

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 23314/08 STJ

SENTENCIA Nº: 93

PROCESADO: FLORES ROGELIO AUDILIO

DELITO: HOMICIDIO CON EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 05/08/09

FIRMANTES: LUTZ (NO FIRMA POR COMISIÓN DE SERVICIOS) – SODERO
NIEVAS – BALLADINI EN ABSTENCIÓN

///MA, de agosto de 2009.

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Luis Lutz, Víctor Hugo Sodero Nievas y Alberto Ítalo Balladini, con la presidencia del primero y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: “FLORES, Rogelio Audio s/Homicidio s/Casación” (Expte.Nº 23314/08 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en atención a las prescripciones del art. 439 del Código Procesal Penal (Ley P 2107), con el planteo de la siguiente:-----

CUESTIÓN

----- ¿Es procedente el recurso deducido?-----

VOTACIÓN

El señor Juez doctor Luis Lutz dijo:-----

-----1.- Antecedentes de la causa:-----

----- Mediante sentencia Nº 34, del 11 de septiembre de 2008, la Sala B de la Cámara en lo Criminal de la Iª Circunscripción Judicial resolvió por mayoría –en lo pertinente– condenar a Rogelio Audilio Flores a la pena de doce años de prisión como autor penalmente responsable del delito de homicidio simple, accesorias legales y costas (arts. 79, 41 bis y 12 C.P.; fs. 1074/1129).-----

-----1.2.- Contra lo decidido, el defensor particular dedujo recurso de casación (fs.

1134/1144 vta.), que fue declarado admisible por el tribunal de grado inferior (fs. 1149/1154) y por este Superior Tribunal de Justicia (fs. 1166/1167). Dispuesto el expediente en la Oficina para su examen por///2.- parte de los interesados, emitió su dictamen la señora Procuradora General (fs. 1170/1181).- - - - -

-----1.3.- Realizada la audiencia prevista por los arts. 435 y 438 del Código Procesal Penal, oportunidad en la que se agregaron las breves notas escritas presentadas por el defensor particular doctor Raúl José Cámpora (fs. 1192 y vta.) y el representante de la parte querellante doctor Mauricio J. Yearson (fs. 1193), los autos quedaron en condiciones para su tratamiento definitivo.- - - - -

-----2.- Agravios del recurso de casación:- - - - -

----- La defensa sostiene que la sentencia adolece de nulidad por falta de fundamentación suficiente, arbitrariedad en la apreciación de la prueba y manifiesta y evidente parcialidad en la evaluación de los elementos de la causa, por lo que se impone su anulación y el dictado de la correspondiente absolución.- - - - -

----- Refiere que no se determinó con certeza el momento en que se produjo el disparo que supuestamente causó la muerte de Pablo Huenteleo, lo que resulta de capital importancia ya que su cliente siempre afirmó que el disparo en ningún momento fue intencional y mucho menos para querer el resultado muerte.- - - - -

- -

----- Agrega que es incongruente imputar el primer disparo de Flores a la herida en el tobillo de la víctima sin explicar cómo un plomo disparado por un cañón poligonal se corresponde con el cañón del arma tipo 9mm que portaba el imputado.- - - - -

- - - - -

----- Manifiesta además que es ilógico el argumento del a quo en el sentido de que una persona ebria, totalmente///3.- enfurecida, que continuaba su agresión y no retrocedía ante un primer balazo en el pie, no representaba una amenaza para la integridad física del imputado, de lo que se desprende que resulta importante determinar si el disparo fue antes o después de que a Flores se le rompiera la nariz de una trompada.- - - - -

- - - - -

----- Luego sostiene que es más creíble la hipótesis planteada por el imputado según la cual la señora Huinca (madre de la víctima) se interpuso entre ambas personas y tomó la mano de Flores ante el temor de que éste pudiera disparar contra su hijo. Sigue diciendo que es inverosímil que el disparo se produjera en el momento en que Flores pasó el arma por debajo de la axila de la madre de Huenteleo, en función de la altura de esta

última y puesto que fue de arriba hacia abajo con orificio de entrada en el ombligo y orificio de salida en el glúteo derecho.- - - - -

----- Entiende que tampoco es cierto que los dichos de Carlos Huenteleo (padre de la víctima) resulten coincidentes con los de su esposa por cuanto, como lo marcó en el debate y en ello motivó el pedido de falso testimonio, sus dichos resultan totalmente contradictorios con los de su esposa, tanto en la cantidad de disparos como en la secuencia y en la circunstancia de la caída de Pablo Huentelao. Cita las declaraciones de Emilse Gladis Huinca de fs. 38/39, 72 y 174/176 y de Carlos Huentelao de fs. 71 y 172/173, y afirma que éstos fueron cambiando sus declaraciones en el transcurso del proceso a su conveniencia, hasta el punto que Huenteleo llegó a la amnesia total producto de sus fuertes contradicciones con los dichos de su esposa.- - - - - //4.-- A diferencia de lo anterior, dice la defensa, la versión del imputado se mantuvo inalterada en todos sus términos a través del tiempo, con lo cual reafirma su veracidad, la que también se encuentra corroborada por su compañero, por la oficial Fernández, por Yanca y por Cardozo.- - - - -

----- Luego sostiene que quedó trunco el argumento del hecho acontecido momentos antes, ya que nunca se acreditó que haya quedado una cuestión pendiente que motivara a disparar mortalmente contra la víctima.- - - - -

----- Refiere que otro elemento que contribuye a la nulidad de la sentencia es la falsedad respecto del reconocimiento de las camperas secuestradas, porque en el acto de audiencia el imputado reconoció la campera que está rota y la sentencia dice que reconoció la que no está rota.- - - - -

----- Asimismo, afirma que se afectó el principio de congruencia porque el requerimiento de elevación a juicio señala que el encartado extrajo su arma disparando contra Pablo Huenteleo, mientras que en la sentencia en crisis se sostiene que con una reacción por parte de Flores para detener a Huenteleo sacó su arma. Así, sigue diciendo, el relato de los hechos del requerimiento de elevación a juicio se podría encuadrar en cinco figuras penales (homicidio simple –art. 79-, homicidio calificado –art. 80 inc. 9-, homicidio preterintencional –art. 81 inc. b, homicidio culposo –art. 84- y homicidio con exceso en la legítima defensa –art. 35 y 84-).- - - - -

----- “Todo el relato de la sentencia y las conclusiones parciales a que hace referencia el sentenciante, llevan a la//5.- inexorable conclusión, que el homicidio se habría producido por culpa del imputado y/o con exceso en la legítima defensa. Ello surge de las afirmaciones de páginas 35; 36 y 42, cuando habla de que Flores dispara contra

Pablo Huenteleo con la intención de detenerlo” (sic, fs. 1139). Pero luego, continúa argumentando la defensa, sin la debida comprobación y argumentación aparece un único párrafo en la página 43 que justifica la condena por delito doloso cuando dice: “... aún cuando no haya querido el resultado, aceptó su producción y se lo representó como probable y aceptó con indiferencia al incluir esa probabilidad en la voluntad realizadora, habiendo actuado en consecuencia con dolo eventual” (sic, fs. 1139 y vta.).-

----- Además, se agravia por la ponderación del informe psicológico, el informe del legajo personal y la posible actitud que debió tener el imputado de abandonar el lugar del hecho, y agrega que el arma reglamentaria era la única herramienta con que contaba el imputado para detener la agresión de Huenteleo.- - - - -

----- Por último, se refiere a la concausalidad en el evento muerte diciendo que “entre el disparo y que llegó la ambulancia pasaron de diez a quince minutos; que Flores avisó inmediatamente a la Comisaría y que Yanca avisó inmediatamente al hospital a la enfermera Francisco, que la enfermera tuvo que esperar a que llegara la ambulancia para ir a buscar a Pablo Huenteleo, que cuando llegó al Hospital tuvo que ser reanimado. Todos estos elementos valorados en su conjunto me llevan a la inevitable conclusión de que la demora de la ambulancia fue un elemento concausal que, de//6.- habérsele dado debida atención al paciente, se le hubiese trasladado en forma conciente a San Antonio Oeste y no se tendrían que haber perdido 30 minutos en la reanimación como lo remarcan Bernedo y Solari” (sic, fs. 1143 vta.).- - - - -

----- En las breves notas agregadas en la audiencia, el defensor afirma que el dictamen de la señora Procuradora General no logra conmover los sólidos fundamentos de su recurso de casación, y refiere los agravios allí expuestos.-

-----3.- Dictamen de la Procuración General:- - - - -

----- La doctora Liliana Laura Piccinini afirma que los agravios no cuentan con fundamentos suficientes, motivo por el cual no se advierte la viabilidad del reclamo.- - -

----- En cuanto al agravio referido a la incongruencia, cita parte de la sentencia impugnada (fs. 1101 y sgtes.) y sostiene que el a quo fundamenta ampliamente los puntos controvertidos.- - - - -

----- Tampoco considera viable el planteo de la introducción de un nuevo hecho en la acusación, conforme se argumentó a fs. 1094, y agrega que no se variaron circunstancias esenciales y que Flores desde el inicio conoció el marco fáctico en

reproche.- - - - -

----- Sobre los restantes agravios (arbitrariedad en la apreciación de la prueba y parcialidad en la valoración de los elementos de la causa para tener por acreditado el dolo), manifiesta que no se aportan motivos válidos que logren superar lo aseverado por la Cámara.- - - - -

----- Por último, afirma que el planteo relativo a la existencia de un elemento concausal fue descartado por el a///7.- quo con fundamento en los certificados e informes agregados en el expediente, en particular el informe de autopsia (fs. 1110).- - - - -

- - - - -

-----4.- Breves notas del representante de la parte querellante:- - - - -
- - - - -

----- La parte sostiene que a lo largo de las actuaciones se demostraron las razones y motivos de la efectiva concreción del hecho y la culpabilidad de Rogelio Audilio Flores en el homicidio de Pablo Andrés Huentelao.- - - - -

----- Agrega que se probaron los presupuestos necesarios para que el Tribunal de juicio lo considerara culpable y le impusiera (por mayoría) la pena de doce años de prisión como autor penalmente responsable del delito de homicidio simple.

----- A continuación expresa que adhiere al dictamen de la señora Procuradora General, junto a quien sostiene que la sentencia debe ser confirmada en todos sus términos por ser justa y acorde a derecho, a lo que suma que las manifestaciones del letrado del acusado no han alcanzado a conmover su solidez; por último, pide la confirmación de la condena.- - - - -

-----5.- Acusación:- - - - -

----- En la requisitoria fiscal de elevación a juicio se “atribuye al Sargento Rogelio Audilio Flores: ‘... el hecho ocurrido en la localidad de Valcheta, Río Negro, en la madrugada del día 8 de octubre de 2006 cuando aproximadamente a las 5,40 horas, y habiendo acudido junto a su compañero de fuerza Cabo 1º Javier Chein Martínez en el móvil policial al domicilio de Pablo Huenteleo, sito en Barrio Esfuerzo Propio, calle sin nombre y casa s/nº///8.- adyacente a la vía del Ferrocarril de la localidad casi esquina con Marcelino Crespo, a los fines de practicar una diligencia que les había sido encomendada, donde al intentar conducirlo a la Comisaría 15º, habrían forcejeado ambos policías con aquél (quien en ese momento se encontraba descalzo, con el torso desnudo y en evidente estado de alcoholización), siendo que en determinado momento de la gresca entre el policía Flores, Pablo Huenteleo y su mamá, Gladis Huinca (quien

intentaba intermediar), el primero habría extraído su arma de fuego reglamentaria marca Jerichó F914F. Serie Nro. 95304152, disparando contra Pablo Huenteleo, impactando en su zona abdominal, provocando su caída al suelo y la lesión cuya evolución será fatal. Que también durante la secuencia, sin precisión temporal, Huenteleo habría recibido otro disparo en su tobillo derecho, producido presuntamente por Flores con el arma citada. Tras la caída de Huenteleo, ambos policías habrían abordado el móvil policial, abandonando el lugar y al herido, solicitando en el trayecto la ambulancia por vía radial. A resultas del hecho, Huenteleo habría presentado las lesiones certificadas a fs. 10, 34, 41 y descriptas en la autopsia de fs. 201/203, las que en definitiva provocaron su muerte ocurrida en la localidad de San Antonio Oeste a horas 8,40 hs. de la misma fecha\”. El hecho así descripto fue encuadrado como homicidio simple (art. 79 C.P.; fs. 1081).- - - - -

-----6.- Análisis de los agravios:- - - - -

----- A continuación he de analizar y desechar las impugnaciones que carecen de eficacia recursiva para luego,///9.- en el considerando siguiente (7), exponer y fundamentar sobre aquéllos que a mi entender rebaten los correspondientes argumentos del Tribunal inferior:- - - - -

-----6.1.- Agravio: El hecho acontecido momentos antes:- - -

----- A “raíz de un llamado anónimo solicitando presencia policial en las inmediaciones de la estación de servicio YPF sito en Remedios de Escalada y Berbel de esa localidad, concurren al lugar el imputado Rogelio Audilio Flores y el cabo 1° Javier Martínez quienes al llegar observan a la pareja de Pablo Andrés Huenteleo y Silvina Alejandra Porcel, disponiendo el traslado de esta última al hospital para ser asistida por las lesiones que presentaba. Se dejó constancia que Pablo Huenteleo se hallaba en evidente estado de ebriedad. A estar a las declaraciones que efectúa en el debate la señora Porcel, hubo un forcejo entre Flores y Pablo, quien se encontraba en estado de ebriedad, terminando éste dentro del canal” (fs. 1094/1095).- - - - -

----- Este hecho fue mencionado por el a quo como un “incidente” del que “Flores pone en conocimiento de la oficial de servicio Fernández las novedades y ésta dispone que vaya a citar a Pablo Huenteleo a su domicilio” (fs. 1096), para luego destacarlo como un “indicio de mendacidad, respecto de la declaración de Flores, [que] está dado por el ocultamiento de circunstancias importantes en el primer hecho relacionado con la pelea de la víctima y su compañera Porcel. Nada dice Flores respecto a que hubo un forcejo con Pablo, que se insultaban y que Pablo terminó en el canal” (fs. 1100).- - - - -

----- También lo ponderó para establecer que Rogelio Flores///10.- conocía el estado de ebriedad de Pablo Huenteleo, como asimismo para afirmar que el acometimiento de este último contra el primero y Martínez –ya en oportunidad de estar afuera de la casa de la víctima- guarda relación con el episodio (fs. 1107/1108).-----

----- Ninguna otra connotación ni indicio de cargo asignó el sentenciante a este hecho con relación a los acontecimientos posteriores que finalizaron con las heridas de arma de fuego que sufrió la víctima. En otras palabras, los agravios carecen de eficacia recursiva.-----

-----6.2.- Agravio: Reconocimiento de las camperas secuestradas:-----

----- En el acta de debate del 13/08/08 se dejó constancia de que a Rogelio Audilio Flores “[s]e le exhiben las camperas y camisas que están secuestradas en autos y reconoce como suya la campera que no está rota y la camisa talla 42, dice que las reconoce puesto que la campera tiene una falla en el cierre y a la camisa [porque] tiene arrancados los botones y es su talle” (fs. 1031/1031).--

----- Dicha acta fue suscripta en todas sus páginas por el defensor aquí recurrente (fs. 1030/1035) sin realizar observación ni impugnación alguna. En consecuencia, la impugnación realizada en esta etapa del proceso es extemporánea, además de que se la advierte inmotivada en función de los dichos del encartado al momento del reconocimiento.-----

-----6.3.- Agravio: Plomo disparado por un cañón poligonal:-

----- El Tribunal inferior afirmó que sobre el encamisado secuestrado “no se ha podido determinar el origen de ese///11.- proyectil” (vid fs. 1102/1103).-----

----- En cuanto a la herida en el tobillo de la víctima, el a quo tuvo por acreditado que fue producto del primer disparo realizado por Rogelio Flores (fs. 1098) y desechó sus dichos sobre que disparó al aire (fs. 1104/1105).---

----- Por lo tanto, es evidente que ese plomo (encamisado) secuestrado no fue disparado por el arma del encartado, circunstancia que en nada controvierte el hecho probado según la sana crítica racional, que concuerda con la declaración indagatoria en cuanto afirmó que realizó dos disparos.-----

-----6.4.- Agravio: Momentos en que se producen los disparos:-----

----- El casacionista afirma que no se determinaron tales momentos. Sin embargo, a fs.

1105/1107 el Tribunal inferior fundamenta el orden y las circunstancias que determinaron cada uno de los disparos, con lo cual el agravio se aparta de las constancias de la causa.- - - - -

-----6.5.- Agravio: Mayor credibilidad a la hipótesis del imputado:- - - - -
- - - - -

----- Esta pretensión de la defensa sólo se sostiene en su diferente y subjetiva interpretación del plexo probatorio, pero no se demuestra arbitrariedad ni absurdidad en las conclusiones de la Cámara, las que en lo pertinente comparto, sin perjuicio de lo que infra desarrollo, todo lo que es suficiente para denegar eficacia impugnativa al argumento recursivo, por lo que me remito a la argumentación expuesta en la sentencia de condena a fs. 1105/1108.- - -

-----6.6.- Agravio: La inverosimilitud de que el disparo se///12.- haya producido pasando el arma por debajo de la axila de la madre de Huenteleo:- - - - -

----- La defensa sustenta la afirmación en la trayectoria que realizó el proyectil dentro del cuerpo de la víctima (conforme orificios de entrada y salida), diciendo que en consecuencia “el disparo se tendría que haber producido a una altura muy superior a la axila de la madre de la víctima”.- - - - -

----- El agravio es insustancial y desatiende las posibilidades físicas de posicionar la trayectoria de disparo de un arma de fuego con la “muñeca” (parte del cuerpo humano en donde se articula la mano con el antebrazo; conf. <http://buscon.rae.es/draeI/>).- - - - -
- - - - -

-----6.7.- Agravio: Declaraciones no coincidentes de Carlos Huenteleo y Emilse Gladis Huinca (padres de la víctima):- -

----- El a quo dio credibilidad a la declaración de Huinca prestada “en debate” sobre los hechos “determinados” que expresamente ponderó a partir de fs. 1094 para establecer la responsabilidad penal del encartado (fs. 1099), que a su vez concuerdan con lo escuetamente mencionado por Carlos Huenteleo (considerando su confusión y contradicción con declaraciones anteriores que valoró y justificó el sentenciante -fs. 1099-) y con las circunstancias no desacreditadas de la declaración indagatoria (ver infra, considerando 7.2).- - - - -

----- Contra lo allí argumentado sólo se expusieron agravios de forma genérica o sobre circunstancias no esenciales, por lo que es evidente que el reclamo no puede prosperar.- - -

-----6.8.- Agravio: Ausencia de dolo al realizar los///13.- disparos:- - - - -

- - - - -

----- En concreto, la defensa sostiene que los disparos realizados por el encartado en la forma y oportunidad acreditadas en autos fueron hechos sin el elemento subjetivo del tipo penal (dolo).- - - - -

----- Analizada la cuestión, los agravios carecen de fundamentación para atacar con eficacia la argumentación del a quo en cuanto sostiene que Rogelio Flores actuó con dolo eventual, por lo que me remito a la motivación desarrollada en la sentencia en crisis

a fs. 1105/1107 y fs. 1115/1116.-

-----6.9.- Agravio: Concausa en la muerte de Pablo Huenteleo. Errónea valoración del informe psicológico:- - -

----- La defensa reedita las impugnaciones sin exponer argumentos serios y concretos que, en función de las constancias de la causa, controviertan los fundamentos del Tribunal inferior, motivo por el cual me remito a estos últimos, ampliamente desarrollados a fs. 1109/1114 de la sentencia en crisis (conf. Se. 27/09).- - - - -

-----7.- Exceso en la legítima defensa:- - - - -

-----7.1.- Planteo del casacionista:- - - - -

----- La defensa afirma que el relato de los hechos del requerimiento de elevación a juicio se podría encuadrar—entre otras- en la figura penal de homicidio con exceso en la legítima defensa (arts. 35 y 84 C.P.). Luego aduce que “[t]odo el relato de la sentencia y las conclusiones parciales a que hace referencia el sentenciante, llevan a la inexorable conclusión, que el homicidio se habría producido [...] con exceso en la legítima defensa. Ello surge de las afirmaciones de páginas 35; 36 y 42, cuando habla de que///14.- Flores dispara contra Pablo Huenteleo con la intención de detenerlo” (sic, fs. 1139).- - - - -

-----7.2.- Argumentos del sentenciante sobre la cuestión:- -

----- Del texto de la resolución impugnada es dable destacar los siguientes argumentos que expuso el a quo y que tienen relación con la causal de justificación analizada: “[...] tengo por comprobado que Pablo Huenteleo salió de su domicilio en forma agresiva, insultando y agrediendo a Martínez, quien recibió algún golpe en el labio inferior. En su interín, salen su padre y su madre desde la vivienda, y a su vez el imputado Flores se baja del móvil sumándose al grupo. Forcejean efectuando golpes recíprocamente Flores, Martínez y Pablo, empujándose y agredándose en dirección al terraplén que da a las vías que se encuentran frente a la casa. En algún momento de la secuencia Martínez se

aparta del grupo quedándose a la derecha y un poco alejado –visto desde las vías-, al igual que Carlos Huenteleo –padre de la víctima-. Flores extrae su arma reglamentaria y efectúa un primer disparo que produjo la herida en el pie derecho de Pablo, concretamente en el tobillo derecho. La madre de éste, Gladis Huinca, quien se encontraba a la izquierda de su hijo –visto desde la vía-, al escuchar el primer disparo avanza y se interpone entre éste y Flores, tomándolo de los hombros en un intento de evitar un resultado letal. Flores, quien tenía el arma en la mano, bala en boca luego de realizar el primer disparo, levanta el arma por debajo de la axila de la madre y efectúa un segundo disparo hacia la víctima que impacta en la zona del abdomen, saliendo por el glúteo. Ello produce la caída de Pablo, arrodillándose su///15.- madre junto a él y acercándose su padre quien se encontraba a aproximadamente cuatro metros y le dice que lo deje que ya está” (fs. 1098).- - - - -

----- “[... L]as heridas que fueran constatadas al ser atendido Flores en el hospital [...] eran] escoriaciones lineales en el pecho [que] no se deben a heridas cortantes, que eran rasguños, tipo uña” (fs. 1101).- - - - -

----- “El médico del Cuerpo Médico Forense, doctor Gabriel Navarro [...] sobre la herida abdominal, y preguntado para que diga si la víctima pudo haber sostenido luego de ese impacto, una actividad agresora de golpes de puño y patadas por más de diez metros, dijo que no que esa herida no pudo permitirle sostener una actividad física violenta, y menos aún un acometimiento contra otra persona” (fs. 1103/1104).-

----- “La razón por la que sostengo, que el primer disparo es el recibido en el tobillo, resulta de evaluar que, después de ese disparo la víctima no se detuvo, no cayó al piso y, seguramente, conforme el testimonio de Huinca, siguieron avanzando hacia el terraplén, produciéndose el segundo disparo que impactó en el abdomen. Las conclusiones de la autopsia señalan que murió a consecuencia de esa herida en el abdomen. No deja duda alguna el testimonio del doctor Navarro (fs. 342) que fuera transcripto cuando señala que esa herida –la del abdomen- no pudo permitirle sostener una actividad física violenta, y menos aún un acometimiento contra otra persona” (fs. 1105).- - - - -

- - -

----- “Si bien es cierto que los informes médicos ya referidos, así como el informe del Cuerpo Médico Forense que se hiciera en la instrucción suplementaria (fs. 948 y vta.)///16.- dan cuenta que Flores recibió un golpe en la nariz que le produjo un traumatismo nasal compatible con fractura de huesos propios sin haberse confirmado por radiografía, no menos cierto es también que la explicación que brinda carece de

sustento necesario para poder tener por acreditado que el mismo haya padecido una especie de 'lapsus' por el que se le nubló la vista y 'vio las estrellas' (fs. 1105/1106).-

--

----- “En conclusión, y como fuera adelantado, descarto la versión dada por el imputado, y las razones expuestas me autorizan a afirmar, por el contrario, que los disparos efectuados por Flores lo fueron en un marco de absoluta conciencia, voluntad y discernimiento, y con la intención de detener a Pablo Huenteleo [...]” (fs. 1107).- - - -

- - - -

----- “El sentido común indica que el acometimiento que emprende Huenteleo, primero contra el policía Martínez y luego contra Flores, guarda relación con aquel episodio, y que a posteriori se transformaría en una pelea con agresiones entre Flores y la víctima, en las condiciones que se han detallado, y que culminara en determinado momento con una reacción por parte de Flores para detener a Huenteleo, sacando su arma reglamentaria efectuándole dos disparos” (fs. 1108).- - - - -

----- Ya en el desarrollo de la segunda cuestión (calificación jurídica), la Cámara argumentó: “Conforme fuera analizado en el punto precedente ha podido determinarse que el imputado Flores efectuó dos disparos con su arma reglamentaria contra la víctima Pablo Huenteleo, impactando el primero de ellos en su tobillo y el segundo en su abdomen, éste último el que en definitiva le causara la//17.- muerte, descartándose las explicaciones brindadas por aquel, por lo que se afirmó que los disparos se hicieron en un marco de absoluta conciencia, voluntad y discernimiento, y con la intención de detener a Pablo Huenteleo, directamente sobre el cuerpo desnudo de la víctima, a menos de 70 centímetros y que el recorrido del proyectil en el cuerpo tiene una dirección de delante hacia atrás, de arriba hacia abajo y levemente de izquierda hacia derecha [...] En la determinación del elemento subjetivo se han valorado también las circunstancias concretas relativas a la representación previa de las consecuencias por parte de Flores y las circunstancias que rodean al episodio. Se tomó en consideración que el imputado reviste la calidad de funcionario policial con la preparación que, para estos procedimientos, como ya he considerado seguramente recibió [...] No podía dejar de representarse las consecuencias de su accionar [...] Si el accionar del imputado aparece voluntario y ejecutado con un medio que podría razonablemente producir la muerte, aunque haya excedido su propósito expresado de no matar, debe responder al ilícito penal del homicidio si en el transcurso de tal acción el sujeto activo tuvo ocasión de representarse el resultado letal y persistió en su acción [...] Las circunstancias

expuestas, por aplicación de los conceptos señalados, llevan al convencimiento de que Flores en su accionar, y aún cuando no haya querido el resultado, aceptó su producción y se lo representó como probable y aceptó con indiferencia al incluir esa probabilidad en la voluntad realizadora, habiendo actuado en consecuencia con dolo eventual [...] Aún cuando no ha sido objeto de planteo///18.- por parte de la defensa, y con el solo objeto de aventar toda duda al respecto, se descarta la posibilidad de que Flores haya actuado en el ejercicio legítimo o con exceso de la legítima defensa conforme lo estatuido por los arts. 34 inc. 6º y 35 del Código Penal [...] Al tratarse la materialidad del hecho [...] se comprobó también que la víctima se encontraba descalzo, en estado de ebriedad y sin ningún arma en su poder; que los golpes recibidos por Flores no revisten una gravedad inusual; que su madre se interponía entre ambos restándole con ello efectividad al acometimiento de su hijo; que no le hubiera sido difícil desprenderse de la madre que lo tenía tomado de los hombros, dada la estructura física que se pudo observar de la misma en la audiencia [...] En suma, quedó en claro que Pablo Huenteleo no representaba una amenaza contra la vida del imputado dadas las circunstancias expuestas, ni tampoco ninguno de los presentes en el lugar, que autorizara semejante despliegue de sacar su arma y efectuar los disparos contra la víctima. Ello aún aceptando la agresión de parte de la misma hacia Flores y el consecuente derecho de éste de defenderse, aún mediante el uso de la fuerza [...] En el caso, y conforme las circunstancias apuntadas, ha resultado absolutamente desproporcionado y no guarda ninguna relación con la supuesta agresión repelida [...] Aplicados los conceptos al presente, la calidad de funcionario policial del imputado, con el grado y la antigüedad que ostentaba, la experiencia y la preparación que resulta inherente a la función, circunstancias estas ya desarrolladas, convierte a su accionar en desproporcionado y aberrante con el devenir del///19.- hecho juzgado, descartándose en consecuencia los supuestos contemplados en los arts. 34 inc. 6º y 35 del Código Penal [...]” (fs. 1114/1118).- - - - -

----- Toda la fundamentación precedente –en lo pertinente- es concordante con lo sostenido por Rogelio Audilio Flores en la declaración indagatoria que prestó en debate: “[...]”

Que fueron a la casa de Huenteleo y vieron la luz prendida, se detiene y le dice a Martínez que se baje y le diga de la citación. Que sale Huenteleo y lo agrede a Martínez por lo que él también se baja del móvil. Sale la madre [...] allí Huenteleo lo agrede, lo empuja, sale el padre [...], Huenteleo le seguía pegando, retrocede, también le pegó a

Martínez [...], sigue retrocediendo, ve que vienen [...] sacó el arma y tiró un tiro [...] intimidatorio para detener el ataque [...] Se fren[ó] un instante y cruzando los yuyales lo atacan de nuevo, lo tenían agarrado [...] la madre [...] y Pablo le pegaba. Allí recibió una trompada y [...] disparo [...] El golpe le fracturó el tabique nasal [...] Dijo que hubieron dos disparos y que respecto al lugar en que Huenteleo tenía las heridas no lo puede explicar [...]” (ver fs. 1082/1083).- - -

-----7.3.- Impugnaciones del recurrente:-----

----- El defensor particular se agravia por los siguientes hechos y cuestiones de hecho que tienen relación con la causal de justificación planteada -exceso en la legítima defensa-, los que paso a analizar (más allá del desprolijo desarrollo) en función del Fallo “CASAL” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.-----

----- En principio, controvierte la resolución diciendo que no se determinó con certeza el momento en que se produjo el///20.- disparo que causa la muerte (fs. 1134 vta.).- - -

----- Alega que una “conclusión desacertada que saco de la sentencia, es que el juez afirma que el primer disparo que recibe Pablo Huenteleo es en el tobillo de su pie derecho, pese a lo cual continúa con el forcejeo con Flores, le produce rasguños y heridas de distinta consideración y hasta le logra dar un puñetazo en la nariz y le fractura el tabique, y que ese pobre hombre, cayéndose de borracho, medio desnudo, desarmado e indefenso, no representó ninguna amenaza para el imputado Flores.- Solo siguiendo el imaginario lógico de la sentencia, se puede arribar a la conclusión de que, si una persona ebria, totalmente enfurecida, que continúa su agresión y no retrocede ante un primer balazo en el pie, no representa una amenaza para la integridad física del imputado. Es por eso que resulta de capital importancia que el Juez haya determinado en que momento sitúa al disparo, si antes o después de que se le rompe la nariz a Flores, producto de la trompada que le pega Pablo Huenteleo” (fs. 1135 y vta.).-----

--

----- Agrega que es “irrazonable la exigencia del Tribunal de pretender que el imputado abandonara el lugar de los hechos en el momento en que era asido por la madre de la víctima y agredido al mismo tiempo por la propia víctima” (fs. 1142 vta.).-----

----- Más adelante alega que el imputado soportó la agresión de una persona totalmente enfurecida, “en un descampado, con un arma de fuego como única defensa ¿Cuál hubiese sido el medio idóneo para que Flores repeliera la agresión?” (fs. 1142 vta./1143).-----//21.-- De la revisión integral de la

resolución atacada en relación con los argumentos precedentes sostengo que no fue desacreditada ni desechada expresamente por el a quo la afirmación del encartado en su defensa material según la cual después de recibir la trompada que le fracturó el tabique nasal realizó el disparo mortal (ver considerando anterior 7.2).- - - - -

----- Por otra parte, coincido con el recurrente en que la agresión que realizó Pablo Huenteleo contra los oficiales de policía Javier Chein Martínez y Rogelio Audilio Flores sí representó una amenaza para la integridad física del imputado. La ponderación de las circunstancias acreditadas por el sentenciante en el marco de la sana crítica racional me convence de esta conclusión. En este sentido, Pablo Huenteleo inició con determinación su violencia física contra los uniformados y, luego de dejar fuera de pelea a Martínez (golpeándolo en su labio inferior –fs. 1098-), siguió su actividad agresora de golpes, puño y patadas contra Flores, a quien hizo retroceder varios metros y finalmente le fracturó el tabique nasal.- - - - -

----- También concuerdo con la defensa en que esa agresión ilegítima no provocada creó una “situación de necesidad” para defenderse inicialmente y en la forma en que lo hizo Flores con el único medio de que disponía en la emergencia, cual es el arma reglamentaria que tenía asignada por la institución policial para el cumplimiento de sus funciones. En otras palabras, esa situación determinó la necesidad “inicial” de disparar a una zona corporal (tobillo) que no pusiera en riesgo el bien jurídico “vida” de Pablo Huenteleo///22.- para intentar “detener” la agresión ilegítima.- - -

----- Lo dicho también me convence de que el segundo disparo fue un exceso para defenderse porque se realizó cuando Pablo Huenteleo ya estaba lesionado con un tiro en su tobillo derecho, se encontraba a una distancia aproximada de setenta centímetros, Rogelio Flores ya tenía la nariz fracturada y entre ambos se interponía Emilse Gladis Huinca, agarrando a Flores, todo lo cual permite afirmar –aun en la inmediatez de los sucesivos hechos- que la agresión había cesado.- - -

----- Agrego que las particularidades y conclusiones señaladas desde el punto de vista de quien se defendió en la situación concreta, con los medios de que disponía y el estado de ánimo que la agresión normalmente genera, al momento del segundo disparo el encartado no tenía una hipótesis fáctica razonable y eficaz de abandonar el lugar del hecho como afirmó el sentenciante, lo que se demuestra–en concreto- con que ello fue posible recién cuando la señora Huinca lo soltó para agacharse junto a su hijo.- - -

-----7.4.- Encuadramiento de los hechos en la causal de justificación:- - - - -

----- Como dije, la defensa alega que el imputado obró con un exceso en la causa de justificación (art. 35 C.P.), pues su actuar fue justificado.- -----

----- Previo a ingresar en la cuestión de si las acciones del imputado pueden encuadrarse en un exceso, con la consecuente reducción punitiva, debe establecerse si hubo una conducta que se iniciara de modo justificado. Ello es así porque “[e]xiste una mayor carga de antijuricidad en la conducta que se inicia y agota como antijurídica que en///23.- otra, que tiene comienzo al amparo de una causa de justificación y sólo se agota antijurídicamente. El requisito de que se inicie justificadamente se desprende de que nadie puede exceder el límite de un ámbito en el que nunca ha estado (Zaffaroni, Alagia y Slokar...; Soler...; Fontán Balestra...; Manigot...; Donna...; Núñez...)” (Andrés José D'Alessio, Código penal, comentado y anotado. Parte general, La Ley, 2005, pág. 413; ver mis votos en Se. 131/07 y 59/09 STJRNSP).- -----

----- En este sentido, el criterio justificador de la legítima defensa -como caso especial del estado de necesidad- “... se encuentra en la prevalencia del interés que el Derecho tiene en la defensa del bien atacado frente al que tiene en mantener incólume el bien del agresor lesionado por el agredido o por el tercero que lo defiende. Debe advertirse, sin embargo que si bien lo determinante de la justificación, no es como en el estado de necesidad del artículo 34, inciso 3º, la sola relación valorativa intrínseca entre el bien jurídico atacado y el bien jurídico lesionado, no por eso es posible negar que la justificación de la legítima defensa obedece al principio del resguardo del interés prevaleciente. Sin embargo, esta prevalencia no se determina por el mayor valor intrínseco de un bien sobre el otro, mirados en sí mismos, sino esencialmente por la ilicitud de la actitud del titular del bien ofendido y por la razonabilidad de la defensa del titular del bien agredido...” (Núñez, Tratado..., Tº I págs. 343/344, citado en Se. 174/05 STJRNSP).- -----

----- Por lo demás, la legítima defensa se encuentra///24.- contemplada en el inc. 6º del art. 34 del Código Penal, según el cual no será punible el que obre en defensa propia o de sus derechos, siempre que se dé una serie de circunstancias: a) agresión ilegítima, b) necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla y c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende (conf. Se. 40/06 STJRNSP).- - - - -

----- En el sub examine, el juzgador no estableció provocación de Rogelio Audilio Flores y tuvo por acreditado que Pablo Huenteleo salió de su domicilio en forma

agresiva, insultando, agrediendo y acometiendo contra Martínez y luego Flores (fs. 1098).- - - - -

----- Finalmente, en lo que aquí interesa, pues es lo que está controvertido, el Tribunal inferior estableció que no corría peligro la integridad física del encartado y que éste tenía otra opción, otra alternativa, otra conducta (abandonar el lugar del hecho) para neutralizar la agresión. Sobre estos aspectos destaco que descarté la primera hipótesis fáctica (porque es evidente que la integridad física de Flores sí estuvo en peligro e inclusive éste terminó con lesiones –rasguños, fractura-), y la segunda quedó establecida en la oportunidad en que la señora Huinca soltó a Rogelio Flores para agacharse junto a su hijo luego del segundo disparo.- - - - -

----- De tal forma, se impone un nuevo análisis sobre la cuestión, cuya “solución no consiste en convertir a la legítima defensa en un estado de necesidad, es decir en legitimar la defensa no sólo cuando sea necesaria, sino cuando, además sea proporcionada al daño causado al agresor///25.- con el que éste quería causar [conf. Bacigalupo, Enrique, ‘Legítima defensa...’]. Destaca Zaffaroni [Tratado, T. III, págs. 590 y sgtes.]

que en la doctrina argentina se ha entendido la racionalidad de la necesidad del medio, como la ‘proporcionalidad’, lo que resulta correcto, siempre que por ‘proporcionalidad’ entendamos el requerimiento negativo de que no falte la proporcionalidad de manera aberrante. Lo que la ley exige no es una ‘equiparación’ ni ‘proporcionalidad’ de instrumentos, sino una cierta proporción entre la conducta lesiva y la conducta defensiva en cuanto a su lesividad (así, existirá esta proporción cuando el que es atacado a puñaladas se defiende con un arma de fuego, porque hay proporción lesiva, aunque objetivamente sea más dañoso un revólver que un cuchillo...)” (conf. Bautista Mathieu, La necesidad racional del medio empleado en la legítima defensa, ed. Fabián Di Plácido, 2003, págs. 79 y 85).- - - - -

----- Pues bien, ponderando la materialidad fijada en: a) la existencia de un incidente previo (aproximadamente 45 minutos antes –fs. 1-), en la que Martínez y Flores persiguieron, hicieron retroceder, voltearon y se le tiraron encima a Pablo Huentelao (en cumplimiento de sus funciones), quien se desprendió de los policías y comenzó a insultarlos, por lo cual lo dejaron que se retirara por precaución (fs. 1095/1096); b) la predisposición psicológica de Rogelio Flores a accesos impulsivos de afecto o a acciones imprudentes (fs. 1109); c) la actividad de la madre de Pablo Huentelao para detener la agresión de éste después del primer disparo; d) la determinación de Pablo

Huenteleo de///26.- agredir físicamente a los uniformados que motivó los disparos para detenerla (fs. 1108), aunque era necesario solamente el primero, y e) la inexistencia de posibilidad razonable y eficaz de abandonar el lugar del hecho hasta después del segundo disparo, queda en evidencia que existió una agresión ilegítima no provocada que creó una “situación de necesidad” para defenderse con una inicial “racionalidad en la necesidad del medio empleado”.- - - - -

----- Como dije antes, “[r]acionalidad significa proporcionalidad. ¿Proporcionalidad con respecto a qué cosa? Proporcionalidad entre el mal evitado o salvado por el acto defensivo y el mal causado por dicho acto” (Nelson R. Pessoa, *Legítima defensa*, ed. Mave, 2001, pág. 131). Dicho de otra forma: “El medio defensivo no es el instrumento empleado sino ‘la conducta defensiva usada’ que debe guardar proporción con la agresión que se trata de repeler. Cám. Penal Santa Fe, Sala III, 3-II-1982, JA, 1983, II, pág. 278” (citado por Justo Laje Anaya y Cristóbal Laje Ros, *Defensa en legítima defensa*, 2ª ed., Marcos Lerner, 2000, pág. 313).

----- Por otro lado, “[u]na conducta es ‘necesaria’ cuando es el único camino eficaz para neutralizar la agresión antijurídica... [L]a idea de necesidad denota que no hay otra opción, otra alternativa, otra conducta para neutralizar la agresión... El medio debe ser eficaz; si existen, supuestamente, otras alternativas, pero éstas no son seguras en cuanto a su idoneidad, será necesario

el acto que sea eficaz” (Nelson R. Pessoa, *ob.cit.*, págs. 124/125).-

----- En el contexto fáctico de este particular caso, se advierte la proporción inicial entre la conducta lesiva y la///27.- conducta defensiva de realizar el primer disparo para detener el acometimiento de agresiones físicas de Pablo Huentelao. Sin embargo, la conducta defensiva que comenzó siendo justificada luego devino en ilícita por un “exceso extensivo”, ya que el segundo disparo se realizó cuando (como más arriba fundamenté) la agresión había cesado hacía unos instantes.- - - - -

- - -

----- 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).-

----- “Desde esta perspectiva, no se advierte diferencia alguna entre quien golpea el doble de fuerte de lo necesario (exceso intensivo), y quien aplica un segundo golpe después del que acabó con la agresión (exceso extensivo), pues en ambos casos concurren razones similares para fundamentar una pena menor [cfr. Roxin, *Derecho Penal, Parte General*, pág. 935]. En el derecho europeo, la asimilación valorativa de ambos excesos desde la perspectiva de su relevancia social, es consecuencia de que también el autor que se excede en los//28.- límites temporales únicamente daña al agresor antijurídico y actúa bajo la influencia de un estado colérico, siendo por ello su extralimitación igualmente comprensible y análogamente disculpable. Ello conduce a reconocer la impunidad del exceso extensivo, a condición de que exista una conexión temporal inmediata con la agresión inminente o ya concluida [cfr. Roxin, *ob.cit.*]. Si bien no existe en derecho argentino ninguna referencia al estado colérico, es posible establecer la misma equiparación entre ambos supuestos, por lo que concurriendo los requisitos que condicionan la aplicación de la regla, la misma debe también ser aplicada a los casos de exceso extensivo en los siguientes casos: [...] 2º) Si la defensa posterior, aún estando retrasada, sigue siendo consecuencia de la drástica puesta en peligro representada por una agresión que ya no es actual [cfr. Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, p. 707]” (Esteban Righi, *Antijuricidad y Justificación*, ed. Lumiere, 2002, pág. 132).- -----

----- Así, “[e]l exceso en la defensa es la reacción de un peligro con exceso de temor, es un error de cálculo en la apreciación del peligro y en los medios necesarios para rechazarlo” (conf. Breglia Arias y Gauna, *Código Penal*, ed. Astrea, 2003, Tº 1, pág. 338).- -----

----- Finalmente, tengo en cuenta que “[l]a proporcionalidad de los medios empleados no puede computarse sino desde el punto de vista del sujeto que tenga que defenderse en la situación concreta, con los medios de que disponga y en el estado de ánimo que la agresión normalmente genera. La comparación ulterior abstracta, efectuada después del hecho//29.- por un tercero y no desde el punto de vista de quien debe defenderse, es un error que desvirtúa la legítima defensa y aun la niega, ya que es lógico encontrar en el ánimo de quien se defiende cierta perturbación producida por la agresión misma. En ese sentido, sobre todo, conviene hablar de 'necesidad racional'. Pero para juzgar este aspecto, habrán de tenerse en cuenta todas las circunstancias que vivió el sujeto

agredido, las que generalmente obstruyen un grado de conciencia y aun de inteligencia ('emocional') normal" (Breglia Arias y Gauna, ob.cit., pág. 330).- - - - -

- - - - -
----- Concluyendo, con la materialidad fijada acorde casi en su totalidad con la pretensión recursiva, la "agresión ilegítima de la víctima" y la "falta de provocación del imputado" acreditadas por el sentenciante, deviene absurda y arbitraria la valoración del plexo probatorio que éste realizó para desechar la proporcionalidad del medio empleado en la legítima defensa. Por ello, en virtud de los fundamentos que expuse, doy razón a la defensa en cuanto manifiesta que el hecho se encuadra típicamente en el delito de homicidio cometido con exceso en la legítima defensa.- -

----- La "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 antijuricidad 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, ob.cit.,///30.- pág. 412).- - - - -

- - - - -
----- Dado que el delito de homicidio -art. 79 C.P.- no tiene como elemento constitutivo su comisión con arma de fuego, y habiéndose comprobado dicha circunstancia en el caso analizado, corresponde la aplicación de la agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal (en este sentido, ver Se. 45/02, 104/02 y Se. 40/06 STJRNSP).- - - - -

-
----- En consecuencia, están acreditadas la agresión ilegítima, actual e inminente contra la integridad física del imputado; la ausencia de provocación suficiente y la "situación de necesidad" de defenderse con un medio inicialmente racional, defensa que luego devino en ilícita por un "exceso extensivo", por lo que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de la defensa y condenar a Rogelio Audilio Flores como autor del delito de homicidio cometido mediante uso de arma de fuego y con exceso en la legítima defensa (arts. 34 inc. 6º, 35, 41 bis, 45, 79 y 84 C.P.; 98, 374, 440 y ccdtes. C.P.P.; 200 C.Prov.; 18 y 75 inc. 22 C.Nac. y 8.2.h. CADH).- - - - -

-----8.- Carencia de motivación de la pena:- - - - -

----- El nuevo encuadramiento típico realizado precedentemente torna inmotivada la pena impuesta, porque aquél modifica el mínimo y el máximo de la escala penal que aplicó el Tribunal de grado inferior; así, se debe anular la sentencia sólo en lo referido a

la imposición de pena y reenviar el expediente al tribunal de origen para que decida la cuestión en conformidad con el derecho que aquí se declara (art. 441 C.P.P.).- - - - -

----- Al respecto, este Superior Tribunal de Justicia ha///31.- dicho que la “pena es la herramienta que emplea el derecho penal para ejercer su función de control social de carácter formal. Se trata de una temática que exige la máxima prudencia en los jueces y en cuya individualización judicial deben liberarse de los prejuicios personales, las simpatías y las emociones, y orientar su sentencia exclusivamente atento a criterios objetivos de valoración (ver Pablo López Viñals, ‘Cuantificación de la sanción penal en la sentencia condenatoria’, LLNoroeste, 2006, pág. 849).-

----- “Como primera aproximación al tema, un dato que surge de la simple lectura del fallo es el notable contraste en la tarea argumentativa entre aquellas cuestiones referidas al trámite del proceso, la prueba de los hechos, su autoría y la calificación legal correspondiente, y la vinculada con la imposición de pena, cuando las primeras no son más que exigencias constitucionales y legales para justificar esta última, atento a los arts. 1 y 18 de la Constitución Nacional. Ello es así pues la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, lo que implica la racionalidad de los actos de sus funcionarios y magistrados y asimismo la imposibilidad de que alguno de sus habitantes sea penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Del mismo modo, y en una temática que no puede ser desconocida, se destaca que ninguna norma infraconstitucional argentina podría rebasar a los mandatos que surgen de los acuerdos internacionales suscriptos por nuestro país en materia de derechos humanos, que conforman un bloque normativo incorporado a nuestra Constitución por el inc. 22 de su art. 75. De éste ‘... nos///32.- surgirán entonces, y como pauta directriz obligatoria, los mandatos emanados de los tratados a los que se les ha reconocido jerarquía constitucional, gozando por esta razón, de una nueva y actualizada imperatividad’ (Marcelo Alfredo Riquert, ‘Algo más sobre la teoría de la pena a propósito de la reforma constitucional’, Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, N° 11, págs. 422 y 423).- -

----- “En este sentido podemos mencionar, entre otros, el art. 5°, num. 6° del Pacto de San José de Costa Rica, por el cual las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados, orientación corroborada en el plano normativo inferior por la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (24660), que en su art. 1° dice que la finalidad que reviste la pena

privativa de la libertad es lograr que el individuo sometido a ella se reintegre a la sociedad y logre su adaptación mediante la incorporación de valores fundamentales que posibiliten la vida en comunidad.- - - -

----- “Ahora bien, desde un punto de vista formal la pena es uno de los requisitos esenciales de la sentencia condenatoria (arts. 37[5] y 37[9] C.P.P.), y por tanto el tribunal debe resolver la cuestión de modo fundado y exponer en forma sucinta los motivos de hecho y de derecho

en que se base (art. 3[74] íd.).- - - - -

----- “La exigencia de la motivación es lo que permite el control de la racionalidad de los actos y el ejercicio de la defensa en un sistema de organización republicano de gobierno, y toda argumentación que lo impedía con fundamento en que la facultad de fijar la pena es discrecional y///33,- exclusiva del tribunal de juicio, por tanto ajena al recurso de casación, ha sido expresamente dejada de lado luego del precedente ‘CASAL’ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, adoptado por este Superior Tribunal en numerosos pronunciamientos. En este marco, se circunscribe el sentido de la inmediación del debate oral, para que ésta no sea utilizada como pretexto limitante del derecho a recurrir el fallo ante un tribunal superior (art. 8.2.h. de la CADH, Adla, XLIV-B, 1250).- - - - -

----- “A lo anterior se suma que para quien aplica la pena es ineludible el conocimiento de cuál es su fin, y no puede desconocer sin más el criterio de la prevención especial - apartada de la teoría de la retribución-, según el cual la misión de la pena es únicamente disuadir al autor de futuros hechos punibles. ‘En la medida en que la teoría de la prevención especial sigue el principio de la resocialización, que entre sus sostenedores hoy se encuentra en el primer plano, sus ventajas teóricas y prácticas son evidentes. En tanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, se adapta excelentemente a la misión del derecho penal..., ayuda igualmente al autor, es decir, no lo rechaza ni lo marca a fuego, sino que quiere integrarlo, y de este modo, se adapta mejor que cualquier otra teoría a las exigencias del principio del estado social’ (Roxin, ‘Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad’, en Determinación Judicial de la Pena, obra colectiva, pág. 23). El criterio de resocialización encuentra su reconocimiento normativo en los ya citados arts. 5º, num 6º del Pacto de San José de Costa Rica, 18 de///34.- la Constitución Nacional y 1 de la Ley 24660.- - -

----- “[...] Por lo demás, el mínimo de la pena de prisión del tipo previsto por [...] los artículos] del código de fondo permitía -en hipótesis- la condena condicional, por lo que

la elección de su ejecución efectiva también requería de la necesaria fundamentación, ausente en autos.- - - - -

----- “Las cuestiones en tratamiento fueron motivo de [...] reciente pronunciamiento por parte de la Corte Suprema en el precedente ‘SQUILARIO’ (S. 579. XXXIX, del 08-08-06), que reseñaré en buena parte de su extensión -considerandos 5º a 9º- dada su pertinencia respecto de la materia en estudio.-

----- “Así, el Alto Tribunal sostuvo que ‘... si bien las decisiones relacionadas con la aplicación del monto de la pena resultan privativas de los jueces de mérito, cabe hacer excepción cuando, como en el caso, no se advierte una adecuada fundamentación respecto de tan trascendentes cuestiones, lo cual descalifica al fallo como acto jurisdiccional válido.- - - - -

----- “‘En efecto, más allá de que los dos años de condena impuestos a Squilaro por el tribunal de juicio se compadecen formalmente con la escala autorizada por la figura que reprime la conducta ilícita que se reprocha, la mera enunciación genérica de las pautas objetivas y subjetivas que prescriben los arts. 40 y 41 del Código Penal para graduarla, desprovistas de toda relación y ponderación conjunta con los elementos que a tales fines fueron incorporados al juicio, sólo evidencia un fundamento aparente y colocan al pronunciamiento dentro de los estándares de la arbitrariedad de sentencia (Fallos 315:1658///35.- y 320:1463).- - - - -

----- “‘Que idéntico vicio se constata cuando alude a su cumplimiento efectivo.- - - - -
- - - - -

----- “‘Es que si bien los jueces de la mayoría del fallo de casación argumentaron que sólo la aplicación de la condenación condicional debía ser fundada por ser la excepción a la pena de encierro (art. 26 del Código Penal), no es menos cierto que la opción inversa, en casos en donde aquella hipótesis podría ser aplicada, también debe serlo, puesto que de otro modo estaría privando a quien la sufre la posibilidad de conocer los pronósticos negativos que impiden otorgarle un trato más favorable.- - - - -

----- “‘En tales circunstancias, los condenados se verían imposibilitados de ejercer una adecuada defensa en juicio ante la imposibilidad de refutar decisiones basadas en criterios discrecionales de los magistrados que la disponen.- - - - -
- - - - -

----- “‘Que, justamente, el instituto de la condenación condicional previsto en el art. 26 del Código Penal tiene por finalidad evitar la imposición de condenas de efectivo cumplimiento en casos de delincuentes primarios u ocasionales imputados de la

comisión de conductas ilícitas que permitan la aplicación de penas de hasta tres años de prisión. Tal aserto encuentra explicación en la demostrada imposibilidad de alcanzar en tan breve lapso de prisión el fin de prevención especial positiva que informa el artículo 18 de la Constitución Nacional.- - - - -

----- “\Que esta Corte ha sostenido en Fallos 327:3816, que «... la condenación condicional procura evitar la pena corta///36.- de prisión para quien pueda ser un autor ocasional...» y que «... la razón por la cual la condena condicional se limita a la pena corta de prisión es porque el hecho no reviste mayor gravedad, lo que sucede cuando la pena no excede de cierto límite, o cuando no provoca mayor peligro de alarma social, es decir cuando el sujeto no es reincidente».- - - - -

----- “\Que si bien surge del citado art. 26 de la ley de fondo el mandato expreso de fundamentar la condenación condicional, no por ello el magistrado deberá dejar de lado el mandato implícito que lo obliga -con el fin de asegurar una debida defensa en juicio- a dictar sus fallos en términos de una derivación razonada del derecho vigente conforme las constancias de la causa para resolver sobre una pena a cumplir en prisión\” (Se. 190/06 STJRNSP, entre otras).- - - - -

----- La extensión de la cita precedente se justifica porque resalta la insuficiencia de la argumentación en relación con la temática de la imposición de pena, toda vez que del nuevo encuadramiento típico resulta una nueva escala penal aplicable, en función de la cual el art. 40 del Código Penal manda a merituar la totalidad de los atenuantes y agravantes que surgen de las constancias de la causa y el inc. 1º del art. 41 reconoce cuatro elementos posibles, mientras que el inciso siguiente se refiere a diez, más el conocimiento “de visu” del imputado, la víctima y las circunstancias del hecho en la medida requerida para el caso.- - - - -

----- A ello sumo la jurisprudencia de la Corte Suprema mencionada supra en orden a la interpretación del art. 26///37.- del Código Penal. En este orden de ideas, se advierte que el condenado tiene derecho a conocer los pronósticos negativos que impiden otorgarle un trato más favorable y llevan a privarlo de su libertad (privación disvaliosa cuando la pena de prisión es de corta duración -Fallos 327:3816-), pues corresponde a su derecho de defensa cuestionar tal decisión. De tal modo, se veda el camino a las decisiones discrecionales o dotadas de fundamento sólo aparente (Fallos 315:1658 y 320:1463).- - - - -

----- Del precedente “SQUILARIO” antes analizado también surge que este proceder es inevitable cuando se trata de un no reincidente, pues la declaración de reincidencia

aparece como una pauta objetiva para no considerar la otra alternativa (conf. Se. 131/07 STJRNSP).- - - - -

-----9.- Alcance del reenvío:- - - - -

----- La determinación de los defectos de motivación y el reenvío consecuente no implican una toma de postura por parte de este Cuerpo en orden a la justicia de la pena a imponer -el monto de la pena de prisión y su forma de cumplimiento-, sino que declara un vicio in procedendo respecto de un requisito formal del fallo en orden a dicha cuestión y señala los fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales que apoyan la nulidad.- - - - -

----- Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, más allá de tales fundamentos, la tarea del juzgador no encuentra sujeción alguna para el análisis de las constancias del expediente que le permitirán arribar al pronunciamiento correspondiente, "... con lo que la doctrina de este Cuerpo tampoco supone en el reenvío la fijación de un derecho///38.- limitativo de las posibles soluciones a la temática involucrada. Simplemente se exige que, cualquiera sea la que se adopte, ésta tenga fundamentos legales y constitucionales" (ver Se. 136/06, Se. 190/06 y 131/07 STJRNSP, entre otras).- - - - -

-----10.- Costas:- - - - -

----- Las costas se imponen en el orden causado en virtud de que "la jurisprudencia se aparta del principio objetivo de la derrota (el vencido sería en principio la parte querellante -TSCórdoba, sala penal, in re 'INZÚA', del 26-05-04, en LLC 2004 septiembre, 841), cuando [la vencida] tendría razones plausibles para litigar, las que estarían dadas en el caso -el Ministerio Público Fiscal acompañó su acusación y llegó hasta una requisitoria de elevación a juicio-, por lo que las costas serían en el orden causado" (Se. 113/08 STJRNSP).- - - - -

-----11.- Conclusión:- - - - -

----- Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por el señor defensor particular doctor Raúl José Cámpora en representación

de Rogelio Audilio Flores contra la sentencia N° 34, del 11 de septiembre de 2008, dictada por la Sala B de la Cámara en lo Criminal de la Iª Circunscripción Judicial; en consecuencia, casar de modo parcial las partes pertinentes del primer punto de la parte resolutive, confirmando la condena a Rogelio Audilio Flores como autor del delito de homicidio cometido mediante uso de arma de fuego y con exceso en la legítima defensa (arts. 34 inc. 6º, 35, 41 bis, 45, 79 y 84 C.P.; 98, 374, 440 y ccdtes. C.P.P.;///39.- 200

C.Prov.; 18 y 75 inc. 22 C.Nac. y 8.2.h. CADH).-

----- También propicio en lo restante a esa condena anular de oficio la sentencia impugnada en lo referido a la imposición de pena a Rogelio Audilio Flores y, en consecuencia, reenviar el expediente al tribunal de origen para que, con la misma integración (toda vez que tuvo conocimiento de visu del condenado en la audiencia de debate y se encuentra en las mejores condiciones para resolver esta temática), decida la cuestión en conformidad con el derecho que aquí se declara (art. 441 C.P.P.). “[D]ado que en el caso existe acusación, se encuentra consecuentemente abierta la jurisdicción de la Cámara Criminal para aplicar el derecho que se ajuste a los hechos comprobados... [y] los arts. 40 y 41 del Código Procesal establecen pautas mensurativas para fijar el ‘quantum’ de la pena que deben imponer los tribunales” (Se. 117/05 STJRNSP). Asimismo, el reenvío permitirá asegurar la garantía de la doble instancia, en tanto la parte, eventualmente, podrá recurrir en casación la pena que ha de imponerse, posibilidad que se vería frustrada en caso de ser este Superior Tribunal el que resolviera el punto (Se. 190/06 y 131/07 STJRNSP). Además, propongo imponer las costas en el orden causado conforme lo argumentado (considerando 10).- - - - -

----- Por último, propicio disponer que oportunamente el Tribunal inferior comunique las sentencias de condena e imposición de pena a la Auditoría General de Asuntos Internos dependiente de la Secretaría de Seguridad y Justicia (conf. Ley S 4200 y Resolución N° 522/2009 del Ministerio de Gobierno de la Provincia). MI VOTO.- - - - -

-///40.- El señor Juez doctor Víctor Hugo Sodero Nievas dijo:

-----1.- Adhiero al criterio sustentado y a la solución propuesta por el vocal preopinante doctor Luis Lutz y VOTO EN IGUAL SENTIDO.- - - - -

-----2.- Así, luego de la revisión integral del proceso, agregó que la causal de justificación alegada por el defensor particular es, en rigor, el encuadramiento técnico jurídico penal de los hechos que relató el encartado en su defensa material, esto es, los hechos que sustentan la causal fueron introducidos oportunamente por el imputado y los magistrados que resolvieron el trámite no los han ponderado adecuadamente.- - - - -

- - - - -

-----3.- En cuanto al exceso en la legítima defensa, no es fácil la delimitación de la naturaleza jurídica del acto excesivo.- - - - -

----- Una primera e indiscutible afirmación es que el acto excesivo es un acto ilícito porque la ley lo castiga. Pero también es culpable y desde allí se disparan distintas posturas doctrinarias sobre si el acto excesivo es culposo o doloso (ver Nelson R.

Pessoa, Legítima defensa, ed. Mave, págs. 253/258).- - - - -

----- Nosotros sostenemos, conforme argumenta Zaffaroni, “que el art. 35 no se refiere a conductas culposas, sino que simplemente se aplica ‘la pena fijada para el delito de culpa o imprudencia’. No creemos que quien dispara sobre alguien queriendo matarlo se encuentre en una tipicidad culposa” (citado por Pessoa, ob. cit., pág. 256).- - - - -

----- También se han dado distintas respuestas al interrogante de la razón de la disminución de la pena del ///41.- acto excesivo: “1) Injusto disminuido. Zaffaroni afirma que estamos frente a una ‘disminución de la antijuricidad’ [... porque] el acto comienza siendo legítimo y concluye ilegítimo [...] 2) Error de prohibición indirecto vencible. Bacigalupo [...] El autor cree que tiene derecho a hacer lo que ha hecho (excedido) [...] y] De La Rúa [...] 3) [...] La] interpretación [...] de Pessoa es] que si el error en que se encuentra el autor es invencible corresponderá declarar la ausencia de responsabilidad penal por ausencia de culpabilidad, conforme a lo previsto en el art. 34, inc. 1º de nuestra ley penal [...]” (Pessoa, ob. cit., págs. 258/261).

----- Otra observación sobre el tema es que hay autores que sostienen que el sujeto que lleva a cabo el acto excesivo se encuentra viviendo situaciones de miedo, terror, confusión, etc.- - - - -

----- Por otra parte, los excesos se clasifican en: “1) Exceso ‘ab initio’ o exceso posterior [...] 2) Exceso intensivo y extensivo [...] El exceso intensivo se produce cuando estando presente la agresión ilegítima el acto defensivo aparece como desproporcionado desde el punto de vista cualitativo con respecto al ataque ilícito [...] El exceso extensivo se produce cuando la agresión ilícita ya ha cesado; la desproporción es cuantitativa. [...] E]l punto de vista, entre otros, de Jakobs y Roxin, quienes admiten tanto el exceso intensivo como extensivo [...]” (Pessoa, ob.cit., págs. 265/271).- - - - -

----- Por último, agrego “que -con la doctrina dominante en la materia- sostengo que el exceso en la defensa no constituye una conducta culposa sino que el legislador - como///42.- resulta de la letra debida a Rodolfo Moreno (h.) en su obra ‘El Código Penal y sus antecedentes’ (Ed. Tomás, Bs. As., 1926, t. II, p. 307 y sigtes.)- apela a la escala penal de la figura culposa para suministrar una más reducida. Me hago cargo de que el paradigma causal por entonces vigente hace que la afirmación precedente no sea lineal pero resulta claro que ese es el espíritu de la disposición. [...] Si ello es así, si en el caso no ha sido fruto de la negligencia, la imprudencia o la impericia la producción del disparo, surge necesaria la figura del exceso como disparo doloso producido cuando

los agresores fugaban. [...] La escala a que alude la norma del art. 35 no puede entonces importar la inhabilitación que contempla la ley para las conductas culposas puesto que la que se juzga no lo ha sido. [...] Entender que la remisión importa la mutación del carácter de la conducta es un artificio lógico. [...] Despejada su naturaleza, cabe reiterar lo que se ha dicho en otros precedentes respecto del exceso que no es sino una penalidad atenuada debido a que la conducta ha nacido amparada en un permiso” (TCasPenal Buenos Aires, Sala I, in re “ARISTA”, del 07/09/04, del voto del doctor Sal Llargués, publicado en LLBA 2005 junio, 525, con nota de Raúl F. Elhart, DJ 2005-2, 786).- - - - -

-----4.- Un repaso por la jurisprudencia también nos convence de la solución propuesta. Así, se ha resuelto: “Hay exceso de defensa cuando el móvil del hecho fue el temor y el victimario no ha obrado por venganza, sino en la creencia de que su vida estaba en peligro del cual sólo podía escapar con la violencia. Es un error de cálculo en la apreciación///43.- del peligro y en los medios necesarios para rechazarlo, producido por la emoción de la lucha y que se hubiera evitado tal vez con mayor atención. El exceso se produce cuando se sobrepasan los límites impuestos por la necesidad en sí misma, es decir, cuando el acusado se ha extralimitado, obrando después que cesó el ataque o usando medios notoriamente exagerados e inadecuados en cuanto a su forma y modo” (STJ Chaco, 18-03-34, LL 75-517).- - - - -

----- “El sujeto excede la legítima defensa cuando emplea medios que superan los que hubiesen sido necesarios para cumplir con la finalidad justificante propuesta” (Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala I, 29-11-89, LL 1990-B-374).- - - -

----- “El exceso se caracteriza por error de cálculo producido por la emoción de la lucha, respecto de la apreciación del peligro corrido, o de los medios necesarios para conjurarlo” (STJ Entre Ríos, 20-04-48, LL 52-173).- - -

----- “El exceso supone la existencia inicial de legítima defensa y posteriormente una intensificación innecesaria de la acción” (Cám. 1ra. Crim. Tucumán, 28-09-60, LL 105-649).-

----- “Si no ha mediado agresión ilegítima de la víctima, no puede existir defensa ni exceso en la defensa” (STJ Córdoba, 19-07-40, LL 19-656).- - - - -

----- “No puede darse exceso en la legítima defensa propia, si en el hecho no concurren los requisitos de la defensa legítima” (CCC, 06-07-65, LL 120-601).- - - - -

----- “La legítima defensa debe enmarcarse en el principio de mínima lesión al agresor, según el cual quien se defiende debe elegir, de entre los medios que dispone para una

defensa eficaz, el menos dañoso o peligroso” (Cám. Nac.///44.- Crim. y Correc., Sala I, 25-02-1993, LL 1993-D-237).

----- “El procesado que hirió al adversario que inició la agresión después de despojado del arma y usando ésta mientras luchaban en el suelo, no puede justificar su conducta por legítima defensa, pero debe aceptarse que obró exageradamente el peligro, y con error de cálculo en la apreciación, provocado por la situación emocional de la lucha, lo que lo coloca en los límites del exceso en la defensa” (SCTucumán, 04-04-52, LL 69-77).- - - - -

----- “Debe admitirse que hubo exceso en la legítima defensa si la desproporción en el modo de ejecución obedeció al estado de excitación del ánimo, que excluye que el procesado haya sido guiado por un espíritu de hostilidad propio del homicidio simple y del calificado” (Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala V, 13-03-1987, LL 1987-E-473).- - -

- - - -

----- “Si el acusado, en defensa de su persona y de su libertad puesta en peligro por la agresión ilegítima llevada a cabo por

la víctima armada de una banqueta y un trozo de hierro, descargó contra su agresor cinco tiros de revólver, haciendo impacto con tres de ellos y causándole lesiones, tal conducta, apreciada dentro de las modalidades circunstanciales que la singularizan, encuentra su correcto encaje en el art. 35 del C. Penal, pues aquellas modalidades obligan a considerar que el ataque de su agresor, antes de hacer uso de su arma” (SCBsAs., 28-12-37, LL 9-646).- - -

----- “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///45.- inminente, la necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla y el ataque no ha sido provocado suficientemente por quien se defiende (CP, 34, 6°). [...] La impugnante sólo discute la necesidad racional de la reacción defensiva del imputado, exigencia que no se identifica en la fórmula receptada por la legislación argentina con una necesidad absoluta sino con aquélla que resulte razonable o proporcional con el contexto situacional del caso concreto. De allí que tanto la doctrina clásica como contemporánea se aluda a este concepto más flexible. Así se señala que la necesidad racional es un concepto ‘más amplio que la simple necesidad y la necesidad absoluta’, que depende de circunstancias tales como ‘las situaciones individuales de las personas intervinientes, los medios de que dispone el agredido para actuar, las circunstancias de tiempo y lugar,

el objetivo del ataque y la intensidad de éste' (Núñez, Ricardo C., Derecho Penal Argentino, Lerner, T. I, ps. 372 a 374). O se argumenta que la defensa, como todo derecho, tiene como límites 'no sólo los impuestos por la necesidad sino también los que devienen de la racionalidad', que conforma un límite jurídico (valorativo) y 'es una característica del derecho de toda república (art. 1º de la CN)...', (Zaffaroni, Raúl Eugenio- Alagia, Alejandro -Slokar, Alejandro; Derecho Penal-Parte General, Ediar, 2000, ps. 583 y 584)" (TSJ Córdoba, sala penal, en "PALMA", del 13/08/08, del voto de la doctora Aída Tarditti, LL Online).- - - - -

----- "Para evaluar la conducta de los prevenidos, la racionalidad del medio empleado y la intensidad de la///46.- defensa, a los fines de determinar si ha mediado legítima causal de justificación, es menester tener en cuenta el punto de vista de quienes han vivenciado el evento en sus supuestos objetivos y subjetivos, colocándose en la situación particular de cada caso, condicionada a los caracteres de la personalidad de los protagonistas y a las circunstancias que lo rodean. [...] 'La medida del medio a emplear para la defensa contra una injusta agresión, depende de los recursos que tenía a mano el agredido para hacerla cesar y de su capacidad y serenidad en el momento del ataque para elegir los menos dañosos y más eficaces a tal fin.' (CS, mayo 4-936; La Ley, 2-1046). También se ha sostenido, en criterio que comparto: 'Media exceso en la legítima defensa cuando la repulsa de la agresión ilegítima, no provocada por el procesado, lo hace actuar desproporcionadamente y sobrepasando los límites de su salvaguarda personal, aunque no medie solución de continuidad entre agresión y repulsa' (conf. S.T.Jujuy, en pleno, 7/11/67 – 'Yapura, Alejandro F.' – LA LEY, 130-775)" (STJ Chubut, del voto del doctor Ferrari, 08/11/07, LLPatagonia 2008 abril, 147 - DJ 30/04/2008, 1191 - DJ 2008-I, 1191).- - - - -

----- También se ha sostenido: "1- Se configura el delito de homicidio simple con exceso en la legítima defensa, si el acusado comenzó defendiéndose legítimamente al haber sido atacado por la víctima, mas incurrió en un evidente exceso al brindar una respuesta armada, con el mismo revólver arrebatado a su agresora, al extremo de provocarle la muerte. [...] 2- Para aplicar el art. 35 del Código Penal///47.- -exceso en la legítima defensa- es imprescindible que exista legítima defensa inicial, como presupuesto; pues la figura prevé una intensificación innecesaria de una actitud inicialmente justificada. [...] 3 - Para evaluar la conducta del acusado, la racionalidad del medio empleado y la intensidad de la defensa, a los fines de determinar si ha mediado exceso en la legítima defensa, es necesario tener en cuenta el punto de vista de

quienes han vivenciado el evento, en la situación particular de cada caso, y de acuerdo a las circunstancias que lo rodearon; pues resulta decisivo establecer el aspecto subjetivo en la conducta de quien pretende defenderse y a tal efecto es determinante el contexto fáctico en el que se produjo el suceso, en tanto, desde el punto de vista subjetivo, la hipótesis del art. 35 del Cód. Penal requiere la finalidad defensiva o ánimo de legítima defensa, cuya inexistencia o abandono durante las secuencias del hecho, por una inspiración de otro orden, impiden la procedencia de la justificación” (CSJ Tucumán, Sala civil y penal, Sumarios, 14/10/03, en “JUÁREZ”, en LLNOA 2004 junio, 1181).- -

- - - - -

----- “El exceso en la Legítima Defensa es un arduo problema en la interpretación de la ley, pero lo indudable es que se estima la relevancia decisiva del aspecto subjetivo en la conducta de quien busca defenderse” (SCJBA, del 05/05/92, P 33280 S,JA 1993-I-453, DJBA 143-151, AyS 1992-II-45).- - - -

-----5.- Destaco que no es novedoso en el expediente el encuadramiento jurídico de los hechos reprochados a Rogelio Audilio Flores que se resuelve en la presente sentencia. En este sentido, observo que el Fiscal de Cámara que///48.- oportunamente contestó el recurso de apelación interpuesto por el defensor particular contra el auto de procesamiento sostuvo que los hechos deben ser recalificados como homicidio en exceso en la legítima defensa (fs. 578/584 y ref. 685/691), a la vez que es una circunstancia a resaltar que para arribar a esa conclusión merituó toda la prueba realizada durante la etapa de instrucción.- - - - -

-----6.- Surge de autos que no se ha dado al encartado ningún curso de capacitación durante más de catorce años; por lo tanto, sin perjuicio de la ponderación que de tal circunstancia se realice al momento de imponer la pena, corresponde oficiar a la Jefatura de Policía de la provincia para que instruya a los oficiales y suboficiales sobre situaciones como las que se resuelven en el sub lite.- - - -

----- “Desde el retorno a la democracia en los distintos países de América Latina, toda vez que se discutió el uso legítimo de la violencia y su monopolio estatal las agendas políticas circunscribieron el problema a la cuestión militar. De esta manera, se dejó de lado el rol de las fuerzas de seguridad o al menos fue interpretado como un asunto menor. [...] A comienzos de la década de 1990 las instituciones policiales comenzaron a tener visibilidad pública pero no como síntoma de una preocupación política y gubernamental, sino, por el reclamo de organización de la sociedad civil que denunciaban hechos de corrupción e ineficacia y reclamaban por la desarticulación de

su tradicional modelo militarizado. [...] El creciente descrédito de las policías dio finalmente lugar a los primeros procesos de reformas institucionales. Los dispositivos de formación y///49.- capacitación policial fueron puestos en tela de juicio y comenzaron a ser objeto de transformaciones. Dentro del modelo tradicional de organización policial, los dispositivos y procesos educativos son endogámicos y reticentes a la incorporación de saberes que no provengan de la propia institución. [...] La cuestión policial comprende los problemas de normatividad y desempeño institucional de las fuerzas de seguridad dentro del sistema político. Eso abarca desde el accionar efectivo de las policías hasta las decisiones de gobierno en torno a la administración y control de la institución policial. [...] Los planes de estudio de las policías [...] puede hablarse de cuatro tipos de asignaturas relativas a: [...] 1. La organización e intervención en función del delito (por ejemplo: Doctrina Policial, Administración Policial, Técnica Sumarial, Conducción, Planeamiento y Técnicas de Investigación, Procedimientos Policiales, Criminalística), que de manera sucinta se denominarán asignaturas policiales específicas. [...] 2. Conocimientos jurídicos (sobre legislación, así como sobre principios y fundamentos de las distintas ramas del Derecho) o asignaturas jurídicas. [...] 3. Intervenciones en materia de seguridad no delictiva (Seguridad Vial, Primeros Auxilios, Toxicomanía, Incendios y otros estragos, Violencia Familiar e Institucional) o seguridad no delictiva. [...] 4. Intervenciones de naturaleza preventiva y disuasiva (Resolución y Mediación de Conflictos, Seguridad Pública, Comunicación Social, Relaciones con la Comunidad, así como las asignaturas de carácter más general que sirven de base a esas intervenciones, como Sociología, Psicología,///50.- Antropología) que llamaremos de prevención en seguridad. [...] En conclusión, el sesgo que se observa en la formación del agrupamiento de oficiales en la formación teórica en las instituciones relevadas es un fuerte predominio del modelo tradicional con ausencia de contenidos relativos al paradigma de la seguridad ciudadana” (conf. Cuadernos de Seguridad, colección Investigación y análisis N° 2, “La educación policial. Estudio de los sistemas educativos policiales de la Región NEA y de las fuerzas de seguridad y cuerpos policiales federales”, Consejo de Seguridad Interior, Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, UNDP, 2008, págs. 25, 35, 68 y 73).- - - -

----- De tal forma y en función de lo expuesto, corresponde notificar al señor Ministro de Gobierno y al Secretario de Seguridad que deberán acreditar los cursos de capacitación (conforme lo antedicho) que establece la provincia para los oficiales y

suboficiales de la policía.- - - - -

-----7.- Por último, es menester resaltar que de acuerdo con la nueva calificación legal que se establece en la presente sentencia, la individualización de la pena “debe tenerse en cuenta sólo el marco punitivo previsto para el homicidio culposo al que remite la regla del exceso, con la aclaración que aun cuando este prevé las penas conjuntas de prisión e inhabilitación especial la a quo no impuso la pena impeditiva y esta Sala en un recurso de la defensa carece de competencia para enmendar esa omisión” (TSJ Córdoba, Sala Penal, en “PALMA”, citado supra); en otras palabras, anoto para la ulterior sentencia y para los fines de la prohibición de la reformatio in pejus la advertencia de la///51.- carencia de impugnación del Ministerio Público Fiscal en cuanto a la pena de inhabilitación (art. 418 C.P.P).- - - - -

-----8.- En conclusión, adhiero al voto del señor Juez preopinante y agrego la mención - para la ulterior sentencia del a quo- de la prohibición de la reformatio in pejus, como asimismo que corresponde oficiar al señor Ministro de Gobierno, al Secretario de Seguridad y a la Jefatura de Policía que deberán acreditar los cursos de capacitación (conforme lo antedicho) que establece la provincia para los oficiales y suboficiales de la policía. MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:- - - - -

----- Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que me preceden en orden de votación, ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 L.O.).- - - - -
- -

----- Por ello, y dejando debida constancia de que, no obstante haber participado del Acuerdo y haber emitido opinión en el sentido expuesto supra, el doctor Luis Lutz no firma la presente por encontrarse en comisión de servicios,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E :

Primero: Hacer lugar parcialmente al recurso de casación

----- interpuesto a fs. 1134/1144 y vta. de autos por el doctor Raúl José Cámpora.- - - - -

----- Segundo: Casar de modo parcial las partes pertinentes del

----- primer punto de la parte resolutive de la Sentencia N° 34, dictada el 11 de septiembre de 2008 por la Sala B de la Cámara en lo Criminal de la Iª Circunscripción Judicial, y confirmar la condena a Rogelio Audilio Flores, cuyas///52.- circunstancias personales obran en autos, como autor del delito de homicidio cometido mediante uso de arma de fuego y con exceso en la legítima defensa (arts. 34 inc. 6°, 35, 41 bis, 45, 79 y 84 C.P.; 98, 374, 440 y ccdtes. C.P.P.; 200 C.Prov.; 18 y 75 inc. 22 C.Nac. y 8.2.h.

CADH).- - - - Tercero: Anular de oficio la sentencia impugnada en lo
----- referido a la imposición de pena a Rogelio Audilio Flores y, en consecuencia,
reenviar el expediente al tribunal de origen para que, con la misma integración, decida
la cuestión en conformidad con el derecho que aquí se declara (art. 441 C.P.P.).- - - - -
- - - - - Cuarto: Imponer las costas en el orden causado.- - - - - Quinto:
Disponer que oportunamente el Tribunal inferior
----- comunique las sentencias de condena e imposición de pena a la Auditoría General
de Asuntos Internos dependiente de la Secretaría de Seguridad y Justicia (conf. Ley S
4200 y Resolución N° 522/2009 del Ministerio de Gobierno de la provincia).- - - - -
- - - - - Sexto: Registrar, notificar y, oportunamente, devolver.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 6

SENTENCIA: 93

FOLIOS: 1172/1223

SECRETARÍA: 2