



Sede Atlántica
Universidad Nacional de Río Negro
Abogacía

Trabajo Final de Grado

**Legítima defensa: las técnicas de defensa
personal como un medio racional**

Daniel Fernando Mayor

Viedma, Río Negro

2018

Índice

Prefacio	3
INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I: Antecedentes jurisprudenciales	8
1. Presentación de las fuentes	8
1.1 “Di Dio Jesús Sebastián s/lesiones graves” (Expte. N° S7-10-1109)	9
1.2 “Pablo Mas s/amenazas calificadas y daño s/incidente de apelación” (Expte. N° 80/030/05)	10
1.3 “Machado, Héctor Mauricio y otro s/ homicidio” (Expte. N° 25237/11)	11
1.4 “Llambay Miguel Ángel s/lesiones graves” (Expte. N°25107/11)	12
CAPÍTULO II: el instituto de la legítima defensa	12
1. Nociones generales	12
2. Abordaje histórico. Naturaleza jurídica	13
3. Elementos que componen la figura de la legítima defensa	15
3.1 La agresión ilegítima	16
3.2 Necesidad racional del medio empleado para impedir o repelerla	17
3.2.1 El término racional en la legítima defensa	18
3.3 Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende	19
4. Aspecto normativo	19
CAPITULO III: Técnicas de defensa personal	21
1. Nociones generales	21
1.1 Artes marciales orientales	22
1.2 Artes marciales occidentales	23
1.3 La utilización de la técnica marcial para defenderse	23
CAPITULO IV: El medio racional en la legítima defensa: Análisis de Fuentes	26
1. Antecedente: “Di Dio Jesús Sebastián s/lesiones graves”	27
2. Antecedente: “Pablo Mas s/amenazas calificadas y daño s/incidente de apelación”	32
3. Antecedente: “Machado, Héctor Mauricio y otro s/ homicidio”	35
4. Antecedente: “Llambay Miguel Ángel s/lesiones graves”	39
CONCLUSIONES	42
Fuentes	45
Bibliografía	45

Prefacio

Esta investigación se presenta como trabajo final de grado, para obtener el título de abogado en la Universidad Nacional de Río Negro, en la Sede Atlántica. Contiene el resultado del proyecto de investigación del estudiante Daniel Fernando Mayor. Dicho proyecto fue aprobado por el Doctor en Derecho Juan Manuel Otero, titular del Seminario Final de Grado. Este trabajo estuvo bajo la dirección del Licenciado Ariel Barbieri, quien se desempeña como docente en la carrera de Derecho y Director de la Carrera de Comunicación en la mencionada universidad.

Legítima defensa: las técnicas de defensa personal como un medio racional

Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad investigar si el conocimiento de técnicas en defensa personal, es considerado un medio racional en la legítima defensa. Teniendo en cuenta que, en la actualidad, la doctrina nacional reconoce unánimemente que el instituto de la legítima defensa es una causal de justificación en el derecho penal argentino. Sin embargo, considero que el problema no radica en su naturaleza, si no en su fundamento y dentro de éste, en cada uno de los elementos que la componen.

En el marco de la investigación preliminar, se observa que Ernesto Olivares Rodríguez¹, realiza un trabajo titulado *“El Estado De Necesidad Racional De La Legítima Defensa. Análisis jurisprudencial sobre la forma de apreciar la necesidad racional del medio empleado frente a la agresión ilegítima”*². En el mismo aborda jurisprudencialmente el medio racional en la legítima defensa y lo considera como una cosa o condición humana.

Por su parte, Victorio De la Canal³, ha elaborado su trabajo sobre cómo se aplica el instituto de la legítima defensa cuando existe una orden emanada de una autoridad policial y aporta conceptos como el de *agresión* y el de *conducta*.

Otro de los trabajos que elaboró Francisco Muñoz Conde⁴ se tituló *“Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa”*⁵. Este permite evidenciar que, quien se defiende de una agresión que realmente no existe, provoca la consecuencia de no aplicar el instituto que aquí se aborda.

¹ Abogado chileno. Magister en Derecho Penal Universidad de Talca, Chile -Universidad Pompeu Fabra, España.

² En Revista digital “Política Criminal” Volumen 8, N° 15, ISSN 0718-3399.

³ Abogado. Trabajo titulado *“legítima defensa. su viabilidad contra una orden de detención ilegal”*, En Revista Pensamiento Penal, octubre 2006.

⁴ Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla.

⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco: ¿"Legítima" defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación». Estudios Penales y Criminológicos, vol. XV (1992). Cursos e Congresos nº 71 Servicio de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela. ISBN 84-7191-866-8, pp. 266-288.

Tomando como referencia estas investigaciones y teniendo en cuenta el interés por estudiar si las técnicas en defensa personal llegan a constituirse como un medio racional en la legítima defensa, el objetivo general de este trabajo consiste en identificar los diferentes términos⁶ que permitirán comprender si el medio racional se constituye, o no, con conocimientos de artes marciales y/o técnicas de defensa personal.

Para tal propósito me centraré en los antecedentes jurisprudenciales de la ex Cámara en lo Criminal⁷ -*Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro*- suscitados entre julio de 2005 y julio de 2017. Dichos antecedentes se reducen⁸, por las categorías analíticas del presente trabajo, a los siguientes: “Di Dio Jesús Sebastián s/lesiones graves”, “Pablo Mas s/amenazas calificadas y daño s/incidente de apelación”, “Machado, Héctor Mauricio y otro s/ homicidio” y “Llambay Miguel Ángel s/lesiones graves”. El periodo elegido para esta recolección de fuentes fue tomado por ser los últimos doce años de actividad de la Cámara Criminal y se considera un criterio razonable⁹ a la hora de sentar jurisprudencia penal.

Para lograr aproximarme a este objetivo, utilizaré diferentes herramientas analíticas del ámbito jurídico. Por ello, en un primer momento, abordaré las nociones generales del instituto de la legítima defensa, teniendo en cuenta sus elementos constitutivos¹⁰, así como también, algunos de los aspectos normativos que comprenden dicha figura penal. Asimismo, haré hincapié en los aspectos básicos de las técnicas de defensa personal y sus orígenes marciales e implicancias en nuestra sociedad.

El abordaje de las fuentes seleccionadas se realizará bajo aspectos metodológicos cualitativos. Se examinará las fuentes desde el marco jurídico, teniendo en cuenta el instituto de la legítima defensa, de modo que explicaré

⁶ Se considera al término/concepto como la representación mental de un hecho o situación.

⁷ Con la reforma procesal penal llevada a cabo en la Provincia de Río Negro, en agosto de 2015, las Cámaras Criminales dejaron de funcionar y se estructuró el nuevo sistema con otros organismos jurisdiccionales.

⁸ En la etapa de la heurística nos encontramos únicamente con los fallos mencionados que abordan nuestro eje de análisis.

⁹ En los fundamentos de los recursos de apelaciones e impugnaciones, se tienen en cuenta los antecedentes jurisprudenciales de los últimos cinco años y son considerados como doctrina obligatoria del tribunal.

¹⁰ Siendo estos la agresión ilegítima, falta de provocación y necesidad racional del medio empleado.

cada uno los elementos que la componen y me centraré en uno de ellos, *el medio racional*. Además, se complementará con el aporte que arrojan los discursos¹¹. Estos se suscitan en los antecedentes seleccionados y que junto a los términos que se extraen, se elaborarán algunas aproximaciones que se inmiscuyen en las discusiones propias de la comunidad jurídica.

Por lo expuesto, la estructura de este trabajo será la siguiente: En un primer capítulo se presentarán a las fuentes seleccionadas, pudiendo identificar los sucesos jurídicos que se desprenden de las mismas. En un segundo capítulo, se estudiará a los diferentes doctrinarios que nos brindarán las categorías analíticas y marcos teórico-conceptuales. Este capítulo es significativo para comprender los sentidos del objetivo general. En un tercer capítulo se abordará los lineamientos generales de las técnicas de defensa personal, teniendo en cuenta la filosofía de las mismas y su carácter deportivo. Por último, en un cuarto capítulo, se analizará el medio racional en la legítima defensa, que se manifiesta en cada una de las fuentes seleccionadas. Asimismo, es menester aclarar que se utilizarán distintos términos en cada uno de los antecedentes jurisprudenciales –y *quedarán limitados*– a las concepciones que surgen de ellos.

Es significativo mencionar que, dentro de las categorías analíticas del campo jurídico, en lo que respecta al derecho penal y su abordaje del instituto de la legítima defensa, se tomarán los aportes de Claus Roxin¹², Gunter Jakobs¹³, Carlos Creus¹⁴, Sebastián Soler¹⁵ y Raúl E. Zaffaroni¹⁶, entre otros. Del primero soy deudor de conceptos como legítima defensa, bien jurídico y medio racional, que son fundantes a la hora de construir los saberes de los cuales se origina el interés de esta investigación. En cuanto al término

¹¹ Transcripciones escritas en las fuentes seleccionadas de los discursos orales que se suscitan en el marco de cada una de las causas penales.

¹² Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Bs. As., Argentina: Civitas.

¹³ Jakobs, G. (1995) *Derecho Penal parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, España: Marcial Pons ediciones jurídicas S.A.

¹⁴ Creus, C. (1992). *Derecho Penal Parte General 3° edición*. Bs. As., Argentina: Astrea.

¹⁵ Soler, S. (1986). *Derecho Penal Argentino, Tomo I y II*. Santa Fe, Argentina: Tipográfica Argentina

¹⁶ Zaffaroni, R. E.; Alagia, A.; Slokar, A. (2009). *Derecho Penal. Parte General*. Bs. As., Argentina: Ediar; Zaffaroni, R. E. (1998). *Manual de Derecho Penal Parte General, Sexta Edición*. Bs. As., Argentina: EDIAR S.A.

agresión, Jakobs señala una definición propia al análisis. Creus brinda algunas explicaciones al término de *provocación suficiente*, el que se toma en cuenta en los considerandos de los jueces a la hora de juzgar una conducta criminal. Soler señala el significado de necesidad racional que sirve de categoría analítica para llevar a cabo el objetivo propuesto. Sobre la construcción de la teoría del delito, se recurre al análisis que realizó Zaffaroni, quien aporta su impronta a la hora de calificar los institutos propios del derecho penal.

La pretensión de este trabajo consiste en realizar aportes jurídicos para comprender el juzgamiento de los hechos en los cuales no se tendrían en cuenta las condiciones personales, si no el comportamiento llevado a cabo por parte de quien se defiende. Los expedientes seleccionados como fuentes, ofrecen respuestas, ideas y sentidos que me permitirán develar si el medio racional se compone con saberes de defensa personal o conducta desplegada.

Capítulo I

Antecedentes jurisprudenciales

1. Presentación de las fuentes

Con la última reforma al sistema procesal penal en la provincia de Río Negro, ocurrida en agosto del 2017, se dejó atrás el sistema inquisitivo para instaurar el sistema acusatorio. De esta manera, quedó sin funciones la Cámara en lo Criminal, instancia en dónde se llegaba por apelación a los procesamientos de los jueces de instrucción penal.

En esa segunda instancia, los camaristas penales resolvían los casos sentando jurisprudencia, que luego se utilizaba para orientar las resoluciones de jueces inferiores y el litigante podía apreciar cual era el criterio rector en determinados delitos. Por ello, es que en el presente capítulo presentaré las sentencias de casos de legítima defensa de esta ex Cámara en lo Criminal - *Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro*- suscitados entre julio de 2005 y julio de 2017.

Estos antecedentes jurisprudenciales, los considero como fuentes al eje de análisis, ya que son los que arrojarán los datos para dar respuesta a los objetivos del presente trabajo.

Dichos expedientes cuentan con reserva judicial y fueron entregados por un operador judicial al solo efecto de llevar adelante esta investigación. Sin perjuicio de ello, y a pesar de esta contradicción, me permitió hacer mención a los involucrados en dichos delitos a los efectos del análisis del presente trabajo. Me centraré solamente en el abordaje de los expedientes, dejando de lado la repercusión mediática que han originado y en otras consideraciones que han tomado estado relevante a la hora de abordar estos antecedentes.

Por lo expuesto, en este capítulo presentaré los casos de “Di Dio Jesús Sebastián s/lesiones graves”, “Pablo Mas s/amenazas calificadas y daño s/incidente de apelación”, “Machado, Héctor Mauricio y otro s/ homicidio” y “Llambay Miguel Ángel s/lesiones graves”, a los fines de abordar el análisis

propio en el capítulo IV *“El medio racional en la legítima defensa: Análisis de fuentes”*

1.1 **“Di Dio Jesús Sebastián s/lesiones graves” (Expte. N° S7-10-1109)**

El caso se desarrolla el 21 de noviembre de 2010, en horas de la madrugada, en dónde Sebastián J. Di Dio, karateca graduado¹⁷ le ocasionó gravísimas lesiones¹⁸ en el cuerpo a Víctor Antonio Rivero. Todo ello, se desarrolló en marco de una discusión en dónde Rivero, junto a otras dos personas más, increparon a la novia de Di Dio y éste salió en su defensa.

Es pertinente resaltar que en el llamado a indagatoria¹⁹, en la etapa de instrucción²⁰, el Fiscal interrogó a Di Dio y en una de las preguntas dijo: *“si tiene conocimiento en algún arte marcial y cuál es el grado que alcanzó”*²¹, a la que Di Dio respondió que *“practico karate y desde el 2006 soy 1° DAN, que me habilita ser instructor”*²². Continúa diciendo que es un arte marcial de defensa.

Dentro de las pruebas que se aportaron al expediente consta la habilidad de Di Dio en su arte marcial, ya que recibió un premio por su condición de experto marcial²³.

En cuanto a los testigos que se citaron al proceso, consta el del Profesor Luis E. Fernández²⁴ quien dijo que *“a Sebastián Di Dio lo tuvo como alumno desde muy chico, que es 1° Dan y tiene mucha experiencia como karateca”*. Agregando que *“debido a tantos años de práctica, tiene la capacidad para poder matar (...) sabe dónde pegar para poder matar a una persona”*²⁵

¹⁷ Cinturón Negro 1° DAN.

¹⁸ Las lesiones certificadas por el Cuerpo Médico Forense fueron “traumatismo de cráneo con hemorragia cerebral con pronóstico de irreversibilidad, con probabilidad de no volver a gozar de salud física y/o psíquica” pág. 1 de expediente de marras.

¹⁹ Denominado así al interrogatorio del juez de instrucción penal y fiscal sobre el delito que se le endilga al acusado.

²⁰ Es pertinente aclarar que el expediente comienza en la Juzgado de Instrucción Penal y luego por apelación se llega a la instancia de la Cámara Criminal.

²¹ Expediente N° S7-10-1109 fs. 2.

²² *Ibidem*.

²³ A fs. 83/88 consta informe de Olimpia del Carmen, premio a deportistas de la Comarca. Asimismo a fs. 181 constancias de la Federación de Karate y Asociación de Karate de Río Negro.

²⁴ Declaración de fs. 127 del expediente analizado.

²⁵ *Ibidem*.

En las consideraciones del caso, el Juez dice “*entiendo que obra en contra de la situación de imputado, su condición de karateca, ya que encuentro tal circunstancia como un condicionante para el desarrollo de su conducta en hechos como el sometido a análisis (...) hay un plus de responsabilidad*”²⁶

Finalmente, Di Dio fue procesado por el delito de lesiones gravísimas (art. 91 Código Penal) y posteriormente, por apelación de su abogado defensor y en el marco de una suspensión de juicio a prueba, previsto en el Código Procesal Penal²⁷ fue absuelto de esta causa, en la Cámara Criminal.

1.2 “Pablo Mas s/amenazas calificadas y daño s/incidente de apelación” (Expte. N° 80/030/05)

En el año 2010, Pablo Mas fue imputado del delito de amenazas y daños²⁸ contra Walter Figueroa. El hecho se desarrolla cuando Mas fue a buscar a Figueroa a su casa y al increparlo, Figueroa sacó un arma de fuego. En ese momento Mas, con conocimientos en boxeo, se defiende lesionando a Figueroa. Al mismo tiempo, Mas daña el vehículo de Figueroa.

Según los testigos del hecho, el mismo se desarrolla de manera conjunta y sin poder apreciar momentos distintos entre la amenaza, el daño al vehículo y la defensa de Mas contra Figueroa. Sin embargo, se ha probado que Mas, con conocimientos de boxeo y a pesar de que fue quien provocó la situación al acudir al domicilio de Figueroa para increparlo, posteriormente se defendió del contraataque de Figueroa con su arma de fuego.

De la misma manera que en el caso analizado anteriormente, el Camarista Jorge Bustamante en este caso dijo que: “*tengo en cuenta la personalidad impulsiva del imputado, sumado al hecho de sus conocimientos especiales, profesor de boxeo, para evaluar la probabilidad de la comisión de los hechos que se le imputan*”²⁹ siendo en este caso rechazada la apelación del procesamiento de Mas.

²⁶ *Ibidem* fs. 129.

²⁷ En ese momento regía el Código Procesal Penal Ley N° 2107, actualmente reemplazado por la Ley N° 5020.

²⁸ Según arts. 55, 149 bis, 1er. párrafo y 183 del Código Penal.

²⁹ Expediente N° 80/030/05, fs. 32.

Finalmente, Pablo Más, por las consideraciones que se expusieron en el juicio, fue condenado por los delitos que se le endilgaron en una primera instancia, por parte del Juez de Instrucción penal, a una pena de prisión efectiva de tres años y seis meses.

1.3 “Machado, Héctor Mauricio y otro s/ homicidio” (Expte. N° 25237/11)

El 29 de junio de 2010, la Sala B de la Cámara en lo Criminal resolvió condenar a Héctor Mauricio Machado a la pena de tres años de prisión en suspenso como autor penalmente responsable del delito de homicidio preterintencional³⁰ y absolver de culpa y cargo a Gustavo Adrián Leineker en orden al delito endilgado.

Gustavo Leineker, es un conocido practicante de boxeo de la localidad de General Conesa, Provincia de Río Negro, quien le propinó dos o tres golpes certeros que a consideración de los camaristas no fueron los que le ocasionaron la muerte a Raúl Molina en febrero de 2006, momento en que Molina increpa a Machado y a Leineker porque supuestamente había dicho algo a la hija de Molina.

Inmediatamente después Machado, valiéndose del estado de inconsciencia que quedó Molina producto de los golpes que le propinó Leineker, le habría aplicado un tercer golpe de puño en el rostro a Molina que hizo que cayera hacia atrás y se golpeará la cabeza contra el cemento de la calle, más precisamente en un badén. Como consecuencia de ello, Molina habría sufrido traumatismo de cráneo con pérdida de conocimiento, herida cortante en cuero cabelludo y región maxilar izquierda. Luego de recibida las atenciones médicas, Molina falleció el día 20 de febrero de 2006, en el hospital local.

De los testimonios que se ofrecieron en la causa, se tomó en cuenta que Leineker se controló en su accionar y trató de evitar las consecuencias. Así, una testigo dijo: *“más allá de los golpes, describe una actitud conciliadora de parte de Leineker, intentando separar a Molina y calmarlo y su reacción es cuando va en contra de su novia que estaba peleando con María Molina,*

³⁰ Según arts. 45 y 81 inc. 1 b del Código Penal.

pudiendo válidamente considerar que sus golpes fueron justamente para disuadirlo de continuar con una actitud agresiva”.

1.4 “Llambay Miguel Ángel s/lesiones graves” (Expte. N°25107/11)

En agosto de 2008, en un local nocturno de la ciudad de Viedma, se desata una discusión entre Miguel Ángel Llambay y un conocido boxeador de la comarca, Cristian Manuel “metralleta” López.

Ambos continuaron la discusión fuera del local, hasta que López asestó varios golpes de puño contra Llambay y éste último responde con un arma blanca, acertando una apuñalada en el abdomen de López.

La causa tuvo idas y vueltas, en tanto que la defensa de Llambay alegó que respecto a López *“surge evidente de su propia declaración testimonial y del contexto en que se produjeron los hechos –comenzaron en un local nocturno, a altas horas de la noche, con un conflicto en ciernes entre quienes sabían de los modos violentos en que estos son resueltos, seguido de una nueva aproximación ya en el exterior del local y fuera del control del personal de seguridad-, no pueden mantenerse los efectos procesales de la sentencia cuestionada en tanto de esta también sería posible establecer la responsabilidad del segundo en las lesiones graves padecidas por el primero”.*

Además, otros de los argumentos del abogado defensor de Llambay argumentaba que *“no puede existir defensa de defensa y que ambas sean legítimas, por lo que la confirmación de la incriminación de uno es también la del otro, de modo tal que la sentencia de condena no puede ser válida, pues uno de ellos no es imputado y sí testigo de cuyos dichos deriva su responsabilidad”.*

Finalmente, la causa tuvo como condenado a Miguel Ángel Llambay por el delito de lesiones graves contra López, a una pena de tres años de prisión efectiva.

Capítulo II

El instituto de la legítima defensa

1. Nociones generales

El legislador nacional, al momento de redactar el texto de los delitos que se mencionan en el Código Penal Argentino, tiene en consideración al *bien jurídico* que protege cada uno de los delitos descriptos. Consideramos a éstos como las situaciones de la vida cotidiana que se tornan valiosos para la sociedad y que requieren de la protección penal, dada la importancia que revelan³¹. Por lo tanto, en coincidencia con lo que expresa Claus Roxin “*son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*”³².

En efecto, el instituto de la *legítima defensa* es la repulsa de una agresión ilegítima. La que debe ser actual e inminente, por parte de quien se defiende, contra la persona que lleva a cabo aquella acción. Generando una justificación en el foro penal y que “*presupone siempre que la acción típica sea necesaria para impedir o repeler una agresión antijurídica a un bien jurídico individual; la legítima defensa es para el particular un derecho protector duro y enraizado en la convicción jurídica del pueblo*”³³. Por ello, el sujeto que se defiende, lo hace legitimado por el derecho, porque no hay otra forma que el sistema jurídico pueda proteger sus bienes jurídicos.

En consecuencia, como su palabra lo expresa, la defensa bajo ciertas condiciones puede ser lícita o legítima, ya que la ley al no poder defender a las personas de ciertas situaciones, permite que podamos llevar adelante *acciones*³⁴ *típicas*³⁵ y *antijurídicas*³⁶, que no llegan a ser *culpables*³⁷, dada la

³¹ Tales bienes jurídicos protegidos pueden enumerarse como el derecho a la vida, a la salud, entre otros.

³² En Roxin Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Civitas, 1997, pág. 56.

³³ *Ibidem*, pág. 608

³⁴ Sin perjuicio de la construcción dogmática que existe sobre el concepto, se puede sintetizar que es la conducta humana que conlleva en principio una vulneración a un bien jurídico

causal de justificación. Todo ello, en alusión a los conceptos que nos arroja la teoría del delito de Claus Roxin y la construcción moderna que retomó Raúl E. Zaffaroni.

2. Abordaje histórico. Naturaleza jurídica

El instituto de la legítima defensa *“nació unida a los delitos de homicidio y lesiones, y permanece así en los códigos antiguos, pero en todas las legislaciones contemporáneas se acepta la posibilidad de que justifique la defensa de cualquier bien jurídico, incluso aunque no se halle penalmente tutelado”*³⁸.

Es en el derecho romano en dónde podemos hallarla, en la Ley de las XII Tablas³⁹, 450 a. C., específicamente en las leyes VIII y IX, en las que se aprecia una incipiente evolución de la legítima defensa en la siguiente frase *“todas las leyes y todos los derechos permiten rechazar la fuerza con la fuerza”*⁴⁰.

Por su parte, Luis Jiménez de Ansúa dice que durante la Edad Media, con la recepción normativa de las fuentes romanas y luego con la Revolución Francesa, es que se regula de manera restrictiva la legítima defensa. Es recién en 1791, con el código penal francés que se declaró que *“en caso de homicidio legítimo nunca existe crimen, y no ha lugar a pronunciar pena alguna”*⁴¹.

Sin embargo, el instituto tendrá su máxima expresión en la época de la Ilustración, allí, nos referencia Claus Roxin que *“el Derecho General del Territorio Prusiano (1794) permitió la legítima defensa de cosas, que sin*

penalmente protegido. En Roxin Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Civitas, 1997, pág. 245-250.

³⁵ Podemos decir que a la conducta humana se le atribuye una calificación legal. Concepto retomado de Roxin Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Civitas, 1997, pág. 251.

³⁶ Se puede afirmar que es la conducta humana encuadrada en una descripción penal y que es contraria al ordenamiento jurídico. Concepto retomado en Roxin Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Civitas, 1997, pág. 320.

³⁷ Se puede es el reproche penal o sanción punitiva ante la conducta, típica y antijurídica de las personas humanas. Concepto retomado en Roxin Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Civitas, 1997, pág. 343.

³⁸ En Zaffaroni Raúl Eugenio, Manual de Derecho Penal Parte General, Sexta Edición, EDIAR S.A., 1998, pág. 491.

³⁹ Compendio de leyes que regulaban las relaciones humanas en Roma.

⁴⁰ Traducido de la frase *“Vin vi defenderé omnes leges omniaque jura permittunt”*, En Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XVIII, Lega-Mand, Driskill S.A, Bs. As., 1991, pág. 134.

⁴¹ En Luis Jiménez Ansúa, Tratado de Derecho Penal, Tomo IV, Bs. As., 1953, pág. 26.

*embargo por regla general no podía llegar hasta matar al agresor y que además sólo era admisible si no se podía lograr la ayuda de la autoridad*⁴².

Salvando las distancias y las épocas, y remitiéndonos a nuestro derecho penal, el Código redactado por Carlos Tejedor en 1866, ha reflejado en sus artículos referidos a la legítima defensa, disposiciones extraídas del Código Penal de Baviera de 1813, impulsado por Paul Johann Anselm von Feuerbach⁴³, modelo que se siguió en la mayoría de los códigos penales iberoamericanos.

Posteriormente, impulsores argentinos del código penal, como Emilio Díaz (1921), Tomás Jofré (1922), Rodolfo Moreno y Eusebio Gómez (1935), Jorge Coll y E. Gómez (1937), se han orientado por doctrinarios españoles⁴⁴, hasta la última reforma del 2014, que en diagrama de Zaffaroni, se retoman las ideas germanas que se plasman en muchos de los institutos que hoy observamos en el código penal.

3. Elementos que componen la figura de la legítima defensa

Las personas tienen derecho a defenderse y este derecho es inherente a su condición de humano. Nos dice Francisco Muñoz Conde que es un derecho *“tan elemental y antiguo como la condición humana y el instinto de preservación”*⁴⁵. Sin embargo, agrega el citado autor que en los Estados de Derecho modernos, el instituto de la legítima defensa debería ser la excepción a la regla y que deberían tener límites más explícitos con una mejor técnica legislativa.

Ante ello, el hecho que pone en marcha la causal de justificación es la *agresión ilegítima*, en conjunto con la utilización de un *medio racional* y la ausencia de *provocación* por parte de quien se defiende. Estos elementos deben darse de manera tal que si falta alguno de ellos, no se estaría frente a una justificación sino más bien ante un delito de agresión o similar.

⁴² En Claus Roxin, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Civitas, 1997, pág. 610.

⁴³ Creador además del principio rector en el derecho penal *“nullum crimen, nulla poena sine lege praevia”* (no hay delito ni pena sin ley previa).

⁴⁴ No se mencionan ni profundizan en estas ideas ya que se brindaría un marco jurídico ajeno a este trabajo.

⁴⁵ En Francisco Muñoz Conde, Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa, Revista penal, n.º 24.—Julio 2009, pág. 125.

Dichos elementos son la agresión ilegítima, necesidad racional y falta de provocación, los cuales se profundizan a continuación.

3.1 La agresión ilegítima

La *agresión* es traducida como una amenaza a un bien que necesariamente no debe estar protegido penalmente, tal puede ser nuestra propia vida, la salud, la morada e incluso algún derecho posesorio que está protegido por el derecho civil.

En la doctrina se ha discutido si la agresión ilegítima proviene de otra persona humana o también puede serlo de animales. La figura de la legítima defensa queda excluida ante el ataque de los animales, debido a que *“ante ellos no resulta necesario el prevalecimiento del derecho”*⁴⁶.

Asimismo, la agresión es una *acción* que dentro del derecho penal se ha considerado a *“la producción, reconducible a una voluntad humana, de una modificación en el mundo exterior”*⁴⁷. Por ello, la agresión puede ser a través de una acción o de una omisión, en tanto que puede darse el caso en dónde una madre deja de alimentar a su hijo, una tercera persona podría amenazarla y obligarla a los fines de que lo alimente.

La agresión debe ser actual, es decir que dicha agresión *“es inmediatamente inminente, o precisamente está teniendo lugar o todavía prosigue”*⁴⁸. Además, debe ser ilegítima, es decir, toda aquella conducta que lesiona bienes⁴⁹ de otra persona.

En consecuencia, quien se defiende de una agresión debe tener conciencia de ello y es lo que parte de la doctrina denomina *“animus defendendi”*, en palabras de Karl Binding *“quien se defiende debe tener conciencia de su situación y voluntad de salvar, mediante la repulsa, los bienes jurídicos amenazados”*⁵⁰.

⁴⁶ En Isidoro Sassón, Legítima Defensa Propia, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE, 2006, pág. 3.

⁴⁷ Concepto creado por Von Liszt, en Claus Roxin, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Civitas, 1997, pág. 236.

⁴⁸ En Claus Roxin, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Civitas, 1997, pág. 618.

⁴⁹ Bienes materiales e inmateriales que tienen protección del derecho penal.

⁵⁰ En Karl Binding, Handbuch des Strafrechts, Duncker & Humblot, 1885, pág. 733.

3.2 Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla

El problema de la legítima defensa no es su naturaleza, si no su fundamento. Y es en este elemento que la compone en donde se generan las mayores dificultades para determinar que es un *medio racional* o teniendo en cuenta nuestro eje de análisis, si el conocimiento en técnicas de defensa personal sería considerado un *medio racional*.

La doctrina liderada por Claus Roxin señala que necesidad racional es “*toda defensa idónea, que sea la más benigna de varias clases de defensa elegibles y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir un daño*”.⁵¹ Es decir, que el que se defiende de una agresión ilegítima debe elegir entre los medios que tiene a su alcance, el que cause el mínimo daño al agresor.

Al respecto del *medio racional*, Roxin nos adelanta algunas consideraciones para tener presente, en tanto que “*quien pueda repeler al agresor con sus puños o a patadas, no puede echar mano al cuchillo o al revólver*”⁵². Sin embargo, también debemos considerar que quien se defiende no debe sufrir ningún riesgo, por lo que el derecho no nos exige que si poseemos técnicas en defensa personal utilicemos en su lugar un chuchillo, si ello no hace sentir más seguro a la hora de defendernos.

Por ello, el *medio racional* utilizado debe ser juzgado con elementos objetivos, dado que en algunos casos un cuchillo es un medio idóneo para esa agresión y en otras situaciones sería excesivo. Tampoco la proporcionalidad entre el daño causado y el que se impide no está vinculado con la necesidad de la defensa. Por ello, quien sólo escapa de una agresión, apuñalando al agresor, estaría justificado su accionar por legítima defensa, aunque la lesión haya sido mayor a la agresión. Expresa Gunter Jakobs que “*el defensor sólo está justificado cuando elige, entre los medios apropiados para la defensa, el que comporta la pérdida mínima para el agresor. No importa la proporcionalidad de los bienes afectados, sino que, la defensa de los bienes*

⁵¹ En Claus Roxin, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Civitas, 1997, pág. 628.

⁵² *Ibidem*, pág. 629.

*materiales, cuando la agresión no se puede repeler de otro modo, puede amparar hasta la muerte del agresor*⁵³.

Finalmente, señala Soler que *“para juzgar de la necesidad del medio empleado, resultará, en cada caso, de una comparación no sólo de los instrumentos usados, sino también de las condiciones personales del agresor y del agredido*⁵⁴. Ello en alusión al caso en que se puede dar entre una persona armada y un boxeador profesional, tal como abordamos en uno de los antecedentes jurisprudenciales del capítulo I⁵⁵.

3.2.1 El término racional en la legítima defensa

El problema viene dado por el término “racional” y que se entiende por la racionalidad en la legítima defensa. No podemos determinar matemáticamente que una serie de golpes serían racionales y uno más o uno menos sería irracional.

El término “racional”, en nuestro codificador, se ha querido referir a la necesidad natural humana. De esa forma, citamos a Carlos Tejedor que dice al respecto *“si la observación de la vida es una ley de la naturaleza, los movimientos de defensa obedecen a la misma ley; para ser legítimos deben ser instintivos y no variados o previamente calculados. De ahí que la interpretación de la disposición citada debe ser hecha por su espíritu y sentido verdadero y no por el significado dudoso de una palabra, que apreciada con el criterio científico de la moderna psicología estaría al empleada*⁵⁶.

En efecto, la racionalidad es un término imperativo que en palabras de Zaffaroni nos dice que *“sólo aparece como justificante cuando el agente no dispone de otro medio jurídico para evitar la vulneración del bien*⁵⁷.

⁵³ Gunter Jakobs, Derecho Penal parte general, fundamentos y teoría de la imputación, Marcial Pons ediciones jurídicas S.A., Madrid, 1995, pág. 472.

⁵⁴ Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Tomo I. Santa Fe, Argentina: Tipográfica Argentina. pág 452.

⁵⁵ En caso “Llambay Miguel Ángel s/lesiones graves”.

⁵⁶ Jurisconsulto Argentino, autor del Código Penal de 1921.

⁵⁷ Zaffaroni, R. E. (2009). *El enemigo en el derecho penal*. Bs. As., Argentina: Ediar., pág. 326.

3.3 Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende

Se entiende que hay *provocación suficiente* cuando alguien coacciona a otro a hacer algo. Por ello, quien se defiende de una agresión ilegítima y utilizando un medio racional, no debió anteriormente a la acción defensiva, haber provocado al atacante. Claramente es materia probatoria de difícil producción, demostrar si hubo o no provocación suficiente y hasta qué punto puede ser considerado una provocación. Se entiende que debe haber un sentido social de normalidad, en tanto que en principio no hay provocación suficiente con una simple broma.

Señala Raúl E. Zaffaroni que *“la suficiencia depende del carácter positivo de la previsibilidad (que el agente pueda prever la agresión como resultado de su actividad) y de la exclusión de la consideración del carácter personal del eventual agresor (por más previsible que sea el ataque ante conductas normales, a raíz del carácter irascible del eventual agresor), no se podrá sostener que aquéllas importan provocación suficiente”*⁵⁸.

Agrega Creus que *“sólo la provocación suficiente es la que coloca al agente fuera del cuadro de la legítima defensa, es decir aquella que, según un sentido social de normalidad, tiene idoneidad como motivación para el ataque”*⁵⁹.

4. Aspecto normativo

En la Constitución Nacional, se observa que el art. 18 da las pautas para el debido proceso penal. De esa forma, dice el mencionado artículo que *“Ningún 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 sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué*

⁵⁸ En Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro: Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires, Ediar, 2002.

⁵⁹ En Creus, C. (1992). Derecho Penal Parte General 3° edición. Bs. As., Argentina: Astrea. Pág. 328.

casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.»⁶⁰

Esta prescripción constitucional brinda las garantías necesarias para llevar adelante el debido proceso y comprobar en una instancia judicial, los elementos probatorios necesarios para determinar exculpación penal.

Por su parte, específicamente el Código Penal Argentino, dispone en su art. 34 el instituto de la legítima defensa. Dicho citado dice en sus partes pertinentes que *“no son punibles (...) inc. 6° 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 impedirla o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende...”*⁶¹

La ley propone comprobar que el hecho defensivo se halla acorde a la reacción natural del humano. Por ello, los requisitos estipulados en el tipo penal exculpante, son sólo una guía que debe remitirse a la cuestión probatoria con elementos objetivos y teniendo en cuenta la situación particular. Todo ello, sin perjuicio de que el Estado a través de su política criminal, proponga los límites a cada situación para contemplarla como justificada de un delito.

En definitiva, se puede apreciar que la legítima defensa debe probarse, no sólo la situación fáctica del hecho en sí, sino también el alcance de cada uno de los requisitos predispuestos, teniendo en cuenta por convicción que la legítima defensa no se presume.

⁶⁰ Constitución Nacional, artículo 18.

⁶¹ Código Penal de la República Argentino, Editorial La Ley, 2017.

Capítulo III

Técnicas de defensa personal

1. Nociones generales

Podemos aproximarnos a la concepción de que las artes marciales son técnicas que a través de nuestro cuerpo u objetos manuales, nos sirve para atacar a otra persona o defendernos de una agresión. Son milenarias y generalmente tienen una filosofía de vida en su construcción como arte. En algunos casos son imitaciones de la propia naturaleza y los animales, en otros casos, son elaboraciones de sus maestros creadores.

El apogeo de las artes marciales tiene su origen en el siglo XIX, en Asia, en donde se transformaron las formas de lucha y se comenzó a estudiar las técnicas corporales para tales fines. De hecho, el término marcial proviene del “Marte”, el Dios de la guerra romano y de allí su impronta a la hora de enfrentamiento entre sus practicantes, que en aquellas épocas se preparaba para la guerra.

En diferentes países se han practicados artes marciales. Por ejemplo, en Egipto hay algunas pinturas que datan del 2000 a. C. que muestran luchadores realizando lanzamientos y sumisiones.

Asimismo, en la Roma antigua se practicaba la lucha de los gladiadores, en donde estos esclavos debían enfrentarse incluso a leones para dar un espectáculo al emperador.

En las últimas décadas, las artes marciales han sido parte de las olimpiadas. En el caso del Judo, ingresó a los Juegos Olímpicos de Tokio en 1964 como un arte demostrativo, hasta que en las Olimpiadas de Munich (1972) se presentó como arte marcial de competición. El taekwondo por su parte se incorporó en Seúl (1988) y en Barcelona (1992), presentándose como un deporte de exhibición. Recién en Atlanta de 1996 y Sidney en 2000 tuvo mayor participación como deporte olímpico de competición.

En el caso del karate, no pudo ingresar al medallero olímpico dado que el Comité Olímpico rechazó su pedido por política deportiva, considerada como un arte marcial de contenido violento, lo que llevó a que las asociaciones mundiales de karate reorganicen sus técnicas para adaptarlas a la competición.

Es de destacar que nuestro país tiene grandes deportistas marciales que nos representan en los Juegos Olímpicos, tal es el caso de Paula Pareto⁶² en Judo y Sebastián Crismanich⁶³ en Taekwondo.

Por su parte, el boxeo⁶⁴ tiene representantes en el medallero olímpico, tal es el caso de Alberto Palmetta⁶⁵ y Fernando Martínez⁶⁶.

Finalmente, podemos apreciar que las artes marciales son consideradas, no solo una capacidad para defenderse, sino que también adquieren un reconocimiento en el mundo del deporte. Por ello, la utilización de las artes marciales con fines contrarios a su filosofía, fueron y serán condenadas con el máximo reproche de los códigos éticos de las artes marciales.

1.1 Artes marciales orientales⁶⁷

En Oriente, específicamente en los países de China, Japón y Corea es en donde tiene su nacimiento las principales artes marciales, tales como el Judo, Karate, Taekwondo, Aikido y tantas otras. Cada una de ellas con su código ético y su filosofía característica, que la hace notablemente distinta a las demás.

Sus practicantes han desarrollado habilidades personales y en el manejo de diferentes elementos, que a la hora de prestar batalla, se nota la diferencia entre quienes se desenvuelven en un arte marcial y quienes carecen de ese saber.

Es la filosofía que parte de cada una de las artes marciales, la que hace la diferencia entre el oriente y el occidente. En tanto que el respeto que se logra

⁶² Paula Belén Pareto nació en San Fernando, el 16 de enero de 1986. Campeona en Judo del mundo en 2015 y ganadora de una medalla de bronce en los Juegos Olímpicos de Pekín 2008 y de una medalla de oro en los Juegos Olímpicos de Río de Janeiro 2016. Se convirtió en la primera mujer argentina en ser campeona olímpica y la primera deportista argentina que ganó dos medallas olímpicas en disciplinas individuales.

⁶³ Sebastián Eduardo Crismanich nació en Corrientes, el 30 de octubre de 1986. Fue ganador de la medalla de oro en taekwondo en la categoría de hasta 80 kilos en los Juegos Olímpicos de Londres 2012.

⁶⁴ Si bien no es un arte marcial, vamos a considerarlo, a los efectos del presente trabajo, como una disciplina defensiva con reglas (deportivas).

⁶⁵ Alberto Ignacio Palmetta, nació en Buenos Aires, el 5 de abril de 1990. Representante olímpico en boxeo. Obtuvo diferentes medallas en las Olimpiadas de Londres y Río de Janeiro.

⁶⁶ Fernando Martínez nació en Avellaneda, Provincia de Buenos Aires. Representó en boxeo a la Argentina en las Olimpiadas de Río de Janeiro, teniendo una muy buena participación.

⁶⁷ A modo representativo, sólo haremos mención a algunas de las artes marciales más conocidas.

en los dojos⁶⁸ orientales, en pocas ocasiones es imitado en la parte occidental del mundo.

En cuanto a su filosofía, cada arte marcial tiene sus principios y ética, aludiendo al respeto por el practicante y por el arte en sí mismo. Por ello, en judo se realzan valores de solidaridad y respeto por el adversario. Lo mismo sucede en karate, en donde *“el núcleo del kárate es, sin duda, el desarrollo humano, cuyo sentido depende de la orientación del proyecto en el que se base la práctica del kárate”*⁶⁹.

1.2 Artes marciales occidentales⁷⁰

Recién a finales del siglo XX, en el resto de Europa y en América, se han suscitado diversas disciplinas que derivan de las artes marciales tradicionales. Tales como el Krav Magá, Jiu Jitsu Brasileiro, Lima Lama, Kick Boxing y las Artes Marciales Mixtas, con un gran número de practicantes.

Es una lógica que se repite en todo el continente occidental, que la práctica de las artes marciales carece de una filosofía tan marcada como la que se otorga en el oriente. Los *marcialistas* occidentales se preocupan más por resultados deportivos que por la filosofía que esmera determinada arte marcial.

Tal como mencionamos anteriormente, en occidente el arte marcial ha tenido una transformación, ya no en la preparación para la guerra sin armas, sino para la competencia deportiva que se han desarrollado en olimpiadas y en distintos campeonatos en el mundo. Actualmente, Argentina cuenta con exponentes en casi todas las artes marciales reconocidas y con muy buenos resultados en las competencias de alto rendimiento.

1.3 La utilización de la técnica marcial para defenderse

Las técnicas que componen un arte marcial pueden ser utilizadas tanto para atacar como para defenderse ante una agresión de otra persona. Considerar

⁶⁸ Espacio en donde se practica el arte marcial.

⁶⁹ En Revista de Artes Marciales Asiáticas, Volumen 4, Número 3, 2009. Pág. 120.

⁷⁰ Por razones de espacio, sólo haremos mención a algunas de las artes marciales más conocidas que se han desarrollado en el continente americano y parte de Europa.

que una técnica es equivalente a un arma va a depender del grado de competencia del experto marcial y de su utilización.

Supongamos que nos encontramos ante un atacante con un cuchillo y un judoka se defiende con sus manos, utilizando un mecanismo de llave con que lesiona irreversiblemente el brazo del atacante. En este caso no hubo una racionalidad en el medio empleado, dado que una lesión con el cuchillo no podría equipararse a una rotura de tendones producto de la técnica marcial. Sin embargo, se podría alegar que quien se defendió no tuvo otra posibilidad más que sus propias manos, utilizadas con una técnica de manejo marcial.

Claramente es discutible hasta qué punto, el conocimiento de técnicas marciales pueden llegar a ser un medio racional para defenderse de una agresión.

En efecto, el acto defensivo de una persona, ante el ataque ilegítimo de otra, supone siempre un acto racional de la propia naturaleza humana. Este aspecto puede ser relevante a la hora de examinar el hecho en particular y considerando si la persona que se defiende, en principio acusado de un delito contra las personas, tiene conocimiento en técnicas de defensa personal.

Y es así, que volviendo al ejemplo del judoka, es su creador⁷¹, quien enseña que las técnicas defensivas son realizadas con nuestro propio cuerpo, principalmente con movimientos estudiados y siendo eficaces a la hora de repeler una acción. Se observa que la utilización del propio cuerpo es fundamental a la hora de reaccionar ante una acción adversa. Ello, es común en la mayoría de las artes marciales orientales y que han tenido asidero en el continente americano.

No obstante, hay otras disciplinas, alejadas de las artes marciales y que cuentan con algunas técnicas de defensa personal. Tal es por ejemplo, el boxeo, que si bien no realiza un estudio pormenorizado de las técnicas defensivas, en muchos casos podemos anoticiarnos que los practicantes de este deporte olímpico, utilizan sus golpes para defenderse o atacar a otra persona. No es lo mismo que se defienda un practicante de artes marciales, que conoce y estudia técnicas de defensa personal y que sabe hasta qué punto puede utilizar su técnica o que lo haga un boxeador que golpea a su atacante

⁷¹ Jigoro Kano, creador del Judo en Japón en 1882.

con técnicas de *uppercut* o *jab*⁷² a que lo haga una persona sin esos conocimientos y no prevea las consecuencias de los golpes.

Ahora bien, suponiendo que en principio, ambas son un medio racional, dado que es una regla coincidente entre la doctrina y la jurisprudencia, que quien se defiende no debe exponerse a una situación de riesgo. Con ello, un experto en técnicas de defensa personal, puede bien defenderse con movimiento de su cuerpo o bien con algún elemento que provoque la menor lesión posible en el agresor y ello, no supondría que la sapiencia marcial excluye la defensa con un cuchillo.

A esto, es la jurisprudencia, como veremos en el capítulo IV, que da un tratamiento diferente no sólo por ser practicante del arte marcial o disciplina deportiva, sino por su conducta desplegada.

⁷² Dos de los golpes más utilizados en el boxeo.

Capítulo IV

El medio racional en la legítima defensa: Análisis de fuentes

En el presente capítulo se estudiarán algunos fragmentos escritos, de las fuentes que seleccionamos. Se extraerán términos que permiten develar cuestiones propias de la comunidad jurídica, como su lenguaje. Todo ello, tiene en cuenta los aspectos contextuales del discurso, así como se identifican los ejes conceptuales ordenadores del mismo.

Es pertinente aclarar que las fuentes seleccionadas son discursos escritos, emanados de magistrados del Poder Judicial de Río Negro. Es decir, que tendremos discursos pertinentes a esta comunidad jurídica. Sin embargo, es propio del análisis identificar los rasgos particulares de cada una de las fuentes, así como de cada actor, más allá de compartir rasgos discursivos propios de la jerga de la comunidad de pertenencia. Asimismo, se reconoce en el análisis los ejes y conceptos congruentes en significado de la comunidad que representa.

De esa forma, se podrá observar, que ponderar a una persona que practica artes marciales, puede ser una construcción discursiva que arroje resultados adversos a la hora de calificar penalmente su conducta.

En efecto, utilizaré el marco teórico brindado en los capítulos anteriores para analizar cada uno de los fallos de manera individual. Con ello, intentaré develar cual es el *medio racional* utilizado en cada uno de estos antecedentes jurisprudenciales para concretar el objetivo propuesto en este trabajo.

Así, en el primer antecedente, se abordará el término “agresión” y “karateca”. En el segundo antecedente, el de “boxeador” y “comprensión”. En la tercera fuente, nuevamente el concepto de “boxeador” y el de “agresión”. Finalmente, en la cuarta fuente seleccionada, se abordará el término “provocación” y el de “conducta”. Los términos o conceptos que se abordarán en cada uno de estos expedientes, -a pesar que estos sean diferentes-, permitirán conducirnos a saber, si el conocimiento en las técnicas de defensa personal es un medio racional de legítima defensa.

1. Antecedente: “Di Dio Jesús Sebastián s/lesiones graves”

Recordemos, como hemos descripto en el capítulo I, que este primer antecedente se suscita en el año 2010, ocasión en que el karateca, Sebastián J. Di Dio, en el marco de una supuesta legítima defensa, le ocasiona daños a Víctor Rivero.

De esta fuente se analizarán términos pertinentes al eje de análisis. Por ello, se identificarán dos de estos que considero relevantes, tales como el de “karateca” y el de “agresión”.

El concepto de “karateca”, se presenta en diferentes testimonios y conclusiones del juez⁷³ que responden a un significante discursivo. En un primer momento, es menester señalar que el acusado es considerado practicante del arte marcial, ya que posee el título de instructor. Esto se evidencia en las propias palabras de Di Dio, en tanto dice:

“practico karate y desde el 2006 soy 1° DAN, que me habilita ser instructor”⁷⁴

El profesor de Di Dio que prestó testimonio en este antecedente, señaló la pericia de su alumno en el arte marcial, diciendo lo siguiente:

“tiene mucha experiencia como karateca”⁷⁵

Asimismo, sin comprender las implicancias legales en sus dichos, brinda algunos significantes en donde deja a una libre interpretación si estas son características del alumno o del arte marcial, o ambas, cuando dice:

“tiene la capacidad para poder matar (...) sabe dónde pegar para poder matar a una persona”⁷⁶.

Por otro lado, dentro de la misma fuente, el juzgador determina, respecto a la connotación de este primer término de análisis, lo siguiente:

⁷³ El término Juez y Camarista serán utilizados como sinónimo a los efectos del presente capítulo.

⁷⁴ Expediente N° S7-10-1109, declaración de Di Dio de fs. 2.

⁷⁵ Expediente N° S7-10-1109, testimonio del Prof. Luis María Fernández de fs. 127.

⁷⁶ *Ibidem*.

“entiendo que obra en contra de la situación de imputado, su condición de karateca, ya que encuentro tal circunstancia como un condicionante para el desarrollo de su conducta en hechos como el sometido a análisis”⁷⁷

Aquí, se observa que el Juez identifica a Di Dio como un experto en Karate. Asimismo, ofrece una connotación que le podemos atribuir al concepto de “karateca” que se está identificando, que poseer estos saberes y aplicarlos en el contexto en el que se encuentra inmerso denota un plus de responsabilidad, lo cual es un condicionante ante el hecho juzgado. También, se evidencia una asimetría de poder respecto al individuo que se dedica a las artes marciales del que no, al expresar lo siguiente:

“debió conducirse con un plus de responsabilidad mayor al que tendría el hombre común”⁷⁸

De los fundamentos del Juez, se identifica al arte marcial y en este caso, al karate como un deporte y como una filosofía de vida, que potencia las habilidades de un practicante al punto de convertirlo en un arma. Por ello, la filosofía practicada en un arte marcial debe conllevar valores de prudencia y respeto por el otro. Esto se evidencia en el siguiente fragmento:

“su condición deportiva y filosófica lo convierte en un arma en sí mismo, tal como lo dijera su profesor a fs. 127, resumiendo entiendo que cuanto más grande sea la experiencia, habilidad y potencia del cultor de éste arte marcial, como es el caso de Di Dio, mayor deberá ser también su prudencia y respeto frente al caso concreto, esto es algo que el imputado debió manejar al momento del conflicto que desencadenó en las lesiones de Rivero”⁷⁹

Esta connotación atribuida por el Juez en cuestión, respecto a las categorías deportivas y filosóficas nos permite traer a consideración el marco referenciado en el capítulo III. En tanto que el aspecto filosófico de un arte marcial, está basado en los principios éticos de respeto por el otro y por uno mismo, así como también, permite el desarrollo humano de acuerdo a cada disciplina marcial. Ante esto, considero que quebrantar la ética del arte marcial que se practica, conlleva a un agravante en su situación procesal que deviene en agresión.

⁷⁷ Expediente N° S7-10-1109, considerandos del Juez a fs. 129.

⁷⁸ *Ibidem* fs. 14.

⁷⁹ *Ibidem*.

En cuanto a la “agresión”, el Juez determina de manera categórica que la conducta desplegada por Di Dio encuadra en la calificación legal del Art. 91⁸⁰ del Código Penal, agregando que no tiene ningún tipo de atenuantes. Lo que lleva a suponer que el conocimiento de un arte marcial, en este caso, fue determinante para tenerlo como un *medio racional* excesivo a la hora de defender a la novia del acusado. Ello se evidencia en el siguiente fragmento:

“Es a resultas de lo expuesto, que la conducta de Di Dio se enmarca en el Artículo 91 del Código Penal, lisa y llanamente por haber provocado las lesiones gravísimas que sufriera Rivero como consecuencia de la agresión del imputado, sin involucrar la presencia de atenuantes legales.”⁸¹

En el mismo sentido, se puede observar que la agresión de Di Dio ha provocado daños en la salud de Rivero, que según el Cuerpo Médico Forense (CMF) son irreversibles. Ello se expresa en el fragmento del informe del CMF:

“Actualmente presenta desorientación temporo espacial con dificultad motora, tiene convulsiones pos traumáticas (sin antecedentes previos), las mismas son controladas con anticonvulsivantes. Se objetivo, al momento de este examen, leve alteración de la marcha con aumento de la base de sustentación. Disminución de la función cognitiva con dificultades en la atención y en la memoria. Consecuentemente alteradas sus relaciones sociales. Concluyendo el informe al manifestar que (...) La víctima padeció un traumatismo de cráneo con hemorragia cerebral con pronóstico de irreversibilidad, es decir de alta probabilidad de que el paciente no vuelva a gozar de su salud física y/o psíquica (...).”⁸²

No sólo la imposibilidad en la salud afectó a Rivero en su vida diaria por el accionar de Di Dio, sino que también lo ha perjudicado en su desenvolvimiento social y laboral. Por ello, esto afirma la tesitura de que un arte marcial puede convertirse en un arma para quien la práctica, siendo su cuerpo el elemento principal. De esta forma, se afirma lo siguiente respecto a las

⁸⁰ “ARTICULO 91 Código Penal: Se impondrá reclusión o prisión de tres a diez años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir”.

⁸¹ Expediente N° S7-10-1109, considerandos del Juez a fs. 14.

⁸² Expediente N° S7-10-1109, informe Cuerpo Médico Forense a fs. 213.

agresiones recibidas que sobrellevaron a la inhabilitación para las actividades laborales:

“El Cuerpo Médico Forense también informó que Rivero padece de una inutilidad permanente para el trabajo, ello al afirmar a fs. 213 que (...) La incapacidad laboral, es mayor a un mes, siendo muy probablemente y de acuerdo al período de consolidación laboral, de características de inutilidad permanente (...).”⁸³

De los testigos del hecho, algunos han identificado a Di Dio como quien comenzó la agresión y el Juez lo ha valorado para emitir su sentencia, que fue condenatoria. Sin embargo, es pertinente resaltar que el Juez ha tenido en un primer plano la condición de practicante de karate y se puede evidenciar en los siguientes fragmentos. El primero hace referencia a los testimonios que sitúan a Di Dio como el provocador y por lo tanto, agresor, y el segundo de estos, las valoraciones del Juez en cuanto a la pericia de Di Dio en saber golpear a su contrincante.

“Tengo para mi que Jesús Sebastián Di Dio no solo se lanzó a golpes con sus manos contra Rivero, tal como el imputado lo sostiene y lo reafirman su novia y su amiga (Alvarenga y Herrero –ver fs. 21/22y 24) sino que también lo hizo golpeándolo con sus pies una vez que Rivero estaba tendido en el piso, ello según lo declarado por Facundo Calvo, quien con suma claridad refirió que no observó ningún episodio antes de la pelea, y vio cuando Jesús Sebastián Di Dio golpeó con su puño en el rostro a Víctor Antonio Rivero quien lo tomo con sus brazos para que no le siguiera pegando y Di Dio continuaba asestando golpes por debajo de los brazos, cayendo Rivero desmayado, ante lo cual Di Dio le pegó en el piso, golpes de puño y patadas”⁸⁴.

La determinación del juez fue expresada de la siguiente manera:

“Va de suyo que no solo las patadas incidieron el resultado final de las lesiones sino que también los golpes recibido con los puños han hecho mella en el físico de Rivero”⁸⁵

⁸³ *Ibidem.*

⁸⁴ Expediente N° S7-10-1109, considerandos del Juez a fs. 16.

⁸⁵ *Ibidem.*

Finalmente, el Juez ha valorado la calificación legal de acuerdo al daño que ha sufrido Rivero. Esto se evidencia en cuanto al resultado de aquella violencia ejercida en el cuerpo de Rivero y que a esta altura del proceso fue considerada la real víctima, independientemente de que el hecho comienza, a dichos de otros actores de la causa, como una legítima defensa de terceros. Por ello, se concluye la sentencia del Juez sosteniendo que la calificación del art. 91 del Código Penal tiene como requisito que:

*“exige como resultado un daño en el cuerpo o en la salud. Aquel daño debe ser el resultado de una violencia ejercida, por cualquier medio, sobre la víctima por parte del sujeto activo”.*⁸⁶

Ahora bien, teniendo en cuenta a los términos “karateca” y “agresión”, ello permitirá llegar al cuestionamiento sobre el medio racional utilizado en la legítima defensa y para este propósito es necesario recordar algunos elementos conceptuales que servirán de base.

De esa forma, la legítima defensa se compone de tres elementos fundamentales que en ausencia de alguno de ellos, el instituto no tendría aplicación legal. Por ello, un primer elemento es la *agresión ilegítima* y teniendo en cuenta la concepción de Claus Roxin, se puede decir que Di Dio fue provocado por Rivero, quien había pretendido tocar a la novia de aquel. Ello lo expresó un testigo en el siguiente fragmento:

*“sostuvo que el día de la fecha, entre las horas 02:30 y 03:00 aprox., nos bajamos al baño de la estación de servicio sito en calle Rivadavia y Mitre, dentro del sanitario estuvimos 5 cinco o 10 minutos, al salir observo que se encontraba una femenina y tres masculinos, al salir MARIELA, uno de los sujetos que se encontraban afuera le toca la cola, es ahí en donde SEBASTIAN lo ve que le toca la cola a su novia, SEBASTIAN baja del auto, se dirige a donde estaba esta persona”*⁸⁷

En cuanto al segundo elemento del instituto, *la falta de provocación suficiente*, tomando la concepción de Raúl E. Zaffaroni, claramente se desprende del testimonio anterior, que Di Dio se encontraba dentro de su automóvil cuando Rivero se aproxima a la novia de aquel para tocarla.

⁸⁶ *Ibidem.*

⁸⁷ Expediente N° S7-10-1109, testimonio de Macarena Sofía Herrero a fs. 4.

En el último de los elementos, *medio racional utilizado*, concepto que se abordó con Roxin, en cuanto dice que quien repela a su agresor con golpes, no puede echar mano a un cuchillo u otra arma, tal como se mencionó, fueron los golpes de puño y patadas que dadas con técnica y pericia, ocasionaron la lesión irreversible en el cuerpo de Rivero.

El Juez ha evaluado la presencia de esta arma marcial en Di Dio y que además, fue excesivo en su utilización, contrario a lo que cualquier arte marcial coloca como principio básico que es la no utilización o su uso como última alternativa y solo en ocasiones de peligro.

De esa forma, se puede observar que el Juez expresa lo siguiente:

“En el plano subjetivo, entiendo la conducta asumida por Di Dio como dolosa ya que el mismo voluntariamente provocó los ataques físicos a Rivero”⁸⁸

De los conceptos que se abordó en esta fuente, se puede concluir que el ser karateca y agredir, pueden ser el antecedente y consecuente a la hora de elegir un *medio racional* para defenderse o defender a un tercero. Saber karate es tener/ser un arma y utilizar el propio cuerpo “como ese arma”, que conlleva inevitablemente a la agresión, provocando lesiones irreversibles en el cuerpo de quien recibe los golpes.

2. Antecedente: “Pablo Mas s/amenazas calificadas y daño s/incidente de apelación”

El hecho sucede en el 2010, cuando Pablo Mas acude al domicilio de Walter Figueroa y éste mostrando un arma de fuego, comienza una pelea que los involucra a ambos. Mas, con conocimientos en boxeo, reaccionó propinándole golpes a Figueroa, quien resultó herido en esta disputa.

De los discursos que se observan en el expediente, se analizarán dos términos que son útiles o son pertinentes para el análisis. El primero de ellos es el concepto “boxeador” y el segundo es “comprensión”, específicamente de los actos criminales.

⁸⁸ Expediente N° S7-10-1109, considerandos del Juez a fs. 14.

En relación a la conceptualización de “boxeador”, el Juez ha tenido por sentado que Mas tiene una personalidad impulsiva y a esa situación psíquica, le ha sumado la condición de saber técnicas de boxeo, lo que ha llevado a ser considerado un agravante en la calificación del hecho. Recordemos que esto también se reflejó en el caso “Di Dio”. Sin embargo, en el boxeo, como se mencionó en el Capítulo III, su filosofía de vida no es tan evidente como en las artes marciales. Lo que lo lleva a carecer de una ética más estricta y sólo se enmarca en las reglas del desarrollo deportivo. De esa forma, el Juez ha valorado con los siguientes términos:

“tengo en cuenta la personalidad impulsiva del imputado, sumado al hecho de sus conocimientos especiales, profesor de boxeo (fs. 32), para evaluar la probabilidad de la comisión de los hechos que se le imputan”⁸⁹.

En el instituto de la legítima defensa, para su efectiva aplicación se debe observar que la persona que repela una acción agresiva, debe ser actual e inminente lo que llevaría a suponer que Mas se ha defendido de una agresión que sufrió por parte de Figueroa. Dicha agresión puede consistir en elementos o medios que sean acordes a la agresión que se está sufriendo. Típico ejemplo de ello, es que no se puede repeler una agresión con una ametralladora cuando la agresión fue un insulto o un golpe de puño. Y es en el relato del Juez que se puede observar que hay una reacción racional a la agresión sufrida por la otra persona, valorando la continuidad de los movimientos y golpes, lo que imposibilita fraccionarlos en diferentes momentos. Por ello, el Juez dice lo siguiente:

“se supone que en una acto de agresión, amenazas, etc., los movimientos son continuos y diversos, impidiendo una total percepción y retención exacta de ellos, por parte de los presentes”⁹⁰.

Por otro lado, cuando la ley autoriza que podemos defendernos de ciertas situaciones, está permitiendo que llevemos adelante acciones típicas y antijurídicas, que no son culpables en términos del derecho penal y por ello, quedan eximidas de responsabilidad penal. Esto lleva a suponer que Mas sabía

⁸⁹ *Ibidem.*

⁹⁰ Expediente N° 80/030/05, considerandos del Juez a Fs. 65.

que estaba defendiéndose de un ataque con un arma de fuego que poseía Figueroa. Ello se evidencia en el siguiente fragmento:

“Desde el punto de vista psicológico, Pablo Más comprende la criminalidad de sus actos”⁹¹.

Con esto estamos frente a nuestro segundo concepto, que es el de *comprensión* y en este caso de la criminalidad del hecho. Evidentemente Mas sabía que estaba golpeando y lesionando, tenía conocimiento de que se defendía de una persona que portaba un arma de fuego. Por lo tanto, el medio racional eran sus manos y su conocimiento de boxeo.

Sin embargo, más allá de la comprensión del acto que llevó adelante Mas, al lesionar con sus puños a Figueroa, encontramos otro aditamento a su condición de experto en boxeo. Y es que tiene una “personalidad impulsiva” que ponían en peligro, tanto su integridad física y la de los demás. Así, el CMF ha determinado ello en el siguiente fragmento:

“Pablo MAS no es un delincuente es un enfermo que si no recibe el tratamiento adecuado se destruirá”⁹²

Finalmente, el Juez ha dictaminado que Más comprendió su criminalidad del hecho y que fue él quien provocó la situación. Lo que lleva a suponer que estuvo ausente el elemento de falta de provocación suficiente de quien se defiende, dado que Mas fue al domicilio de Figueroa a increparlo. De la misma forma que en el antecedente 1, se observa que el Juzgador no tiene en cuenta solamente los conocimientos en técnicas de defensa personal, en este caso el boxeo, sino que es la conducta desplegada lo que se pone en consideración. De esa forma, el Juez sentenció lo siguiente:

“Procesamiento y prisión preventiva de PABLO SMIT MAS, por el delito de AMENAZAS CALIFICADAS en concurso real con DAÑO (arts. 55, 149 bis, 1er. párrafo y 183 del CP)”⁹³

⁹¹ Ibídem.

⁹² Expediente N° 80/030/05, informe del Cuerpo Médico Forense a fs. 49.

⁹³ Expediente N° 80/030/05, considerandos del Juez a Fs. 64.

Este es un caso particular en donde se dan algunos elementos de la legítima defensa, tales como racionalidad en el medio, pero hay una provocación por parte de quien se defiende. Por lo tanto, el medio racional no alcanza para encuadrar la situación en una justa defensa de los intereses personales. La sociedad, al elaborar los bienes jurídicos que serán protegidos a través del instituto de la legítima defensa, ha ponderado que no haya provocación y por lo tanto, no haya defensa de la defensa. Por ello, en el caso de Mas, el Juez entendió que no debió acudir a su domicilio a provocar la situación que posteriormente tenía rasgos de legítima defensa.

3. Antecedente: “Machado, Héctor Mauricio y otro s/ homicidio”

Este hecho se da lugar en febrero de 2006, en la localidad de General Conesa. Allí, en el marco de una discusión, Héctor Machado y Gustavo Leineker le dan muerte a Raúl Molina. Sin embargo, con relación a Leineker, un conocido practicante de boxeo, fue quien le propinó dos o tres golpes certeros que a consideración de los camaristas no fueron los que le ocasionaron la muerte a Molina. Esto arrojó alguna crítica en el juicio, dado que sin esos golpes posiblemente Molina no hubiera caído y golpeado la cabeza con la vereda, hecho que le asestó la muerte.

En cuanto al eje de análisis, se extraerán dos conceptos de esta fuente. Por un lado, el término “boxeador” y por el otro, el de “agresión”, ambos ya analizados en otro de los antecedentes, pero que en este caso adquieren una connotación disímil con aquel. Como se podrá apreciar, en esta fuente, quien posee conocimiento de boxeo será quien tome una postura conciliadora en el hecho y el agresor será quien resultó ser la víctima fatal. Al menos, en esos términos se desprenden de los discursos que se producen en el fallo.

En cuanto al concepto de “boxeador”, se puede apreciar que el discurso de los testigos lo sitúa a Leineker como una persona que intentaba conciliar entre Molina y Machado. De esa forma, se afirmó que:

“los testigos, más allá de los golpes, describen una actitud conciliadora de parte de Leineker, intentando separar a Molina y calmarlo y su reacción es cuando va en contra de su novia que estaba peleando con María

Molina, pudiendo válidamente considerar que sus golpes fueron justamente para disuadirlo de continuar con una actitud agresiva”⁹⁴

Se observa que en el fragmento seleccionado, se aprecia la actitud conciliatoria de Leineker, y además, que su actitud de boxeador y de saber golpear, fueron al solo efecto de disuadir la actitud agresiva de Molina. Esto lleva a pensar que, a diferencia del análisis que se realizó en otra fuente y con los mismos significantes, en este caso la actitud agresiva es de la víctima fatal y no de quien posee conocimientos en un arte defensivo u ofensivo. Por ello, es pertinente aclarar, que no se pueden extraer conclusiones determinantes ante casos en donde se involucran a un boxeador o a un artista marcial, sosteniendo teorías como la sinonimia entre un arte marcial y la agresividad.

Ello se reafirma en otro de los discursos testimoniales, en cuanto a que Leineker golpea a Molina para disuadirlo de su actitud agresiva. Así se vislumbra lo siguiente:

“los mismos fueron propinados para “disuadir” a la víctima de continuar con una actitud agresiva”⁹⁵

Aquí, es pertinente recordar que el instituto de la legítima defensa exige como condición *sine qua non* que se den todos los requisitos de la misma. Por ello, la actitud agresiva de Molina, víctima en el hecho, configuraron lo que Roxin analiza como aquella acción que en el marco del derecho penal se lo considera una producción de claro componente humano, que produce una modificación en las cosas. Técnicamente, la provocación de Molina ha desconfigurado la legítima defensa, más allá del resultado fatal del hecho. Ello se evidencia en el siguiente testimonio:

“Leineker le pegó (a la víctima) primero, dos o tres trompadas y cuando estaba tambaleando sin defensas, vino Machado de atrás, saltando y le pegó una trompada que lo hizo caer sobre la calle”⁹⁶

⁹⁴ Expte. N° 25237/11, considerandos del Juez a fs. 18

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ Expte. N° 25237/11, considerandos del Juez a fs. 23.

Con relación al mismo hecho, hay otro discurso que lo describe a Leineker como el nexa fundamental para que Molina caiga al piso y encuentre su deceso. De esta forma se observa el siguiente discurso:

“la víctima no cae porque se resbala o en forma casual, sino que cae producto de los golpes asestados”⁹⁷

En suma, se aprecia que el caso ha arrojado algunas vicisitudes en cuanto al conocimiento que tiene Leineker de boxeo y si su conducta fue verdaderamente conciliadora o no. Pero en términos probatorios, el Juez ha considerado otros aspectos que es pertinente que se resalten. Tales como la situación determinante de sus golpes, se observa lo siguiente:

“la contribución de Leineker a través de sus golpes fue esencial en dicha caída, pues todos los testigos afirmaron que los golpes del mismo dejaron “trastabillando”, “noqueado” o “reculando” a la víctima, situación aprovechada por Machado y así lo afirma el propio Tribunal cuando al citar los testigos, refiere que los golpes de Leineker dejaron tambaleando a la víctima”⁹⁸

Asimismo, el Juez se cuestiona si el medio racional utilizado para defenderse de la *actitud agresiva* de Molina fue el correcto. En suma, fue determinante en sostener que el mismo no debe ocasionar en resultado muerte. En los siguientes términos se aprecia lo dicho por el Juez:

“Si el medio empleado debía razonablemente ocasionar la muerte, desaparece la posibilidad del homicidio preterintencional para dar lugar al homicidio culposo”⁹⁹

En consonancia con la conducta desplegada por ambos imputados, se puede apreciar que no hubo una intención de matar a Molina, sino que las circunstancias hicieron que se cause un resultado no deseado por quienes se defendían de la agresión de la víctima fatal. Se observa el siguiente argumento:

⁹⁷ *Ibidem.*

⁹⁸ *Ibidem.*

⁹⁹ *Ibidem.*

“No se verifica que intención homicida de parte del imputado ni se observa que tal golpe de puño pudiera haber causado razonablemente la muerte de Molina”¹⁰⁰

Si se observó que ambos imputados tuvieron la intención de producir un daño en el cuerpo de Molina. Ya sea en una actitud defensiva o para conciliar “a su manera” y en esas circunstancias con el agresor. En el siguiente fragmento, se distingue que la falta de dolo en los imputados fue lo que los colocó en una posición favorable a la hora de ser sentenciado en el caso de Machado y absuelto en el caso de Leineker.

“los golpes propinados por ambos coimputados denotan que la intención de los mismos era producir un daño en el cuerpo o en la salud de la víctima, independientemente de si pudieran o no representarse la muerte como posible”¹⁰¹

En cuanto a la responsabilidad penal, el Juez ha determinado que hubo un homicidio preterintencional, es decir, que el autor provocó lesiones en el cuerpo de Molina con golpes que no fueron suficientes para producir el resultado, la muerte, pero que por una circunstancia aleatoria, se llegó a dicho resultado. En la parte dispositiva de la sentencia se aprecia lo siguiente:

“condenar a Héctor Mauricio Machado a la pena de tres años de prisión en suspenso como autor penalmente responsable del delito de homicidio preterintencional (arts. 45 y 81 inc. 1 b del C.P.) y absolver de culpa y cargo a Gustavo Adrián Leineker en orden al delito de homicidio preterintencional (arts. 81 inc. 1 b del C.P.)”¹⁰²

Se observa que el término “boxeador” no fue un concepto que se ha valorado en contra de la calificación penal de Leineker, como si sucedió en otro de los antecedentes. Quizás porque su conducta no fue agresiva o porque realmente lo que se observa en cada caso no es la capacidad de ser un arma

¹⁰⁰ *Ibíd.*

¹⁰¹ Expte. N° 25237/11, considerandos del Juez a fs. 14.

¹⁰² Expte. N° 25237/11, considerandos del Juez a fs. 10.

humana sino la condición de agresividad que tenga el imputado. Por ello, el Juez argumenta lo siguiente con relación a los golpes:

“un golpe de puño que ocasiona la caída de otra persona no es un medio idóneo para que ésta finalice con la muerte del agredido”¹⁰³

Finalmente, en cuanto al *medio racional* utilizado en este caso, se debe resaltar que éste no debe ser considerado como un arma en sí mismo sino que debe ser considerado *“con todas las circunstancias que rodean al caso concreto”¹⁰⁴*.

Por ello, aquí hallamos la explicación de porqué Leineker, sabiendo boxeo y siendo uno de los mejores boxeadores de la localidad, no fue condenado por los golpes que propinó él, sino más bien, atenuando su conducta por ser conciliadora, pacífica, racional y prudente. Contrario a lo que realizó Machado, que aprovechó la circunstancias para golpear en exceso a Molina y producirle la muerte en el suelo.

4. Antecedente: “Llambay Miguel Ángel s/lesiones graves”

El hecho se desarrolla en el agosto del 2008, en una confitería de Viedma, en el marco de una discusión entre Miguel Ángel Llambay y un reconocido boxeador local, Cristian Manuel “metralleta” López.

En esta fuente, encontramos nuevamente a un boxeador, en este caso que se defiende del ataque de Llambay, quien poseía un arma blanca¹⁰⁵. En esta ocasión abordaré el concepto de “provocación”, tanto como elemento de la legítima defensa como determinante en la sentencia que recayó en este antecedente. Asimismo, se analizará el término que subyace en este hecho, que es la “conducta”, tanto desde el punto de vista de quien agrede como de quien se defiende. Esa conducta que se torna relevante a la hora de calificar penalmente a una persona y todo ello, en marco de nuestro derecho penal de acto, cuestión no menor que trae como consecuente a la sanción penal.

¹⁰³ *Ibidem.*

¹⁰⁴ *Ibidem.*

¹⁰⁵ Denominado así a un cuchillo o cualquier otro elemento corto-punzante.

Ante el primer término, se halla en el expediente que hay una *provocación* por parte de la supuesta víctima en el hecho. Es decir, López con conocimiento de boxeo, un experto en este deporte, ha desplegado una *conducta* reprochable. En el siguiente fragmento se observa que la provocación de quien se defiende hace desaparecer el instituto de la legítima defensa, tal como se ha reiterado en otra oportunidad. Asimismo, se distingue que la conducta de López, fue agresiva e ilegítima. En suma, se puede leer:

“conducta también provocadora, agresora e ilegítima de Cristian Manuel López, lo que surge evidente de su propia declaración testimonial y del contexto en que se produjeron los hechos”¹⁰⁶

Ante ello, el juzgador tuvo en cuenta no solo la agresividad de la persona que ataca y que se defiende, sino que también ha valorado la conducta desplegada en una situación tan crítica como lo es en el marco de una discusión. Por ello, el Juez ha considerado tener como responsable penalmente también a López, en cuanto a que:

“también sería posible establecer la responsabilidad del segundo en las lesiones graves padecidas por el primero”¹⁰⁷.

Otras de las circunstancias que llevaron a consideraciones penales, fue el hecho de que ambos involucrados tuvieron lesiones recíprocas. Y a esto, es dable recordar que Roxin afirma que la agresión debe ser actual y la persona que se defiende debe saber que se está defendiendo de una agresión inmediateamente inminente. Entonces, la razón de que ambos tengan lesiones en sus cuerpos, hace pensar que se pudo haber dado una “defensa de defensa”. Es decir, Llambay que se defiende del ataque de López y viceversa. Sin embargo, a pesar de que es una teoría aceptable, ello no es posible porque se estaría forzando la aplicación del instituto de la legítima defensa. Aunque, ello fue materia de análisis en el debate oral, en los siguientes términos:

¹⁰⁶ Expediente N° 21/10, considerandos de Juez a fs. 3.

¹⁰⁷ *Ibídem.*

*“Otro ingrediente fáctico que se suma al desconcierto jurídico que presenta esta causa es que, conforme lo señala el señor vocal aludido, Llambay habría sufrido lesiones graves en la pelea”.*¹⁰⁸

Tanto la *agresión* como la *conducta*, se manifiestan en este fallo como términos imbricados y confluyentes, siendo que “la conducta también provocadora” por parte de quien se defiende, brinda los elementos para determinar la aplicación del instituto en cuestión. En definitiva, Llambay fue condenado a la pena de tres años de prisión por ser autor material del delito de lesiones graves y en el caso de López, su conducta provocadora y su agresión desplegada a través de golpes de boxeo, no llegaron a desdibujar la legítima defensa.

¹⁰⁸ Expediente N° 21/10, considerandos del Juez a fs. 12.

Conclusiones

Teniendo en cuenta que el problema de la legítima defensa radica en su fundamento y en la delimitación de cada uno de los elementos que la componen, era necesario hallar una respuesta al eje de análisis, en cuanto comprender si el medio racional se constituye, o no, con conocimientos de artes marciales y/o técnicas de defensa personal. Por ello, en el presente trabajo identifiqué los diferentes *términos*¹⁰⁹ que me permitieron aproximarme a una respuesta. De esta forma, abordé como fuentes a diferentes fallos que han sido emanados de la ex Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial de Río Negro, entre el 2005 y 2017. La selección fue de los últimos 12 años, criterio que me pareció pertinente dado que la Doctrina que fija el Superior Tribunal de Justicia, para fundamentar los recursos de apelaciones en materia penal, es considerada en los últimos 5 años de actividad jurisprudencial. Por ello, tomar un período mayor, me permitió abordar el análisis de manera más acabada y aproximarme aún más a las respuestas del eje de análisis.

Se ha estructurado el trabajo en cuatro capítulos, los que me permitió hacer una disquisición en el abordaje, con la finalidad de aproximarme a una respuesta a la hipótesis de trabajo. En el primero de ellos se presentaron las fuentes a utilizar, en este caso, fueron hallados todos los antecedentes de legítima defensa en donde quien se defendía tenía conocimientos en técnicas de defensa personal (Exptes. N° S7-10-1109, N° 80/030/05, N° 25237/11 y N°25107/11).

En un segundo capítulo fue necesario darle sustento jurídico al análisis y por ello, se citó a diferentes autores del campo jurídico, específicamente del área del derecho penal y que han sido los precursores del estudio de los diferentes institutos del derecho penal. En tal sentido, fui deudor de los conceptos emanados de Claus Roxin, en cuanto explica que la legítima defensa *“presupone siempre que la acción típica sea necesaria para impedir o repeler una agresión antijurídica a un bien jurídico individual; la legítima defensa es para el particular un derecho protector duro y enraizado en la*

¹⁰⁹ Recordemos lo expresado en la cita N° 6.

*convicción jurídica del pueblo*¹¹⁰. Y de Gunter Jakobs al referirse que *“el defensor sólo está justificado cuando elige, entre los medios apropiados para la defensa, el que comporta la pérdida mínima para el agresor. No importa la proporcionalidad de los bienes afectados, sino que, la defensa de los bienes materiales, cuando la agresión no se puede repeler de otro modo, puede amparar hasta la muerte del agresor”*¹¹¹.

Luego, en un tercer apartado se abordó una breve referencia a las técnicas de defensa personal, no solo marciales sino también las deportivas, como el boxeo. A los fines de este trabajo, consideré asimilar los conocimientos en técnicas de artes marciales a los que puede desarrollar un practicante de boxeo, que sólo se ajusta a las reglas deportivas y carece de la esencia de los artistas marciales.

Finalmente, en el último acápite, se elaboró un análisis de las fuentes, identificando en las mismas algunos términos que fueron rectores para abordar el eje principal de este trabajo. Recordemos que dichos conceptos fueron los siguientes: *“karateca”, “agresión”, “boxeador”, “comprensión”, “provocación” y “conducta”,* según el expediente analizado. Así, se pudo observar al concepto de *boxeador* en dos antecedentes y se observó que en uno de ellos (Expte. N° 80/030/05) fue un agravante en la calificación legal, al igual que en el caso del *karateca* (Expte. N° S7-10-1109), pero en otra de las fuentes (Expte. N° 25237/11), no fue considerado como tal. Esto se debe a que el Juzgador ha tomado en cuenta no solo la capacidad de conocer las técnicas en defensa personal, sino que ha ponderado las condiciones humanas y el modo en que se ha desenvuelto en el hecho.

Aquí, es pertinente resaltar un fragmento que se abordó en el análisis de un antecedente y dice *“Leineker, sabiendo boxeo y siendo uno de los mejores boxeadores de la localidad, no fue condenado por los golpes que propinó él, sino más bien, atenuando su conducta por ser conciliadora, pacífica, racional y prudente”*¹¹². Con esto se afirma que, a la hora de juzgar una calificación penal, no interesa su conocimiento sino más bien su conducta. Cuestión que se reafirmó en este otro antecedente al expresar que: *“en el caso de López, su*

¹¹⁰ Ver pág. 12 del presente trabajo.

¹¹¹ *Ibídem*, pág. 16.

¹¹² *Ibídem*, pág. 38.

*conducta provocadora y su agresión desplegada a través de golpes de boxeo, no llegaron a desdibujar la legítima defensa*¹¹³.

Por lo mencionado, puedo afirmar que, el saber técnicas de defensa personal no es un agravante sino que el agravante es la conducta de la persona y se considera determinante si ella se desenvuelve con *agresión*. En suma, no es una construcción discursiva correcta el asimilar la condición de karateca con el término *agresión*. Tener conocimientos marciales es tener/ser un arma y utilizar el propio cuerpo “como ese arma”, conlleva inevitablemente a la *agresión*. Asimismo, el conocimiento de técnicas defensivas puede ser un *medio racional* pero si la conducta es prudente y acorde a la racionalidad del acto.

Por su parte, también, se pudo observar en el análisis de las fuentes que, el concepto de *boxeador* adquiere un significado particular al conjugar esta capacidad con las condiciones personales de quien desarrolla su habilidad frente a una *agresión* injustificada. Esto se debe a que, como afirmamos, el Juez valora la condición humana por sobre la capacidad defensiva que posea el sujeto que se defiende. Por ello, a mayor capacidad defensiva que tenga -tal es el caso de un karateca, que por la filosofía de su arte marcial, prevalece el desarrollo humano por sobre las circunstancias en que se puede encontrar el practicante- siempre se tendrá en cuenta cómo desarrolla la conducta y si llega o no a una *comprensión* cabal del acto que desarrolla.

Ahora bien, cuando se abordó el análisis del *medio racional*, es claro que no es lo mismo que se defiende un practicante de artes marciales o deportivas, que conoce y estudia técnicas de defensa personal, a que lo haga una persona que no tiene tal conocimiento, arrojando resultados diferentes.

¹¹³ *Ibíd*em pág. 41.

Fuentes:

- Expediente caratulado: "Di Dio Jesús Sebastián s/lesiones graves", Registrado con el número S7-10-1109, ingreso a la Cámara en los Criminal de Viedma año 2010.
- Expediente caratulado: "Pablo Mas s/amenazas calificadas y daño s/incidente de apelación" Registrado con el número 80/030/05, ingreso a la Cámara en los Criminal de Viedma año 2010.
- Expediente caratulado: "Machado, Héctor Mauricio y otro s/ homicidio" Registrado con el número 25237/11, ingreso a la Cámara en los Criminal de Viedma año 2011.
- Expediente caratulado: "Llambay Miguel Ángel s/lesiones graves" Registrado con el número 25107/11, ingreso a la Cámara en los Criminal de Viedma año 2012.

Bibliografía:

- Anteproyecto de Código Penal de la Nación, Infojus, año III N° 8, 2014.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal Parte General, 2° edición totalmente renovada y ampliada*, Bs. As., Argentina: Hammurabi.
- Binding, K. *Handbuch des Strafrechts*, Duncker & Humblot, 1885.
- Cerezo Mir, J. "Temas fundamentales del Derecho Penal", Colección de autores de Derecho Penal.
- Código Penal de la República Argentino, Editorial La Ley, 2017, páginas 7 y 8.
- Colmegna, P. D. y Nascimbene J., *La legítima defensa y el funcionario policial: ¿uso necesario o proporcional de la fuerza?*, Pensar en Derecho, UBA.
- Constitución de la Nación Argentina.
- Creus, C. (1992). *Derecho Penal Parte General 3° edición*. Bs. As., Argentina: Astrea.
- De Casas, C. A.; Day, J. H.; Boulin, G. N. (2012). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Bs. As., Argentina: Ed. ZAVALLIA.
- Donna, E. *Teoría del Delito y de la Pena*.

- Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XVIII, Lega-Mand, Driskill S.A, Bs. As., 1991.
- González Roura, O. Derecho Penal, Tomo II, Ed. Valerio Abeledo, Biblioteca Digital de la CSJ.
- Jakobs, G. (1995) *Derecho Penal parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, España: Marcial Pons ediciones jurídicas S.A.
- Jescheck, H. *Tratado de Derecho Penal Parte General 4ªed.*
- Jiménez Ansúa, L. (1953). *Tratado de Derecho Penal Tomo IV*. Bs. As., Argentina.
- López Camello, R. G.; Jarque, G. D. (2007). *Curso de Derecho Penal Parte General*, Bs. As., Argentina: EdiUNS.
- Muñoz Conde, F. (1997). *Conceptos Básicos de Derecho Penal*.
- Muñoz Conde, F. *Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa*, Revista penal, n.º 24.—Julio 2009.
- Pessoa, N. (2010) *Legítima Defensa*.
- Revista de Artes Marciales Asiáticas, Volumen 4, Número 3, 2009. Pág. 120.
- Righi, E. (2008). *Derecho Penal Parte General*. Bs. As., Argentina: Lexis Nexis.
- Rojo, G. H. (2006). *Legítima Defensa*, Bs. As., Argentina: República Ediciones.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Bs. As., Argentina: Civitas.
- Sassón I. (2006) *Legítima Defensa Propia*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE.
- Seminara, G.; Barbieri, A. *Identidad Discurso e Imagen*. UNLP. Recuperado de <http://www.archivo-semiotica.com.ar/semina-barbi.html>
- Sierra, M. H.; Cantaro, A. S. (2005). *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Bs. As., Argentina: EdiUNS.
- Soler, S. (1986). *Derecho Penal Argentino, Tomo I y II*. Santa Fe, Argentina: Tipográfica Argentina.
- Tejedor, C. (1860). *Curso de Derecho Criminal, Segunda Edición*. Bs. As., Argentina: Biblioteca digital de la CSJ.

- Zaffaroni, R. E. (1998). *Manual de Derecho Penal Parte General, Sexta Edición*. Bs. As., Argentina: EDIAR S.A.
- Zaffaroni, R. E. (2009). *El enemigo en el derecho penal*. Bs. As., Argentina: Ediar.
- Zaffaroni, R. E.; Alagia, A.; Slokar, A. (2009). *Derecho Penal. Parte General*. Bs. As., Argentina: Ediar.