

LEGÍTIMA DEFENSA – NOCIÓN – AGRESIÓN ILEGÍTIMA ACTUAL O INMINENTE - EXCESO EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN - PRESUPUESTO: CONCURRENCIA DE UNA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN.

1. La legítima defensa justifica la reacción que configura un hecho típico pero que no es antijurídico porque reúne los requisitos bajo los cuales el derecho la autoriza; esto es, cuando concurre una agresión ilegítima actual o inminente, la necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla y el ataque no ha sido provocado suficientemente por quien se defiende (CP, 34, 6°).

2. Es necesaria que la agresión ilegítima sea actual o inminente, lo cual si bien no resulta exigido en la letra de la ley, se deriva del segundo requisito de la legítima defensa (art. 34 inc. 6 apartado b), esto es, la necesidad de defenderse deriva de que la agresión también sea actual. Es éste pues, un requisito “puente” entre la agresión y la defensa, es necesario que haya o todavía exista la posibilidad de defensa, o lo que es lo mismo, que sea posible evitar la lesión del bien jurídico amenazado. Ello exige que la agresión suponga un peligro próximo y que dicho peligro no haya desaparecido al convertirse en lesión consumada y agotada.

3. Descartada la existencia de una causa de justificación, existe un obstáculo insalvable para la aplicación del art. 35 del CP, pues no es posible sostener un exceso sin la previa comprobación de los requisitos exigidos por alguna de las causales del art. 34 del CP.

SENTENCIA NÚMERO: CIENTO VEINTITRES

En la ciudad de Córdoba, a los siete días del mes de mayo de dos mil catorce, siendo las once horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora Aída Tarditti, con asistencia de las señoras Vocales doctoras María de las Mercedes Blanc G. de Arabel y María Marta Cáceres de Bollati, a los fines de dictar sentencia en los autos “SERAFÍN, Mirko Antonio p.s.a homicidio agravado por el art. 41 bis, etc. -Recurso de Casación” (Expte. “S”, 02/2012), con motivo del recurso de casación interpuesto por el Dr. Gabriel Díaz Cornejo, a favor del imputado Mirko Antonio Serafín en contra de la Sentencia número dieciséis, del dieciséis de diciembre de dos mil once, dictada por la Cámara en lo Criminal y Correccional de la ciudad de San Francisco.

Abierto el acto por la Sra. Presidente, se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

1°) ¿Es nulo el fallo recurrido por violar las reglas de la sana crítica racional?

2°) ¿Qué resolución corresponde dictar?

Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dras. Aída Tarditti, María

de las Mercedes Blanc G. de Arabel y María Marta Cáceres de Bollati.

A LA PRIMERA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Por sentencia n° 16, del 16 de diciembre de 2011, la Cámara en lo Criminal y Correccional de la ciudad de San Francisco, en lo que aquí interesa, se resolvió: "...*I. DECLARAR a MIRKO ANTONIO SERAFÍN, ya filiado, autor responsable del delito de Homicidio Simple agravado por el Uso de Arma de Fuego (arts. 79 y 41 bis del CP), que la requisitoria fiscal de fs. 100/109, confirmada por el auto de elevación a juicio de fs. 119 le atribuye, e imponiéndole para su tratamiento penitenciario la pena de DIEZ AÑOS Y OCHO MESES DE PRISIÓN, con accesorias de ley y costas (arts. 12, 40, 41 del CP y arts. 550 y 551 CPP)...*" (fs. 231).

II. El Dr. Gabriel Díaz Cornejo, a favor del imputado Mirko Antonio Serafín, presenta recurso de casación en contra de la citada resolución invocando motivo formal (CPP art. 468 inc. 2°), manifestando que el tribunal *a quo* ha fundado indebidamente la conclusión sobre la existencia de dolo en la conducta desplegada por el acusado (fs. 241 vta.).

Afirma que la sentencia es nula desde la perspectiva de la falta de motivación legítima y que se han violado las garantías de debido proceso (fs. 241 vta.). Posteriormente señala que en virtud del principio de presunción de inocencia, debe reputarse como jurídico o justificado el hecho mientras no se declare su contrariedad con el orden jurídico y que debe tenerse como no culpable al imputado mientras no se declare que obró con dolo o culpa (fs. 243). Critica que la sentencia en crisis ha despreciado la formal exculpación del imputado sin elemento cargoso alguno que amerite considerar falaces sus dichos (fs. 245). Así, denuncia que el tribunal *a quo* sostuvo que el encartado mentía por su cara de embustero (fs. 246), y que para fundar tal aseveración se basó en los dichos de la psicóloga, quien sólo realizó una opinión meramente conjetural ("pudo mentir" y "ha podido inventar"), que admite una afirmación opuesta (fs. 246 vta.).

Solicita la nulidad absoluta de la sentencia ya que no considera la versión del imputado en cuanto manifestó que el damnificado se habría agachado para buscar algo con qué agredirlo y que en razón de ello es que reaccionó (fs. 247 vta.). Denuncia que el tribunal presumió la existencia de dolo (fs. 250 vta.).

En definitiva, concluye que el hecho que se estimó probado debería haber contemplado este detalle crucial para la decisión correcta del caso: que Serafín haya simplemente creído (aunque ello no fuera así) que Castañares buscaba algo con lo cual agredirlo, y en virtud del principio *iura curia novit* debió encuadrar el *factum* así concebido en la hipótesis de la legítima defensa aún putativa (art. 34 inc. 6 C.P) o en el peor de los casos, reprimido por homicidio con exceso en la defensa putativa (art. 35 C.P), castigándolo con la pena conminada abstractamente para la figura culposa (art. 84 C.P), con lo cual el imputado ya habría recuperado su libertad el mismo día del veredicto o poco después, si se le imponía pena de cumplimiento efectivo (fs. 248/248 vta.).

Finaliza su libelo formulando reserva del caso federal (fs. 252 vta.)

III. Esta Sala ha sostenido, en lo que respecta a la fundamentación probatoria, que es

competencia de este Tribunal de Casación verificar “*la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto*”, con el único límite de lo que no resulte revisable, esto es “*lo que surja directa y únicamente de la inmediación*” (C.S.J.N., 20/09/05, “Casal”). Ahora bien; si la obligación constitucional y legal de motivar la sentencia impone al Tribunal de mérito -entre otros recaudos- *tomar en consideración todas las pruebas fundamentales legalmente incorporadas en el juicio* (De la Rúa, Fernando, *La casación penal*, Depalma, 1994, p. 140; T.S.J., Sala Penal, S. n° 44, 8/06/00, “Terreno”, entre muchos otros), y efectuar dicha ponderación *conforme la sana crítica racional* (art. 193 CPP), resulta claro que el recurso que invoca la infracción a las reglas que la integran -lógica, psicología, experiencia- debe también contraponer un análisis de todo el cuadro convictivo meritado, y en función de éste, a su vez, evidenciar la decisividad del vicio que se denuncia (art. 413 inc. 4°, C.P.P.).

De allí que resulta inconducente una argumentación impugnativa que se contenta sólo con reproches aislados que no atienden al completo marco probatorio o que esgrime un defecto carente de trascendencia en una apreciación integrada de aquél. En tales supuestos, al no efectuar un abordaje que agote las distintas premisas que sostienen la conclusión que causa agravio, la crítica no alcanza a enervarla y la decisión transita incólume el control casatorio (T.S.J., Sala Penal, “Martínez”, S. n° 36, 14/03/2008).

En orden a los *aspectos subjetivos*, resulta claro que ellos no pueden ser aprehendidos a través de la percepción directa del juzgador, sino que *pueden y deben ser derivados a partir de la conducta desenvuelta por el agente que forma parte de la imputación* (TSJ, Sala Penal, “Tita”, S.n°22, 17/4/98; “Amaya”, S.n°317, 9/12/09; “Barrera”, S.n°154, 10/6/10; “Vega”, S.n°279, 20/10/10; entre muchos otros).

Asimismo, esta Sala ha sostenido invariablemente que los aspectos subjetivos dados por ciertos por el tribunal de mérito constituyen una *cuestión fáctica* (T.S.J., Sala Penal, “Tazzioli”, A. n° 135, 16/5/2000; “Ameijeiras”, A. n° 416, 26/12/2000; “García”, A. n° 140, 10/4/2001; “Quiroga”, A. n° 328, 24/8/2001; “Bracamonte”, A. n° 342, 3/9/2001; “Oviedo”, A. n° 54, 10/3/2003; “Bertoglio o Cáceres”, S.n°51, 18/3/10; “Vega”, S.n°279, 20/10/2010; entre otros).

IV. El recurrente no cuestiona la objetividad del hecho, esto es, que su defendido haya disparado con un arma de fuego a la víctima, causándole la muerte. Discute, en cambio, el *contenido subjetivo* que el tribunal le asignó a su conducta, es decir, la *intención homicida* que se atribuyó al imputado, y en base a ello -con un argumento confuso y poco claro- pretende lograr un cambio de calificación legal al tipo del homicidio culposo, o la exclusión de la antijuricidad, por la existencia de una causa de justificación, específicamente la legítima defensa o de aminoración de la culpabilidad (exceso) o de exculpación (legítima defensa putativa).

1. Proclama que la conclusión del fallo no ha desvirtuado la posición de su defendido, sin asumir éste los argumentos brindados a fs. 224/227, por lo que el impetrante construye su ataque de modo defectuoso en lo referente a la inexistencia del dolo homicida.

En efecto, al efectuar el cotejo de la sentencia con la impugnación deducida, se advierte que la motivación de aquél luce ajustada a derecho, sin lesión alguna al principio de razón suficiente.

Del material convictivo colectado resulta evidente que carece de sustento el argumento defensivo acerca que el tribunal *a quo* presumió el dolo, toda vez que Serafín quiso pegarle un tiro a Castañares, asegurándose de impactarle. Por ello, tal como señaló la sentencia a fs. 224/225, claramente orientó su conducta en esa dirección: obligó a su mujer que lo acompañe, pasó por la comisaría -lo cual, luego le serviría de coartada-, fue al domicilio de la víctima a la medianoche, tomó el arma antes de bajarse del vehículo y la ocultó de la vista de éste, y posteriormente, le disparó en la zona medular del riñón derecho y a corta distancia, previa discusión pero sin mediar forcejeo (ver fs. 227 de la sentencia). Así, son tan contundentes las circunstancias que rodearon el hecho (ya descriptas en el párrafo anterior), que la reacción del imputado luego de dispararle (socorrerlo, trasladándolo en su vehículo al Sanatorio Argentino y la circunstancia de que entregó el arma utilizada a personal policial, confesando que él había sido quien disparó) aparece como un *arrepentimiento inmediato por lo realizado voluntariamente* y no como una sorpresa por un disparo no querido.

La actitud posterior del acusado no autoriza a excluir su intención inicial. Dicha circunstancia puede ser considerada a la hora de individualizar la pena -tal como lo hizo el juzgador (fs. 230 vta.)-, pero no borra el dolo de su accionar.

De acuerdo a lo expuesto, no se advierte infracción alguna al principio lógico de razón suficiente en la fundamentación del fallo: las circunstancias fácticas acreditadas en autos por la prueba valorada por el tribunal *a quo*, permiten afirmar con certeza la intencionalidad homicida del imputado Mirko Antonio Serafín al momento de efectuar el disparo con su arma de fuego en contra de Rubén del Valle Castañares, descartándose que su accionar hubiese sido negligente o impudente, tras todo el plan trazado.

2. a. Ahora bien, adentrándonos al agravio relativo a la existencia de una legítima defensa, el mismo no resulta de recibo.

Como ya ha sostenido esta Sala, en varios precedentes entre ellos "Palma", S. n° 207, 13/08/08, la legítima defensa justifica la reacción que configura un hecho típico pero que no es antijurídico porque reúne los requisitos bajo los cuales el derecho la autoriza; esto es, cuando concurre una agresión ilegítima actual o inminente, la necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla y el ataque no ha sido provocado suficientemente por quien se defiende (CP, 34, 6°).

Analizando las constancias de la causa, concluyo que la situación aminorante pretendida por la defensa no se configura en el *sublite*, toda vez que, aun admitiéndose la hipótesis de la existencia de altercados previos entre Serafín y Castañares -uno de ellos la mañana del día anterior del hecho-, no se observan los requisitos necesarios para el funcionamiento de la causa de justificación postulada.

Esto en razón, que el recurso soslaya tal como se indicó en el punto 1, que la víctima fue sorprendida en su vivienda por el acusado, quién arribó armado a la media noche; y al

provocar a Castañares, éste reaccionó de modo verbal, no intentó utilizar la violencia física; situación ésta que resulta claramente incompatible con la hipótesis de haber sido víctima de una agresión ilegítima de la que necesitara defenderse.

La posición exculpatoria de Serafín claramente fue desvirtuada por el material probatorio (específicamente por los Testimonios de Claudia Ponce - fs. 211 y 221/222-; de Juan Fabián Fontana -fs. 220 vta.-; de Héctor Javier Elsener - fs. 71, incorporado por su lectura a fs. 211-; de Pablo Rogelio Fontana a fs. 58, incorporado por su lectura fs. 211-; de María Victoria Cepeda -fs. 37 incorporado al debate por su lectura a fs. 211-; Documental, Instrumental e Informativa: el acta de inspección ocular de fs. 36; el croquis ilustrativo de fs. 35, el informe de la autopsia de fs. 16) y no como sostiene el quejoso que la conclusión del juzgador fue producto de su íntima convicción (fs. 248) basado en la cara de embustero del encartado (fs. 246) .

El impetrante desconoce que si bien había una relación conflictiva entre víctima y victimario, la conducta de Serafín fue abrupta y sorpresiva para Castañares, quien se disponía a cambiar las luces de su automóvil en su casa, cuando arriba el imputado con furia y en su vehículo a alta velocidad, y comienza a increparlo, tratándose de llevar el auto en poder de Castañares. El damnificado no tuvo tiempo de buscar ningún elemento para intentar impedir tal accionar.

Como ya se ha señalado *supra*, es necesaria que la agresión ilegítima sea actual o inminente, lo cual si bien no resulta exigido en la letra de la ley, se deriva del segundo requisito de la legítima defensa (art. 34 inc. 6 apartado b), esto es *“la necesidad de defenderse, se deriva la necesidad de que la agresión sea también actual. Es éste pues, un requisito “puente” entre la agresión y la defensa. (...) será necesario que haya o todavía haya la posibilidad de defensa, o lo que es lo mismo, que sea posible evitar la lesión del bien jurídico amenazado. Ello exige que la agresión suponga ya un peligro próximo y que dicho peligro no haya desaparecido al convertirse en lesión consumada y agotada.”* (MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal- Parte General*, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2012, P. 445)

Sobre este punto *“con hacer constar que ha de tratarse de una agresión ilegítima basta; es natural, entonces, que no se trata de un temor ni de una ilusión ni de un recuerdo de agresión, sino de una agresión real, y sólo presente es real. Más en otro sentido, esa presencia de la agresión puede ser tanto en la acción cuanto en el efecto; por ende con hacer constar impedir una agresión ilegítima hay, asimismo, suficiente: pues impedir la como acción es impedir la que comience, lo que usualmente se quiere denotar al decir ‘inminente’, e impedir la como efecto es detener la acción de agredir ya desencadenada, lo que comúnmente se busca indicar al hablar de ‘repelerla’.* (Rivacoba y Rivacoba, Manuel. Comentario al art. 34 incs. 6° y 7° C.P, en BAIGÚN, David - ZAFFARONI, Eugenio (directores), Código Penal, vol. 1B: Parte general, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, P. 729/730). Motivo por el cual, aún de considerar que Castañares fue quien provocó el altercado con Serafín en la GNC la mañana anterior al hecho, esta agresión había cesado y agotado, no siendo por tal oportuna la defensa posterior de Serafín.

En el desarrollo del hecho, aun cuando el imputado y su defensor insisten en por lo menos un error acerca de una inminente conducta de agresión por parte de la víctima (supuestamente tomar algo para acometerlo) se trata de una posición rechazable a la luz de las pruebas por el propio proceder: acudió armado, de noche, el otro estaba claramente desarmado y le disparó en una zona vital. Así las cosas, surge claro que, conforme a la plataforma fáctica que el sentenciante tuvo acreditada con certeza, no existía una agresión ilegítima actual e inminente que, para ser repelida, obligara al incoado Mirko Antonio Serafín a delinquir, razón por la cual debe ser rechazada la pretensión recursiva de aplicación al *sublite* de la causal de legítima defensa prevista en el art. 34 inc. 6° del C.P.

b. Corresponde analizar ahora el intento del quejoso en aras a la subsunción de la conducta de su asistido en la situación de “exceso en la legítima defensa” (arts. 34 inc. 6° y 35 del C.P.); que también considero debe ser rechazado.

Ello así toda vez que esta Sala tiene dicho que, descartada la existencia de una causa de justificación, existe un obstáculo insalvable para la aplicación del art. 35 del C.P., pues no es posible sostener un exceso sin la previa comprobación de los requisitos exigidos por alguna de las causales del art. 34 del C.P. (“Bascocera”, S n° 149, 04/07/2007; “Baleani”, S. n° 241, 12/09/2011).

Y en el caso, como se ha descrito en el punto IV, apartado 2.a, no se encuentran presentes los requisitos exigidos por la “legítima defensa” que invoca la defensa. Voto, pues, negativamente.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Doctora Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA_SEGUNDA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

Como resultado del acuerdo precedente, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por el Dr. Gabriel Díaz Cornejo, en su carácter de defensor del imputado Mirko Antonio Serafín. Con costas (C.P.P, 550/551).

Así, voto.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

La señora Vocal preopinante, da a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal;
RESUELVE: Rechazar el recurso de casación interpuesto por el Dr. Gabriel Díaz Cornejo,
en su carácter de defensor del imputado Mirko Antonio Serafín. Con costas (C.P.P,
550/551)

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora
Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y las señoras Vocales de la Sala Penal
del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.