



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

En la ciudad de La Plata a los siete días del mes de febrero del año dos mil doce, siendo las ..... horas, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala Primera del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Carlos Ángel Natiello, Horacio Daniel Piombo y Benjamín Ramón Sal Llargués, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para resolver en causa N° **13.795** de este Tribunal, caratulada "**F., D. G. s/ recurso de casación**". Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: **NATIELLO – PIOMBO (art. 451 in fine del C.P.P.)**, procediendo los mencionados magistrados al estudio de los siguientes:

**ANTECEDENTES**

I.- Llegan los autos a consideración del Tribunal como consecuencia del recurso de Casación deducido por el defensor General de San Nicolás, doctor Gabriel Ganon, contra la sentencia dictada por el Tribunal en lo Criminal N° 1 de ese departamento judicial que condenó al nombrado a la pena de doce años de prisión, accesorias legales y costas, como autor del delito de homicidio simple, hecho ocurrido el 5 de noviembre de 2000, en perjuicio de Héctor Daniel B..

II.- Se agravia el defensor denunciando la errónea interpretación del artículo 34 inciso 6º del Código Penal, al desestimar la existencia de la eximente.

Asimismo se agravia del planteo subsidiario al desestimar la aplicación del artículo 35 del C.P.

Denuncia también la violación a los artículos 40 y 41 del C.P., toda vez que los argumentos relativos a las agravantes no permitieron el apartamiento del mínimo legal.

Finalmente se agravia denunciando la violación al artículo 374 del C.P.P., desde que la sentencia se dictó incumpliendo el plazo previsto.

III.- Radicado el recurso en la Sala con debida noticia a las partes (fs. 51), el mismo fue declarado mal concedido y declarado inadmisibile (fs. 56/59vta.); contra dicha resolución el Señor Defensor de Casación interpuso recurso de inaplicabilidad de ley ante la Suprema Corte de Justicia provincial.

IV.- El Superior Tribunal hizo lugar al recurso extraordinario, dejó sin efecto la resolución dictada por este Tribunal y dispuso la devolución de los mismos a sus efectos.

V.- Radicados nuevamente los autos en la Sala, desistida la audiencia por las partes y encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, el Tribunal decidió plantear y votar las siguientes:

### **C U E S T I O N E S**

1ra.) ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto?

2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

**A la primera cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:**

Preliminar: no puede prosperar la nulidad articulada por el recurrente cuando denuncia la violación de los términos perentorios del artículo 374 del C.P.P., y sobre el punto hago míos las fundadas razones que da la señora Fiscal ante el Tribunal, doctora Alejandra Moretti, a cuyos fundamentos me remito en honor a la brevedad (fs. 198/201 de la presente).

I.- Ahora bien, sin discusión respecto de la materialidad y autoría de F. en los acontecimientos, sólo queda analizar la eximente solicitada o el planteo subsidiario.

Y en lo que a ello respecta adelanto que habré de acompañar al recurrente en el planteo subsidiario del artículo 35 del C.P.



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

II.- El tribunal sentenciante tuvo por probado –y no hay discusión al respecto, ni tampoco la autoría- que el cinco de noviembre de dos mil en el pabellón n° 4 de la Unidad Penal n° 2 del servicio penitenciario local, D. G. F. discutió con Héctor Daniel B. el que, armado con un elemento punzante que le provocó a aquél una herida en la región dorso lumbar izquierda; durante el desarrollo del enfrentamiento –donde ambos resultaran heridos- el primero de los nombrados logró desarmar al segundo y con la púa en su poder le ocasionó tres heridas que le provocaron su fallecimiento.

III.- Así y a efectos de probar el exceso en el comportamiento del aquí juzgado podemos decir en primer lugar que existió una agresión ilegítima, que en principio habilitaría el análisis de la causal de justificación del artículo 34 inciso 6° del C.P.

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

Y vaya si la hubo, desde que –tal como lo afirma el “a-quo”- B. estaba armado con un elemento con el cual no sólo atacó a F., sino que también le provocó una herida punzo cortante en la región dorso lumbar izquierda; témporo-espacialmente se suma según reglas lógicas y de las experiencia las características particulares de los establecimientos carcelarios.

Esto es, F. desde un primer momento vislumbr  el accionar ilícito de la víctima, sabiendo que la posesión de un arma sería utilizada en su contra, lo que lógicamente atentari  contra el más fundamental de los derechos.

Por su parte en la repulsa al ataque ilegítimo que estaba sufriendo utilizó un medio no sólo proporcional al del atacante, sino el mismo, con lo que se encuentra cumplido el segundo de los requisitos típicos de la causal analizada.

También puede observarse que no es el juzgado quien inicia la reyerta. La propia sentencia así lo expresa cuando valora la declaración del imputado en el sentido de que “acepta el desafío a pelear aún sin armas”.

Y, si bien este dato no está estrictamente acreditado, sería ilógico pensar que F. sin arma alguna y en condiciones objetivamente adversas contra su integridad pudiera ser quien comenzara la pelea; por otra parte si alguna duda existiera al respecto, la misma debe jugar a favor del imputado, siendo estrictamente aplicable el principio constitucional del “*in dubio pro reo*” (artículo 18 de la Constitución Nacional).

IV.- Pero el quiebre lógico de la reyerta y el accionar justificado del aquí juzgado tiene un fin, que es el desarme de su contrincante.

Es a partir de ese momento donde el accionar de F. se hace merecedor del reproche penal, y es que, siendo como el dijo que con la víctima de autos no tenía problema alguno, bien podría haber optado por otra resolución del conflicto, más aún –y como bien sostiene el “a-quo”- existiendo en las proximidades el guardia y el celador del pabellón, como así también varios internos.

Más nada de ello hizo, y en el fragor de la lucha con inmediatez en la reacción para defender su vida, asestó el elemento punzante en tres oportunidades con claro designio de causar la muerte.

V.- Dicho esto no me quedan dudas que F. actuó amparado bajo la causa de la legítima defensa la que realizó con exceso, desde que encontrándose cumplidos y acreditados en el sub-lite los extremos exigidos, como bien se dijo, su accionar fue más allá de lo autorizado para repeler ese ataque actual, inminente y grave que puso en peligro su vida y esto importó un error en la real apreciación del riesgo.



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Vale recordar, que en estos casos lo preciso es poner el eje de juzgamiento en la circunstancia objetiva de análisis "ex-ante" y no "ex-post".

Enseña Enrique Bacigalupo que "la consideración "ex-ante" determinará que la situación de legítima defensa se deba tener por acreditada, aunque la consideración "ex-post" (fundada en el conocimiento que es posible tener una vez ocurrido el hecho) indique que la acción de defensa no era necesaria. De esta manera las causas de justificación imponen al que quiere obrar amparado en ellas, comportarse en la situación concreta como lo hubiera hecho –una persona razonable–" (ver Enrique Bacigalupo. Derecho Penal. Parte General. Ed. Hamurabi, II edición, págs. 382/384vta.).

Lo dicho es aplicable en un todo al "sub-lite", por lo que el recurso tendrá favorable acogida (artículos 18 de la Constitución Nacional y 35 del Código Penal).

VI.- El agravio que embate contra la errónea aplicación de los artículos 40 y 41 del Código Penal ha perdido virtualidad en atención al propuesto cambio de calificación y ante ello correspondería al "a-quo" analizar la subsistencia de la acción penal.

Por todo lo expuesto a esta primera cuestión Voto por la Afirmativa.

**A la misma primera cuestión planteada el señor Juez, doctor Piombo, dijo:**

Adhiero al voto del doctor Natiello expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

**A la segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:**

Visto el modo como ha sido resuelta la cuestión precedente corresponde: 1) casar parcialmente la sentencia de grado recalificando el hecho de la causa como homicidio simple cometido con exceso en la legítima defensa y en consecuencia –dejando a salvo mi opinión contraria a fijar pena en esta instancia sentada en el precedente 5611- establecer la sanción a D. G. F. en cinco (5) años de prisión, accesorias legales y costas, manteniendo el resto de las declaraciones contenidas en el fallo, sin costas en esta instancia. (Arts. 201, 210, 373, 460, 530 y 532 del C.P.P.; 35 y 79 del C.P.; 18 de la C.N.); 2) en atención al cambio de calificación operada enviar los autos al tribunal de origen a fin de que analice y decida acerca de la subsistencia de la acción penal; y 3) tener presente la reserva del caso federal (art. 14 ley 48).

Así lo voto.

**A la misma segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Piombo, dijo:**

Adhiero al voto del doctor Natiello expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

**Con lo que se dio por finalizado el Acuerdo dictándose la siguiente:**

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

**Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede el Tribunal resuelve:**

I.- Casar parcialmente la sentencia de grado recalificando el hecho de la causa como homicidio simple cometido con exceso en la legítima defensa y fijar la pena a D. G. F. en cinco (5) años de prisión, accesorias legales y



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

costas, manteniendo el resto de las declaraciones contenidas en el fallo, sin costas en esta instancia.

Arts. 201, 210, 373, 460, 530 y 532 del C.P.P.; 35 y 79 del C.P.; 18 de la C.N.

II.- Enviar los autos al tribunal de origen a fin de que analice y decida acerca de la subsistencia de la acción penal.

III.- Tener presente la reserva del caso federal (art. 14 ley 48).

Regístrese. Notifíquese. Remítase copia certificada de lo aquí resuelto al tribunal de origen. Oportunamente remítase.

**FDO.: Carlos Angel Natiello – Horacio Daniel Piombo**

**Ante mi: Gerardo Cires**