme las circunstancias fácticas, pues, en principio, no es irracional defenderse de un ataque inminente y seguro de quien acomete con un cuchillo, con un arma de fuego.

Amén de estos principios generales aplicables a todos los casos, es muy ilustrativo traer todas las reflexiones de doctrina y jurisprudencia, sobre las conductas defensivas con armas de fuego, frente a agresiones con otros instrumentos menos lesivos. Sobre todo, nos interesa determinar en qué casos son exigibles los disparos de advertencia y/o las amenazas previas de utilizar el arma de fuego que debe efectuar quien así se defiende. En este punto, se entiende en forma casi unánime que alguna o ambas son exigibles en principio, salvo que con tales conductas el que se defiende corra el peligro inminente de que se consume la agresión. Es decir, no será válida la exigencia, si las conductas de advertencia implican la anulación de la conducta posterior de utilización del arma de fuego. (*Cfr. Roxin, Claus; Derecho Penal, T1, Ed. Civitas, Madrid, España, Pag. 629).*

4. Si aplicamos tal marco teórico y ejemplos de la práctica, ellos encajan perfectamente en el caso traído a juzgamiento, pues no solo el imputado- según sus dichos no refutados con certeza por la acusación- blandió el arma con la intención de intimidar a su agresor, sino que después de ello no le quedaba tiempo para efectuar tiros de advertencias en el mismo sentido. Si esto es así, tampoco puede achacársele a un joven veintiañero, asustado, que es acometido por un adulto con un cuchillo- sin que desistiera de la agresión, no obstante la interposición de un arma de fuego-, haber pensado en la posibilidad de apuntar a zonas no vitales, tal como lo afirman lo jueces.

En efecto, dice el imputado que venía caminando con su grupo de amigos por la calle, iba en último lugar, se da vuelta y observa, a unos cuatro o cinco metros, que se le acercaba la víctima en forma amenazante con un cuchillo, vociferando acerca de que ellos querían molestar a su hijo y que andaban " bardeando", por lo que saca el arma de fuego de su cintura y se lo muestra al atacante para asustarlo, con la finalidad de que desista, pero éste siguió caminando hacia él con el cuchillo, por lo que, al tenerlo corporalmente encima, dispara su arma de fuego, y salió corriendo, asustado. Estas declaraciones, tienen su corroboración objetiva en la pericia criminalística, ya que el disparo se produjo a escasos veinte centímetros, estando ambos de pié, frente a frente, de abajo hacia arriba, lo cual concuerda con el relato del imputado acerca de que al sacar el arma para asustarlo, ya prácticamente lo tenía encima, por lo que dispara. Con este contexto, es irracional no solo exigir al acusado la serenidad necesaria como para pensar en disparar hacia zonas no vitales, sino que tampoco era segura y eficaz tal conducta para evitar la agresión, por la cercanía misma de la víctima.

Recordemos que la necesidad y racionalidad de la acción defensiva, debe valorarse siempre desde el prisma del sujeto que se defiende en el momento del hecho y, en este sentido, no surge ningún elemento que pueda llevar a sostener que el imputado tuvo algún yerro en la apreciación de los hechos que pudiera trasladar la cuestión a la culpabilidad, en virtud de error causado por alguna perturbación del ánimo sobre tal punto, por lo que tanto la necesidad como la racionalidad, aparecen en el caso como bien merituadas por el imputado, como medio más seguro y eficaz para neutralizar las consecuencias lesivas del acometimiento con un cuchillo que se encontraba sufriendo, sin provocación alguna de su parte.

En suma, entendemos que en el caso se dan con claridad todos los requisitos esenciales de la legítima defensa propia, pues amén de que nadie discute que existió agresión ilegítima por parte de M., que no hubo provocación por parte

del imputado y que se presentó la necesidad abstracta de defensa, la acción defensiva fue la más idónea en el caso, ya que – repetimos- era la más segura para impedir la lesión con el cuchillo a su integridad física, luego de fallar la intimidación que se intentó imponer mostrando el arma por unos instantes, situación que transforma a la acción de disparar en racional, configurándose la situación fáctica que habilita a toda persona a ejercer el derecho de defensa legítima propia.

Por todo ello, deberá revocarse la sentencia condenatoria y declarar que el imputado cometió la acción típica de homicidio, justificado por el tipo permisivo previsto en nuestro Código Penal en el artículo 34 inciso 6, lo que obliga a solucionar procesalmente la cuestión disponiendo la absolución de C. y la extinción de la medida precautoria que viene sufriendo. Así lo voto.

5. En cuanto a las costas y regulación de honorarios profesionales, adhiero a lo resuelto por el colega que precede en el orden de votación.

De conformidad con los votos precedentes, con la disidencia de la Dra. Mónica Rodríguez, esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1) Hacer lugar a la impugnación ordinaria interpuesta por la defensa técnica del imputado D. A. C. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), absolviendo al acusado con relación al delito de homicidio simple con exceso en la legítima Defensa (arts. 35, 45 y 79 del C.P.), ocurrido en fecha 07/03/12 en la ciudad de Trelew;

2) Disponer el cese de la cautelar dictada respecto de D. A. C. (art. 333 del C.P.P.), librándose oficio a la Oficina Judicial a los fines de su toma de razón;

3) Imponer las costas al acusado (art. 242, 3er. párrafo del CPP), regulando los honorarios profesionales del Dr. A. M. en la suma de veintiún (21) JUS por la labor desarrollada

en esta instancia, de conformidad con lo establecido en los arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII-4 (antes decreto-ley 2.200; y

4)Regístrese, protocolícese y notifíquese.-

Omar Florencio Minatta **Mónica Rodríguez**
(en disidencia)

El Dr. Alejandro Gustavo Defranco no suscribe la presente por ausencia posterior al acuerdo (art. 331 *in fine* CPP). Registrada con el Nro. 12/2013 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.