

//nos Aires, 15 de agosto de 2018.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I. Interviene el Tribunal en la apelación interpuesta por la defensa de C. G. Á. (fs. 586/607), contra el punto I del auto de fs. 430/447 que lo procesó en orden al delito de homicidio agravado por haberse cometido con un arma de fuego.

II. El recurrente criticó la premura con que se adoptó la decisión porque impidió la valoración de prueba incorporada con posterioridad, provocando un recorte fáctico del contexto en el que se desarrolló la acción. Sobre esa base sostuvo tres puntuales agravios.

Por un lado la ausencia de antijuridicidad dado que la conducta de su asistido se encontró justificada. Por otra parte que, en todo caso, bien pudo creer -por error- que estaba en una causal de legítima defensa (artículo 34, inciso 6°, del Código Penal) y, finalmente, la imposibilidad de aquél de comprender la criminalidad de sus actos y dirigirse en consecuencia (inciso 1° del citado).

Cabe aclarar que, desde una mejor perspectiva lógico-jurídica, tales agravios serán tratados en puntos separados y como fueron presentados.

No obstante, primero debemos afirmar que nunca la celeridad que se imprime -y debe imprimirse- a una investigación puede vulnerar los derechos del imputado, sino todo lo contrario.

La garantía constitucional y convencional de toda persona a ser juzgada dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas (arts. 18 y 75, inciso 22 de la CN; 7.5 CADH; 9.3 y 14.3 PIDCyP), o a ser puesta en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso (arts. 25 DADH; 7.5 CADH; 9.3 PICDyP) preservando el estado jurídico de inocente (arts. 11.1 DUDH; 26 DADH; 8.1 CADH; 14.2 PIDCyP) es una garantía -por cierto- que el Estado debe resguardar y asegurar.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiterados precedentes (“Mattei” Fallos: 272:188; “Pileckas” Fallos: 297:486;

“Klosowsky” Fallos: 298:312; “Mozzatti” Fallos: 300:1102; “Casiraghi” Fallos: 306:1705; entre otros) abordó la cuestión.

Así también se ha expedido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Kimel Vs. Argentina*” (sentencia del 2 de mayo de 2008, párrafos 96 y 97) así como en otras sentencias anteriores (cfr. caso “*Genie Lacayo Vs. Nicaragua*”, sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 77; caso “*Vargas Areco Vs. Paraguay*” sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 102 y caso “*Escué Zapata Vs. Colombia*”, sentencia de 4 de julio de 2007, párr. 102).

Y en el caso se advierte que, tras la intimación, el juez se encontraba en condiciones de resolver la situación de Á. pues, al negarse a declarar, no tenía la obligación de profundizar la pesquisa aclarando alguna circunstancia en los términos del artículo 304 del Código Procesal Penal. Y si el recurrente presentó un escrito días más tarde, no puede ahora trasladar al magistrado la responsabilidad de su propia estrategia.

El reproche del apelante respecto de este punto encuentra fundamento en que la “extrema celeridad” lo ha perjudicado en su estrategia defensiva pues no se valoró en la pieza atacada el descargo de Á. y los testigos de identidad reservada, que permitirían construir el contexto en que se habría desarrollado el suceso. No obstante, tal como se expondrá, se valorará el plexo probatorio conjunto en esta instancia.

III. El reclamado control del injusto debe partir de dos supuestos, uno de orden fáctico y otro jurídico.

En el primero se tuvo en principio por probado que el 12 de julio pasado, alrededor de la 01:30, frente a la puerta de acceso a la del barrio, situado en la intersección de la calle y la de esta ciudad, C. G. Á. y C. M. D., iniciaron una conversación que derivó en una discusión y, luego, en el intento del segundo de pelear, amagando incluso con asestar un cabezazo a su rival. Ante ello Á. extrajo una pistola que llevaba en el bolsillo derecho de su campera y disparó en la cabeza de D.,

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6

CCC 40694/2018/3/CA1

CCC 40694/2018

“Á., C. s/homicidio agravado”

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 4

Procesamiento

provocando que cayera al suelo donde dirigió otros tres hacia la misma zona, tras lo cual huyó. D. falleció por “*lesiones por proyectiles de arma de fuego en región cefálica. Hemorragia interna*” (cfr. peritaje del servicio de tanatología de la Morgue Judicial de fs. 247/263).

En cuanto al restante es necesario recordar que en nuestro derecho positivo para que exista legítima defensa deben concurrir tres condiciones: 1) que ocurra agresión ilegítima inminente o actual; 2) necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; y 3) falta de provocación suficiente (cfr. causa n° 66248/15 “A., R. s/tentativa de homicidio” de esta Sala, resuelta el 23 de diciembre de 2015).

Ello teniendo siempre en miras que “*la evitación del delito planificada así como la recuperación planificada de los bienes sustraídos delictivamente es misión de la policía; sólo al haber un ataque actual la urgencia de la situación sobrepasa la preocupación por las competencias*” (Günther Jakobs, “*Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*”, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995, pág. 468).

Veamos entonces.

Aunque C. U. S. y A. I. acompañaban a la víctima y al victimario respectivamente, no es fácil reconstruir la motivación del imputado para abrir fuego ya que ninguno dio certeza sobre el diálogo previo entre ellos que pudiera servir para inferirla.

Es evidente que D. no se acercó con la intención de iniciar una charla amistosa, ya que los testigos estuvieron de acuerdo en que invitaba continuamente, golpeándose el pecho, a pelear a Á.. Sólo cabe pensar en una agresión inicialmente verbal de su parte (cfr. fs. 8, 229, 102 y 264).

Sin embargo aun cuando se habría incrementado su nivel a través de un empujón -lo que verificaría el primer requisito de la causal en cuestión-, el medio empleado por el imputado para repelerlo muestra una grosera desproporción e irracionalidad entre aquello que

presuntamente pretendió evitar y lo que causó, *pues no sólo no utilizó el medio menos perjudicial como se requiere para repeler la ofensiva* (Esteban Righi, Derecho Penal, Parte General, editorial LexisNexis, página 277, haciendo suyo el concepto de los autores Welzel, Maurach, Wessels, Roxin y Bacigalupo), sino que sin presentar heridas defensivas -lo que elimina un efectivo ataque físico- disparó contra la cabeza de un individuo desarmado; la forma en que lo hizo evidencia su clara intención de matarlo.

Los separaba una corta distancia (así lo dijeron todos los testigos y el acusado), la primera bala ingresó por la zona vital de la cabeza, provocando que D. quedara tendido en el suelo y allí le efectuó tres disparos más en el mismo lugar con el claro objeto de asegurar el resultado buscado.

Estas circunstancias revelan dolo homicida.

Nótese que para repeler la supuesta acción ofensiva pudo haber disparado a sus piernas o brazos, también exhibir el arma sin accionarla o hacerlo en otra dirección en forma intimidatoria. Nada de esto ocurrió.

El detalle que aporta S. deja al descubierto que el imputado tenía la intención de matar o, cuanto menos, fue indiferente a la posibilidad que ello ocurriera, pues realizar tres disparos adicionales cuando la persona “*cae al piso y ya ni se movía*” (cfr. fs. 8 vta.) no era necesario para defenderse; sí para “rematarlo”. Más cuando cada una de ellos podía causar ese efecto.

Lejos estamos del supuesto en que el Estado tolera la realización de una conducta típica, pues “*la necesidad constituye una exigencia tan básica como lo es el ataque y, por lo tanto, una condición de la que no se puede prescindir. Sin el requisito de ser necesaria no puede hablarse de defensa, ni completa ni excesiva*” (Andrés José D’Alessio, Código Penal de la Nación, Comentado y Anotado, Tomo I, editorial La Ley, Buenos Aires 2011, página 592).

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6

CCC 40694/2018/3/CA1

CCC 40694/2018

“Á., C. s/homicidio agravado”

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 4

Procesamiento

Evidentemente no hay ningún tipo de relación simétrica entre una invitación a pelear a puño limpio con una respuesta letal armada.

Y si bien la parte intenta sostener que D. portaba un cuchillo, no hay prueba que lleve a pensar, aún desde un análisis *ex ante*, que tenía algún elemento con poder vulnerante. Sólo se secuestró la pistola del agresor (fs. 16), las vainas servidas de su arma (fs. 305/312) y la mayoría de los testigos escucharon cinco o seis detonaciones, que fueron las que realizó el indagado (cfr. fs. 2, 4 y 268).

Quienes declararon bajo reserva de identidad solo dieron cuenta del pasado carcelario de la víctima y que otro miembro de su grupo violento habría ocultado el arma antes de la llegada de la policía. Sin embargo no puede pasarse por alto que ninguno de ellos vio el hecho, ni siquiera a los involucrados, y la información la obtuvieron de desconocidos cuya supuesta presencia en el lugar no está documentada. No fueron consignados sus datos en las actas realizadas por los preventores, ni mencionados en los distintos llamados que se realizaron al “911” (cfr. fs. 65/74).

De ahí que tal construcción endeble, basada en testigos de oídas que ni siquiera pudieron precisar cómo conocieron lo que afirmaron, es inverosímil.

Además, si D. en verdad hubiese tenido un cuchillo ¿por qué no lo utilizó si esa era su intención? Lo pudo hacer desde el inicio de la discusión y también con la invitación a pelear. Más cuando la posibilidad de esgrimirlo le hubiera demandado el mismo tiempo que al autor extraer el arma de fuego.

En definitiva, el imputado actuó de manera antijurídica y por fuera del campo de su derecho por falta de racionalidad del medio empleado. “*El requisito de racionalidad significa que se excluyen de la legítima defensa los casos de lesiones inusitada o aberrantemente desproporcionada*” (Eugenio Raúl Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, Parte General, editorial Ediar, página 473).

IV. Despejado ello, resta establecer si las particulares circunstancias del caso pudieron llevar a que Á. supusiera que su rival estaba armado. Es decir, bajo un error de los presupuestos de la justificante tratada en el punto anterior.

Tres son los argumentos que brinda el recurrente para asentar esa posibilidad; uno que la víctima hizo ademán de sacar algo de su bolsillo, otro que por su pasado violento y grupo de pertenencia era lógico que estuviese armado y, por último, el estado paranoide de Á..

Si bien I. al ampliar su declaración agregó que D. hizo ademán de portar algún elemento, y en esto se escuda la parte, la nombrada en ningún tramo de esa narración contó que la víctima hubiese hecho mención o se jactara de estar armado y todo indicaba que buscaba una pelea de puño. Basta repasar que en la misma oportunidad la testigo también dijo que *“no advirtió que el hombre apodado gringo estuviera en poder de armas de algún tipo. Que únicamente, como explicó, lo invitaba a pelear golpeándose el pecho. Que no observó ningún elemento en su poder”* (fs. 267 vta.).

Incluso la primera vez que contó lo sucedido no mencionó a ese supuesto amague. Y este no es un dato menor, no sólo porque al ser un aspecto central del hecho que presencié no pudo tratarse de un yerro en la evocación, sino porque podía haber dado margen a la reacción de Á..

Corolario es su respuesta ante la ejecución de D.. Es que la frase *“qué hiciste C., qué hiciste”*, que ella misma reconoció vertir y otras personas escucharon (cfr. fs. 2, 4, 229, entre otras), lejos está de alguien que teme por su vida o por la de su amigo ante un inminente ataque armado. Parece más bien un reclamo ante un grave error, opuesto a la manifestación de alivio que implica ponerse a salvo.

Por otro lado el eje central de la investigación gira, como bien ponderó el juez de la instancia anterior, en intentar establecer cómo sucedió la muerte de C. D. y, para ello, se deben juzgar acciones y no personalidades, sin autorizar la venganza privada. Lo contrario

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6

CCC 40694/2018/3/CA1

CCC 40694/2018

“Á., C. s/homicidio agravado”

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 4

Procesamiento

implica transitar un camino opuesto al marcado por el principio de culpabilidad y de acto.

Entonces, ninguna trascendencia pueden tener las alegaciones del impugnante en cuanto a que la víctima - aún con antecedentes penales- pertenecía a un grupo que solía hostigar al imputado y el barrio en el que residían era peligroso pues, de verificarse, son pautas que no tienen incidencia directa en el hecho descripto.

Con esto se quiere destacar que el recorte fáctico que realiza un juez penal se ve condicionado por la preexistencia de una norma que defina de manera precisa las acciones prohibidas. El hecho, su acreditación y la adecuación jurídica se refieren entonces a la base que ha sido escogida por el legislador.

Es que *“cuando los penalistas adoptan el principio de que la responsabilidad penal requiere una acción, no están endosando en blanco la conclusión de que cualquier cosa que resulte abarcada por el uso común de la palabra ‘acción’ podría generar tal responsabilidad, de modo que sólo se necesita un análisis lexicográfico para fijar el alcance de esta condición de responsabilidad. Por el contrario, ellos suponen que el concepto de acción encierra propiedades que son valorativamente relevantes para la punibilidad, o en todo caso que debe reconstruirse el concepto en cuestión de modo que designe tales propiedades que se asumen a priori como relevantes.”* (Carlos S. Nino “Introducción a la filosofía de la acción humana”, Ed. Eudeba -Colección Temas-, Buenos Aires 1987, pág. 15/16).

De ahí toda circunstancia que no haya sido actual o inminente al momento del disparo no puede pesar en la ponderación. De ser así, habría que admitir que una persona ataque a un delincuente por la peligrosidad que reviste, lo que resulta contrario a un Estado de Derecho.

En definitiva, no se advierte el perjuicio señalado por la defensa pues aún si la prueba se hubiese producido con anterioridad en nada se hubiese modificado el panorama.

Finalmente, en cuanto a su presunto estado paranoide, sin un diagnóstico con enfoque clínico al momento del hecho, de momento no pueden tenerse por demostradas las alegaciones de la parte en tal sentido.

V. Por último, sobre su capacidad de culpabilidad, lo primero a distinguir es que *“el legislador parte de la base de que el adulto que realiza un injusto jurídico-penal normalmente es imputable. Por eso no regula -al contrario que en el caso de los adolescentes- la imputabilidad, sino su falta excepcional: la incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad”* (Claus Roxin, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Ed. Civitas, 2da. edición, pág. 823).

Sólo una vez que se ha constatado alguna alteración psicopatológica se debe examinar si el sujeto, debido a ello, es incapaz de comprender el injusto. Esto significa, en otras palabras, que la imputabilidad se presume admitiendo prueba en contrario.

La falta del resultado del peritaje que en tal sentido solicitó la parte es suficiente para compartir el razonamiento del juez de la instancia anterior, más aún cuando el temperamento adoptado es provisorio y se advierte accionar lógico en la conducta del imputado que, en principio, descarta que no haya comprendido o dirigido su acción.

Repárese en que buscó huir de forma inmediata; incluso manejó varios kilómetros. Y en el trayecto le dio el arma homicida a su compañera para que la descartase, lo que revela un claro intento por desligarse de responsabilidad, propio de quien, en principio, está en pleno uso de sus facultades mentales.

La pretensión de poner fin a la causa en los términos del artículo 336, inciso 5, del Código Procesal Penal resulta prematura, ya

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6

CCC 40694/2018/3/CA1

CCC 40694/2018

“Á., C. s/homicidio agravado”

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 4

Procesamiento

que se trata de una decisión definitiva y como bien reconoce la defensa aún resta producir la mencionada experticia.

En síntesis, hasta tanto se culmine con todos los estudios ordenados, y su resultado, confrontado con las constancias de la causa, sea susceptible de modificar la presunción señalada, no cabe adoptar otro temperamento al respecto.

En consecuencia, el Tribunal **RESUELVE**:

CONFIRMAR el auto de fs. 430/447 en todo cuanto fue materia de apelación, sin costas en la instancia.

Regístrese, notifíquese y devuélvase las presentes actuaciones al juzgado de origen, sirviendo lo proveído de atenta nota.

Julio Marcelo Lucini

Mariano González Palazzo

Magdalena Laíño

Ante mí:

Ramiro Mariño

Secretario de Cámara