En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 29 días del mes de abril del año dos mil ocho, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, integrada por los doctores J Pfleger, Alejandro Javier Panizzi y José Luis Pasutti, con la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados **"T, D A p.s.a. Homicidio Simple"** (Expte. 20.853-Folio 284-T-2007).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 686: Pfleger, Panizzi y Pasutti.

El Juez **J Pfleger** dijo:

I. Ha venido a consideración de esta Sala la sentencia emitida por la Cámara Primera en lo Criminal de la ciudad de Trelew que el día 2 de marzo de 2007 condenó a D A T a la pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas del juicio, como autor material y penalmente responsable del delito de homicidio simple (arts. 79 y 45 del C.P.), en relación con el hecho ocurrido en esa Ciudad el día 4 de septiembre de 2005, alrededor de las 10.00 horas, en el domicilio sito en calle x N° 12xx, del barrio Planta de Gas, en perjuicio de J O Ñ.

El hecho que fue materia de debate, reseñado en la requisitoria de elevación a juicio -copiada en la sentencia- resultó el que de continuo se describe: "*... el día 04 de septiembre del año*

2005, en horas de la mañana, alrededor de las 10.00, en circunstancias en que el encartado mencionado se constituye junto a su hermano J S G en el domicilio de J O Ñ, sito en calle x N° 12xx del barrio Planta de Gas de esta ciudad de Trelew, en donde reduce en el fondo trasero de la finca a la mencionada víctima, tras lo cual el aquí encartado realizó una maniobra por la cual asesta en el tórax de Ñ el arma blanca que portaba tipo cuchillo, de 0,25 centímetros aproximadamente de largo, de un solo filo, mango color crema, tipo de plástico, causándole una lesión punzo cortante, que penetró en la parte anterior izquierda del tórax, provocando un corte al pulmón y perforando la pared cardiaca, ocasionando una hemorragia interna, la que revistió tal gravedad que le causó la muerte a la víctima...".

II. El Abogado Defensor del condenado, doctor G F. L T, interpuso recurso de casación que basó en el argumento de que se había aplicado de manera errada la ley sustantiva.

Censuró a los judicantes por la equivocada valoración de los elementos de prueba colectados en el juicio, remarcando varios puntos.

Dijo así que el primer traspié intelectual en el que incurrieron al tiempo de meritar si acaso se configuraba la justificante de legítima defensa, fue señalar que la reacción de T resultó tardía, que el peligro ya había cesado cuando se

armó y se dirigió hacia la casa de Ñ, constituyendo esa actitud una conducta vengativa que no ingresaba en la causal en tratamiento, excluyente de la antijuridicidad.

Sostuvo que las cosas no habían sucedido de ese modo porque cuando Ñ vio a T próximo al portón de su casa, nuevamente empleó su arma de fuego y disparándole con la misma le rozó uno de los dedos de la mano.

Desde esa perspectiva, afirmó que el peligro no había cesado sino que era –en ese momento– actual e inminente por encontrarse –T– frente a un sujeto que blandía un arma de fuego.

Señaló además que había en la sentencia una contradicción insalvable, cuando por un lado los sufragantes descartaron la justificante porque la reacción del procesado había sido tardía al haber cesado el peligro y por el otro adujeron –al mismo tiempo– que aquél voluntariamente había asumido el peligro que se concretó cuando Ñ volvió a hacer empleo de su arma de fuego al ver al incriminado en el portón de su morada.

Puso de relieve que, por haber tenido T el cuchillo en la parte trasera de la cintura, Ñ no sabía que se encontraba armado al acometer nuevamente contra él, aspecto que –consideró- era relevante al tiempo de meritar si hubo o no provocación suficiente.

Aseveró que el hecho de armarse no constituyó una provocación suficiente pues una

cosa es la conciencia de que el ataque puede producirse y otra la intención o voluntad de provocarlo.

En forma subsidiaria planteó la concurrencia de un estado de necesidad exculpante (art. 34 inc. 2° del CP) que -en su opinión- no exige la situación de extrañeza con relación al conflicto de quien se va a amparar en el, porque entendía que, en el único momento en que la ley argentina exige que el autor sea extraño al conflicto, es cuando regula el estado de necesidad justificante (art. 34 inc. 3° C.P.).

Por último, citó jurisprudencia y solicitó que por vía casatoria se subsanara el defecto teniendo por configurada la causal justificatoria o que, como alternativa, se declarase la nulidad de la sentencia por arbitraria al no haber tratado el estado de necesidad exculpante planteado en su alegato.

III. Esta presentación del caso se me ocurre suficiente proemio, de manera que, sin más, pasaré a la cuestión que ocupa vertiendo algunos conceptos que servirán de marco conceptual.

Creo prudente destacar, en primer orden, la limitación práctica o natural de la revisión de la sentencia de condena en la casación reformulada por el precedente "Casal". La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación que, con meridiana claridad alumbró la tesis de máxima revisión, dejó sentado ese valladar.

Hay siempre un límite natural a la inspección, en el procedimiento mixto; ya que de ningún modo puede penetrarse en lo que resulta propio de la inmediación del juicio oral, por más que se realice el más amplio esfuerzo y se ingrese en el terreno atinente a los hechos, superando la "...impracticable distinción entre cuestiones de hecho y de derecho..." que limitaba la tarea de los Tribunales Superiores.

IV. La pertinencia de esta aclaración estriba en que esto constituye la piedra angular por la que, acorde a las razones que siguen, votaré por la confirmación de la que se escruta.

Una cuestión está fuera de toda duda. No se ha puesto en vilo que la muerte de J O Ñ ocurrió por la mano del imputado, en el lugar y tiempo consignado en la sentencia; tampoco existe discusión respecto del arma utilizada y de las causas del deceso de la víctima.

Allana esta convención el camino hacia el punto a discutir y para dirimirlo reiteraré, y otra vez una digresión, cuál es el criterio que he erguido en materia de legítima defensa.

En numerosos precedentes de esta Sala he predicado que la legítima defensa es esencialmente una permisión limitada, pues el Estado posee el ejercicio monopólico de la fuerza que sólo delega en los particulares cuando se dan, de modo estricto, las condiciones establecidas en la ley.

No en vano los teóricos giran sus definiciones en torno a que ésta es: "... la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada..." (Soler) o "... la acción típica realizada por el autor con el fin de rechazar la agresión ilegítima contra sí o contra un tercero, cuando aquélla es el medio racionalmente adecuado para evitar la destrucción o menoscabo de los bienes jurídicos a los que ésta amenaza..." (Creus) o "... la legítima defensa es 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 impedirla o repelerla..." (Jiménez de Asúa) –ver la compilación en "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial" (David Baigún - Eugenio Zaffaroni - Dirección Ed. Hammurabi T 1 pág. 714/ 715).

Luego, el instituto del art. 35 del C. Penal, presupone la existencia de las mismas condiciones que demanda el permiso pues, a mi juicio, para ocurrir exceso, la acción debió comenzar justificadamente y concluir antijurídicamente.

Desde esa inteligencia, examino las pautas aplicadas por el Tribunal de mérito y encuentro que la tarea ponderativa fue correctamente enfocada en la motivación del fallo.

En efecto, allí se expresó: "*... como se ha dicho por la parte acusadora, la agresión armada que afirmó haber sufrido y que se ha tenido por cierta, había cesado, y con ella todo peligro a la integridad física de T. Su conducta a partir de allí pasa a ser agresora, pues se arma y va tras él. Para esto debe hacer un largo trayecto, al que dijo haberlo hecho de manera rápida y sin detenerse. Observa cuando Ñ ingresaba a su casa, y aún así continúa tras él. Si antes había sido "corrido a tiros" como dijo, cabe inferir que era consciente que a quien perseguía estaba armado, no obstante lo acepta y va tras él –también armado- a resolver el diferendo, asumiendo un rol diferente de aquél que pretende defenderse. La ley exige que la agresión suponga un peligro próximo y que dicho peligro no haya desaparecido al convertirse en lesión consumada y agotada, pues la ley penal no legitima el ejercicio de actitudes vindicativas, y es unánime la doctrina en negar carácter lícito a la acción cumplida cuando el peligro ya ha pasado. No solo que en el caso había pasado, sino que mal puede hablarse de legítima defensa si el sujeto activo va munido de un arma, colocándose en situación de peligro y asumiendo de este modo, en forma conciente, la posibilidad de un riesgo que, como tal, es ajeno a la legítima defensa. La agresión con un arma de fuego por parte de la víctima era previsible para T, y esa posibilidad no le era ajena a*

tiempo que requiere ayuda a su hermano, ayuda que según dice en su declaración, era "para hablar con el mono", pero esta circunstancia resulta inaceptable si se tiene en cuenta que previamente se armó. Por otro lado su hermano lo secunda detrás y también con un arma de fuego concurre al teatro de los hechos. En mi concepto, este acompañamiento no le era ajeno al imputado, pues esto y no otra cosa era el sentido de haber ido a despertarlo y comunicarle que había sido tiroteado. Fuerza a la agresión el haber sorprendido a Ñ en su casa, luego de haber tenido con él una disputa, una disputa en la que, a golpes de puño le había resultado fácil derribarlo, dejando en su rostro secuelas del importante golpe producido. La fuerte ingesta alcohólica que padecía la víctima no le era ajena pues luego de los trompis, cuando Ñ se aleja, le dice que vuelva pero "fresco". Se verificó además que Ñ poseía una intoxicación etílica graduada en 2.48 gr/litro de alcohol en sangre (ver informe bioquímico de fs. 239), y en consecuencia resultaba más que probable la existencia de incordinación motora en su accionar..." (del primer voto).

Pero iré más allá en mi reflexión, porque creo que un juicio crítico sano sobre la secuencia de hechos que la parte perseguida arguye, no alienta otra solución que la brindada por los jueces de la mayoría.

Esto lo señalo, porque todos los elementos que perfilan lo ocurrido en el evento ponen a la víctima en desventaja, a saber:

1) En el primer enfrentamiento entre los protagonistas del drama, y a la luz de los comportamientos y del resultado debidamente constatado en la causa, se tiene que quien salió airoso fue el imputado. El no sufrió menoscabo en su cuerpo mientras que, por el contrario, Ñ llevó la peor parte, vulgarmente hablando le amorataron un ojo.

2) El que abandonó el lugar luego de la disputa fue Ñ, derrotado.

3) Cuando T se presentó en la casa de la víctima, lo hizo acompañado de su hermano que empuñada un arma tipo pistolón, dejando a Ñ en un estado de inferioridad numérica y ofensiva.

4) El estado de ebriedad constatado en el occiso, que cargaba con 2,48 gramos/litro de alcohol en su sangre, indica una desventaja comparativa respecto del victimario que no puede soslayarse en el análisis.

5) El atribuido buscó diligentemente la realización de su designio de cobrarse la afrenta, buscando ayuda y dirigiéndose, en compañía y armado, al sitio donde estaba el luego muerto.

6) Ñ estaba en su casa y allí se sucedió la muerte de una certera puñalada al corazón, en el interior del predio.

7) Desde ese predio escapaba el hermano del imputado, cuando saltaba un paredón en el intento de darse a la fuga munido del arma homicida, cuando fue aprehendido.

Todas estas constataciones, que no fueron negadas por el acusado, conspiran contra la aceptación de su defensa material que apuntala la tesis técnica, en lo que se refiere a la agresión que sufrió por parte de Ñ y que se vio en la necesidad de repeler en el ejercicio de una legitima defensa.

Tengo para mí que los esfuerzos que desarrolló el imputado estuvieron dirigidos a agredir con ventaja a la víctima, y que lo fue a buscar para ello hasta en el interior de su propia casa de aquél adonde finalmente le quitó la vida.

Independientemente de la relación que los unía, o la trivialidad que los había enfrentado en esa oportunidad, cierto es que la ferocidad que traduce el empeño demostrado por T, en aras de una demostración de fuerza, impiden que su descargo sea aceptado, so riesgo de que la recta inteligencia sea mellada.

La conducta de T, antes y después del óbito del otro, concurre en desmedro de su versión, aun teniendo en cuenta la herida sufrida por éste en el dedo meñique, la que, aceptando la posibilidad de que hubiese sido causada por Ñ, encontraría su explicación en el propósito de aquél de

resguardar su morada de terceros beligerantes que lo fueron a buscar armados, hasta allí.

La legítima defensa no protege la guapeza o la temeridad de quien es pertinaz en la violencia.

Quien busca la necesidad de defenderse, concurriendo a dar continuidad a una disputa por vías de hecho, no puede después argumentar la existencia de la necesidad –y asumo la redundancia- que es elemento gravitante en la constitución de la causa de justificación alegada.

Con sabiduría una antigua sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia había dicho que "... quien voluntariamente concurre a la creación de la situación de peligro no puede ampararse luego en la legítima defensa para justificar su conducta, porque esta requiere como condicionante un estado de necesidad en el agredido, que en dicho supuesto no existe..." (ver la formidable compilación de José A. Ferreyra, en su "Derecho Penal-Jurisprudencia de la Provincia del Chubut 1959-1994" T I, Ed. Boletín Judicial, página 139) y esa posición, maguer de los años se mantiene incólume por su buena cepa intelectual.

V. Con relación al pretendido "estado de necesidad exculpante" previsto en el artículo 34, inciso 2do. del Código Penal, diré que tal pedido no tiene asidero en el orden jurídico

establecido, en vista del soporte fáctico sobre el cual se pretende su aplicación.

Ello es así, por cuanto las diferencia que pretende hacer valer el Abogado Defensor, respecto del estado de necesidad exculpante con relación al estado de necesidad justificante, si bien son ciertas, son ajenas a una legítima defensa, cual es la que enmarca el hecho que nos interesa.

Si bien los tres institutos encuentran su fundamento en la protección de bienes jurídicos, en el estado de necesidad justificante (art. 34, inciso 3ro. del C.P.), se hace necesario el empleo del medio lesivo para evitar un mal mayor; igual o menor cuando se trata de un estado de necesidad exculpante (Art. 34, inciso 2do. del C.P.), mientras que, en la legítima defensa (art. 34, inciso 6to. del C.P.) su empleo esta dirigido a evitar las consecuencias dañosas de una conducta antijurídica.

Bien lo distingue Manuel de Rivacoba y Rivacoba cuando sobre el tema expresa: "... *Y, en definitiva, la diferencia reside, a nuestro juicio, en que en el estado de necesidad colinden*, sí, dos bienes jurídicos, *pero en la legítima defensa no: el conflicto se da netamente entre el Derecho y la agresión, siendo no más que una especie de consecuencia o corolario de ello que la agresión ataque un bien jurídico y que, al rechazarla y defender el Derecho, haya que*

lesionar otro bien jurídico..." (Código Penal y normas complementarias, análisis doctrinario y jurisprudencial-Parte General, Edición Hammurabi, año 1997, p. 725).

Es decir que, antes de tratar las diferencias comparativas entre el estado de necesidad exculpante y el justificante, se imponen las diferencias entre el estado de necesidad y la legítima defensa, ya que por las características propias del hecho, la conducta endilgada sólo admite barajar, como hipótesis de trabajo, este último instituto, circunstancia que no permite avanzar en el pedido formulado por la Defensa.

Por todo lo expuesto, estimo que, tanto el rechazo de la causa de justificación alegada por la parte perseguida, como así también, la adecuación legal realizada por el Tribunal de Mérito, ha sido correctas; el proceder del encausado encuadra en el delito de Homicidio simple previsto en el artículo 79 del Código Sustantivo.

V. Asimismo, destaco que la pena elegida se compadece de las escalas penales prescriptas para el caso y aparece ajustada a la culpabilidad del agente conforme los parámetros de los arts. 40 y 41 del C.P. correctamente evaluados por los jueces de juicio.

Lo expuesto me lleva a proponer el rechazo de la casación y la confirmación del fallo en crisis.

VI. Por último, considero que deben regularse los honorarios profesionales del Abogado Defensor, doctor G L T, en la suma de quinientos pesos ($ 500.-), no incluye I.V.A. (C.P.P., artículos 485, 486, 488 y concordantes- Ley 3155- y Ley 2.200, artículo 14).

Así me expido y voto.

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I) El egregio Dr. Pfleger anotó con minuciosidad los antecedentes del caso y los agravios esgrimidos por el defensor de confianza del acusado en la presentación de fs. 628/635 vta., por lo que no me referiré a ellos.

En el considerando IV de su voto, realizó un examen interpretativo del instituto de la legítima defensa y su inaplicabilidad al caso, análisis que comparto en su totalidad. Al igual que acompaño los fundamentos de su voto, al que adhiero en todas sus partes, por lo que la sentencia se confirmará.

III) Han quedado probadas en la causa la materialidad del hecho juzgado y su autoría en cabeza del acusado, circunstancias que —por otra parte— no fueron cuestionadas por el recurrente.

Lo que agravió al encartado fue la exclusión de la causal de justificación planteada, que calificó como una errónea interpretación de la

ley penal por parte del a quo. Pero el análisis de la plataforma de condena no permite arribar a una conclusión diversa a la adoptada por los sentenciantes.

El acusado y la víctima riñeron momento antes del desenlace mortal, en un encuentro donde T derribó a su adversario con golpes de puño. La víctima portando un arma de fuego, alcoholizado y con lesiones en el rostro se retiró a su domicilio, poniendo fin a la reyerta.

Sin embargo, en una evidente actitud de desquite, el imputado, al ver partir a su contrincante buscó el auxilio de su hermano –que lo acompañó portando un arma de fuego– y se armó con un cuchillo para ir en búsqueda de Ñ.

Ya en el domicilio del occiso, con la seguridad que le daba la compañía de su hermano y las armas que portaba, acabó con la vida Ñ mediante una infalible puñalada al corazón.

Con lo apuntado hasta aquí, juzgo incuestionable que las circunstancias de hecho en las cuales se desarrolló la conducta mortal no se vieron precedidas por una inmediata agresión ilegítima por parte del interfecto, de la cual tuviera que defenderse el acusado.

Por el contrario, no conforme con el despliegue de fuerza que significó la reyerta anterior al hecho mortal y en el que demostró su superioridad ofensiva, salió a la búsqueda del damnificado en una clara actitud revanchista que

la causal de justificación argüida –legítima defensa– no ampara.

Por lo demás, la sentencia atacada cuenta con una motivación lógica –de parte de los jueces que votaron– apoyada en conclusiones con sostén jurídico y fáctico y tiene, además, una adecuada fundamentación.

IV) Tampoco podrá apreciarse el caso en el marco del artículo 34, inciso 2° del Código Penal, como lo requirió la defensa, por cuanto la situación planteada no configuró una estado apremiante del acusado cuya superación no admitía demora alguna. El escenario le ofreció a T muchas otras alternativas más que la comisión del ilícito.

El acusado no se halló en el peligro de sufrir un mal inminente por el choque de dos bienes jurídicos, que ameritaran la necesidad de salvaguardar –en el caso– su propia vida, sino que –por el contrario– cuando la agresión de la víctima había finalizado salió en su busca para continuar la contienda.

De manera que tampoco prosperará el segundo agravio del recurrente, contra la sentencia de condena.

V) Por todo lo expuesto, concuerdo con mi colega preopinante en que deberá rechazarse el remedio intentado por el acusado a fs. 628/635 vta., y confirmarse la sentencia dictada por la Cámara Primera en lo Criminal de la ciudad de

Trelew a fs. 613/625, registrada bajo el N° 13 del año 2007, con costas (artículo 24, inciso 2°, 415, 485 y concordantes del Código Procesal Penal).

VI) También concordaré con los fundamentos del doctor Pfleger –vertidos en el voto previo–, a los que me remito, en punto a la pena impuesta por el tribunal de mérito, que aplicó el mínimo de la escala para el delito de homicidio simple, lo cual, me exime de anotar argumentos que lo justifiquen. Agrego que es un hecho en el que el autor acabó con la vida de otro, carente de circunstancias extraordinarias o anormales.

VII) Estimo ajustada a derecho la regulación de honorarios profesionales del abogado defensor, doctor G F. L T, que realizó el primer juez que sufragó, por la labor desarrollada en esta instancia (artículos 14 y concordantes de la Ley 2200, modif. por la Ley 4335).

Así voto.-

El Juez **Pasutti** dijo:

Con los sufragios coincidentes de los doctores J Pfleger y Alejandro Javier Panizzi, existe mayoría de votos para conformar la voluntad del Superior Tribunal de Justicia; de modo que haré uso de la facultad que prevé el art. 357 del Código Procesal Penal (Ley 4550).

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente

---------- S E N T E N C I A ----------

--

1°) Declarar improcedente la casación de fojas 628/635 vta., con costas (arts. 485, 486 y concordantes del C.P.P.-ley 3155)

2°) Confirmar la sentencia dictada por la Cámara Primera en lo Criminal de la ciudad de Trelew a fs. 613/625, registrada bajo el N° 13 del año 2007.

3°) Regular los honorarios profesionales del Abogado Defensor, doctor G L T, en la suma de quinientos pesos ($ 500.-), no incluye I.V.A. (Ley 2.200, artículo 14)

4°) La presente es firmada por dos miembros de la Sala, por encontrarse el Juez José Luis Pasutti en comisión de servicios.

5°) Protocolícese y notifíquese.-

Fdo: Pfleger, Panizzi.-