



UNIVERSIDAD DE  
**Belgrano**  
BUENOS AIRES - ARGENTINA

## **Universidad de Belgrano**

### **Posgrado de Especialización en Derecho Penal**

#### ***Caso Práctico “Juana y sus hermanas”***

**Trabajo Final Integrador  
Previo a la obtención del título de Especialista en  
Derecho Penal**

**Tutor: Dr. Sandro  
Abraldes**

**Autor: Pablo Matías  
Gómez,**

**Carrera: Posgrado de  
Especialización en  
Derecho Penal.**

**Matricula P000141924**

**2021**

# TRABAJO FINAL INTEGRADOR “Juana y sus hermanas”

## Índice de contenidos

<b>1. <u>PRESENTACION DEL CASO OBJETO DE ANALISIS</u></b>	<b><u>PÁG. 3</u></b>
<b>2. <u>PAUTAS MATERIALES Y FORMALES</u></b>	<b><u>PÁG. 4</u></b>
<b>3. <u>INTRODUCCIÓN -</u></b>	<b><u>PÁG. 5</u></b>
<b>4. <u>PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA</u></b>	<b><u>PÁG. 6</u></b>
<b>5. <u>TEORIA DEL DELITO</u></b> Acción Tipicidad Antijuricidad	<b><u>PÁG. 7</u></b>
<b>6. <u>LEGITIMA DEFENSA</u></b>	<b><u>PÁG. 9</u></b>
<b>7. <u>EXCESO EN LA LEGITIMA DEFENSA</u></b>	<b><u>PÁG. 13</u></b>
Exceso intensivo y extensivo	
<b>8. <u>JURISPRUDENCIA</u></b>	<b><u>PÁG. 16</u></b>
<b>9. <u>EXCESO EN LA LEGIMITA DEFENSA VS. JUSTICIA POR MANO PROPIA</u></b>	<b><u>PÁG. 18</u></b>
<b>10. <u>GARANTIAS APLICABLES</u></b>	<b><u>PÁG. 19</u></b>
<b>11. <u>INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA</u></b>	<b><u>PÁG. 20</u></b>
<b>12. <u>AUTORIA Y PARCIPACIÓN</u></b>	<b><u>PÁG. 21</u></b>
<b>13. <u>VIOLENCIA DE GENERO Y LEGITIMA DEFENSA</u></b>	<b><u>PÁG. 23</u></b>
<b>14. <u>CONCLUSIÓN</u></b>	<b><u>PÁG. 27</u></b>
<b>15. <u>BIBLIOGRAFÍA</u></b>	<b><u>PÁG. 31</u></b>

## 1. PRESENTACIÓN DEL CASO OBJETO DE ANALISIS

La tarde del día de autos se presentó en la choza habitada por la familia Pérez el individuo José, cuyas relaciones amorosas con Juana Pérez habían sido cortadas hacía tiempo por ésta y sus padres al saber que tal sujeto era de pésimos antecedentes, vago, pendenciero, provocador, mal hijo y amigo de lo ajeno. Habiendo salido las hermanas, hoy procesadas, Nélide y Patricia, hermanas a su vez de Juana, para dar de comer al ganado, José aprovechó el momento para proponer a Juana yacer con él, a lo que se negó ésta, por lo que la cogió violentamente y la arrojó sobre un camastro para lograr por la fuerza lo que se le negaba, no logrando su propósito por la resistencia de la ofendida, ayudada por Ulrika, otra hermana igualmente procesada, que lo sujetaba por la espalda, acudiendo las otras dos hermanas a las voces de auxilio que daban, las cuales al ver el peligro que corría se armaron: Nélide de un hacha pequeña y Patricia y Ulrika de palos, descargando la primera un golpe en la cabeza del agresor causándole una herida mortal que le hizo caer al suelo, del que intentó levantarse sin conseguirlo por los repetidos golpes que las tres hermanas continuaron dándole hasta matarlo<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> STS del 7.11.1946, citado Edgardo A. Donna, Casos y fallos de Derecho Penal, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2000, pp. 385-6

## **2. PAUTAS MATERIALES Y FORMALES PARA LA ELABORACIÓN, PRESENTACIÓN Y DEFENSA DEL TRABAJO FINAL INTEGRADOR**

a. El acceso al grado de Especialista en Derecho Penal requiere de la elaboración y defensa eficaz de un trabajo final integrador, que en este caso tratará de la solución integradora del caso suministrado. El caso no debe ser modificado por el alumno.

Se deberá entonces:

1. Identificar adecuadamente los problemas que el caso plantea. Los presupuestos fácticos del caso no deben ser modificados.
2. Resolver la imputación y reproche penal respecto de sus protagonistas.
3. Aplicar y desarrollar los tipos penales que hagan a la solución del caso.
4. Integrar y desarrollar las cuestiones de derecho procesal penal que amerite considerar.
5. Especificar y fundamentar los derechos y garantías constitucionales y convencionales de aplicación al caso tratado.
6. Incluir en la resolución propuesta la perspectiva de abordaje de las restantes asignaturas cursadas en la Especialización.
7. Extensión aproximada del trabajo: 40 páginas.
8. El desarrollo y conclusiones deberán contar con respaldo bibliográfico específico, especialmente de artículos en revistas especializadas y contar con notas a pie de página.
9. El trabajo contará con la asistencia de un profesor tutor.

b. Concretado el trabajo final integrador, será presentado junto a una nota del profesor tutor que señale reunidas las condiciones para pasar a la instancia de defensa, que se realizará en forma oral ante un tribunal.

El tribunal se conformará con el Director del programa y dos profesores de la Carrera. Si el Director de carrera hubiera sido el profesor tutor, el tribunal estará integrado por tres profesores.

e. El día de la defensa, el procedimiento será el siguiente: el postulante contará con 15 minutos para la exposición ante el tribunal de las líneas centrales de su trabajo, sus contenidos y sus resultados. Seguidamente, cada uno de los miembros del tribunal formulará sus reflexiones y preguntas, las que a continuación podrán ser replicadas y respondidas por el postulante. Luego de ello, podrá hacer uso de la palabra el profesor tutor del trabajo, para referirse al desarrollo de la actividad bajo su dirección. Finalmente, el tribunal deliberará en sesión privada, comunicará la calificación seleccionada conforme al criterio sentado en el reglamento general de posgrados y la fundamentará.

f. En cuanto pautas de evaluación, el tribunal tomará en consideración las expuestas a continuación.

El trabajo final permite verificar el desarrollo de las competencias propias que el programa pretende desarrollar: actualización y profundidad de los conocimientos construidos, integración de aprendizajes y contenidos académicos realizados en el proceso formativo de la carrera, capacidad de análisis, solvencia técnica, autonomía en los criterios de resolución -con equilibrio valorativo y pragmático- y claridad expositiva.

El tratamiento brindado a la temática permite evaluar el nivel de profundidad y actualización, que surge del material recopilado y su correcta inserción en el trabajo, dentro de los cuales tendrán especial consideración la selección pertinente del componente normativo y el examen crítico -racional de la jurisprudencia vigente. El contenido general del acto de defensa también autoriza el examen de la destreza en la argumentación y el uso de una lógica jurídica de resolución de casos.

### 3. INTRODUCCIÓN

A través del análisis del presente caso, se verá que no toda muerte constituye siempre, jurídicamente, un homicidio en los términos del art. 79 del Cód. Penal. De allí que la doctrina entienda que “el homicidio consiste en una muerte injusta de un hombre por otro hombre, toda vez que tal hecho no constituirá delito cuando dicha muerte esté jurídicamente autorizada, como ocurre en los casos de legítima defensa, estado de necesidad o ejercicio de un cargo”

Iniciaré el análisis partiendo desde la teoría del delito, hasta llegar a las causas de justificación en donde encontraré la solución. Y esto es así, porque nuestro ordenamiento jurídico penal no solo consta de prohibiciones, sino también de autorizaciones que levantan la prohibición bajo determinados presupuestos.

Se explicará que, para que concurra la causa de justificación de la legítima defensa de la persona o derechos de otro, la ley penal sustantiva requiere (a) la confluencia de una agresión ilegítima actual o inminente y (b) que el medio empleado por el autor para impedir o repeler dicho ataque sea racionalmente necesario, siempre que el agredido no haya provocado la agresión o, en caso contrario, que no haya participado en ella el tercero (art. 34 inc. 7º Cód. Penal).

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

#### **4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.-**

Es posible y así lo reconocen la mayoría de legislaciones modernas, que se superen los límites impuestos por la ley para reconocer una causa de justificación, apareciendo entonces el exceso. Las leyes penales en el mundo prevén, en unos casos, una graduación de las penas aplicables al exceso de defensa; en otros, dejan al arbitrio del juez la decisión de castigar o no el exceso, y finalmente, como es el caso de nuestro código, convirtiendo en culposa la responsabilidad inicialmente dolosa<sup>2</sup>.

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

<sup>2</sup>**ARTICULO 35 CP.-** El que hubiere excedido los límites impuestos por la Ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia.

## 5. TEORIA DEL DELITO<sup>3</sup>

Como primer paso de análisis, debemos averiguar qué es delito, es decir cuáles son las características que tiene que tener el hecho para ser considerado delito. Debiendo entonces, buscar la respuesta en el Código Penal. Es así que, en nuestro ordenamiento penal, en su art. 79 establece que *'Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años al que matare a otro, siempre que en este Código no se estableciere otra pena.'*

**Acción:** El caso describe claramente la conducta llevada a cabo por las hermanas de Juana. Nélide, quien se arma de un hacha, y por su parte Ulrika y Patricia de palos. Si bien Nélide es la primera en descargar un golpe mortal en la cabeza del agresor (José), quien cae al suelo e intenta levantarse, pero no lo logra a raíz de que las tres hermanas continúan efectuándole repetidos golpes hasta causarle la muerte. -

El hecho desplegado responde perfectamente a la estructura de toda acción humana. Internamente, las tres hermanas (Nélide, Ulrika y Patricia) han fijado las metas de su conducta al impedir el abuso sexual del fallecido José sobre Juana, han seleccionado los medios (hachas, y palos), con lo cual le han causado la muerte al agresor. Está claro que la voluntad ha sido exteriorizada.

Por último, está claro que las tres hermanas actuaron voluntariamente, y que no se hayan presentes ningunas de las causas de exclusión de la acción<sup>4</sup>.

<sup>3</sup>Se llama entonces 'teoría del delito' a la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar que es el delito en general, es decir, cuales son las características que debe tener cualquier delito...para averiguar si hay delito en un caso concreto, tendremos que formularnos una serie de preguntas, las que en forma conjunta con sus respuestas deben darse en un cierto orden.

Esta definición de teoría del delito como conducta típica, antijurídica y culpable, nos da el orden en que debemos formularnos las preguntas que nos servirán para determinar en caso concreto si hubo o no delito. En primer lugar, debemos preguntarnos si hubo conducta, porque si falta el carácter genérico del delito nos hallamos ante un supuesto de ausencia de conducta y no cabe preguntar más. Luego, debemos preguntarnos por los caracteres específicos, pero también allí debemos seguir el orden señalado, porque si concluimos que la conducta no está individualizada en un tipo penal, no tiene caso averiguar si está permitida (antijuricidad).

ZAFFARONI, Raul Eugenio, Manual de Derecho Penal, Parte General, Ediar, Bs. As. 2003 Pag 313.

<sup>4</sup>Art. 34 Inc. 1 CP: No son punibles: 1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones'.

## **Tipicidad**

Sabemos que, entre una infinita cantidad de conducta posibles, solo algunas son delitos. Técnicamente llamamos *tipos* a estos elementos de la ley penal que sirven para individualizar la conducta que se prohíbe con relevancia penal.

Cuando una conducta se adecua a alguno de los tipos legales, decimos que se trata de una conducta típica o lo que es lo mismo que la conducta presenta la característica de tipicidad<sup>5</sup>.

En el caso en concreto, la acción mencionada de las tres hermanas se encuentra descrita en nuestro ordenamiento penal, en su art. 79, el cual textualmente expresa '**Artículo 79.** – *Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años al que matare a otro, siempre que en este Código no se estableciere otra pena.*' Por lo cual, la parte objetiva del tipo penal se encuentra completa.

En este orden de ideas, no queda duda alguna, que Nélide, Ulrika y Patricia, haciendo uso de sus armas causaron la muerte de José, afectando de esta forma el bien jurídico protegido, quedando subsumida la conducta en el tipo penal arriba descripto.

## **Tipo subjetivo**

Teniendo como fundamento el concepto de dolo como conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo penal, claro está que las tres hermanas obraron dolosamente. Al tener un conocimiento actual y efectivo, de todos los elementos previstos en el artículo 79 del código penal. Nélide, Ulrika y Patricia sabían que estaban golpeando al agresor y lo hicieron hasta causarle su muerte.

De este modo, ya tenemos dos caracteres del delito: genérico uno (conducta) y específico otro (tipicidad).

## **Antijuricidad**

Puesto que no toda conducta típica es un delito, nos posicionamos en el tercer escalón o categoría de la teoría estratificada del delito, para determinar si la conducta de las tres hermanas está amparada por alguna de las causas de justificación previstas en el art. 34 de nuestro ordenamiento penal, de acuerdo a los incisos 3, 4, 6 y 7<sup>6</sup>. Ya que, en caso afirmativo, la existencia de alguna de ellas obstaría a la presencia de la antijuricidad, lo que conllevaría a decir que la acción típica se encuentra justificada legalmente.

<sup>5</sup> ZAFFARONI, Raul Eugenio, Manual de Derecho Penal, Parte General, Ediar, Bs. As. 2003, pág. 317



Los requisitos expuestos (Acción, Tipicidad, Antijuricidad y Culpabilidad), dentro de la estructura de la teoría del delito, funcionan a manera de filtros, es decir son niveles de análisis, de forma que la existencia de cada uno de ellos presupone la presencia del anterior (progresividad) y todos tienen la finalidad de ir descartando las causas que impedirían la aplicación de una pena y comprobando si se dan las que condicionan esa aplicación. Luego de haberse determinado que la conducta humana de las tres hermanas se subsume en un tipo penal, procederé al análisis de la causa de justificación que considero es la que se adecua al presente caso, y es la legítima Defensa de terceros.

## 6. LA LEGÍTIMA DEFENSA

La legítima defensa es una de las causas de justificación que excluyen la antijuricidad de la acción típica. Opera en los casos excepcionales en los que sólo el individuo puede defender sus bienes jurídicos más preciados<sup>7</sup>.

Fontán Balestra la define como *“la reacción necesaria para evitar la lesión ilegítima, no provocada, de un bien jurídico, actual o inminentemente amenazado por la acción de un ser humano.”*<sup>8</sup>

<sup>6</sup>**ARTICULO 34.-** No son punibles:

3º. El que cautare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño;

4º. El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo;

6º. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:

a) Agresión ilegítima;

b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla;

c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor.

Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia;

7º. El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor.

<sup>7</sup> Muñoz Conde Francisco, Derecho Penal Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. Pág. 366.

<sup>8</sup> FONTAN BALESTRA, C. (1998). Derecho penal. Introducción y parte general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, página 280.

Jiménez de Asúa la delinea como “repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla.”<sup>9</sup>

Zaffaroni, explica que la legítima defensa como acción de amparo o protección debe ser la consecuencia de una agresión ilegítima previa.

Entonces, la legítima defensa tiene lugar cuando media una situación de necesidad, lo que la vincula a otra causa de justificación: el estado de necesidad. No obstante, ambas se mantienen nítidamente separadas: en el estado de necesidad se hace necesario un medio lesivo para evitar un mal mayor, en tanto que en la legítima defensa el medio lesivo se hace necesario para repeler una agresión antijurídica.

Esta diferencia hace que en el estado de necesidad deba mediar una estricta ponderación de los males: el que se causa y el que se evita, debiendo ser mayor el que se quiere evitar. En cambio, en la legítima defensa esa ponderación de solo puede funcionar como límite<sup>10</sup>.

### **Presupuestos o requisitos de procedencia de la legítima defensa propia<sup>11</sup>**

#### **Agresión**

Para el jurista español Jiménez de Asúa, el derecho de defensa comienza con la agresión y concluye con ella. Debe haber unidad de acto entre agresión ilegítima y defensa. Ésta debe ser consecuencia inmediata de aquélla. Por eso, no cabe defensa contra ataques pasados, pues no siendo factible repeler o impedir el ataque terminado, la violencia subsiguiente sería venganza<sup>13</sup>.

Si la agresión no es inminente o ha dejado de perpetrarse, la defensa será excesiva y tendremos que examinar la posibilidad de exculparla. La agresión no debe estar a su vez, justificada, ni mucho menos ser culposa. Ha de ser, además, ilegítima, es decir, ilícita.

<sup>9</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1952). Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires: Losada, pág. 26

<sup>10</sup> ZAFFARONI, Raul Eugenio, Manual de Derecho Penal, Parte General, Ediar, Bs. As. 2003,488

<sup>11</sup> 34 inc. 6° del CP, podemos extraer que los presupuestos o requisitos de procedencia de la legítima defensa propia son:

- a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; y c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende (art. 34, inc. 6°, C.P.).

Asimismo, en cuanto a la legítima defensa de terceros los requisitos de los apartados a) y b) se repiten, y en lo que respecta al apartado c), aun habiendo mediado provocación suficiente de parte del agredido, la defensa es legítima si no ha participado en ella el tercero defensor (art. 34, inc. 7°, C.P.).

<sup>12</sup> Zaffaroni Eugenio Raúl, Derecho Penal Parte General, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2005. Pág. 612

<sup>13</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1952). Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires: Losada, pág. 26

De los contextos que fueron expuestos, surgen los supuestos de “legítima defensa propia” y “legítima defensa de terceros”. El primero ocurre cuando aquél que en defensa de su persona o sus derechos, empleando un medio racionalmente necesario para impedir o repeler una agresión ilegítima y sin que medie provocación suficiente de su parte, le ocasiona un perjuicio a la persona o derechos del agresor (art. 34, inc. 6º, C.P.). El segundo, sobreviene cuando aquél que empleando un medio racionalmente necesario para impedir o repeler una agresión ilegítima de un tercero, en la que el agredido no haya provocado suficientemente la agresión o, en caso contrario, que no haya participado en ella el tercero defensor, le ocasiona un perjuicio a la persona o derechos del agresor (art. 34, inc. 7º, C.P.).

### **Falta de provocación suficiente**

La ley niega el permiso para defenderse legítimamente a quien ha provocado suficientemente la agresión.

La falta de provocación suficiente por parte del titular del bien agredido es una conducta anterior a la agresión, desvalorada por el derecho en forma tal que hace cesar el principio fundamentador de la legítima defensa (nadie está obligado a soportar lo injusto).

La conducta para ser provocadora debe operar como un motivo decisivo para la conducta antijurídica agresiva. Si el agresor ha ignorado la conducta del agredido, no puede hablarse de provocación pues no ha sido ella la que ha ‘provocado’ la agresión.

En la práctica puede ser difícil delimitar dónde termina la justificación y comienza la exculpación, que puede darse justamente en los casos de exceso de defensa. Para que la defensa excluya la antijuridicidad del tipo y constituya el ejercicio de un derecho, debe cumplir ciertos requisitos que la legitimen. El argentino Zaffaroni subraya que el ejercicio de todos los derechos debe plantearse con base en la racionalidad. Así, cuando la acción defensiva causa un daño inusitado, cesa la legitimidad por su falta de racionalidad<sup>14</sup>.

### **Necesidad racional del medio empleado**

Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido que “...la necesidad constituye una exigencia tan básica como lo es el ataque y, por tanto, una condición de la que no se puede prescindir. Sin el requisito de ser necesaria no puede hablarse de defensa, ni completa ni excesiva. Cita a Jiménez de Asúa, quien señala el papel que juega la necesidad en la justificación, que la necesidad es todo esto: supone oportunidad del empleo de la defensa; imposibilidad de usar otros medios menos drásticos; inevitabilidad del peligro por otros recursos, pero todo ello en directa relación y subordinación al peligro que nos amenaza, a la entidad del bien jurídico amenazado y a la figura típica que surge de la

<sup>14</sup> Zaffaroni Eugenio Raúl, Derecho Penal Parte General, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2005. Pág. 612

reacción<sup>15 16</sup>.

La doctrina es unánime en calificar a la defensa de legítima –contrapartida de la ilegitimidad de la agresión– cuando reúne dos condiciones: necesaria y proporcionada. Para ser legítima, la defensa requiere en principio ser necesaria. La necesidad es *conditio sine qua non* de la defensa, sin esta, no puede hablarse de defensa, ni completa ni excesiva. “Así como no hay defensa legítima sin agresión ilegítima, no habrá legítima defensa sin necesidad<sup>17</sup>.”

### **Legítima defensa de terceros**

Entonces la legítima defensa de un tercero encuentra su fundamento, al igual que la legítima defensa propia, tanto en el principio de supremacía del derecho como el de la protección individual. Para su configuración requiere de los mismos elementos de la legítima defensa propia, esto es: a) agresión ilegítima actual e inminente por parte de otra persona, b) que la defensa sea necesaria para impedir que la lesión al bien jurídico se materialice c) que la entidad de la reacción sea proporcionada. d) que la agresión no haya sido provocada por tercero.<sup>18</sup>

### **Ex ante y Ex Post**

Para el especialista en Derecho Penal Sebastián SOLER, la medida para juzgar el estado de necesidad y la racionalidad del medio empleado debe ser concebida “desde el punto de vista de un agredido razonable en el momento de la agresión, y no con la objetividad que puede consentir la reflexión ulterior”<sup>19</sup>.

La defensa debe valorarse *ex ante* y no *ex post*, es decir desde el punto de vista del sujeto en el momento en que se defiende, pero si *ex ante* fuese posible reconocer la innecesidad de la defensa y ésta no se hubiera reconocido en razón de un verdadero error provocado por la perturbación del ánimo causada por la agresión, se tratará de un problema de culpabilidad y no de una causa de

<sup>15</sup> CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6 CCC 40694/2018/3/CA1 CCC 40694/2018 “Á., C. s/homicidio agravado” Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 4 Procesamiento ///nos Aires, 15 de agosto de 2018.

<sup>16</sup> Se ha dicho que tal noción de necesidad racional constituye un concepto “más amplio que la simple necesidad y la necesidad absoluta”, que depende de circunstancias tales como “las situaciones individuales de las personas intervinientes, los medios de que dispone el agredido para actuar, las circunstancias de tiempo y lugar, el objetivo del ataque y la intensidad de éste. (Juzgado de Control, Niñez, Penal Juvenil y Faltas de Cosquín. Causa “ROMERO, Marcelo German p.s.a. homicidio simple”, A.I. N° 12 de fecha 15/03/2012)

<sup>17</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1952). Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires: Losada, pág. 213

<sup>18</sup> 7. El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor.

<sup>19</sup> Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, t. 1, p. 387. Según Consta en DONNA Edgardo Alberto, El Exceso en las causas de justificación, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985, pág. 42

justificación.<sup>20</sup>

En esa misma línea, el autor Jiménez de Asúa, sostiene que para que se dé la legítima defensa perfecta ha de existir proporcionalidad entre la repulsa y el peligro causado por el ataque, medida individualmente, en cada caso, pero no subjetivamente, sino conforme al criterio objetivado del hombre razonable que en ese instante y circunstancia se ve agredido.<sup>21</sup>

## 7. EXCESO EN LA LEGITIMA DEFENSA.-

Soler define al exceso como “la intensificación innecesaria de la acción judicialmente justificada cuando el sujeto en las condiciones en que concretamente se halló, pudo emplear un medio menos ofensivo e igualmente eficaz”<sup>22 23</sup>.

Ello así toda vez que la legítima defensa requiere un peligro real, objetivo e inminente. Esto es, actos agresivos que demuestren materialmente un peligro actual, directo, ante lo cual surge la reacción para librarse de ello, reacción que debe ser racionalmente necesaria para impedir o repeler la agresión. Esto significa que sea “oportuna” (si se usa para impedir la agresión inminente o para repeler la agresión actual) y el medio empleado debe “guardar proporción con la agresión”. En consecuencia, resultará inoportuna cuando se ejerce antes o después de producida la agresión, no agrediendo ya el que dejó de accionar (como se suele decir “no precipitación, no retardo, la que se anticipa es agresión, la tardía es venganza”) protegiendo la ley el exceso de la legítima defensa (art. 35 C.P.), no así el “abuso”, de quien obra fuera de la justificante.

Descartada la legítima defensa, el tratamiento bajo la órbita del exceso en la misma deviene abstracto toda vez que el exceso presupone que el autor obre dentro de la justificante respectiva y su conducta (por negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia), vaya más allá de lo permitido. Finalmente resta expresar que debe diferenciarse “Exceso” de “Abuso”,

<sup>20</sup> ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A. (2002). Derecho Penal. Parte general (2a ed.). Buenos Aires: Ediar, página 644.

<sup>21</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1952). Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires: Losada, pág. 219

<sup>22</sup> SOLER, S. (1987). Derecho penal argentino (5a ed.). Buenos Aires: Tea, pág. 452

<sup>23</sup> ¿Qué efectos tiene el exceso? El exceso tiene como efecto práctico convertir en culposa la responsabilidad inicialmente dolosa. (siempre y cuando el delito imputado tenga la forma culposa también). Es decir, si el delito cometido por quien se defendió fue, por ejemplo, un homicidio y se excedió al defenderse, podrá tener responsabilidad por homicidio, pero en su forma culposa con la respectiva disminución considerable de la pena. (Legítima defensa. Diez aspectos clave para comprender su alcance por FEDERICO A. BORZI CIRILLI 22 de abril de 2019 [www.saij.gov.ar](http://www.saij.gov.ar) Id SAIJ: DACF190074)

en el primero nos encontramos vinculados, en cuanto a la pena, a un delito culposo – no es intencional – y en el segundo, (como en el caso), a uno doloso ya que la intención excluye la legitimidad del hecho implicando el abandono voluntario de la situación justificada.<sup>24</sup>

La jurisprudencia nacional, ha entendido que no se puede hablar de "legítima defensa", y mucho menos podemos inferir el "exceso de legítima defensa", porque no se puede dar ésta sin darse primero la otra. Ya que, al analizar el exceso en la legítima defensa, se debe observar la existencia de una legítima defensa, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo.<sup>25</sup>

Entonces resulta esencial en el instituto citado que concurren todas las condiciones de la legítima defensa, porque el exceso no es otra cosa que una intensificación innecesaria de una actitud inicialmente justificada. Es decir, lo que se presupone es la concurrencia en la iniciación del hecho de las condiciones legales autorizadas en el artículo 34 incisos 6º y 7º del Código Penal, caracterizándose lo actuado por el autor como un error de cálculo producido por temor, pánico, emociones de la lucha, diferencia numérica entre los que atacan y el que se defiende o temor de continuidad de los acontecimientos, que traen como consecuencia la magnificación de los medios necesarios para hacer cesar el peligro. En la figura del exceso se exige por parte del sujeto activo un error en la apreciación del peligro o en los medios para su repulsión que la ley no desea dejar impune y que, por tal motivo, resuelve a la luz de las disposiciones legales relacionadas con los delitos culposos. Además, en la faz inicial de los hechos el sujeto activo o autor no debe animar un espíritu de venganza, rencor u odio, ya que el exceso no debe ser querido por el autor como tal, lo cual convertiría su accionar en típicamente doloso, sino que es querido como un medio para actuar justificadamente. El requisito legal referido a la necesidad racional del medio empleado, se integra además por lo que podríamos dar en llamar la "intensidad racional" en su utilización, de lo que resulta que en caso de no existir necesidad racional del medio, la conducta sería antijurídica correspondiendo la condena por la figura dolosa, mientras que en caso de no haber intensidad racional del medio que era necesario emplear, existirá un exceso en la legítima defensa, correspondiendo aplicar la regla prevista por el artículo 35 del C.P<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> SENTENCIA NUMERO: TRES (03).- Río Tercero, cuatro de marzo de dos mil diez.- Y VISTA: esta causa caratulada: "PIATTI JESICA BELEN p.s.a. de: HOMICIDIO SIMPLE" (Expte. Letra "P", N° 01, Año 2009), seguida ante esta Excma. Cámara en lo Criminal y Correccional, integrada en Sala Unipersonal, por el Señor Vocal, Dr. José Luis Clemente

<sup>25</sup> Juzgado de Control, Niñez, Penal Juvenil y Faltas de Cosquín. Causa "ROMERO, Marcelo German p.s.a. homicidio simple", A.I. N° 12 de fecha 15/03/2012)

<sup>26</sup> Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala V, c. 82.662 "B. R. A. s/ recurso de casación" del 9/11/17

## **Exceso intensivo y extensivo**

Los autores suelen distinguir, aunque en forma no muy clara: el exceso intensivo (o en los medios), del exceso extensivo (o en la causa).

Para dar el concepto el exceso intensivo, Donna cita a Carrara, quien lo define como “un error de cálculo en la apreciación del peligro y en la de los medios necesarios para rechazar, producido por la emoción de la lucha, y que se hubiera tal vez evitado con mayor atención”<sup>27</sup>

La doctrina distingue dos tipos de exceso: el exceso intensivo (intensificación innecesaria del acto defensivo), y el exceso extensivo (o en la causa). En el intensivo el defecto se instala en la acción de quien se defiende, al desplegar una superabundancia de medios defensivos con relación al ataque y así infringir una lesión a la exigencia de la proporcionalidad racional de la reacción, en principio autorizada. El exceso extensivo (o en la causa) se focaliza del lado de la agresión previa justificante (fue provocada o la misma ya no existe); apunta, no a un defecto de la conducta del protegido por la legítima defensa, sino a la falta de alguna de las condiciones en la agresión que se replica (actualidad, injusticia o subsistencia del peligro).

Sin embargo, la interpretación de Zaffaroni nos conduce a la conclusión opuesta. Según su análisis (Zaffaroni, Alagia, Slokar, Derecho Penal, p.616), el art. 35 del CP “trata de la previsión de una hipótesis de menor contenido de injusto, toda vez que es menos antijurídica la acción que comienza siendo justificada. Existe una mayor carga de antijuridicidad en la conducta que se inicia y agota como antijurídica, que otra que tiene comienzo al amparo de una causa de justificación y sólo se agota antijurídicamente. Habrá disminución de la antijuridicidad cuando la conducta que comienza siendo justificada se continúa fuera del permiso, como cuando la conducta que comenzó siendo defensiva, se continúa una vez cesada la agresión o su amenaza (exceso extensivo), y también lo habrá cuando el agresor sigue agrediendo, pero con un medio menos lesivo, y quien se defiende lo sigue haciendo con el mismo medio que empleará antes (exceso intensivo).

En la misma resolución judicial también se cita al Doctor Rodríguez Campos, quien asevera que puede existir exceso aún si la agresión ha cesado, declarando erróneo sostener que el haber cesado la agresión impida la concurrencia de exceso en la defensa. Si está comprendido en el art.35 del CP tanto el exceso intensivo como el extensivo, el cese de la agresión no es decisivo para descartar el instituto, porque el mismo podrá verificarse cuando medie una conexión temporal inmediata con la agresión inminente o ya concluida. <sup>28</sup>

<sup>27</sup> Citado por Donna en El exceso en las causas de justificación, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985. Pág. 34

<sup>28</sup> Expediente N° 773/2009 del Registro de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala Ilda integrada, en la causa seguida a “A., M. D. s/ Homicidio simple”,06/08/2009.

Por su parte, aunque se trata de un tema altamente debatido en doctrina, el art. 35 del Código Penal abarcaría tanto los casos de excesos intensivos como así también el exceso extensivo. Sobre las clases de exceso enseña Jescheck “Si el que se defiende sobrepasa este límite, actúa antijurídicamente (exceso intensivo en la defensa). También actúa antijurídicamente el defensor cuando se defiende pese a que la agresión no es todavía, o no es ya actual (exceso extensivo en la defensa). En el primer caso, el autor se excede en la medida, en el segundo, se excede en los límites temporales de la legítima defensa”.

Gran parte de la jurisprudencia ha aceptado que el exceso del art. 35 CP puede provenir tanto de un exceso intensivo como así también extensivo. Así, se ha dicho que: “El exceso debe provenir de un error de quien actúa típicamente, ya sea por considerar equívocamente que la situación justificante aún existe (en cuyo caso actuará condicionado por un "error extensivo") o por creer que para realizar la conducta que la permisión autoriza, debe ésta tener una magnitud que, en realidad, es superior a la requerida por la situación (supuesto de error intensivo)”<sup>29</sup>

## **8. JURISPRUDENCIA APLICABLE AL CASO**

Los siguientes fallos, elegidos para incluir en el presente trabajo, tienen como fin traer a colación como se ha ido inclinando la jurisprudencia en la toma de decisiones al abordar la problemática del exceso en la legítima de defensa.

**C.N.Crim. Sala IV (Def.) -Campos, Escobar, Valdovinos- (Sent. "A", sec. 1) c. 38.759, PIPERNO, María A. Rta: 18/4/91**

‘...la muerte fue provocada como consecuencia de un obrar encuadrable en las previsiones del art. 34 inc. 6º del C. Penal, sosteniendo como, antes dijese, que en la emergencia, si bien así lo hizo, su obrar resultó antijurídico por cuanto adoleció del requisito de la necesidad racional del medio empleado. O sea, un exceso en la justificación, que nuestra ley (aunque se discute) resuelve, con una remisión a las figuras culposas cuando éstas se hallan incorporadas de este modo a la ley, a los fines de su penalización, y dentro de estas escalas que por cierto son menores...’

<sup>29</sup> Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV. “Alonso, César Horacio s/ Recurso de casación”. 28/5/1996. Del voto de la Dra. Durañona y Vedia



**Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. Sala I. Causa N° 36.219, "Arias, F. V.". 29/11/1989**

‘...cuando se transgrede principalmente la norma del inciso 6º, letra b, del artículo 34 del C. Penal, es decir, la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión injusta de que se es objeto, sin dejar de actuar en la creencia de estar justificado, se está actuando con exceso”

**Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, Sala Civil y Penal, en la causa "Juárez, Roxana del Valle" — 14/10/2003, LLNOA 2004 (junio), 1181—** en cuya oportunidad manifestó que "para aplicar el Art. 35 del Código Penal —exceso en la legítima defensa— es imprescindible que exista legítima defensa inicial, como presupuesto; pues la figura prevé una intensificación innecesaria de una actitud inicialmente justificada.

**Superior Tribunal de Justicia, integrada por el Dr. Agustín Pedro Rimini Olmedo, como Presidente, y los Dres. Raúl Alberto Juárez Carol y Armando Lionel Suarez, como Vocales, recurso interpuesto contra la resolución de fs. 253/257 del Expte. N° 15.677 – Año 2005 – caratulado: "F. R. S. s.d. Homicidio Simple e.p. de M. D. - Casación Criminal"**

La acción desplegada por el imputado fue inicialmente legítima, en un clima de violencia y agresión, excediéndose en el modo de emplear el arma homicida. No enervan esta conclusión las características del disparo mortal, señaladas por la Cámara como determinantes de la exclusión de la legítima defensa o de su exceso. Ello no demuestra, por sí mismo, el cese definitivo de la agresión que condujo a eliminar la aplicación de la causal de justificación prevista por la ley sustantiva, pues en modo alguno resulta de la sentencia que, con el primer disparo, concluyera el enfrentamiento entre ellos, o que F. lo hubiera percibido así; se advierte que pudo sobreestimar el peligro que corría ante la agresión de tres sujetos, y tener por necesario obrar causando en definitiva un excesivo resultado. Todas estas consideraciones conducen a la solución prevista por el Art. 35 del Cód. Penal arribándose a la conclusión de que F. obró dentro de una situación de defensa necesaria, utilizando, durante el último tramo de las circunstancias lamentables, un medio que sobrepasa los límites impuestos por la situación, correspondiendo calificar el hecho como homicidio cometido con exceso en la legítima defensa (Arts. 79 y 35 del Código Penal). *"Si se ha magnificado la situación de peligro en que se hallaba el sujeto agredido reaccionando contra la agresión de modo desmesurado, utilizando un medio que no resulta racional para conjugar la agresión de que era objeto, se ha cometido un exceso en la legítima defensa"* (Art. 35, C. P., S. C. B. A. 28/8/91, "R., L. O. s/ Homicidio", JUBA B60872). En igual sentido, en anterior integración, este Superior Tribunal en autos: "Valor Héctor R. y otros", publicado en LLNOA 2002-701, de fecha 26-02-2001. Que, concurriendo las circunstancias fácticas que configuran el exceso en la legítima defensa, de acuerdo a los hechos fijados en la instancia de mérito, corresponde adecuar la pena a la previsión

<sup>30</sup> NUÑEZ, R. C. (1987). Tratado de Derecho Penal (Tomo I). Córdoba: Marcos Lerner, pág. 423

normativa contenida en el Art. 35 del Código Penal.

**Sala Segunda, sentencia del 28/02/2002 en causa 4442: BAGABL IA, Karian Déborah s/Recurso de Casación**

La legítima defensa requiere subjetivamente el reconocimiento de la situación de defensa y la finalidad de defenderse, pues en todas las causas de justificación la intención del autor debe coincidir con la proposición permisiva como única forma de eliminar el desvalor de la acción.

**Sala I, sentencia del 18/8/99 en causa 119: Contreras, Claudio Sergio s/ Recurso de Casación.**

La figura del exceso del artículo 35 del Código Penal en una previsión especial del legislador reveladora de una acción lesiva con un contenido de menor injusto derivado de la circunstancia de haber comenzado ese accionar amparado en un permiso. Si no se da esa circunstancia de haber comenzado la conducta en forma justificada, no puede excederse la defensa.

## **9. EXCESO EN LA LEGITIMA DEFENSA VS. JUSTICIA POR MANO PROPIA**

En lo que respecta a la legítima defensa, de las definiciones tomadas en su respectivo capítulo del presente trabajo de resolución, debe distinguirse los supuestos de “legítima defensa propia” y “legítima defensa de terceros”. El primero ocurre cuando aquél que, en defensa de su persona o sus derechos, empleando un medio racionalmente necesario para impedir o repeler una agresión ilegítima y sin que medie provocación suficiente de su parte, le ocasiona un perjuicio a la persona o derechos del agresor (art. 34, inc. 6º, C.P.). El segundo supuesto sobreviene cuando aquél que empleando un medio racionalmente necesario para impedir o repeler una agresión ilegítima de un tercero, en la que el agredido no haya provocado suficientemente la agresión o, en caso contrario, que no haya participado en ella el tercero defensor, le ocasiona un perjuicio a la persona o derechos del agresor, (art. 34, inc. 7º, C.P.).

Por su parte, el exceso en la legítima defensa consiste en una desproporción de la acción con lo legal, lo autorizado o lo necesario. Hay exceso, no abuso o justicia por mano propia, en la acción, pero no diversidad en el fin. El exceso excluye el abuso pues supone que el autor no abuse de la ley, de la autoridad o de la necesidad, desvirtuándolas objetiva o subjetivamente. El exceso deja de serlo y se transforma en abuso “cuando se obra sin provecho propio y sólo por hostilidad, abusándose sustancialmente del propio deber, facultad o necesidad.”<sup>30</sup>

<sup>30</sup> NUÑEZ, R. C. (1987). Tratado de Derecho Penal (Tomo I). Córdoba: Marcos Lerner, pág. 423

Entonces, existe abuso, y no exceso, cuando el acto tiene su exclusivo origen en el puro espíritu de hostilidad, venganza o ira, siempre que tales estados de ánimo no adquieran suficiente entidad como para limitar seriamente el ámbito de determinación del autor. Éste es uno de los principales factores que permiten determinar, con alguna precisión, cuándo una conducta es excesiva, por estar ligada estrechamente con la situación de justificación anterior y cuándo deja de serlo para convertirse en un mero aprovechamiento de la situación anterior que sólo sirve de pretexto para cometer un injusto autónomo.

## **10.GARANTIAS APLICABLES AL CASO**

### **Presunción de Inocencia. -**

La presunción de inocencia constituye la máxima garantía a favor del imputado siendo uno de los pilares del proceso penal acusatorio, que permite a toda persona conservar el estado de no autor en tanto no se expida una resolución judicial firme<sup>31</sup>.

### **Derecho de defensa y debido proceso:**

Entiéndase por tal la facultad que posee toda persona para contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercer su defensa en todo proceso donde se encuentre involucrado. Nadie puede ser privado de la misma en ningún estado del proceso. Deberá ser informada inmediatamente y por escrito de la causa o razones de su detención. Le asiste el derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorado por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad, es decir, que surge desde que se le vincule con la comisión de un delito.

<sup>31</sup> 1 El "principio de inocencia" fue formulado desde su génesis como una insignia de la libertad individual y si bien antes de la reforma Constitucional del año 1994 ya se desgranaba de nuestra Carta Magna (precisamente de los arts. 18 -vinculado palmariamente al juicio previo- y 33 -relacionado con las garantías implícitas-), lo cierto es que luego de ello, fue expresamente consagrado, precisamente a raíz del raigambre constitucional de las declaraciones y convenciones de derechos humanos incorporados al art. 75 inc. 22.

En este sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala en su art. 11 que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su art. 26, expresa que se presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable.

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el art. 8 inc. 2º, dispone que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme art. 14 inc. 2º, expresa que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

Existiendo una imputación nace el derecho de defensa, lo que importa reconocer que el sujeto pasivo tiene, en cuanto posibilidad procesal, el derecho de acceder al proceso o investigación preliminar, a ser oído por la autoridad en todas y cada una de las instancias en que la causa se desenvuelva.

Derecho a ser juzgado por un juez imparcial, - oralidad y publicidad, - derecho a las pruebas, etc.<sup>32</sup>

### **El principio de contradicción**

Este principio se construye, sobre la base de aceptar a las partes del proceso penal, acusadora y acusada, la posibilidad efectiva de comparecer o acceder a la jurisdicción a fin de poder hacer valer sus respectivas pretensiones, mediante la introducción de los hechos que las fundamentan y su correspondiente práctica de pruebas, así como cuando se le reconoce al acusado su derecho a ser oído con carácter previo a la condena. La contradicción exige: 1. la imputación; 2. la intimación; y, 3. el derecho de audiencia. Para que el imputado pueda defenderse es imprescindible la imputación, la cual importa una relación clara, precisa y circunstanciada de un delito formulada por el Ministerio Público.

## **11. ACERCA DE LA INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA**

En nuestro ordenamiento rige el principio general de inocencia, o sea que siempre el que acusa debe probar. La legítima defensa es uno de esos casos en que se invierte la carga de la prueba, el principio general de responsabilidad vence al principio general de inocencia, y la misma no se presume, debiendo entonces, quien ha actuado de esa forma, probar que así lo ha hecho, acreditando todos los extremos necesarios, para verse beneficiado con la eximición de pena.

Así lo ha entendido la jurisprudencia al afirmar: *"...en el marco del agravio mediante el cual se invoca que el imputado obró frente a una agresión ilegítima actual o inminente, no sólo sería necesario afirmarlo, sino presentar en el recurso argumentos fácticos adecuados en punto a que la agresión había sido desatada por la víctima, la falta de provocación suficiente del imputado y que el uso del arma en las circunstancias del caso era razonablemente necesario frente al uso inminente de un elemento de agresión contundente.*

<sup>32</sup> Art. 18 CN (primera parte): " Ningun habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra si mismo. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos...". De esto surge que, entre las garantías procesales, la Constitución consagra los siguientes principios: a) Juicio previo; b) intervención del Juez Natural; c) Ley anterior (irretroactividad de la ley); d) Inviolabilidad de la defensa en juicio; e) Declaración contra si mismo.

*En definitiva, cuando se trata de examinar si se presentan hechos o circunstancias que excluyen los elementos objetivos o subjetivos que fundan la punibilidad, en rigor, no se trata de la existencia de una regla inversa de la carga de la prueba; de lo que se trata es de examinar si hay indicios suficientemente fuertes de esos hechos o circunstancias excluyentes de la punibilidad, al punto de que se hace dudosa la presencia de los hechos o circunstancias que la fundarían. No se trata de discutir quién debe probar la existencia de un hecho o circunstancia que es presupuesto de una causa de exclusión de la tipicidad, de justificación o de inimputabilidad o inculpabilidad, sino de examinar si hay un indicio suficientemente fuerte de un hecho o circunstancia que ponen en duda los presupuestos de la punibilidad. Sin embargo, cuando se trata de alegar defensas o excepciones, se reconoce que el acusado carga con el peso de la "persuasión" en el sentido de que incumbe a éste demostrar que hay suficiente evidencia para presentar una cuestión sobre la existencia o inexistencia de un hecho que daría base a una defensa o excepción, pero una vez satisfecho el estándar de persuasión, no carga aquél con la prueba de ese hecho más allá de toda duda razonable. Es que el imputado tiene la carga de presentar suficiente evidencia concerniente a un hecho eximente antes de que este hecho pueda ser considerado por el tribunal, pero una vez presentada esta evidencia, corresponde a la acusación desbaratar la evidencia (voto juez Luis García)"<sup>33</sup>*

## **12. AUTORIA Y PARTICIPACION**

Dentro de los considerandos finales resulta necesario indagar acerca de la cuestión de la *coautoría* en nuestro ordenamiento penal, ello a fin de verificar si las tres hermanas imputadas merecen la misma pena. El artículo 45 del Código Penal establece como coautores de un delito a todos "*los que tomasen parte en la ejecución del hecho*" lo que consiste en realizar una conducta requerida por el tipo delictivo pertinente. Ello no implica que el coautor deba llevar a cabo todos los actos que son requeridos para la consumación del ilícito, en cuyo caso se trataría de un autor, sino que basta la realización de alguno de ellos.

Zaffaroni explica, que además del concepto de autor que surge de cada tipo penal y que se obtiene por aplicación del criterio del dominio del hecho (que aparece allí en el dominio de la acción), la base legal para considerar que el código penal se funda en este criterio y abarca los casos de dominio funcional del hecho en la forma de reparto de tareas y dominio de la voluntad (autoría mediata), se halla el artículo 45.

<sup>33</sup> Cita de "Moreira, Marcelo Daniel", CNCCC 32012/2013, Sala 1, Reg. nro. 579/2018, resuelta el 24 de mayo de 2018; "Ortellado, Vicente", CNCCC 23181/2014, Sala 2, Reg. nro. 793/2017, resuelta el 5 de septiembre de 2017.

Por consiguiente, *autor individual* es el ejecutor propiamente dicho, cuyo concepto de obtiene de cada tipo, aplicando el criterio del hecho como *domino de la acción*. *Autor paralelo o concomitante*, es el que también realiza toda la acción típica, y por ende, su concepto tiene la misma base que la del autor individual. *Coautor* por repartos de tareas, es un concepto que tiene su base legal en la referencia a *los que tomasen parte en la ejecución del hecho*, y el dominio del hecho asume a su respecto la forma de *dominio funcional del hecho*<sup>34</sup>.

**En tanto y en cuanto la jurisprudencia mayoritaria, se ha expedido por considerar coautor:**

**SALA I, La Plata , 2 de junio de 2015, Causa N° 67576 caratulada “CARONI LEONARDO PEDRO ANTONIO S/RECURSO DE CASACION”, y la Causa n° 67579 caratulada “VEGA ROBERTO CARLOS y PIEDRABUENA SANTIAGO NICOLÁS S/RECURSO DE CASACIÓN”, “coautoría clásica, es decir aquella que se da respecto de un tipo de delito pasible de ser cometido con dolo, configurándose con la **conurrencia querida y consciente de varios autores en el fin de obtener el mismo resultado típico**”**

**Incidente de casación en Imp. A. E. D. y A. M. E. / Damn. C. M. S. s/ av. homicidio simple con dolo eventual. Tribunal: Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis. Fecha: 20-dic-2019. Cita: MJ-JU-M-123380-AR | MJJ123380 | MJJ123380:**

“...No ha habido en principio división del trabajo ni distinción óptica de aportes que permitan distinguir autores y partícipes del hecho, por el contrario, es tan idéntico el proceder desde el punto de vista objetivo como el subjetivo que la vinculación circunstancial del resultado, no alcanza para hacer una distinción entre ambos por vía de la casualidad. Por lo tanto el «colectivo de autores» es el generador del resultado muerte, a través de una conducta única sobre la que ambos tenían dominio y competencia..”

**Fallo de la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires dictado en causa n° 73.986 caratulada “Hernández Hanza, Adrián Eduardo s/ Recurso de Casación” de fecha 01 de Marzo de 2016:**

“(…) La pluralidad de intervinientes en el acontecer de un hecho, concretamente la coautoría presenta diversas modalidades aún en el marco de un plan global.

<sup>34</sup>ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A. (2002). Derecho Penal. Parte general (2a ed.). Buenos Aires: Ediar, página 777.

La nota peculiar de éste concepto -en la teoría del dominio del hecho- radica en la circunstancia de que cada persona domina el evento global en cooperación con el resto de sujetos. Así, el dominio completo radica en las manos de varios agentes, y en la circunstancia de que cada uno está en condiciones de anular el plan, en función de tener asignada determinada posición clave (...) En otras palabras, si alguien no tiene objetivamente el dominio –aún conjunto- sobre el acontecer de un hecho, si no toma parte en el ejercicio de tal dominio, – si no tiene las riendas del evento-, no es autor. No se ve alcanzado por tal concepto la persona que haya intervenido sólo en la ideación y planeamiento del suceso. (...) En resumidas cuentas, desde mi punto de vista, se encuentra alcanzado por el concepto de coautoría, toda persona cuyo aporte en la fase de ejecución de un hecho, represente un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido.”

**(SCBA LP P 124769 S 13/09/2017 Juez PETTIGIANI (SD) Carátula: P. V. ,M. N. - P. D. - S/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE INAPLICABILIDAD DE LEY EN CAUSA Nº 52.264 DEL TRIBUNAL DE CASACION PENAL, SALA I Magistrados Votantes: Pettigiani-Soria-Genoud-de Lázari. Tribunal Origen: TC0001LP”.-**

“En la coautoría hay un codominio del hecho a partir de un mutuo acuerdo y una distribución funcional de tareas. En tanto que la participación primaria se encuentra condicionada por la autoría dado que requiere al menos que el autor haya dado comienzo de ejecución al hecho, al cual el partícipe habrá de sumar su aporte. O sea, en la autoría se tiene el dominio del hecho, mientras que, en la participación primaria, no. Pero no obstante ello, sí hace al hecho del autor un aporte de tales características, sin las cuales éste no se hubiera podido cometer de la forma en que se llevó a cabo. Esto porque la participación -en términos de dependencia- es accesoria de la autoría.”

### **13. VIOLENCIA DE GENERO Y LEGITIMA DEFENSA**

Arribando a las consideraciones finales del presente trabajo, es necesario hablar sobre la relación existente entre violencia de género y la legítima defensa, tanto en el plano internacional como nacional.

A partir del caso Penal Castro Castro vs. Perú, comenzó a discutirse la responsabilidad internacional en virtud de la violencia sexual sufrida por un grupo de mujeres en una prisión, la Corte Interamericana empezó a trazar un camino en la incorporación de la perspectiva de género en sus decisiones. El punto de inflexión llegó un poco más tarde, con la sentencia dictada en el caso Campo Algodonero vs. México, en la que sentó las bases del deber de investigar con perspectiva de género.

De acuerdo con la interpretación que la Corte y la Comisión IDH han realizado de la obligación del deber de respetar y garantizar los derechos protegidos por el artículo 1.1, CADH, y del derecho de

acceso a la justicia que se desprende de la interpretación conjunta de los artículos 8 y 25, CADH, las investigaciones de violaciones a los derechos humanos deben realizarse por todos los medios legales disponibles, estar dirigidas a procurar la verdad y ser efectivas. Esto implica que deben ser conducidas tomando en cuenta su complejidad, su contexto, los patrones sistemáticos que permitieron su comisión y la estructura en la cual se ubican las personas involucradas. Este deber compromete a toda institución estatal, tanto a las judiciales como a las encargadas de la investigación previa, cuya obligación es velar porque el Estado ejerza su facultad acusatoria y lleve adelante el proceso judicial en forma adecuada.

Si bien la Corte IDH ha reconocido que, en la práctica, puede ser difícil probar que un homicidio o acto de agresión contra una mujer ha sido perpetrado en razón de su género. Es cierto, que ha sostenido que dicha dificultad deriva no tanto de los hechos en sí, sino más bien de la ausencia de una investigación profunda y efectiva por parte del Estado.

Y es que, en temas de violencia de género los testigos suelen ser personas con vínculos afectivos o familiares, o profesionales de la salud o de organismos de asistencia a víctimas, o personas a quienes la víctima acudió inmediatamente después del hecho, o quienes presenciaron situaciones de violencia, aunque no necesariamente el hecho puntual objeto de la acusación.

Sumando a la evaluación de la declaración de la víctima, en el caso Penal Castro Castro, la Corte IDH sostuvo que el testimonio de las mujeres tenía que ser valorado especialmente como prueba “necesaria y suficiente”. Esta interpretación no exime de recabar otros elementos de prueba, pues que un testimonio sea necesario y suficiente no significa que sea excluyente, ni que se deba alterar el concepto de investigación exhaustiva que obliga a recolectar todos los medios de prueba disponibles<sup>35</sup>.

Acerca de esa cuestión en su obra “*Legítima defensa privilegiada y violencia doméstica*”, el Doctor Sandro ABRALDES, ha expuesto que el proyecto del Código Penal, mantiene intacta la regulación sobre legítima defensa propia y de terceros (Art. 34 Inc. 6, y 7). Omitiendo de esta forma, considerar una propuesta importante introducida por el Anteproyecto de 2012/2014, que fue la creación de un supuesto de legítima defensa privilegiada para los hechos de violencia de género.

Esta segunda causal de legítima defensa privilegiada, es la que conllevaría la presunción de concurrencia de todos los presupuestos de la legítima defensa en la hipótesis descripta. El autor sostiene que el efecto que tiene este tratamiento diferenciado es que se presume con una intensidad más fuerte la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión.

En ese orden de ideas, afirma que sería de gran conveniencia y utilidad la incorporación a la discusión sobre la inclusión de una regulación con estos contenidos, ya que son muchos los

<sup>35</sup>. PAUTAS PARA LA RECOLECCIÓN Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO Julieta Di Corleto / María L. Piqué, INSTITUTO PACÍFICO, GÉNERO Y DERECHO PENAL, Perú 2017



casos en los que la jurisprudencia de tribunales superiores ha revocado sentencias de condena en instancias previa, donde una mujer ha reaccionado en defensa o ha reaccionado frente a la agresión sufrida de manera permanente durante muchos años de su compañero, marido o novio.

Y que, además, vendría a generar una doble presunción y, con ello, elevaría el estándar probatorio para el fiscal en el momento de la acusación. Si a la presunción de inocencia se le añade una presunción de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, que de algún modo tenga que ver con el punto problemático que plantea la causal -la existencia de una agresión actual, las resoluciones de los casos penales verían incorporada una perspectiva de género en su conformación.

Acorde a lo cual, se plantea los siguientes interrogantes: ¿Qué pasa con la mujer que -después de innumerables episodios de violencia de género- previendo una agresión, mientras su agresor frecuente está durmiendo, va y le dispara? O ¿cómo debe evaluarse el caso si decide, sabiendo lo que se le viene, actuar anticipadamente matando o lesionando al momento en que ve entrar al marido que vuelve borracho por la noche.

Como corolario, aporta un dato sumamente saliente de la opinión del Procurador que es la adopción de la recomendación formulada por el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Pará, según la cual se ha de incorporar un análisis contextual que permita comprender que la reacción de las víctimas de violencia de género no puede ser medida con los estándares utilizados para la legítima defensa en otro tipo de casos, en tanto la violencia contra la mujer tiene características específicas que deben permear en el razonamiento judicial. Se agregó que la persistencia de los estereotipos y la falta de aplicación de la perspectiva de género, podría llevar a valorar de manera inadecuada el comportamiento.<sup>36</sup>

En ese mismo sentido se ha inclinado la jurisprudencia, en los siguientes fallos:

. **“Báez, Sergio Tomás s/ recurso de casación”, 09/09/2019, CNCCC, Sala II, (Morin, Sarrabayrouse y Días), Reg. n° 1232/2019.**

*La Sala II señaló que las afirmaciones vertidas por la defensa intentaban trasladar a la mujer la responsabilidad de repeler una agresión sexual cuando no existe ningún motivo por el cual deba soportarla y que este planteo trasluce una concepción cultural estereotipada, basada en estructuras que deben superarse en tanto avasallan el lugar de la mujer y, entre otras cosas, le carga la responsabilidad de los ataques sexuales que ella misma sufre.*

<sup>36</sup>. Legítima defensa privilegiada y violencia doméstica[1](A propósito del Proyecto de Código Penal)  
Autor: Abrales, Sandro F., RUBINZAL-CULZONI. Cita: RC D 2027/2019

Además, la Sala II destacó que para que se configure este delito, nuestra legislación no requiere que la víctima oponga resistencia, sino tan sólo que no haya consentido la relación sexual y que la doctrina es clara al señalar que el cese de la resistencia ya sea por agotamiento o temor que el acto inspira, no deberá, en ningún caso entenderse como consentimiento. Además, se determinó que no sólo hubo una falta de consentimiento expreso, sino que también Báez ejerció fuerza física sobre el cuerpo de E.A. debido a la existencia de marcas de resistencia en la víctima. En este sentido, precisó que para estimar la existencia de violencia física “no se requiere el empleo brutal de ella, ni una resistencia heroica de la víctima, bastando que el autor sea capaz de sujetar e inutilizar la resistencia de una persona común”.

**CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1 CCC 63839/2018/CNC1, “MORENO CHARPENTIER, Santiago s/ recurso de casación”**

Los hechos denunciados configurarían supuestos de violencia contra las mujeres que importan especiales deberes de protección judicial y de debida diligencia en las investigaciones, a partir de los compromisos internacionales asumidos.

**Dictamen del Procurador General de la Nación "R ,C E s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 63.006" CSJ 733/2018/CS1 Suprema Corte (3 de octubre de 2019).**

En sentido concordante, en el documento del Comité de Seguimiento de la Convención Belem do Pará (CEVI) ya citado, se recomendó incorporar un análisis contextual que permita comprender que la reacción de las víctimas de violencia de género no puede ser medida con los estándares utilizados para la legítima defensa en otro tipo de casos, en tanto la violencia contra la mujer tiene características específicas que deben permear en el razonamiento judicial. Se expuso allí que la persistencia de los estereotipos y la falta de aplicación de la perspectiva de género, podría llevar a valorar de manera inadecuada el comportamiento. Para la procedencia de la legítima defensa, el artículo 34, inciso 6°, del Código Penal exige la concurrencia de: a) agresión ilegítima, entendida como la amenaza de lesión o puesta en peligro de bienes protegidos, que está en curso o es inminente y es emprendida sin derecho. En el documento referido, se señala que la violencia basada en el género es una agresión ilegítima definida por la Convención y que la inminencia debe ser considerada desde una perspectiva de género.

Por su parte, en nuestro país estos principios han tenido recepción legislativa con la sanción de la Ley 26.485. Concretamente, según el artículo 16, los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la CN, los Tratados Internacionales de DDHH ratificados por la Argentina, la propia Ley 26.485 y las leyes que en consecuencia se dicten, en lo que aquí interesa, los siguientes derechos y garantías: “recibir un trato humanizado, evitando la revictimización” (h), y “la amplitud probatoria para

*acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos”(i).<sup>37</sup>*

## **14.CONCLUSION**

*Se tuvo por acreditado que “La tarde del día de autos se presentó en la choza habitada por la familia Pérez el individuo José, cuyas relaciones amorosas con Juana Pérez habían sido cortadas hacía tiempo por ésta y sus padres al saber que tal sujeto era de pésimos antecedentes, vago, pendenciero, provocador, mal hijo y amigo de lo ajeno. Habiendo salido las hermanas, hoy procesadas, Nélide y Patricia, hermanas a su vez de Juana, para dar de comer al ganado, José aprovechó el momento para proponer a Juana yacer con él, a lo que se negó ésta, por lo que la cogió violentamente y la arrojó sobre un camastro para lograr por la fuerza lo que se le negaba, no logrando su propósito por la resistencia de la ofendida, ayudada por Ulrika, otra hermana igualmente procesada, que lo sujetaba por la espalda, acudiendo las otras dos hermanas a las voces de auxilio que daban, las cuales al ver el peligro que corría se armaron: Nélide de un hacha pequeña y Patricia y Ulrika de palos, descargando la primera un golpe en la cabeza del agresor causándole una herida mortal que le hizo caer al suelo, del que intentó levantarse sin conseguirlo por los repetidos golpes que las tres hermanas continuaron dándole hasta matarlo”.*

La resolución del caso de marras se inició a través del modelo del Doctor Edgardo A. Donna, en Casos y fallos de Derecho Penal. Se tuvo en cuenta que se no estuvo presente ninguno de los supuestos que excluyen la acción, plasmados en nuestro ordenamiento penal (Art. 34 Inc. 1 CP), por lo que se continuo su análisis en el segundo eslabón “*tipicidad*”. En este último debimos detenernos, por encontrarnos a simple prima facie, dentro de una causa de justificación, entendida como permisos que otorga la normativa para determinados actos.

En relación a la cuestión acerca de que bienes pueden ser defendibles el Doctor Donna ha expuesto que “*en cuanto a la vida, la integridad corporal, la salud de la persona, ya sea física o psíquica, hay unanimidad tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en cuanto pueden ser defendidos, con los requisitos que establece la ley (...) La libertad sexual también es un bien jurídico defendible. Tampoco hay problemas en la defensa del honor, siempre que se den los requisitos de la defensa, especialmente la actualidad de la agresión ilegítima. Y éste sería el caso de la persona que evita que los insultos prosigan. Aquí la defensa valdrá en contra de insultos tanto verbales como físicos*” (DONNA, Edgardo Alberto, “Derecho Penal, Parte General”, Tomo III, Teoría general del delito – II, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, pág. 171)

Tanto la doctrina como la jurisprudencia opinaron que para que opere la legítima defensa como causa de justificación deben darse los tres requisitos que ya enumeramos más arriba y sin duda en

este tramo final, tanto la agresión ilegítima como la falta de provocación por parte de quien se defiende se encuentran presentes en el caso con toda evidencia.

Se añadió que consecuentemente, y dado que el texto legal expresamente prevé la necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, vale reiterar que el peligro que significaba la presencia de José en la choza, el que era concomitante con la acción de las tres hermanas de golpearlo, determina que ese exceso para impedir la agresión coloque a las imputadas como responsables penalmente por su conducta, aun cuando la antijuridicidad aparezca disminuida en función del art. 35 del Código Penal. Tal exceso se configura cuando el sujeto emplea medios que superan los que hubiesen sido necesarios para cumplir con la finalidad justificante propuesta, y el cual abarca, según doctrina y jurisprudencia mayoritaria tanto el exceso intensivo como el extensivo.

También se ha dicho que, para poder hablar de un exceso, debe estar probada la situación de legítima defensa. Y que, quien invoca el exceso debe acreditar la agresión ilegítima del otro.

Así y a efectos de probar el exceso en el comportamiento de las imputadas, se señaló en primer lugar que existió una agresión ilegítima, que fue la que habilitó el análisis de la causal de justificación del artículo 34 inciso 7° del C.P.

La jurisprudencia también se ha expresado sobre esta cuestión “esta agresión supone –según criterios mayoritarios de doctrina y jurisprudencia– un ataque sin derecho, con **peligro** inmediato para la integridad del ofendido, que puede ser **actual, potencial o futuro**, que ocasiona un daño para un derecho; tal peligro es el suficiente riesgo de daño que hace racionalmente necesaria la defensa del derecho (en igual sentido, **SCJBA, 3/3/87 “A.F.A. s/ homicidio” c. n° P.34042**).

Al referirse entonces a un peligro actual, potencial o futuro, nos permite encuadrar perfectamente la conducta de José en cuanto “*José aprovechó el momento para proponer a Juana yacer con él, a lo que se negó ésta, por lo que la cogió violentamente y la arrojó sobre un camastro para lograr por la fuerza lo que se le negaba, no logrando su propósito por la resistencia de la ofendida, ayudada por Ulrika*”. Entendiendo, que su tentativa de abuso sexual sobre la persona de Juana es suficiente para ameritar una defensa por parte de sus hermanas (Art. 34 Inc. 7, legítima defensa de terceros).

Sobre la ubicación temporal para ejercer el análisis, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han coincidido que “lo preciso es poner el eje de juzgamiento en la circunstancia objetiva de análisis “ex-ante” y no “ex-post”. Enseña Enrique Bacigalupo que “la consideración “ex-ante” determinará que la situación de legítima defensa se deba tener por acreditada, aunque la consideración “ex-post” (fundada en el conocimiento que es posible tener una vez ocurrido el hecho) indique que la acción de defensa no era necesaria. De esta manera las causas de justificación imponen al que quiere obrar amparado en ellas, comportarse en la situación concreta como lo hubiera hecho –una persona razonable. (ver Enrique Bacigalupo. Derecho Penal. Parte General. Ed. Hamurabi, II edición, págs. 382/384vta.)”

En similar sentido, dice Cerezo Mir que *“la necesidad debe apreciarse, por el juez, ex ante, colocándose en la posición del agredido en el momento en que sea inminente o se inicie la agresión. Debe tener en cuenta, entre otras circunstancias, la rapidez e intensidad del ataque, el carácter inesperado o no del mismo, las características del agresor, los medios que tenía a su alcance el agredido, así como su estado de ánimo”* ( CEREZO MIR, José, “Derecho penal, Parte general”, Ed. B de F, Buenos Aires, 2008, págs. 550/551)

Dicho esto no quedan dudas que Ulrika, Patricia y Nélide actuaron amparadas bajo la causa de la legítima defensa la que realizó con exceso, desde que encontrándose cumplidos y acreditados en todo el desarrollo del presente trabajo los extremos exigidos (Art. 34, inc. 7 CP), como bien se dijo, el accionar de las hermanas fue más allá de lo autorizado para repeler ese ataque actual, inminente y grave que puso en peligro la integridad sexual de Juana, y esto importó producto de la adrenalina del momento, en un error en la real apreciación del riesgo, que provocó la muerte de José.

Asimismo, se reunieron los elementos no esenciales graduables, a saber, la falta de provocación suficiente por parte de “Juana” y sus hermanas hacia “José”. También, si bien es cierto que *el derecho no debe ceder ante lo injusto*. En cuanto a la necesidad del medio, del relato no surge la existencia de otro menos lesivo en poder de las hermanas imputadas, como tampoco surge una descripción física de José y de Juana y sus hermanas, que pueda hacer presumir el éxito de emplear el propio cuerpo de “Nelida, Patricia y Ulrika” en la defensa de Juana sin riesgos para su persona.

Es cierto, que quien ha actuado en legítima defensa, debe probar que así lo ha hecho, acreditando todos los extremos necesarios, para verse beneficiado con la eximición de pena. Sin embargo, para el que ha ejercido la defensa, basta demostrar que lo ha hecho dentro de los extremos legales prescriptos por el art. 34, incs. 6º y 7º del Código Penal, como para que se determine que es inimputable, es decir, que se considere su conducta no punible penalmente. Los jueces, en cambio, deben valorar, bajo los principios de la sana crítica racional, todos los elementos de prueba aportados con fundamento, colocarse en la posición del agredido y no analizar los hechos ex-post, a posteriori, con criterio meramente técnico u objetivo que puede consentir la reflexión ulterior. En relación al sobreseimiento, adhiero mi postura a la que considera que *“El sobreseimiento corresponde sólo cuando sea evidente” que media “una causa de justificación...”* (inc. 3º). *Efectivamente, la existencia de probabilidad (art. 281 C.P.P.) no equivale a certeza negativa (art. 350 C.P.P.) que exige el cierre anticipado del proceso a través de una sentencia de sobreseimiento.* (Juzgado de Control, Niñez, Penal Juvenil y Faltas de Cosquín. Causa “ROMERO, Marcelo German p.s.a. homicidio simple”, A.I. N° 12 de fecha 15/03/2012.)

No debemos dejar de lado la cuestión acerca de la autoría y participación, por resultar las tres hermanas de Juana, imputadas, las que llevaron a cabo la acción penal. En ese sentido, la doctrina y la jurisprudencia se han inclinado por considerar que en la autoría se tiene el dominio del hecho, mientras que, en la participación primaria, no. Pero no obstante ello, sí hace al hecho del autor un aporte de tales características, sin las cuales éste no se hubiera podido cometer de la forma en que se

llevó a cabo. Producto de lo cual, en este caso no podemos hablar de participación, toda vez que esta es accesoria, y las tres hermanas tuvieron dominio del hecho.”

Por su parte, cabe recordar, como se mencionado antes, que en nuestro país la perspectiva de género ha tenido recepción legislativa con la sanción de la Ley 26.485. Concretamente, según el artículo 16, los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la CN, los Tratados Internacionales de DDHH ratificados por la Argentina, la propia Ley 26.485 y las leyes que en consecuencia se dicten, en lo que aquí interesa, los siguientes derechos y garantías “*recibir un trato humanizado, evitando la revictimización*” (h), y “*la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos*”(i)

Atento a todo lo expuesto, considero acertado encuadrar la conducta de las hermanas Nélica, Ulrika, y Patricia en la figura de **Homicidio Simple en Exceso de la Legítima Defensa de Un tercero, en carácter de coautoras (artículos 79, 34 inciso séptimo, 35 y 45 del Código Penal)**.

## 15. BIBLIOGRAFIA

- Edgardo A. Donna, Casos y fallos de Derecho Penal, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2000.
- ZAFFARONI, Raul Eugenio, Manual de Derecho Penal, Parte General, Ediar, Bs. As. 2003.
- Muñoz Conde Francisco, Derecho Penal Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- FONTAN BALESTRA, C. (1998). *Derecho penal. Introducción y partegeneral*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1952). Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires: Losada.
- Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, t. 1, p. 387. Según Consta en DONNA Edgardo Alberto, El Exceso en las causas de justificación, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985, pág. 42
- ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A. (2002). Derecho Penal. Parte general (2a ed.). Buenos Aires: Ediar.
- SOLER, S. (1987). Derecho penal argentino (5a ed.). Buenos Aires: Tea
- Donna en El exceso en las causas de justificación, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985.
- NUÑEZ, R. C. (1987). *Tratado de Derecho Penal* (Tomo I). Córdoba: Marcos Lerner.
- Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género, Julieta Di Corleto / María L. Piqué, Instituto Pacífico, Género y Derecho Penal, Perú 2017
- Legítima defensa privilegiada y violencia doméstica (A propósito del Proyecto de Código Penal) Autor: Abraldes, Sandro F., RUBINZAL-CULZONI. Cita: RC D 2027/2019
- Perspectiva de género en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de CABA, DGPG | Dirección General de Políticas de Género AAMPFCNCCC | Área de Asistencia al MPF ante la CNCCC, Equipo de trabajo: Lucila Saavedra, Lucila B. Martínez, Virginia De Filippi Dirección: María Luisa Piqué y Romina Pzellinsky, 2021
- La investigación de la violencia contra las mujeres con perspectiva de género, Documentos del Programa sobre Políticas de Género para las fiscalías, Programa del Ministerio Público Fiscal sobre Políticas de Género Procuración General de la Nación, 2013
- Perspectiva de género en las sentencias judiciales, Compendio sobre femicidio y legítima defensa en casos de violencia de género, Directora: Romina Pzellinsky Equipo de trabajo: Gustavo Beade y Ágatha Ciancaglini Troller
- Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, en Causa CCC 63.839/2018/CNC1 caratulado: "MORENO CHARPENTIER, Santiago s/ recurso de casación", 18/02/2021.
- Perspectiva de género en los sistemas de protección regional y universal de derechos humanos Compendio sobre las decisiones e informes de los órganos y mecanismos internacionales de derechos humanos en materia de género, DGPG | Dirección General de

Políticas de Género, Año 2021.