

Sentencia. En la ciudad de Neuquén, a los veintiocho días del mes de mayo de 2014, se constituye la **Sala del Tribunal de Impugnación** integrada por los **Dres. Héctor Rimaro, Héctor Dedominichi y Alfredo Elosú Larumbe**, este último en calidad de Presidente, con el objeto de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso judicial denominado "**LOPEZ, Florentino s/Homicidio**", identificado bajo **legajo OFINQ 4201/14** (Ex expediente N° 3692 Año 2012 de la ex Cámara de Todos los Fueros de la ciudad de Zapala), seguido contra: **LOPEZ, Florentino**, de nacionalidad argentina, DNI, nacido el 7 de octubre de, viudo, trabajador rural.

Intervinieron en la instancia de impugnación el Dr. Miguel Manso como defensor oficial, y la Dra. Sandra González Taboada como fiscal.

ANTECEDENTES:

Por sentencia recaída en el Expte. N° 3692 Año 2012 de la ex Cámara de Todos los Fueros de la ciudad de Zapala, dictada el primero de agosto de 2013, el mencionado Tribunal resolvió: **I. CONDENAR a FLORENTINO LÓPEZ**, por el delito de **homicidio simple con exceso en la legítima defensa** (art. 79 y 35 del C.P.); que se le imputara en perjuicio de Elías Bascur, a la pena de **DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN DE EJECUCIÓN CONDICIONAL** (art. 26 del C.P.), accesoria de ley y costas del proceso (arts. 12 del C.P. y 368, 492 y concordantes del CPPyC).

Con fecha 13 de agosto de 2013, el Sr. Defensor Oficial de Cámara, Dr. Miguel Manso, dedujo recurso de casación contra la referida sentencia condenatoria dictada en contra de su pupilo (punto resolutivo I).

Por aplicación de la ley 2784, que sancionó el nuevo Código Procesal Penal de Neuquén y de lo dispuesto en el art. 55 de la ley 2891, las presentes actuaciones fueron remitidas a la Oficina Judicial para que se les imprima el trámite correspondiente al recurso ordinario de impugnación previsto por los arts. 243 y siguientes del nuevo ordenamiento adjetivo.

Es así, que con fecha 14 de mayo de 2014 se llevó a cabo la audiencia prevista en el art. 245 en la que se debatieron oralmente los fundamentos del recurso interpuesto por la defensa.

Practicado el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Alfredo Elosú Larumbe, Dr. Héctor Rimaro y Dr. Héctor Dedominichi.

Cumplido el proceso deliberativo que emerge del art. 246 del Código de rito, se ponen a consideración las siguientes cuestiones:

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto?.

El *Dr. Alfredo Elosú Larumbe*, dijo:

El recurso fue presentado en término, ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona, por parte legitimada para ello, revistiendo el mismo carácter definitivo, pues pone fin a la causa.

La impugnación, además, resulta autosuficiente, porque de su lectura se hace posible conocer como se configura -a

juicio del recurrente- los motivos de impugnación aducidos y la solución final que propone.

Por todo ello considero que debe declararse la admisibilidad formal del recurso de impugnación deducido (arts. 233, 236 y 239 del CPP).

El **Dr. Héctor Rimaro**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Héctor Dedominichi**, dijo: Adhiero al voto del Juez preopinante.

SEGUNDA: ¿qué solución corresponde adoptar?.

El **Dr. Alfredo Elosú Larumbe**, dijo:

A) Los cuestionamientos plasmados por el Sr. Defensor Oficial de Cámara en el recurso de Casación interpuesto y en la audiencia celebrada el pasado 14 de mayo, se estructuran sobre la base de un único agravio. Para la defensa no se trata de un homicidio con exceso en la legítima defensa (arts. 79 y 35 del C.P.) sino de un homicidio en legítima defensa (arts. 79 y 34, inc. 6 del C.P.).

Conforme lo señalado por el Dr. Manso, el tribunal entendió que se encontraban acreditados los requisitos de inexistencia de provocación suficiente del acusado y de agresión ilegítima de la víctima. Sin embargo, afirma que a raíz de un erróneo análisis respecto de la verificación de la "necesidad racional del medio empleado", el tribunal sentenciante llegó a una decisión equivocada. En efecto, de acuerdo a lo que postula la defensa, los jueces analizaron si "el medio empleado era proporcional a la agresión", cuando lo

que debieron hacer es determinar si existió "necesidad racional del medio empleado" para repeler la agresión.

Conforme a este análisis, si el tribunal reconoció que López actuó en el marco de la ley al sacar el cuchillo para defenderse, no se explica por qué concluye que superó el límite necesario para repeler la agresión. Ello es así, máxime, cuando no se ha explicado donde está el límite de la defensa. En tal sentido, afirmó que el fallo no dice en qué consistió el exceso en la defensa para pasar de un acto legítimo a una conducta antijurídica.

Asimismo, luego de explicar las diferencias entre un exceso intensivo y un exceso extensivo, sostiene que *el aquo* erróneamente confundió la utilización de un elemento determinado (cuchillo) con la acción defensiva en si misma, la que el propio tribunal previamente había considerado adecuada.

En virtud de ello, concluyó que el decisorio contiene aplicación errónea y contradictoria del derecho sustantivo que amerita la revocación del mismo y la consecuente absolución del imputado.

Durante la audiencia oral prevista en el art. 245 del CPP, la defensa reiteró los mismos argumentos en los que fundó sus agravios, explayándose sobre los fundamentos que sostienen su postura.

La fiscalía, por su parte, solicitó el rechazo del recurso incoado e insistió con la línea argumental que desarrolló en la audiencia de juicio.

No obstante ello, agregó que lo que se cuestiona es la necesidad racional de medio empleado para defenderse. En tal sentido, afirmó que el medio utilizado no fue racional porque ante una lesión en el hombro y la oreja se contestó con un cuchillazo. Con diversas citas doctrinales, señaló que la necesidad racional del medio empleado para neutralizar la agresión alude a la idea de "único camino eficaz para defenderse", como así también que "la racionalidad implica proporcionalidad".

B) Previo a ingresar en el tratamiento de los agravios introducidos por la defensa, estimo necesario efectuar algunas breves consideraciones dirigidas a establecer, de antemano y con absoluta claridad, cuales son las constancias que habrán de tenerse en cuenta para decidir este recurso - base analítica-.

Desde el punto de vista de la comunicabilidad, las actas del debate y la sentencia impugnada permiten transmitir a quien las lee un acabado conocimiento de qué fue lo que sucedió en el juicio. Se sabe lo qué dijo cada testigo, cuál fue el cuadro probatorio que se valoró para tomar la decisión y cuál fue la tesis y antítesis sostenida por cada una de las partes.

Tanto la defensa como la acusación no han introducido cuestionamientos sobre el relato efectuado sobre estos aspectos por el tribunal. La discusión se ciñe, entonces, a la valoración que los jueces han efectuado respecto de las evidencias producidas durante el debate y, principalmente, a la solución dogmática que corresponde otorgar al caso.

La defensa no hizo opción de la prerrogativa que el art. 243 pone a su disposición para intentar demostrar la validez

de sus agravios, quedando el Tribunal habilitado, en consecuencia, a resolver sobre la base de las actas del juicio, la sentencia dictada, las refutaciones ensayadas por el impugnante al momento de fundar los agravios, y las conclusiones que las partes han elaborado luego de se desarrollara la audiencia prevista por el art. 245.

Sentado lo expuesto, pasaré a exponer la forma en que considero deben resolverse las cuestiones traídas a conocimiento de este tribunal.

A efectos de circunscribir el ámbito del debate estimo necesario puntualizar algunos aspectos que no se encuentran controvertidos. Se trata de algunas afirmaciones efectuadas por el tribunal de juicio que, por no haber sido cuestionadas por ninguna de las partes, han adquirido carácter de cosa juzgada parcial.

No se discuten las siguientes circunstancias fácticas:

- a) Que el 31 de mayo de 2011 Florentino López hirió con un cuchillo a Jorge Elías Bascur y que esa acción causó su muerte -materialidad y autoría-.
- b) Que previo a este desenlace Bascur agredió con un palo a López, causándole heridas en el hombro izquierdo y en su oreja.
- c) Que esta agresión previa de Bascur hacia López ha sido ilegítima.
- d) Que López no provocó a la víctima, sino que fue ésta quien arremetió contra él.

e) Que Bascur tenía una personalidad violenta y era alcohólico.

En cuanto a los aspectos eminentemente jurídicos, también se encuentra fuera de discusión la forma en que debe abordarse el análisis. En efecto, tal como lo sostiene el fallo, en primer lugar se debe determinar si existió legítima defensa por parte de López y, recién en tal caso, evaluar si el nombrado excedió sus límites. -cfr. fs. 247, segundo párrafo-.

El tribunal de juicio, pese a realizar esta acertada afirmación -cfr. fs. 247, segundo párrafo-, ha incurrido en una contradicción al exteriorizar su razonamiento. Ello es así por las siguientes razones.

Luego de aclarar que la agresión que sufriera López era ilegítima y que no había mediado provocación por parte de éste, el tribunal propone analizar si el medio empleado para repeler la agresión fue racional.

La primera dificultad que se observa, es que tal como lo puntualiza el impugnante, en la defensa necesaria el acento no se pone en la ponderación del "medio empleado" para repeler la agresión, sino en su "necesidad" teniendo en cuenta el contexto situacional imperante.

Lo que se juzga es si el autor de la conducta -dolosa- se encontraba en una situación que ameritaba defenderse y si optó, dentro de los medios que tenía a su alcance, por la acción menos lesiva que resultaba idónea para neutralizar el ataque.

Por esa razón, a diferencia del estado de necesidad justificante, no se demanda que exista proporción entre los medios del ataque y los de defensa. En otras palabras, no se requiere que exista simetría entre estos elementos. Lo único que efectivamente se exige para que se configuren los elementos del tipo objetivo de esta causa de justificación, es que no exista una "desproporción aberrante" de medios.

A partir de estas consideraciones se observa el primer error del decisorio: se analizó en primer término si la utilización del cuchillo fue racional -en el sentido de considerar si la utilización del arma blanca era proporcional a la agresión-, cuando lo que correspondía era establecer si López se encontraba en la necesidad de defenderse y tenía a su alcance otro curso de acción menos lesivo para neutralizar a su agresor.

Frente a un ataque con un palo, si el tribunal pretendía sostener que existía una desproporción irracional entre el ataque y el medio empleado para defenderse debió explicar las razones que cimentaban ese juicio de valor. Lo que se hizo, en cambio, fue comparar al palo con el cuchillo sin ponderar las consecuencias que podía generar el ataque inicial sobre López, ni las eventuales conductas alternativas de defensa existentes.

No obstante ello, la sentencia termina por señalar que existió un supuesto de legítima defensa, pero este resultó excesivo porque se utilizó un cuchillo. Como se dijo ello implica una contradicción: si hay defensa necesaria es porque se han verificado sus tres requisitos básicos, incluido, claro está, la necesidad racional del medio empleado para

impedirla o repelerla. Si no hay necesidad racional del medio empleado, directamente no opera el justificante y el hecho continúa siendo un homicidio.

Por otro lado, si se consideró que hubo defensa necesaria pero el autor excedió los límites del permiso para obrar de esa manera, era imprescindible explicar en qué consistía esa extralimitación.

Lo señalado por el *a quo*, referido a que López actuó en el marco de la ley al sacar el cuchillo pero fue más allá de sus límites al utilizarlo, es un argumento que no puede validarse porque en el caso de autos se juzga una única conducta -comportamiento humano consistente en agredir con un cuchillo-. En efecto, la acción de "sacar el cuchillo" no fue incluida en la acusación, con lo cual mal puede ahora considerarse que configuró una acción típica independiente alcanzada por una causa de justificación -para estar justificada primero debe ser, necesariamente, típica-. Como se ve, este desdoblamiento de las conductas -pluralidad de acción- no es congruente con el hecho que se le endilgó al imputado. La acusación siempre fue por una única acción y no puede esta última escindirse con el objeto de intentar explicar un exceso en los términos del art 35 del Código Penal.

A todo lo expuesto debe sumarse que se incluyó la valoración del dolo homicida como un elemento fundante del exceso previsto en el art. 35 del Código Penal. Ello es un error porque, más allá de este elemento subjetivo concentró la atención de ambas partes, en definitiva tanto la defensa como la acusación han aceptado el dolo de homicidio en sus

teorías del caso. En efecto, al establecer la discusión en derredor de la existencia o inexistencia de un exceso en la defensa -arts. 79 y 34, inc. 6 versus arts. 79 y 35-, las partes han admitido que la tipicidad está completa. Y si está completa, y la acción ha sido calificada como un homicidio simple, es porque el dolo homicida estuvo presente. El análisis del dolo no tiene ninguna incidencia en la discusión planteada porque corresponde a una categoría analítica distinta a la antijuridicidad.

En base a todo lo expuesto, al no haberse establecido las razones que permitirían desplazar la conducta defensiva de López hacia el campo del exceso regulado en el art. 35 del Código Sustantivo, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de impugnación articulado. Asimismo, considero que el caso debe resolverse a través de la vía establecida en el tercer párrafo del art. 246 del CPP, disponiéndose la absolución del imputado sin reenvío.

El **Dr. Héctor Rimaro**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Héctor Dedominichi**, dijo: Adhiero al voto del Juez preopinante.

TERCERA: Costas.

El **Dr. Alfredo Elosú Larumbe**, dijo: Sin costas, art. 268 del CPP.

El **Dr. Héctor Rimaro**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Héctor Dedominichi**, dijo: Adhiero al voto del Juez preopinante.

De lo que surge del presente acuerdo se:

RESUELVE:

I. DECLARAR ADMISIBLE desde el plano formal el recurso interpuesto por el Dr. Manso en favor de FLORENTINO LÓPEZ - devenido en recurso de impugnación por aplicación del art. 55 de la ley 2891-.

II. HACER LUGAR a la impugnación deducida y, en consecuencia, **ABSOLVER** a **FLORENTINO LÓPEZ**, de las demás circunstancias personales obrantes en autos, en orden al delito de HOMICIDIO SIMPLE CON EXCESO EN LA DEFENSA NECESARIA por el que fuera condenado en calidad de autor -hecho acaecido el 31 de mayo de 2011-, de conformidad con lo normado en los arts. 8 y 246, tercer párrafo del CPP.

III. SIN COSTAS en esta instancia (art. 268, párrafo segundo, segunda parte, del CPP).

IV. Notifíquese.