En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 09 días del mes de junio del año dos mil ocho, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, integrada por los doctores Jorge Pfleger, Alejandro Javier Panizzi y Juan Pedro Cortelezzi, con la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados "**Provincia del Chubut c/ A. F. O. –imputado-; R., V. H. s/víctima**" (Expte. 21.008 - Folio 18 – T° II – P - 2007).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 140: Pfleger, Panizzi y Cortelezzi.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

**I.** El caso ha venido a consideración de esta Sala como consecuencia de la condena emitida por el Tribunal Colegiado que el 8 de junio del año 2007 impuso a F. O. A. la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo, como autor penalmente responsable del delito de homicidio simple cometido con exceso en la legítima defensa (arts. 34, inc. 6°, 35, 79 y 84, 1er, párr. del C. Penal), con relación al hecho ocurrido en la localidad de Epuyén, Provincia del Chubut, el día 24 de enero de 2007, en perjuicio de V. H. R. (arts. 40 y 41 del Código Penal y 344 del CPP, Ley 5478).

La pena fue el resultado de la sentencia registrada bajo el número 281/2007, consecuencia

del debate cuyo objeto había sido el que se trascribe: "...el día 24 de enero de 2007, siendo las 23,55 horas aproximadamente, en la localidad de Epuyén, el imputado F. O. A., pocos minutos después de enterarse por familiares que V. H. R., concubino de su hermana A. E. A., había resuelto separarse y llevarse a la hija de la pareja, salió a buscarlo para hablar con él, acompañado por F. R. C. y S. B.; que al pasar por la calle Á. M., el imputado ve estacionado frente a la vivienda N° 25 del Barrio 28 Viviendas, de propiedad de M. S., al vehículo automotor de propiedad de R.; que desde el exterior gritó llamando a R.; que éste salió y el imputado le preguntó que pasaba con su hermana; que se suscita un diálogo que se interrumpe cuando R. le arroja 2 o 3 trompadas al imputado; que cuanto menos lo alcanza con una de ellas en el rostro; que en circunstancias en que el imputado se tambalea hacia su lateral derecho, extrae de su cintura con la mano del mismo lateral el arma blanca secuestrada, procede a la apertura de su hoja y larga un puntazo hacia el frente impactando en el corazón de R., que continuaba en su accionar, que Rodríguez se detiene, lleva su mano al sector de la lesión y se dirige de regreso a la vivienda; que el imputado se retira de inmediato corriendo del lugar; que siendo las 00.07 horas del día siguiente R. ingresa muerto en el Hospital de la localidad como consecuencia

de la lesión inferida..." (del voto del Juez Eyo) .."

**II.** A fs. 106/116 vta. luce escrito de impugnación ordinaria presentado por el Defensor Oficial Penal, doctor Javier Ángel Allende, en el que denunció inobservancia y errónea aplicación de la ley de fondo.

El ataque lo dividió en dos aspectos: a) cuestionó el monto de la pena impuesta, por considerarlo excesivo para la conducta reprochada; b) criticó la modalidad elegida para el cumplimiento de la pena, por inadecuada al caso y a la personalidad del condenado.

Respecto al monto de la sanción sostuvo que se había realizado una errónea aplicación de los artículos 40 y 41 del Código Penal, que llevó al Tribunal de Merito a fijar un quantum excesivo.

Indicó que no se trató de un delito doloso común y que no se valoró adecuadamente la vida del imputado que gozaba de los mejores conceptos en diversos medios, exaltando la ausencia de antecedentes penales y un correcto comportamiento ciudadano.

Recordó que una vida vale igual que cualquier otra para el Derecho y que en las circunstancias en que ocurrió el episodio también la vida del prevenido se encontraba en riesgo, aspectos que, estimó, no fueron valorados adecuadamente por la "a-quo".

Afirmó que se omitió ponderar la ausencia

de voluntad homicida por parte de A. en el momento de fijar la condena. Consideró que éste no creó la necesidad de la utilización de la sevillana que portaba a la sazón sino que ello corrió por cuenta del occiso que comenzó a agredirlo en forma intempestiva, habiendo sido, su pupilo, ajeno a toda provocación previa, y que la alegada imprudencia por no prever la reacción del otro a quien se provoca no puede ser cargada a Almendra porque no estaba bajo su control ni previsión.

Sostuvo al respecto que la pena adecuada al caso se encontraba entre el mínimo de la escala penal para el delito enrostrado y un máximo de un año y medio.

Con relación a la modalidad de la pena, entendió que aquella, cuando es de efectivo cumplimiento, también debía ser fundada pues de otro modo se estaría privando a quien la sufre de la posibilidad de conocer los pronósticos negativos que impiden otorgarle un trato más favorable.

Desarrolló distintas razones que en su opinión desdibujan la necesidad de hacer penar al incuso bajo un régimen carcelario, haciendo hincapié en la inutilidad del encierro a tenor de las características personales constatadas en Almendra.

Culminó señalando que la sentencia no había demostrado la conveniencia y necesidad del

encierro efectivo de su asistido y que, incluso, era contradictoria con el pronóstico favorable de A. en cuanto a su falta de propensión al delito, cuestión que se desprende de las propias afirmaciones del decisorio.

**III.** A fs. 119/130 vta. interpusieron "Recurso de casación" el Fiscal Jefe, doctor Eduardo Raúl Falco y su adláter, Lorenzo Fidel González, Funcionario de la Fiscalía.

Pusieron de relieve, en justificación de su postura, que en la sentencia se había incurrido en errónea aplicación del derecho sustantivo, en cuanto concierne al artículo 34 inciso 6to. y 35 del Código Penal.

Sostuvieron que, en el caso, no se daban los requisitos establecidos para la Legítima Defensa y, en consecuencia, tampoco la remisión al obrar en exceso que tipifica el articulo 35 del C.P.

En el foco de su crítica localizaron a la consideración de los requisitos para la existencia de la causa de justificación aludida, esto es la "necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla" (a una agresión ilegítima).

Sobre el punto, afirmaron que con atención a la circunstancia de tiempo, lugar y modo en que ocurrió el hecho, ninguna persona de un nivel intelectual medio, podía verse sorprendida por dos o tres trompadas y reaccionar frente a ello con un arma letal, como la sevillana automática

utilizada por el imputado.

Llamaron la atención sobre la mínima lesión que se constató en la humanidad del incuso que entendieron que solo pudo ser ocasionada por una cachetada o trompada leve y por ende no justificaba la reacción de carácter letal que llevó a cabo el atribuido valiéndose de un arma de las características que tiene la secuestrada en autos.

Los miembros del Ministerio Público afirmaron que no concurría tampoco el requisito de: "...falta de provocación suficiente..." ya que había sido el propio imputado quien provocó a R. desde el inicio de los hechos.

Sostuvieron que A. luego de beber cerveza con unos amigos fue a buscarlo y cuando advirtió que se encontraba en la casa de su hermano (de la víctima) lo llamó gritándole desde la calle para que saliera, preguntándose sobre si era normal esa actitud cuando lo que tendría que haber hecho era llamar a la puerta como corresponde y luego de saludar iniciar un dialogo, y no como le gritó desde la calle: "...que te pasa con mi hermana...".

Culminó solicitando que se casara la sentencia atacada y se resuelva el caso como Homicidio Simple (art. 79 del C.P.)

Los miembros del Ministerio Público recurrente completaron su exposición con citas de doctrina y de jurisprudencia.

**IV.** En oportunidad de realizarse la audiencia prevista en el Código Procesal Penal, artículo 385 apartado sexto, el Fiscal General, doctor Eduardo Samamé, en uso de la palabra, ratificó en todos sus términos la impugnación articulada oportunamente por el Ministerio Público Fiscal en contra del fallo.

Por su parte, el representante de la Defensa Oficial, doctor Alfredo Pérez Galimberti afirmó que el Código Procesal Penal, en su artículo 378 inciso 3) establece que el Fiscal puede impugnar la sentencia condenatoria si la pena aplicada fuera inferior a la mitad de la pena pretendida y, dado que el acusador solicitó en audiencia una pena de cuatro años de prisión y el fallo fijó una sanción de tres años de prisión efectiva, no se cumple con la barrera objetiva que la ley impone. Argumentó además, acerca de la ausencia de razones, en el decisorio impugnado, sobre la necesidad de que la prisión sea efectiva.

**V.** Esta breve semblanza expuesta a modo de prólogo nos da el panorama de los problemas que el caso presenta, pues no sólo se da la particularidad de que coexisten dos recursos, la impugnación ordinaria de la sentencia y la extraordinaria del Ministerio Público Fiscal, sino que el señor Defensor General Subrogante, como acaba de referirse, pretende impedir el progreso del remedio mismo por entender ausentes una de las condiciones objetivas de

admisibilidad.

La gama de cuestiones expuestas merecen un tratamiento diferenciado que intentaré abordar metódica y adecuadamente.

**VI. a. La objeción a la pertinencia del recurso extraordinario del Ministerio Público Fiscal.**

Pese a la locuacidad con que el argumento que atañe al art. 378 inc. 3° del C.P.P. fue desplegado, me expediré contrariando la proposición.

Es que entiendo que en casos como el que se presenta, la pretensión de la parte acusadora que debe tomarse en cuenta como relevante para cumplir con la limitación adjetiva aludida es aquella que se vincula con la norma cuya aplicación persigue el Ministerio Fiscal en la primera faz del juicio, en este caso la condena de A. como autor de delito de homicidio simple.

Ello es así porque, cuando no existe una previsión concreta que permita resolver un dilema como el que aquí se plantea, a consecuencia de que en el debate sobre la pena el Fiscal fue instado por el Tribunal a solicitar una sanción acorde a la condena impuesta, pese a su reclamo, el esfuerzo de la razón debe orientarse hacia una visión sistemática del cuerpo legal que no trasiegue el fin buscado por la norma que es la realización del poder estatal garantizando que en ese discurrir no se vulneren

garantías individuales.

Sin duda ninguna que la cesura del juicio ha resultado un avance en nuestra legislación en la medida en que, básicamente, obliga a los adversarios del proceso a discutir sobre la pena y a los jueces a dar precisos fundamentos, otrora limitados a meras fórmulas curialescas vacías de contenido.

Pero tampoco puede dudarse que cuando el promotor de la acción penal propende la aplicación de una norma más grave y no es exitoso, y es obligado a pronunciarse sobre la escala de un tipo diferente acogido por los jueces, se está condicionando negativamente la paridad de armas si acaso se le priva de procurar la recta aplicación de la ley obturándole la vía recursiva so pretexto de una elección forzada que no cuadra a la letra del texto adjetivo en la materia.

Si vamos al acta que refleja la audiencia de debate (página 64 del legajo), el pedido realizado por el Acusador Público consistió en que se dictara un veredicto declarando a F. O. A., autor responsable del delito de homicidio en los términos del artículo 79 del Código Penal.

El fallo dividido consagró el exceso en el permiso para matar del art. 35 del C.P. sin atender ese reclamo.

Al momento de reclamar la pena, el actor fue condicionado a pronunciarse en un sentido, sin

otra posibilidad.

Y sin alterar la plana de hechos insistió mediante el recurso en promover la aplicación de la figura más grave.

Bajo los conceptos dados, vengo a decir que la calificación consagrada en el Cuerpo Legal sustantivo que prevé una escala penal cuyo mínimo es de ocho años de prisión, y en vista de que la condena impuesta fue de tres años de prisión de cumplimiento efectivo (es decir un año menos de la mitad del mínimo) la capacidad del Fiscal para impugnar quedó incólume.

**VII. El recurso extraordinario del Ministerio Fiscal.**

Ahora sí, en trance de resolver los cuestionamientos traídos por las partes, y teniendo en cuenta el sentido del recurso ordinario de la Defensa y de extraordinario promovido por el Fiscal, escojo el orden de tratamiento que impone la solución.

De esta manera iré directamente a la cuestión de derecho denunciada por este último.

Luego de examinar exhaustivamente las presentes constancias propondré a los miembros de esta Sala que se haga lugar al recurso extraordinario y que se revoque la sentencia en lo que es materia de impugnación.

Hay razón suficiente para predicar la corrección del criterio contenido en el primer voto, sostenido desde el principio del juicio por

el representante del Ministerio Público Fiscal.

Sobre el tema he dicho, en numerosos precedentes de esta Sala, que la legítima defensa es esencialmente una permisión limitada, pues el Estado posee el ejercicio monopólico de la fuerza y sólo la delega en los particulares en las estrictas 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 Azúa)- 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.

En el caso, aún admitiendo que existió una agresión ilegítima por parte de R., no cabe duda, siguiendo un criterio sano de proporcionalidad, que la reacción que tuvo A. e implicó el uso de la sevillana con la que decididamente se había munido antes de concurrir al lugar en busca de su cuñado para pedirle explicaciones, fue a todas luces desmedida y objetivamente desproporcionada.

Ello, por cuanto surge de los testimonios de M. y A. S. que no se trató de una gran trifulca, ya que fijaron en uno o dos minutos lo que tardó R. entre el instante que salió a atender a A. y el grito que dio al ser herido de muerte por aquel.

También debe incluirse en la ponderación la baja intensidad del ataque realizado por R., que conforme surge de la versión brindada por el imputado y sus amigos: F. R. C. y S. B., bien pudo contestarse con una defensa mediante el uso de los puños, o retirándose del lugar o, inclusive, con la participación de los citados B. y C.

Es que la agresión desplegada por R., que le produjo a A. solo un edema malar leve, no justificaba una respuesta letal como la que ocasionó en el cuerpo de R. una certera herida en

hemitorax izquierdo, a tres centímetros por debajo de la tetilla, de tres centímetros, profundidad hasta el corazón, atravesando las costilla, y produciéndole el óbito.

Tal conducta resulta ajena a la previsión normativa consagrada en el artículo 34 inciso 6to., apartado b) del Código Sustantivo, que exige para la concurrencia de la causa de justificación, la "... Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla..."

Es por ello que considero ajustada a derecho la posición asumida por la autora de primer voto cuando expresó: "... En base a estas consideraciones y teniendo en cuenta que la doctrina ha conceptualizado la defensa necesaria como "aquella menos dañosa de cuantas estaba a disposición del agredido para rechazar la agresión en la situación concreta" (Bacigalupo, Enrique Dcho. Penal Parte General, pág. 369).- Y si bien no es dable exigir la huida del agredido, es evidente que en el caso, A. tenía a su alcance otro medios menos lesivos para parar o repeler las piñas de su cuñado, que podrían ser desde hablarle para disuadirlo de su acción hasta usar sus propios puños, ya que como dije no se trataba de una agresión de tal magnitud que estuviera poniendo en peligro severo su integridad física y menos su vida.- Véase al respecto que el propio imputado cuando describió la forma en que se desarrollara el encuentro con su cuñado, que él

mismo de algún modo provocó al ir a reprenderlo o pedirle explicaciones, dijo que la primera actitud que aquel adoptó fue la de "echarlo", relatando que su cuñado primero lo empezó a echar y éste le decía que quería hablar con él y ahí, " como si nada le empezó a largar piñas".- Es decir que, según el imputado el encuentro ya se había planteado en el sentido de que R. no quería hablar con él, aunque cabe señalar en este punto que lo contrario surgiría de lo dicho por el hermano de la víctima, quien escuchó a esta decir, ya lesionado, algo así como "...este boludo no quería hablar, me apuñaleó..."

Pero aún ateniéndome a la versión del imputado, estaba claro para él que su cuñado en todo caso no quería hablar con él, siendo obviamente su insistencia lo que acarreó la reacción violenta del occiso.

Tal como lo enseña el Dr. Zaffaroni, en su obra Derecho Penal Parte General, pág. 584, "la cuestión que plantea la legítima defensa no es, pues de tolerancia- frente a la agresión ilegítima, sino de racionalidad respecto de los límites de derecho, tal como deben plantearse en todos los ejercicios de derechos (omissis) Cuando la acción defensiva causa una lesión de una intensidad inusitada, cesa la legitimidad de la acción defensiva por su falta de racionalidad" y propone definir la racionalidad como la ausencia de una desproporción insólita y grosera entre el

mal que se evita y el que se causa. Y en esa línea de análisis señala que la defensa deja de ser legítima cuando el empleo necesario para evitar el resultado tiene por efecto la producción de un resultado lesivo concreto que, por su inusitada y escandalosa desproporción respecto de la agresión, provoque más inseguridad jurídica que la agresión misma.

Tales consideraciones, incluidas las citas doctrinarias elegidas, resultan alineadas con la solución que estimo correcta, y ello es así porque la mera alegación de una causa de justificación, en este caso la legítima defensa, no encuentra andamio que la sostenga en vista de las características de la lesión cuya producción ha sido establecida con certeza, no enmarcándose en el instituto cuya aplicación se propone o a un uso excesivo del permiso por él concedido.

Los conceptos que he vertido al comienzo respecto de las características de la permisión hecha valer, no son aplicables en la especie por que no se dan, reitero, los presupuestos de su operabilidad.

Los requisitos de la legítima defensa, por su carácter concurrente, permiten que, ausente uno de ellos –en la especie: la necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla- desbaratan la aplicación del instituto, tornando en consecuencia inocuo el examen de los restantes.

Con relación al aspecto subjetivo del tipo del delito enrostrado, entiendo, como lo hizo la Jueza Jones, que las condiciones en que produjo la lesión, las características del arma empleada, y la zona corporal donde apuñaló a la víctima, por ser un hecho conciente y voluntario, el imputado, no pudo menos que representarse el resultado muerte como probable, lo que deja el reproche en el dolo eventual.

Por lo expuesto, entonces, estimo que el hecho ventilado debe enmarcarse en el delito de Homicidio Simple previsto en el artículo 79 del Código Penal razón por la cual deberán casarse las sentencias en crisis (Nros. 281/2007 y 287/2007), condenarse al incuso como autor responsable del delito de mención en su figura básica y remitirse la causa a la Oficina Judicial de Esquel para que disponga lo necesario para la realización del juicio de fijación de la pena.

En base a lo dicho, removida la sentencia atacada por la Defensa (Nro. 287/2007), deberá rechazarse su impugnación, sin costas, por haber perdido virtualidad el interés que la movilizara.

**Así me expido y voto.**

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I) Los antecedentes del caso y los agravios esgrimidos a fs. 106/116 vta. por el Defensor Oficial Penal de don F. A., doctor Javier Ángel Allende, y por los titulares de la acción penal a fs. 119/130 vta., doctores Eduardo Raúl Falco y

Lorenzo Fidel González, han sido reseñados con exactitud y prolijidad por el Ministro Pfleger en el voto que antecede. De manera que omitiré toda referencia a ellos, a efectos de no repetir innecesariamente la tarea.

II) Los remedios deducidos son de distinto carácter, por imperio de las normas rituales que rigen el caso –la Ley 5478–, circunstancia que impone resolver en primer lugar la impugnación ordinaria deducida por la defensa, y luego la extraordinaria presentada por el Ministerio Público Fiscal (artículo 378).

Pero haré una excepción, en atención al modo en que fueron resueltos ambos planteos por mi colega preopinante y la solución del caso a la que arribó. Es así que, para examinar los agravios blandidos por los impugnantes, seguiré el orden impuesto por el Juez Pfleger.

III) Disiento con la exégesis hecha en el primer voto sobre el inciso 3°, del artículo 378 del ordenamiento adjetivo en vigencia, porque de ese modo procedió la impugnación del Ministerio Público Fiscal en discordancia con la expresa letra de la ley, y –a consecuencia del ataque– hizo lugar al planteo del acusador revirtiendo la condena en perjuicio del acusado.

La norma referida le habilita la instancia de impugnación extraordinaria al titular de la acción penal, contra una sentencia condenatoria, cuando la pena impuesta sea inferior a la mitad

de la que pretendió en el debate o en el juicio de cesura –si lo hubiera.

En el caso –tal como lo planteó el Defensor Oficial en la audiencia que prescribe el artículo 385, apartado 6° del Código Procesal Penal– la pena impuesta al acusado fue de tres años de cumplimiento efectivo, mientras que la solicitada por el Fiscal, en oportunidad de llevarse a cabo el juicio de cesura, fue de cuatro años de prisión.

De manera que el requisito impuesto por el código de rito para la procedencia de la impugnación, no se cumple, razón más que suficiente para rechazarla.

No ignoro que en la audiencia de imposición de pena, de la que da cuenta el acta de fs. 81, el Fiscal manifestó que no estaba de acuerdo con la sentencia y que ventilaría la cuestión en otra instancia. Pero lo cierto es que, no obstante la expresión de disconformidad, pronunció su pretensión punitiva con la que limitó sus futuras posibilidades impugnatorias.

Al haber aplicado el Tribunal una pena que no resultó inferior a la mitad de la que solicitó el fiscal, éste perdió la posibilidad de recurrir el pronunciamiento condenatorio en forma extraordinaria ante esta Sala Penal.

De acuerdo con el artículo 44, párrafo 3° de la Constitución Provincial debe hacerse una interpretación de las normas adjetivas que no

flexibilice aquellos parámetros, de modo que resulte más ventajosa para el acusado. En rigor, para que la interpretación no resulte más perjudicial para él.

IV) La impugnación ordinaria de fs. 106/116, tampoco tendrá aprobación.

Las condiciones objetivas fueron valoradas adecuadamente por los Jueces y se corresponden con la medida de culpabilidad que les sirvió para fijar la pena.

Destacaron, con acierto, que el acusado llevó a cabo un delito doloso, cuyo resultado fue querido o por lo menos representado como posible, con el que causó un perjuicio irreparable por el bien jurídico afectado –la vida de un hombre joven vinculado con el acusado por lazos de familia.

Valoraron el inequívoco propósito de A. de causar un daño, probado por la búsqueda de su víctima, la portación de la sevillana, y la fútil razón que lo motivó –la discusión de pareja entre su hermana y R.

De manera que no advierto error alguna en la aplicación por el a quo de los artículos 40 y 41 del Código Penal, para fijar la pena que deberá cumplir el acusado.

El argumento de la defensa consistente en que el Tribunal no fundamentó por qué impuso una pena de cumplimiento efectivo, no es ni bueno ni malo, es falso.

Las razones fueron debidamente expresadas. Si éstas no se comparten deben criticarse en lugar de ser ignoradas. Además, el recurso debe ser autosuficiente, y por no tratarse –en el caso– de una crítica razonada debe rechazarse.

V) Por todo lo expuesto entiendo que deberán rechazarse las impugnaciones de fs. 106/116 vta. y 119/130 vta., con costas, y confirmarse la condena impuesta a F. O. A. mediante las sentencias registradas bajo el N° 281 y 287 del año 2007, cosidas a fs. 66/78 y 83/89 vta. respectivamente (artículo 70, 386, 241 y concordantes del C.P.P.).

**Así voto**.

El Juez **Cortelezzi** dijo:

Viene a estudio de esta Sala las impugnaciones
deducidas por el Defensor Oficial Javier Angel Allende y por el Fiscal Jefe Eduardo Raúl Falco.

Para comenzar diré que el motivo por el cual analizaré en primer lugar la impugnación extraordinaria interpuesta por el Ministerio Público, es, no sólo porque este ha sido el orden dado en los votos precedentes, sino porque lo que se cuestiona es justamente la calificación jurídica dada al hecho investigado; mientras que la impugnación de la Defensa se ubica en la segunda fase del juicio y la crítica se relaciona con la pena impuesta.

Aclarado ello, paso a examinar la

legitimación del Fiscal para impugnar la decisión en crisis.

En este sentido concuerdo con el voto del juez Pfleger, que propicia la apertura del recurso extraordinario y la revisión de la sentencia en cuanto a la calificación jurídica.

Concuerdo también en que el Ministerio Público Fiscal se ha visto obligado, una vez producida la cesura del juicio, a requerir una pena acorde con una calificación que ha sido por él debidamente protestada.

Así las cosas, un primer análisis daría cuenta que el punto 3° del artículo 378 obstruye el camino del Ministerio Público Fiscal a la impugnación extraordinaria , toda vez que la pena finalmente aplicada no es inferior a la mitad de la pretendida. Pero es justamente este último término "pretendida" el que proporciona la llave para encontrar la solución a esta engorrosa cuestión.

Al tiempo de formular la acusación en los términos del art. 291, la Fiscalía cumplió con el requisito previsto en el punto 7° (la pretensión punitiva provisoria), la que fijó en 12 años de prisión por imputarle el delito de homicidio simple, imputación que sostuvo al cabo de la audiencia de debate.

Objetada como fue entonces la calificación impuesta por el Tribunal una interpretación funcional del proceso impuesto, permite, en estos

casos, entender que cuando el art. 378 en su punto 3° incluye el concepto "pretendida" esa pretensión no es otra que aquella que fuera anunciada al término de formular la acusación.

Por tales motivos y habiéndose cumplimentado con los extremos del artículo 378 y lo que hacen a la naturaleza de la impugnación extraordinaria, por cuanto se invoca fundamentadamente la errónea aplicación del derecho, examinaré dicha tarea.

Los jueces que conformaron la mayoría sostuvieron que el accionar del imputado se encuadraba en el supuesto del art. 35, argumentando que si bien originariamente la conducta se encontraba justificada, el hecho de sacar el arma y repeler la agresión aplicándola contra el cuerpo de su oponente, con la violencia y dirección que muestra la profundidad de la lesión mortal pusieron en crisis la proporcionalidad y racionalidad de la utilización del medio empleado.

Sin embargo, la jueza que lideró el acuerdo, asumió otra posición respecto al hecho investigado, postura a la que también acompañó el juez Pfleger. Esta posición radica en sostener que si se confirmó en la sentencia la irracionalidad del medio empleado para repeler la agresión de la víctima, dicha circunstancia no amerita el tratamiento de la causa de justificación, toda vez que faltaría uno de los requisitos que exige la norma en cuestión.

Y esta también va a ser mi postura, toda vez que aún aceptando que se hayan dado en el caso dos de los presupuestos señalados en el inc. 6° del artículo 34, no concurrió el presupuesto indicado en el apartado b) *´necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla´*, y esta circunstancia hace desaparecer al instituto.

Veamos, en el caso de autos R. se abalanza contra A. y su agresión se limitó a dar golpes de puño a su contrincante, y esta situación, por lo tanto, no creo un peligro actual y grave para su vida.

De esta manera soy de la opinión de excluir la justificación de legítima defensa en este caso, toda vez que el medio utilizado para repeler la agresión de la víctima ha sido extremadamente excesivo.

Por otra parte ni siquiera puede hablarse de exceso en la legítima defensa cuando se mata a quien ataca a golpes de puño.

En síntesis, si el a-quo sostiene que el accionar del imputado ha sido desproporcionado, dada la innecesaria intensificación de la repulsa armada contra el agresor, y la desproporción entre el daño producido y la puesta en peligro de los bienes jurídicos propios, está afirmando que no concurrió uno de los supuestos indicados en el artículo 34 inc. 6°, y por lo tanto, no concurriendo los tres requisitos de la legítima defensa, no puede hablarse de exceso en la misma.

Esta situación y, la impugnación extraordinaria del Fiscal, habilita la intervención de esta instancia y la correspondiente modificación del encuadre jurídico dado al hecho bajo exámen.

En cuanto al especto subjetivo del tipo adjudicado, como bien lo sostiene el juez Pfleger, habrá de tenerse en cuenta las características y ubicación de la lesión acreditada, el arma utilizada, y la ubicación del corte. Todos estos extremos indican que el imputado actúo conscientemente y que al menos se representó el resultado como probable.

Siendo ello así, corresponde casar las sentencias cuestionadas, y encuadrar el hecho investigado en la figura prevista y reprimida por el artículo 79 del Código Penal, debiéndose remitir la causa a la Oficina Judicial de Esquel para que se realice el correspondiente juicio de cesura para determinar la pena que corresponde aplicar.

Que teniendo en cuenta el resultado obtenido en la impugnación extraordinaria presentada por la Fiscalía, deviene abstracto el tratamiento de la impugnación ordinaria de la defensa.

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

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

**1°)Declarar** procedente el recurso extraordinario interpuesto por el Fiscal en Jefe

y el Funcionario de la Fiscalía a fs. 118/130.

**2°)Declarar** inadmisible el recurso interpuestos por el Defensor Oficial Penal a fs. 106/116 vta., sin costas.

**3°)Casar** las sentencias números 281/2007 y 287/2007.

**4°)Condenar** a F. O. A. como autor material y penalmente responsable del delito de Homicidio Simple, cometido en la localidad de Epuyén, Provincia del Chubut, el día 24 de enero de 2007, en perjuicio de V. H. R. (artículos 45 y 79 del Código Penal).

**5°)Devolver** la presente causa al Tribunal de origen para que se cumpla con el juicio de cesura.- **6°)Protocolícese** y notifíquese.-

Fdo: Pfleger, Panizzi, Cortelezzi.-