

Homicidio Agravado Por Alevosia Concurso Ideal Exceso En La Legítima Defensa

JURISPRUDENCIA

Homicidio agravado por alevosía. Concurso ideal. Exceso en la

legítima defensa En el marco de una causa por homicidio agravado por alevosía, se rechaza el recurso de casación interpuesto y se hace lugar parcialmente al recurso de casación deducido a favor del imputado, solo en tanto impugna la modalidad concursal respecto del delito de tenencia de arma de guerra. Asimismo, se revoca la condena al imputado como autor responsable de los delitos de homicidio con exceso en la legítima defensa agravado por el uso de armas de fuego y lesiones leves con exceso en la legítima defensa agravado por el uso de armas de fuego, ambos en concurso real entre sí y en concurso ideal con el delito de tenencia de arma de guerra sin autorización legal.

VIEDMA, 30 de septiembre de 2015. Reunidos en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro, doctores Enrique J. Mansilla, Ricardo A. Aparian, Liliana L. Piccinini, Sergio M. Barotto y Adriana C. Zaratiegui, según surge del acta de audiencia obrante a fs. 780, con la presencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, para el tratamiento de los autos caratulados ?M., G. R. s/Homicidio agravado por alevosía s/Casación? (Expte.Nº 27423/14 STJ), elevados por la Cámara Tercera en lo Criminal de la IIª Circunscripción Judicial con asiento de funciones en General Roca, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos, en conformidad con el orden del sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes:

CUESTIONES 1ª ¿Es fundado el recurso? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde? VOTACIÓN A la primera cuestión el señor Juez doctor Enrique J. Mansilla dijo: 1. Antecedentes de la causa: Mediante Sentencia Nº 61, del 18 de septiembre de 2014, la Cámara Tercera en lo Criminal de General Roca resolvió condenar a G. R. M., como autor responsable de los delitos de homicidio con exceso en la legítima defensa agravado por el uso de armas de fuego, lesiones leves con exceso en la legítima defensa agravado por el uso de armas de fuego, y tenencia de arma de guerra sin autorización legal, todos en concurso real (arts. 84, 94, 34 inc. 6, 35, 41 bis, 189 bis inc. 2º segundo párrafo y 55 C.P.), a la pena de diez años de prisión, con más accesorias legales del art. 12 del código de fondo y costas, atento al resultado del juicio (arts. 29 inc. 3º C.P. y 499 C.P.P.). Contra lo decidido, la defensa particular del nombrado y la señora Fiscal de Cámara dedujeron sendos recursos de casación, impugnaciones que fueron habilitadas por el a quo y posteriormente por este Cuerpo, que las declaró bien concedidas. Se dispuso entonces que el expediente quedara por diez días en la Oficina para su examen por parte de los recurrentes y se dio intervención a la Fiscalía General, que presentó su escrito de sostenimiento del recurso respectivo. Realizada la audiencia prevista en los arts. 435 y 438 del Código Procesal Penal, con la incomparecencia de las partes, los autos han quedado en condiciones de ser tratados. 2. Agravios de los recursos de casación: 2.1. Recurso interpuesto por la defensa: Los letrados afirman que el fallo en crisis es absurdo y arbitrario y que no resulta derivación razonada del derecho vigente, desinterpreta caprichosamente la prueba y le asigna un alcance que no tiene, por lo que se aparta de los hechos y constancias de autos, así como del buen sentido. Todo ello -agregan- en cuanto resulta obligación de los jueces apreciar a conciencia la prueba producida y dictar sentencia con fundamentación razonada y legal. Concuerdan con el a quo en que está probado que M. fue quien disparó el arma de fuego que provocó la muerte de R. y las lesiones a P., ya que tal circunstancia ha sido expresamente reconocida por el imputado desde el comienzo de la investigación. Siguen diciendo que, con las medidas agregadas a la causa se demostró que M. actuó en legítima defensa y, por lo tanto, el hecho imputado quedó sustancialmente modificado. También coinciden en que la prueba testimonial brindada durante el debate resulta muy difícil de valorar, en razón de que los testigos, de una u otra manera, se encuentran altamente comprometidos con el resultado de la causa (amigos, parientes, compadres, con intereses directos o indirectos en los hechos producidos), y el contexto en que se produjo el acontecimiento no ayuda a confiar ciegamente en alguna declaración en particular. Refieren que, frente a conductas que comenzaron en horas de la madrugada, por un lado M. y su grupo familiar que dormían y por el otro lado un grupo de jóvenes alcoholizados y drogados, todas personas -por un motivo u otro- tenían sus sentidos alterados, la razón nublada, agitados sus ánimos, miedo o temor a flor de piel. Entienden que dentro de este contexto se ha omitido prueba fundamental que habría permitido tener por acreditadas circunstancias de suma importancia que inciden directamente tanto en la existencia del hecho como en la participación que le cupo a M. en él. Agregan que todos los testigos han señalado que escucharon más de diez disparos, salvo P., que afirma haber escuchado solo cinco. Señalan además que no se han tomado en cuenta otras pruebas objetivas que confirman sin lugar a dudas la utilización de armas por parte del grupo agresor, tales como las ropas de R. y P. que fueron secuestradas en forma inmediata, y en función de que resulta imposible que la pólvora de la deflagración del arma de M. las alcanzara, puesto que los disparos de este fueron a larga distancias (4 a 5 m) y la pólvora de un arma de puño alcanza como máximo los 50 cm a 1 m de distancia. A ello suman el

hallazgo de una campera con restos nitrados el día del hecho (fs. 281; según informe de fs. 293 y 298) junto a una botella de cerveza en la que estaban estampadas las huellas dactilares de P. R. (ver informe de fs. 302). Agregan los dichos de G. S. Q., quien pudo observar que dos del grupo portaban un arma de fuego y un cuchillo, por lo que ya no se está ante el beneficio de la duda, como señalan los sentenciantes, sino frente a un cuadro probatorio que permite sostener, con certeza, que R. y sus amigos tenían armas y las utilizaron en contra de M.. Con base en lo anterior afirman que no existe en el presente caso una agresión solo imaginada por M., como sostiene el Tribunal al decir que hubo una legítima defensa putativa, es decir, que la agresión estaba solo en la mente de M.. Ya en el agravio contra el exceso en la legítima defensa resuelto, señalan que el a quo admite como muy posible que los hechos se hayan producido como lo ha sostenido M. desde el comienzo de la investigación y que es muy probable que el grupo agresor haya tenido armas y las haya usado, y, no obstante ello, que M. pudiera realizar otra conducta (que la pareja llamara a la policía y que el acusado se parapetara dentro de su vivienda a la espera de la inminente invasión). Los defensores consideran que el comienzo de la defensa se puede dar en momentos muy anteriores a los que sostiene la Cámara. Citan a Zaffaroni sobre el momento inicial de la agresión, quien dice: ¿la agresión es inminente cuando es susceptible de percibirse como amenaza manifiesta, dependiendo su realización sólo de la voluntad del agresor?; y con mayor precisión sostiene: ¿la situación de defensa se extiende desde que hay una amenaza inmediata al bien jurídico, correctamente apreciada por el agredido, hasta que ha cesado la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos? (ver fs. 729 vta.). En definitiva, entienden que a M. no se le puede exigir otra conducta diferente de la efectivamente realizada, teniendo en cuenta la totalidad de los hechos bajo un análisis objetivo y subjetivo. Distinguen luego entre exceso extensivo, cuando la conducta continúa una vez cesada la situación objetiva de justificación, e intensivo, cuando la conducta lesiona más de lo racionalmente necesario, tras lo cual afirman que, si bien la Cámara no hace esta distinción, parece que por sus fundamentos aplica al caso un exceso intensivo en la conducta de M.. Sobre el punto destacan que, al tener por acreditado que el acusado tiró al bulto y todos disparos seguidos ante la situación de peligro que objetivamente y subjetivamente habían creado los agresores, quienes lo superaban en número, portaban y disparaban armas, estaban desbordados y violentos, a lo que debe sumarse que M. se sentía responsable por la seguridad de su familia y sus bienes, resulta incorrecto sostener que haya existido un exceso en los requisitos de proporcionalidad o necesidad. Para el caso de no ser atendidos los argumentos expuestos anteriormente, plantean varias cuestiones relacionadas con la escala penal aplicada. Alegan, en primer lugar, la errónea aplicación del art. 41 bis del Código Penal y señalan que, atendiendo a la naturaleza de las acciones excesivas previstas en el art. 35 de la misma normativa, existen dos posturas: los causalistas y los finalistas. Siguen diciendo que, si el juzgador adhiere a la primera postura, es un contrasentido lógico afirmar a renglón seguido que resulta de aplicación la agravante del art. 41 bis de la ley de fondo, por cuanto la violencia e intimidación prevista por el tipo penal es incompatible con el actuar culposo; y, si considera que la respuesta adecuada para estos casos es la dada por la postura finalista, tampoco resulta de aplicación la agravante, pues sería un contrasentido afirmar por un lado que una parte de la acción ingresa en la legítima defensa (con un arma) y por el otro lado sostener que la conducta excesiva está agravada por el uso de esa misma arma. La defensa agrega luego que resulta relevante que el tipo penal requiere ¿violencia o intimidación?, y que ha quedado probado que la violencia e intimidación comenzó por la conducta de R. y sus amigos, que portaron y usaron armas de fuego. Por otra parte, los letrados aducen la atipicidad de la tenencia de armas de fuego de acuerdo con lo que sostiene el doctor López Meyer -quien votó en disidencia sobre la cuestión-, porque ¿la simple tenencia no es punible mientras esté vigente el plan oficial de desarme voluntario, que permite entregar cualquier arma sin consecuencias penales durante un determinado plazo que por ahora se ha venido prorrogando. No importa que el imputado no hubiera manifestado su voluntad de desarmarse, pues estaba dentro del plazo legal para hacerlo?. Subsidiariamente, se agravan porque se hicieron concursar realmente el homicidio y las lesiones con exceso en la legítima defensa con la tenencia de arma de fuego, ya que se está frente a una única conducta que encuadra en más de una disposición del Código Penal. Sobre la graduación de la pena, señalan que la situación no es de motivación incorrecta o insuficiente, sino de falta absoluta de fundamentación, pues la sola mención de las pautas mensurativas de los arts. 40 y 41 del Código Penal no resulta suficiente como para tener por cumplida la exigencia de una sentencia debidamente motivada y fundada. Añaden que la imposición de diez años de prisión aparece como totalmente desproporcionada en tanto se está aplicando una pena por un exceso en la legítima defensa que importa dos años más del mínimo previsto para un homicidio simple, y no existe una mínima correspondencia con la pena impuesta en la causa ¿Chuair? (Expte. 26239/12 STJ). Por último, solicitan que se descalifique el fallo por absurdo y arbitrario, en función de los argumentos expuestos.

2.2. Recurso de casación de la Fiscalía de Cámara: La funcionaria dice que el objeto de su recurso es que, oportunamente y previo trámite de ley, se dicte sentencia casando la recurrida y condenando al imputado G. R. M. como autor del delito de homicidio agravado por alevosía, en concurso ideal con lesiones leves, agravados por haber sido cometido con uso de arma de fuego todo en concurso real con portación de arma de guerra sin la debida autorización legal, a la pena de prisión perpetua, accesorias legales del art. 12 Código Penal y costas. Refiere cumplir los requisitos de admisibilidad formal, señala las

circunstancias que se tienen por acreditadas en la sentencia y se agravia porque la aplicación del exceso en la legítima defensa supone necesariamente la existencia de los requisitos de tal legítima defensa, no de situaciones genéricas e hipotéticas, sino singulares, especiales y específicas, pero el sentenciante no ha analizado casuísticamente los presupuestos requeridos y, de tal manera, en forma arbitraria concluyó sin explayarse demasiado. Insiste en la pregunta sobre cómo puede hablarse de exceso sin antes pasar por el tamiz de los requisitos que impone la legítima defensa. Aduce que, para ser legítima, la defensa requiere ante todo ser necesaria, y que no lo es cuando el sujeto dispone de otra conducta menos lesiva y le es exigible su realización en lugar de la conducta típica en cuestión. De tal manera, prosigue, si aceptara que hubo una agresión cuando la víctima se presentó en el domicilio del imputado, el mismo sentenciante sostiene que había otra alternativa, por lo que escapa al sentido lógico que entendiera que este requisito estaba configurado. Añade que en el contexto en que los hechos sucedieron, si de neutralizar a R. se trataba, bastaba con efectuar un disparo al aire, llamar en forma inmediata a la policía, o meterse dentro de la vivienda para resguardarse. Agrega que nada de esto hizo M. -aun pudiendo hacerlo, porque nada se lo impedía- y que escapa a toda lógica que R. recibiera de parte de aquel cuatro disparos a tan corta distancia y paredón por medio; además, señala, R. ni se movió de su predio y menos aún intentó ingresar al de M.. Sigue diciendo que R. era un sujeto conflictivo, pero en el caso concreto no tenía armas como así tampoco P., aunque sí ambos estaban algo ebrios y drogados, porque este último lo reconoció. Cita al a quo sobre que el dermonitrotest no es determinante, pero afirma que se ha pasado por alto que el cuerpo de R. quedó tendido en el mismo lugar en que recibió los balazos y que el próximo paso fue resguardar sus manos y hacer la prueba de restos de nitrados, la que dio negativo, por lo que entiende que el sentenciante ha errado en este punto. Considera así poco lógico pensar que P. tenía el arma porque, al ver el primer disparo hacia R., de tener un arma sin dudas habría respondido al menos con la intención de salvaguardar a su amigo y no salir huyendo del lugar sin saber qué hacer, como él mismo y la testigo Q. dijeron, porque además también él resultó herido. Afirma que la conducta del imputado supera cualquier comprensión sobre la necesidad racional del medio empleado (aun aceptando que R. se presentara en el domicilio de M., que reclamara drogas o al mismo I. -cualquiera haya sido el motivo-, o que el horario fuera poco conveniente -al menos para el ciudadano de hábitos normales-), en virtud de que no eligió la conducta menos lesiva y escogió la más gravosa, al tomar el arma de fuego y disparar contra zonas vitales de R., a una distancia de tres o cuatro metros, cuando ha reconocido que R. no había efectuado ningún disparo y su familia ya se había ido del lugar (esposa e hijos de M.), por lo que entiende que no hubo legítima defensa, y en consecuencia, tampoco exceso en ella. La funcionaria del Ministerio Público Fiscal argumenta que, por el contrario, sí quedó claro en el debate que M. obró con alevosía. Recuerda que es unánime en la expresión de los testigos y el juzgador lo resalta en la sentencia, que ambos protagonistas (M. y R.) previo al hecho se habían comprometido a una convivencia pacífica, y por ello entiende que R. no sospechó que M. arremetiera con un arma de fuego contra su humanidad como lo hizo. Así, entiende que se dan los datos fácticos necesarios para subsumir los hechos en el tipo previsto en el inc. 2º del art. 80 del Código Penal, dado que los disparos fueron dirigidos a la víctima cuando esta se encontraba arrodillada, ebria y drogada, sin posibilidad alguna de defenderse; además, el requisito objetivo por el que el sujeto pasivo no se encontraba en condiciones de defenderse se encuentra acompañado por el elemento subjetivo, esto es, el ánimo en el agente de aprovecharse de dicha situación, lo que se colige de sus acciones (distancia de los disparos, posición de la víctima al recibir los impactos -arrodillado-, estado de absoluta indefensión de R. -ebrio y drogado-). De tal forma, la Fiscalía entiende que se encuentra acreditado mediante prueba testimonial que el imputado, ante el reclamo de drogas o de que saliera I., salió una primera vez, nuevamente se resguardó y volvió a salir de su casa, pero esta vez con un arma de fuego (no se encuentra contradicho); en el contexto de tal situación, el imputado efectuó cinco disparos, cuatro sobre R. (P. dijo en el debate que R. se movía en el piso y M. le siguió tirando) y el quinto contra P.; luego salió corriendo y, pese a decir que estaba tan preocupado y actuó en resguardo de su familia, también quedó claro que su esposa e hijos se habían ido antes y que a la novia de Infante se la olvidaron en la casa?, situación que no se condice con alguien que dice haber actuado en resguardo de su familia. Por último, solicita que se haga lugar a lo solicitado al inicio.

3. Escrito de sostenimiento del señor Fiscal General: En el escrito de sostenimiento, el señor Fiscal General comparte los argumentos del recurso de casación interpuesto por la Fiscalía de Cámara, los que hace propios, y efectúa diversas críticas a la sentencia, con cita de precedentes de este Cuerpo que considera aplicables al caso.

4. Análisis y solución del caso:

4.1. Con el fin de ingresar a examinar los agravios recursivos planteados en ambos recursos resulta necesario, previamente, traer a colación los términos de la requisitoria fiscal de elevación a juicio y lo que tuvo por acreditado el juzgador en el caso. En la requisitoria fiscal de elevación a juicio se describe el hecho que se atribuye de la siguiente manera: ?Ocurrido el día 14 de setiembre de 2013, en el barrio Islas Malvinas de P. A. Stefenelli, ciudad de Gral Roca, jurisdicción de Subcría. 67º, cuando siendo aproximadamente las 07:20 hs., G. R. M., (a) 'ñ.', mató mediante disparos de armas de fuego a P. E. R., de 26 años de edad e hirió a R. A. P., de 22 años. Tal resultado habría derivado de un conflicto que se habría producido entre G. M. por un lado y R. y P. por el otro. De las constancias de la causa surge que ese día, P. y R., que habían permanecido en la casa de éste último, sita en calle Suiza

nº ...; a la hora indicada, ambos se dirigieron a la vivienda de M., ubicada detrás de la casa de R., cuyo frente da a calle Hungría nº ... Luego de golpear las manos R. y P. fueron atendidos por M.. P. R. le dice si le daba un poco de droga y M. le dice que no. R. se enoja y ambos comienzan a discutir; R. exigiendo la entrega de droga y M. negándose, mientras que P. se mantenía en silencio; además R. le decía a M. que hiciera salir a I. hijo de su pareja (de M.) S. G., para arreglar un problema. En un momento de la discusión, M., lleva una de sus manos hacia atrás y saca un revólver, probablemente calibre 38 -considerado arma de guerra-, que portaba sin la debida autorización legal, y les dispara a R. y P.. A R. le impactan cuatro proyectiles: uno en cabeza; dos en ingle cuyas balas se alojaron en cavidad abdominal; y otro en muslo de pierna izquierda. La hemorragia interna por las heridas ocasionadas por los proyectiles en cabeza y abdomen, fueron las que determinaron la muerte de R., estimativamente a las 8:40 hs cuando éste ya se encontraba internado en el hospital López Lima de la ciudad de General Roca. ¿Del informe de autopsia [SIC] surge que a P. le impactan dos proyectiles: uno en hemitorax izquierdo a la altura de 2da. costilla y el otro en la cara posterior de brazo izquierdo, disparos que le provocaron lesiones de carácter leves. Con la siguiente aclaración: El primer disparo que recibe R. es en la cabeza. Inmediatamente M. le dispara a P.. Cuando éste es auxiliado por P. que se había mantenido más alejado, quién lo retira del lugar, M. le dispara nuevamente a R. estando éste en el suelo, causándole las heridas en pelvis y pierna izquierda. A continuación M., le dispara a P. y P., quienes se retiraban del lugar buscando protección? (conf. cita que consta en la sentencia, fs. 685 y vta.). En la sentencia impugnada el sentenciante tuvo por acreditada -en lo sustancial- la siguiente materialidad: entre ambos grupos familiares (M./R.) habían hecho la paz para convivir como buenos vecinos; en la ocasión, R. y P. fueron a despertar a M. entre las 6 y las 7 hs., llamando desde el predio de R., medianera por medio, luego de lo cual se originó una fuerte discusión por los problemas previos, en particular la sustracción de una moto que habría llevado el hijastro del imputado, Infante, cuando estaba frente al domicilio de R.. Sobre el motivo de esa temprana e impertinente visita, el juzgador sostuvo que ni la naturaleza ni la secuencia de los requerimientos podía ser cabalmente aclarada pero, cualquiera haya sido el motivo, los pedidos o reclamos intempestivos a esa hora constituyen una actividad anormal, desplegada probablemente por la disminución de frenos inhibitorios que produce la intoxicación con alcohol y/o drogas, cuyo consumo esa noche reconocieron P., P. y V.. De allí que, aunque no estuviera fehacientemente probado, el a quo no pudo descartar la actitud belicosa que les endilgó la pareja M.-G. (piedras al techo y a los perros, golpes a las P., amenazas, insultos, etc.), seguida de una discusión que todos han mencionado. Se agregó entonces que P. y Padilla negaron que en su grupo alguno portara armas; sin embargo, al menos por el beneficio de la duda, el sentenciante expresó que no se podía descartar esta posibilidad. Añadió que esa mañana se produjeron varios disparos con armas de distinto calibre (lo que dedujo de la intensidad de las detonaciones, unas más fuertes que otras), todos bastante seguidos; cuyo número varía entre 5 y 15, según las estimaciones dadas en las distintas declaraciones. Así, señaló que se ignora cuántos disparos se realizaron en esa ocasión, y también cuántos sonaron más fuertes y cuántos más débiles, pero que la conjugación de todos los dichos permite creer que el primero fue de los fuertes, pero pudo haber sido del 38 o de la tumbera. Asimismo, señaló que se ignora quiénes tiraron y que es evidente que M. efectuó al menos cinco disparos de sonido fuerte (calibre 38), los cuatro que impactaron en R. y el quinto que hirió a P., pero no se sabe a ciencia cierta quiénes hicieron los restantes. Asimismo, sostuvo que las pruebas son insuficientes para afirmar con seguridad que la víctima fatal no haya realizado ningún disparo esa mañana, pues queda abierta la posibilidad de que la secuencia de disparos de M. haya ocurrido como él dijo (todos seguidos al bulto de las dos personas que tenía enfrente), sin perjuicio de que hayan existido otros disparos de I., de R. o de sus allegados. Aclaró que era muy difícil encontrar la verdad sobre cómo ocurrieron las cosas en realidad y que, si bien en principio no parece justificable la acción de M. (matar al vecino con cuatro tiros, disparados al bulto, desde corta distancia, paredón por medio, porque en estado de intoxicación vociferaba insultos y amenazas -e inclusive aunque el vecino hubiera efectuado disparos al aire-, amén de acertarle otro tiro en el pecho a P.), las pruebas incorporadas no permiten descartar con seguridad que el imputado no haya reaccionado con el convencimiento de que, en esas particulares circunstancias, necesitaba defenderse de los sujetos que amenazaban con ingresar a su domicilio. El Tribunal manifestó entonces que el beneficio de la duda lo favorece y obliga a admitir que su accionar pudo estar inicialmente comprendido en una situación de legítima defensa, aunque, de todos modos, es evidente que se excedió de manera notoria en el grado de violencia.

4.2. Análisis de los agravios de la Fiscalía de Cámara: Ingresando ahora en el análisis de los planteos realizados, estimo adecuado comenzar con el recurso del Ministerio Público Fiscal (que impugna la configuración de los requisitos de la legítima defensa -y su consecuente exceso-, y afirma la existencia de alevosía en la actuación del imputado) y luego, si correspondiera, se examinará el de la defensa (que consiente la existencia de legítima defensa pero impugna el exceso, entre otras cuestiones). Como punto inicial -y del cual deriva el resto de sus planteos-, la funcionaria sostiene que el a quo omitió fundamentar sobre los extremos requeridos para encuadrar la conducta del imputado en el art. 34 inc. 6 del Código Penal (legítima defensa). En este sentido, afirma -en lo sustancial- que M. realizó una conducta que no abastece el requerimiento de necesidad de la norma citada, pues podía realizar una menos lesiva e inocua, tal como el mismo sentenciante expresó: bastaba con efectuar un disparo al aire, llamar en forma inmediata a

la policía, o meterse dentro de la vivienda para resguardarse. Ello, agrega, en el contexto de que R. y P. no tenían armas. Sin embargo, de la lectura de la sentencia surge que al juzgador, teniendo en consideración las particularidades de la prueba producida en autos, no le fue posible descartar que el grupo agresor integrado por R. y P. tuviera armas en su poder, y tampoco que haya disparado. Ello lo llevó a reconocer la necesidad de la defensa, mediante la aplicación del principio in dubio pro reo, a partir de la afirmación de la existencia de una agresión ilegítima que el imputado debió repeler, incluso utilizando un arma de fuego. Sostuvo al respecto que "sabido es que una sentencia condenatoria exige certeza fundada en las pruebas disponibles, y ni los testigos, ni los aportes de las restantes pruebas incorporadas permiten descartar con seguridad que M. no haya reaccionado con el convencimiento de que, en esas particulares circunstancias, necesitaba defenderse de los sujetos que amenazaban con ingresar a su domicilio. El beneficio de la duda lo favorece y obliga a admitir que su accionar pudo estar inicialmente comprendido en una situación de legítima defensa (en última instancia putativa). Claro que, de todos modos, es evidente que se excedió de manera notoria, con un grado de violencia que merece un severo reproche penal" (conf. fs. 704). De lo anterior se sigue que, en resumidas cuentas, el a quo sostuvo que la prueba fue insuficiente para arribar a la certeza motivada, requerida por una sentencia de condena, sobre la ausencia de justificación en la acción de matar, por lo que rige el beneficio de la duda. De ese modo, atendió debidamente la normativa vigente en cuanto contempla la garantía del estado de inocencia, el principio in dubio pro reo y el sistema de la libre convicción en materia criminal, estableciendo el deber de los jueces y juezas de dictar sentencias con fundamentación razonada y legal (arts. 4, 98 y 374 segundo párrafo C.P.P.; 22, 139 inc. 14 tercer párrafo y 200 C.Prov.; 18 y 75 inc. 22 C.Nac., y 8.1 CADH). La materialidad así establecida no ha sido controvertida en forma eficiente. Se advierte, por ejemplo, que los agravios referidos a que R. y P. no tenían armas se basan en prueba anfibológica (peritaje de dermonitrotest negativo y ausencia de restos nitrados de pólvora en la ropa) y testimonial que carece de credibilidad, según se había argumentado en la sentencia, al sostenerse que los diversos testigos que declararon eran poco creíbles en virtud de que algunos estaban intoxicados -habían consumido alcohol y drogas- y porque tenían diferentes intereses que salvaguardar, propios o de su respectivo bando (fs. 703 vta.). En definitiva, la crítica ensayada no excede el mero desacuerdo subjetivo respecto de la merituación que el Tribunal efectuó con relación a las circunstancias fácticas, además de que reitera argumentos sostenidos al alegar en el debate, ya analizados en la sentencia. Ello torna improcedente el resto de sus agravios, ya que la omisión de demostrar la falta de motivación o la arbitrariedad de la sentencia dictada al determinar el encuadre fáctico obstaculiza el eventual ingreso al análisis de toda otra calificación legal que habrían podido merecer los hechos. 4.3. Análisis de los agravios de la defensa: En lo que respecta al recurso de casación interpuesto por la defensa de M., en primer lugar es necesario señalar que, si bien los letrados impugnan que la materialidad se haya tenido por probada por aplicación del principio in dubio pro reo, por considerar que se acreditó con certeza -entre otras circunstancias- la utilización de armas de fuego por parte de las víctimas, resulta evidente que no existe agravio al respecto, toda vez que, mas allá de la diferente ponderación subjetiva que realiza, ningún perjuicio concreto le causa la motivación por la cual se arribó a la conclusión de que M. realizó una conducta que inicialmente habría sido de legítima defensa, por su necesidad, aunque excedió los límites permitidos, por el grado de violencia desplegado. Por otra parte, a igual conclusión se arriba en tanto se critica la sentencia diciendo que realizó un incorrecto encuadramiento en legítima defensa "putativa". Tal como manifestó el doctor López Meyer, "[l]a Cámara no sostuvo que se trataba de una defensa putativa. El recurrente malinterpreta. Se consignó a fs. 704 in fine que, por el beneficio de la duda, había que admitir una situación de legítima defensa. A continuación y entre paréntesis se agregó 'en última instancia putativa'. Y a vuelta de foja se aclaró que si hubiera existido una causa de justificación putativa, trasladando el análisis al campo de la culpabilidad, la solución punitiva sería la misma porque el error no era insalvable. El agravio no existe pues estriba en un error. de lectura (tal vez originado porque no fui suficiente claro como pienso), no es por lo tanto admisible" (conf. su voto al analizar la admisibilidad del recurso interpuesto, fs. 746 vta.). Por otra parte, la defensa aduce que, aunque la Cámara no lo dice expresamente, por sus fundamentos ha aplicado al caso un exceso intensivo en la legítima defensa de M., que se configura cuando lesiona más de lo racionalmente necesario. Luego señala que resulta incorrecto sostener que haya existido un exceso en los requisitos de proporcionalidad o necesidad, cuando se tuvo por acreditado que el acusado tiró al bulto disparos seguidos ante la situación de peligro que objetiva y subjetivamente habían creado los agresores, quienes lo superaban en número, portaban y disparaban armas, estaban desbordados y violentos, a lo que suma que M. se sentía responsable por la seguridad de su familia y sus bienes. Si bien el marco fáctico referido por la defensa es parcialmente concordante con la motivación del sentenciante -ya que estas circunstancias determinaron la necesidad de que M. disparara en legítima defensa- se advierte que, como acertadamente estableció la sentencia, el correcto encuadramiento normativo de los hechos no es el pretendido por la defensa, en atención a la modalidad de los disparos efectuados. La lógica, la experiencia y el sentido común, sumados a la valoración del contexto y las demás particularidades de la prueba reunida en el expediente, se imponen frente a las afirmaciones de los casacionistas. Determinada por el principio in dubio pro reo la necesidad de repeler la agresión mediante el uso de un arma no puede admitirse que la intensidad de la descarga esté comprendida en

esa acción justificada por el derecho, con lo que se configura claramente el exceso referido, puesto que se debieron presentar alternativas menos lesivas al efectuar los disparos, como por ejemplo hacerlos en otra dirección, en menor cantidad, etc. De tal forma, considero que los hechos acreditados a partir de la valoración de las particularidades de la prueba reunida fueron correctamente encuadrados en un obrar que excedió la legitimidad de la acción defensiva desplegada, por lo que la interpretación fáctica ensayada por la defensa es absolutamente insuficiente para refutar los fundamentos brindados por el a quo, lo que sella la suerte del agravio. Sobre el exceso en la legítima defensa (art. 35 C.P.), se ha sostenido que el 'requisito de que la conducta se inicie de modo justificado pero se agote antijurídicamente tiene razón de ser en que '... nadie puede exceder el límite de un ámbito en el que nunca ha estado... Habrá una disminución de la antijuridicidad cuando la conducta que comienza siendo justificada se continúa fuera del permiso, como cuando la conducta comenzó siendo defensiva, se continúa una vez cesada la agresión o su amenaza (exceso extensivo), y también lo habrá cuando el agresor sigue agrediendo, pero con un medio menos lesivo, y quien se defiende lo sigue haciendo con el mismo medio que empleara antes (exceso intensivo)' (Eugenio R. Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Derecho Penal. Parte General, pág. 616)...?' (STJRNS2 Se. 172/12 ?Chucair?, 85/13 ?Mora?, 197/14 ?Oñate? y 145/15 ?Porfiri?). También se ha sostenido, respecto del exceso ?intensivo?, que la doctrina lo ha caracterizado como aquel que se da ?cuando la conducta lesiona más de lo racionalmente necesario?, ya que el exceso extensivo es el que ocurre ?cuando la conducta continúa una vez cesada la situación objetiva de justificación? (conf. Andrés José D'Alessio, Código Penal comentado. Parte General, La Ley, Buenos Aires, 2005, pág. 414, citado en STJRNS2 Se. 172/12 ?Chucair?). En ese precedente también se sostuvo, mediante citas doctrinarias y jurisprudenciales -a cuya lectura remito-, que el medio defensivo no es el instrumento empleado sino ?la conducta defensiva usada?, la que debe guardar proporción con la agresión que se trata de repeler y debe ser necesaria y a la vez eficaz, ya que de lo contrario sería excesiva, como ha sucedido en el caso, en el que el imputado realizó cinco disparos, seguidos y ?al bulto?, es decir, directamente al cuerpo de sus agresores. Ingresando en el análisis de los planteos esgrimidos de modo subsidiario, corresponde analizar, en primer lugar, el referido a la errónea aplicación del art. 41 bis del Código Penal. Al respecto, la doctrina legal de este Superior Tribunal ha establecido que, así como el delito de homicidio -art. 79 C.P.- no tiene como elemento constitutivo su comisión con arma de fuego, y por ello, en caso de comprobarse tal circunstancia, corresponde la aplicación de la agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal, lo mismo sucede cuando el homicidio se ha cometido mediando un exceso en la legítima defensa (conf. STJRNS2 Se. 93/09 ?Flores? y 172/12 ?Chucair?, entre otros), lo que resulta razonable dado que la conducta excesiva no necesariamente conlleva la utilización de ese tipo de arma. De más está aclarar que es la violencia e intimidación ejercida por el imputado, con este tipo de elemento de gran poder vulnerante, la que debe ser considerada para calificar su conducta excesiva, y no la eventual violencia o intimidación que habrían podido ejercer los agresores, como pretende la defensa, más allá de que esto último sí fue valorado para tener por acreditado otro elemento, la agresión ilegítima, que habría debido repeler el autor. Queda claro que el razonamiento expuesto también resulta extensivo a las lesiones leves constatadas en autos, cometidas en exceso de la actividad defensiva desplegada, las que tampoco implican de por sí tal elemento constitutivo para su comisión (empleo de arma de fuego), por lo que igualmente procede la calificante genérica a su respecto. De ese modo, se advierte que las críticas de la defensa en este sentido no son suficientes para rebatir los argumentos señalados, por lo que el agravio debe ser rechazado. Sin perjuicio de coincidir con el juzgador al estimar aplicable en autos el art. 41 bis de la ley sustantiva, es necesario aclarar el alcance de la doctrina legal en esta temática, en lo que respecta a cierta postura que, según refiere la parte, considera que en el exceso en las causas de justificación se estaría ante un obrar culposo, lo cual también surge de la lectura de la sentencia aquí impugnada. En ese sentido, este Superior Tribunal ha establecido que '[l]a 'atenuante [del art. 35 C.P.] alcanza a injustos dolosos cuyo contenido antijurídico es menor a otros, por cuanto han comenzado a cometerse en forma justificada pero se prolongan fuera del amparo del tipo permisivo respectivo. Este menor grado de antijuridicidad es el fundamento para la disminución de la pena -se debe aplicar la del correspondiente tipo culposo-, pero de ningún modo muta una acción dolosa en culposa' (Andrés José D'Alessio, [Código penal, comentado y anotado. Parte general, La Ley, 2005], pág. 412)? (Conf. STJRNS2 Se. 93/09 ?Flores? y 172/12 ?Chucair?, entre otras.). A ello se suma que, en lo que respecta al caso sometido a análisis, no quedan dudas de que el obrar del imputado fue efectivamente doloso, al arremeter contra las víctimas disparando su arma de fuego del modo en que lo hizo, circunstancia no desvirtuada por los recurrentes. Por otra parte, los letrados se agravan sosteniendo la atipicidad de la tenencia de armas de fuego en atención al argumento del Juez López Meyer quien, en disidencia sobre la cuestión, dijo: ?la simple tenencia no es punible mientras esté vigente el plan oficial de desarme voluntario, que permite entregar cualquier arma sin consecuencias penales durante un determinado plazo que por ahora se ha venido prorrogado. No importa que el imputado no hubiera manifestado su voluntad de desarmarse, pues estaba dentro del plazo legal para hacerlo?. La impugnación carece de chances de prosperar en virtud de que ?la Ley 26216 que -en lo pertinente para el caso- creó el Programa Nacional de Entrega Voluntaria de Armas de Fuego, que comenzó el 10 de julio de 2007 y fue prorrogado en varias oportunidades (ver Disposición n° 246/2007 del Registro

Nacional de Armas, Decreto del PEN /2008, Leyes 26520, 26644, 26792 y 26919), dispuso: 'ARTICULO 5º - EL PODER EJECUTIVO NACIONAL [...] llevará adelante el mencionado PROGRAMA que consiste en la entrega voluntaria y anónima de armas de fuego y municiones a cambio de un incentivo, en puestos de recepción donde serán inmediatamente inutilizadas, para luego ser destruidas'. ¿Entonces, de acuerdo con la normativa, la entrega de armas de fuego y municiones durante el período de ejecución del Programa Nacional de Entrega Voluntaria de Armas de Fuego no conllevará consecuencia legal alguna para las personas que efectivizaron la entrega en los 'puestos de recepción' que fueron designados en el art. 1 del Anexo I de la Disposición 246/2007 del RENAR? (STJRNS2 Se. 196/14 ?Vila?). Es evidente entonces que, ante la ausencia de conducta tendiente a la entrega del arma utilizada por el imputado (ni siquiera secuestrada en autos), no corresponde la aplicación de la citada normativa ni las consecuencias previstas por la ley de desarme voluntario. Corresponde ahora tratar el agravio que cuestiona que se haya considerado que el homicidio y las lesiones -ambos con exceso en la legítima defensa- hayan concursado realmente -en vez de en forma ideal- con la tenencia de arma de fuego, punto en el que la defensa entiende que se está frente a una única conducta que encuadra en más de una disposición del Código Penal. El juzgador tuvo en cuenta, por mayoría, que ¿en lo relativo a la Tenencia de Arma de Guerra en la persona del imputado al momento de estos episodios, (...) debe declararse su culpabilidad, en concurso real (arts. 45, 55 y 189 bis inc. 2, párrafo 2, del CP), en razón de que surge del legajo que M. carecía, al instante de los acontecimientos, de autorización legal por parte del RENAR y REPAR como para proceder de tal modo (vid fs. 635 y 616, respectivamente), más tampoco hizo conocer en su deposición un propósito de desarmarse voluntariamente. Entre tanto, se trata de una conducta autónoma, independiente, del resto de los ilícitos que se le adjudica?. La minoría descartó tal calificación legal por la ley de desarme voluntario, aspecto antes tratado, aclarando además inicialmente que ¿se acusó por portación de arma de guerra, pero no se comete delito de portación dentro del propio domicilio. Sí concurriría materialmente el delito contra la seguridad pública configurado por la tenencia en su domicilio de un arma de guerra sin autorización. Pero, según he sostenido reiteradamente, la simple tenencia no es punible mientras esté vigente el plan oficial de desarme voluntario...?. Se advierte entonces en la sentencia la total inexistencia de argumentación que permita demostrar que se tuvo por acreditada una tenencia anterior a la contemplada al disparar el arma de fuego con el resultado lesivo ya conocido. La mayoría nada dice, mientras que la minoría solo menciona la supuesta tenencia en su domicilio de un arma de guerra sin autorización, a la que considera no punible, y sabido es que la labor de la acusación no estuvo enderezada a probar tal tenencia anterior al hecho, ya que acusó por el delito de portación. De ese modo, más allá de que el a quo no fundamentó debidamente el punto, lo cierto es que no podría descartarse, por ejemplo, que otra persona de la casa hubiera ejercido tal tenencia -incluso con desconocimiento del imputado- hasta el momento de los hechos, facilitándosela a este en la emergencia. De los testimonios reunidos en autos -y sin perjuicio de las dificultades que presentan para la valoración de su credibilidad, ya expuestas- surge que Infante habría disparado también, aunque no hayan existido elementos firmes que lo vinculen, tal como lo manifestó el juzgador. De lo anterior se desprende que la única tenencia verdaderamente endilgada en el fallo analizado es la que coincide en la totalidad de los elementos objetivos y subjetivos de los tipos correspondientes a las conductas típicas de homicidio y lesiones leves, cometidas ambas con exceso en la legítima defensa, sin que pueda establecerse -o al menos tal tarea de argumentación no se encuentra en la sentencia y tampoco la expuso la acusación- que M. haya ejercido realmente tal tenencia previa, ni desde el punto de vista objetivo ni subjetivo. En virtud de lo expuesto, le asiste razón a la defensa -más allá de que en su breve crítica al tema no incluyó los argumentos antes explicitados- en cuanto a que la tenencia de arma de guerra debe concursar de modo ideal y no real con los restantes delitos atribuidos, tal como ha resuelto este Superior Tribunal (v.gr., mutatis mutandis STJRNS2 Se. 1/03, entre otras), por lo que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso, en lo atinente a este agravio recursivo. Como consecuencia de lo anterior, pierde utilidad el análisis de los restantes agravios que impugnan la determinación de la pena impuesta a M., por considerarla infundada y desproporcionada. Sin perjuicio de ello, es necesario destacar que, luego del reenvío que propiciaré, el Tribunal a quo deberá establecer el nuevo monto de pena que le corresponda al imputado teniendo en consideración las pautas emergentes de la doctrina legal que rige el punto (STJRNS2 Se. 94/14 ?Brione?, 127/14 ?Sansuerro?, 132/14 ?Barria Oyarzún?, 24/15 ?Riquelme? y 31/15 ?Vargas?, entre otras, a las que remito en honor a la brevedad). ASÍ VOTO. A la misma cuestión los señores Jueces doctores Ricardo A. Apcarian y Liliana L. Piccinini dijeron: Adherimos al criterio sustentado por el vocal preopinante y VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO. A la misma cuestión los señores Jueces doctores Sergio M. Barotto y Adriana C. Zaratiegui dijeron: Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que nos preceden en orden de votación, NOS ABSTENEMOS de emitir opinión (art. 39 L.O.). A la segunda cuestión el señor Juez doctor Enrique J. Mansilla dijo: Por todo lo expuesto al tratar la primera cuestión, propongo al Acuerdo: a) rechazar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal; b) hacer lugar parcialmente al recurso de casación deducido por la defensa, solo en tanto impugna la modalidad concursal respecto del delito de tenencia de arma de guerra; c) revocar la sentencia (punto resolutive 1º), condenando a G. R. M., como autor responsable de los delitos de homicidio con exceso en la legítima defensa

agravado por el uso de armas de fuego, lesiones leves con exceso en la legítima defensa agravado por el uso de armas de fuego, ambos en concurso real entre sí y en concurso ideal con el delito de tenencia de arma de guerra sin autorización legal (arts. 84, 94, 34 inc. 6, 35, 41 bis, 189 bis inc. 2º segundo párrafo, 54 y 55 C.P., y art. 440 C.P.P.); d) reenviar las actuaciones al Tribunal de origen para la imposición de la pena respectiva, en conformidad con lo expuesto en los considerandos, temática que, en la medida de lo posible, deberá ser resuelta por los mismos magistrados, toda vez que tuvieron conocimiento de visu del imputado en la audiencia de debate, por lo que se encuentran en las mejores condiciones para ello; tal reenvío, además, se efectúa con el fin de garantizar el derecho a recurrir y a obtener una revisión amplia de la pena que eventualmente se decida (conf. arts. 8.2.h CADH y 14.5 PIDCyP); e) rechazar en lo demás el recurso de casación deducido por la defensa, con costas, y f) regular los honorarios profesionales de los letrados intervinientes, en forma conjunta, en el ...% de la suma fijada en la instancia de origen (art. 15 L.A.). ASÍ VOTO. A la misma cuestión los señores Jueces doctores Ricardo A. Apcarian y Liliana L. Piccinini dijeron: Adherimos a la solución propuesta por el vocal preopinante y VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO. A la misma cuestión los señores Jueces doctores Sergio M. Barotto y Adriana C. Zaratiegui dijeron: Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que nos preceden en orden de votación, NOS ABSTENEMOS de emitir opinión (art. 39 L.O.). Por ello, EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA RESUELVE: Primero: Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 735/745 de estas actuaciones por la señora Fiscal de Cámara doctora Graciela E. Echegaray. Segundo: Hacer lugar parcialmente al recurso de casación deducido a fs. 722/734 de autos por los doctores Oscar Ismael Pineda y Pablo Eduardo Iribarren a favor del imputado, solo en tanto impugna la modalidad concursal respecto del delito de tenencia de arma de guerra. Tercero: Revocar el punto resolutive 1º de la Sentencia Nº 61/14 de la Cámara Tercera en lo Criminal de General Roca, condenando a G. R. M., como autor responsable de los delitos de homicidio con exceso en la legítima defensa agravado por el uso de armas de fuego, lesiones leves con exceso en la legítima defensa agravado por el uso de armas de fuego, ambos en concurso real entre sí y en concurso ideal con el delito de tenencia de arma de guerra sin autorización legal (arts. 84, 94, 34 inc. 6, 35, 41 bis, 189 bis inc. 2º segundo párrafo, 54 y 55 C.P., y art. 440 C.P.P.). Cuarto: Reenviar las actuaciones al Tribunal de origen para que, con la misma integración -en la medida de lo posible- proceda a la imposición de la pena respectiva, en conformidad con lo expuesto en los considerandos. Quinto: Rechazar en lo demás el recurso de casación deducido por la defensa, con costas. Sexto: Regular los honorarios profesionales de los letrados defensores intervinientes, en forma conjunta, en el ...% de la suma fijada en la instancia de origen (art. 15 L.A.). Séptimo: Registrar, notificar y oportunamente devolver los autos. ANTE MÍ: Firmantes: MANSILLA - APCARIAN - PICCININI - BAROTTO (en abstención) - ZARATIEGUI (en abstención) ARIZCUREN Secretario STJ

005387E