



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-129164-1

"Cano, Isaías Oscar Alejandro
s/ Recurso de queja"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala VI del Tribunal de Casación Penal rechazó el remedio de la especialidad interpuesto contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal N° 3 del Departamento Judicial Quilmes, que condenó a Isaías Oscar Alejandro Cano a la pena de once años de prisión, accesorias legales y costas, por hallarlo autor penalmente responsable de lesiones graves agravadas por el empleo de arma de fuego, en concurso real con homicidio cometido con dolo eventual y agravado por el empleo de arma de fuego (v. fs. 148/157).

II. Frente a ese pronunciamiento la defensa particular del acusado interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 160/180), el que fue declarado inadmisibile por el tribunal intermedio (v. fs. 194/196 vta.).

Ante ello, la defensa deduce recurso de queja (v. fs. 264/267 vta.), en tanto que ese Superior Tribunal decide declarar mal denegado el recurso regulado en el art. 494 del código ritual y procede a concederlo (v. fs. 270/271 vta.).

III. En primer término, denuncia la violación de los arts. 106, 210 y 373 del Código Procesal Penal, en relación con lo dispuesto en el art. 34 inc. 6 del Código Penal.

Menciona que el material probatorio fue

valorado en forma arbitraria y absurda, lo que llevó a que se descarte la causal de legítima defensa alegada en las instancias anteriores.

Alega que el tribunal de juicio sostuvo que no se estaba ante un caso de necesidad exculpante ya que si Cano puso en riesgo su integridad física ello habría sido a consecuencia de su actitud provocadora y que el tumulto de personas que se abalanzara sobre el acusado habría sido posterior al disparo de arma; en tanto que el órgano revisor rechazó su planteo y concluyó en forma dogmática que la agresión ilegítima que tornaría lícita la reacción defensiva no se desprende del plexo probatorio.

Aduce que, a contrario de lo dicho, se encuentra acreditado que existió una agresión ilegítima en virtud de que el grupo de personas que acompañaba a la víctima comenzó a golpear el automóvil del procesado, pese a que éste no era quien había agredido verbalmente a la novia de Moreyra; que cuando Cano desciende del vehículo se le abalanzaron varios sujetos que le impiden regresar al automotor, lo amenazan y lo acorralan; que luego de ello el acusado sacó su arma de fuego y efectuó dos disparos: uno al suelo y otro hacia las piernas de uno de los integrantes del grupo; y que a continuación Romero junto a otras seis personas se abalanzan sobre el imputado y lo tiran al suelo, propinándole golpes y tratando de arrebatarle el arma, momento en que se producen los disparos fatales hacia el damnificado.

Señala que de lo antes dicho se evidencia que Cano no se colocó en una situación de riesgo ya que sólo se defendió de los embates contra su vehículo y su integridad y que el exceso verbal cometido



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-129164-1

por su amigo en forma previa no fue ni siquiera consentido por el acusado. Por ello, sostiene que existió una agresión ilegítima por parte del damnificado y su grupo en superioridad numérica que ha tornado lícita la reacción del imputado, añadiendo que de la videofilmación obrante en autos surge la agresión en un lapso escaso de tiempo y que el informe de fs. 96 da cuenta que el fogonazo observado en la filmación se registró cuando Cano se encontraba en el piso siendo golpeado por cinco sujetos, independientemente de que el damnificado llegara primero.

De igual modo, manifiesta que respecto de la racionalidad del medio empleado por el acusado, que no fuera analizada por los sentenciantes, cabe decir que la defensa empleada resultó imprescindible para evitar la actividad agresiva de la víctima y su grupo de allegados que constituían una clara superioridad numérica.

Por otro lado, denuncia que se ha quebrantado el principio de la sana crítica (arts. 209, 210 y 211, CPP; 18 y 19, CN). Alega que en las instancias previas se tuvo por cierto que el acusado disparó a Romero cuando ambos se encontraban solos en el suelo y que a raíz de dicha situación luego se abalanzan sobre el acusado alrededor de cinco sujetos.

Vuelve a mencionar que de la videofilmación y del informe de fs. 96 surge que el fogonazo observado se registró cuando el procesado se encontraba en el piso siendo golpeado por cinco sujetos, añadiendo que el órgano casatorio afirma que los testimonios de Da Moraes y Ceballos apuntarían la hipótesis de que los disparos hacia Romero se

produjeron cuando el citado se encontraba solo y desarmado con el acusado en el suelo, entendiéndose que dicha circunstancia no surge de la enunciación de los testimonios efectuada en primera instancia ni de ninguna otra pieza procesal.

Peticiona se disponga la absolución del acusado.

En segundo lugar, denuncia la errónea aplicación del art. 41 bis del Código Penal y la transgresión de los principios de inocencia e *in dubio pro reo* (arts. 18 y 28, CN).

Alega que el art. 79 del digesto de fondo prevé implícitamente el uso de un arma de fuego; que del juego armónico de los arts. 104, 79, 84, 90 y 91 del Código Penal surge que se valora expresamente la utilización de tal adminículo en contra de una persona; y que el legislador originario no distinguió entre diversos medios comisivos del homicidio simple, y cuando sí lo hace a través de la norma en crisis se expresa en forma contraria al principio de razonabilidad y al mandado de *lex certa* (art. 28 de la CN). Solicita se descarte la agravante cuestionada y se reduzca la pena impuesta.

IV. El recurso no puede tener acogida favorable.

En lo que concierne al primer planteo, referido a la arbitrariedad fáctica y la inobservancia de lo preceptuado en el art. 34 inc. 6 del digesto de fondo, puede advertirse que el impugnante deduce cuestiones vinculadas con la valoración de la prueba y la fijación de los hechos, materias ajenas al acotado ámbito de competencia revisora conforme reza el art. 494



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-129164-1

del ritual. En este sentido, ha expresado ese Superior Tribunal que aquellos planteos que *"suponen una pura confrontación con la valoración probatoria tenida en vista (o, por el contrario, desconsiderada) en las instancias previas (...) no resultan materia asequible al acotado ámbito de conocimiento de esta Corte en el recurso de inaplicabilidad de ley"* destacando, además, que *"[e]n tal sintonía, resultan estériles los reproches contra la apreciación probatoria realizada por los órganos jurisdiccionales que intervinieron con anterioridad (ref., en particular, a la composición de la convicción del juzgador originario confirmada por el Tribunal de Casación al desestimar análogo planteo al introducido aquí)"* (cfr. causas P. 119.845, s. del 13/08/2014; y P. 120.281, s. del 31/08/2016; entre otras).

Ello no obstante, debo señalar que tampoco demuestra el quejoso que en el caso concurra un supuesto de arbitrariedad que permita excepcionar aquella regla, pues se limita a manifestar su disconformidad con el valor asignado a la prueba, cuestionando la suficiencia del material convictivo ponderado en las instancias anteriores, pero dejando sin rebatir en forma debida la concreta respuesta vertida, en este sentido, por el tribunal intermedio.

Al respecto ha expresado esa Suprema Corte, citando a la Corte Suprema de la Nación, que *"el objeto de la doctrina de la arbitrariedad no es corregir en tercera instancia fallos equivocados, sino cubrir los defectos graves de fundamentación o razonamiento que tornen ilusorio el derecho de defensa y conduzcan a la frustración del derecho*

federal invocado" (CSJN, "Fallos" t. 310, p. 234), afirmando que no consigue demostrar la existencia de la mentada arbitrariedad quien se limita a consignar su discrepancia con el pronunciamiento atacado, sin poner en evidencia la existencia de esos graves defectos de fundamentación o razonamiento en el fallo cuestionado (doct. art. 495 del CPP, causas P. 122624, sent. de 26/8/2015; P. 121.458, sent. de 10/8/2016; entre otras).

En efecto, el órgano casatorio expuso que: "[e]n cuanto a la hipótesis de legítima defensa, en primer lugar no se desprende de la materialidad ilícita acreditada. Además, fue sometida al conocimiento del tribunal de la instancia (cfr. fs. 35 vta./36) que la desestimó mediante argumentos que no han sido eficazmente desvirtuados en la presentación en trato (cfr. fs. 46/vta.). A ello se suma que los términos en que fue articulada en el recurso denotan su inconsistencia, lo que conduce a su desestimación (...) el recurrente sostiene que el encausado sufrió una primera agresión ilegítima cuando su auto fue golpeado, apoyándose en los dichos del testigo Lima reseñados en el veredicto, según los cuales 'el que ocupaba el lugar del acompañante discutió con algunos chicos que salían del baile, aclarando que le pegaron un par de patadas al auto'.// Pero señala que su defendido ha hecho caso omiso a esta primer agresión y, con base en el descargo que aquél efectuara al dar su versión de lo sucedido, refiere que fue ante una segunda agresión, consistente en 'ademanos de sacar un arma de fuego' por parte de Ramón Moreyra y que los compañeros de este decían 'sacala y ponela o algo como Tira Tira', y tras intentar prender el auto y escuchar



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-129164-1

'guarda que esta enfierrado', que decide descender del vehículo y extraer su pistola reglamentaria, lo que produce una tercera agresión, ya que los aludidos se le abalanzan para intentar sacarle el arma" (v. fs. 155 y vta.).

A ello agregó que: "[d]e la prueba disponible no surge ningún dato que corrobore ni brinde credibilidad respecto de la existencia de los invocados ademanes que insinuaban la portación de armas por parte de Moreyra y su grupo, menos aún los anuncios de que serían disparadas, tampoco el intento de encender o poner en marcha el vehículo para retirarse del lugar -haciendo notar el tribunal que la defensa optó por no convocar al debate a quienes acompañaban al inculcado en el momento de los hechos-, resultando acreditado, por el contrario, que la única persona que tenía un arma era Cano, que en ningún momento pudieron desprenderlo de ella y que fue él quien la accionó, primero contra el citado Moreyra y luego ultimando a Romero (...) la 'agresión ilegítima' que tornaría lícita una reacción defensiva en los términos del artículo 34 inciso 6 y 7 no se desprende del plexo probatorio, lo que obsta continuar el análisis respecto de los restantes requisitos de la justificante.// Asimismo los hechos fijados en el fallo descartan que Cano se haya visto en la necesidad de realizar la conducta por la que viene condenado al verse amenazado de sufrir un mal grave e inminente; el impugnante también para el sustento de este tópico supone una plataforma fáctica distinta a la que resultó acreditada en autos.// Sin perjuicio de ello, no puede soslayarse lo apuntado por el A Quo en cuanto a que si bien fue golpeado por varias personas ello no le ocasionó

más que lesiones leves, pudiéndose retirar sin problemas del lugar, y que era el único que contaba con un arma de fuego, la que no [...] volvió a accionar en el momento en que recibía el mayor ataque, consideraciones adicionales que tampoco han sido desvirtuadas en la impugnación" (v. fs. 155 vta./156).

Igualmente, es dable destacar que en forma previa a abordar en forma específica la hipótesis de legítima defensa, el órgano casatorio había descartado los embates contra la plataforma fáctica deducidos por la parte, donde expuso que el tribunal de juicio dejó sentado que la visualización lenta (cuadro por cuadro) de la videofilmación permitió establecer que en el momento en que la víctima Romero recibió los dos impactos mortales se encontraba solo y desarmado frente a su agresor; que de los dichos de los testigos De Moraes y Ceballos se desprende la misma conclusión (v. fs. 151 y vta.); y que *"...el tribunal sentenciante a partir de la observación detallada de la filmación que registró el momento en que Romero y Cano, armado con su pistola reglamentaria en una mano, se trezcan en lucha y caen al suelo, determinó que el último efectuó en ese momento los disparos que a la postre causaron la muerte del primero, antes de que se sumaran a la gresca -inmediatamente, por cierto- Moreyra -ya herido- y los miembros del grupo..."* (v. fs. 151 vta./152).

De lo reseñado, se advierte que la alegada arbitrariedad o absurdo del fallo del tribunal intermedio en cuanto confirmó, por los argumentos citados con anterioridad, la decisión que determinó la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

**PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA**

P-129164-1

aplicación del art. 79 del digesto de fondo y descartó lo estipulado en el art. 34 inc. 6 de igual cuerpo legal no se corresponde con lo efectivamente decidido, en tanto que el órgano casatorio sustentó su postura dando fundamentos bastantes sobre el punto y la inteligencia determinada, estimo, no desborda el marco de las interpretaciones posibles. A mi modo de ver, la defensa se ha limitado a postular una crítica parcial de los diferentes elementos convictivos valorados, dejando de lado el necesario análisis global de los mismos y sin detenerse a refutar en forma eficaz los sólidos fundamentos desarrollados por el sentenciante.

En definitiva, la parte ensaya hipótesis fácticas fundadas en su particular valoración de la prueba que no demuestran la existencia de los vicios que denuncian si se tiene en cuenta que el tribunal revisor tuvo en cuenta los materiales probatorios utilizados en el juicio, se centró en los hechos de la causa y enfocó el conflicto individual y concreto. Decaen, entonces, los planteos referidos a que el Tribunal de Casación efectuó afirmaciones dogmáticas o apartadas de las constancias del expediente.

En esa línea, ha dicho esa Suprema Corte que *"...si bien la sentencia de condena sólo puede ser el resultado de un convencimiento que esté más allá de toda duda razonable acerca de la responsabilidad del encausado por un hecho punible, no basta la invocación de cualquier versión contrapuesta sobre la fijación de los hechos para objetar el análisis de la prueba a tenor del principio favor rei, si no es*

posible poner en evidencia que el análisis razonado y detenido de toda la prueba en conjunto impide alcanzar ese grado de convencimiento, de modo de habilitar a cuestionar esa certeza subjetiva (...) (P. 103.093, resol. 14/7/2010; P. 112.761, resol. del 19/IX/2012; P. 112.573, resol. del 19/XII/2012; P. 113.417, resol. del 10/IV/2013; P. 115.269, resol. del 27/XI/2013; e/o)" (conf. causa P. 119.733, sent. de 2/7/2014).

Finalmente, caber acotar que la decisión criticada cuenta en el punto con la debida fundamentación exigida constitucionalmente no dándose, en consecuencia, ninguno de los supuestos que configurarían una sentencia arbitraria. Es decir, no se advierte que en el fallo cuestionado el tribunal se haya apartado inequívocamente del derecho aplicable, haya incurrido en omisiones sustanciales, sea una sentencia carente de fundamentación o basada exclusivamente en la opinión subjetiva de los juzgadores (conf. op. en causas P. 83.926, del 8/7/2003, y P. 88.581, del 15/09/2004; entre otras).

En lo tocante a la denuncia de errónea aplicación del art. 41 bis del Código Penal, estimo que el planteo resulta extemporáneo al no ser incoado en el recurso de casación (v. fs. 55/100 vta.).

Tiene dicho esa Suprema Corte que si se introduce de manera novedosa ante esa sede un tópico que no ha sido llevado a conocimiento de la instancia revisora el planteo formulado ante la instancia extraordinaria resulta intempestivo (conf. causas P. 94.431, sent. de 1/11/2006; P. 90.955, sent. de 20/12/2006; P. 101.265, sent. de 30/3/2011; P.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-129164-1

109.958 sent. de 5/10/2011; entre muchas otras), destacando puntualmente que las pretensiones que son fruto de una reflexión tardía no pueden ser introducidas originariamente ante esa Corte (cfr. P. 109.482, sent. de 11/7/2012 y sus citas).

Sin perjuicio de ello, considero oportuno recordar que ha señalado reiteradamente esta Procuración General que la agravante que prevé el art. 41 bis del C.P. resulta aplicable en los casos en que el tipo objetivo requiere la concurrencia de violencia o intimidación y ésta se concrete mediante el uso de un arma de fuego. El tipo penal del homicidio simple, figura en la que se ha sustentado la condena que viene recurrida, no contempla para su tipificación la utilización de armas, ni de fuego ni de otra especie. Ello resulta indudable no sólo a partir del estudio de la figura básica, sino teniendo en cuenta que en los casos en que el legislador pretendió establecer una figura agravada por el medio empleado para causar la muerte, lo hizo de manera expresa, como surge de los incs. 2 y 5 del art. 80 del Código Penal.

El encuadramiento legal de los hechos bajo juzgamiento en las previsiones del delito de homicidio simple, incrementándose la escala penal correspondiente de conformidad con lo preceptuado por el art. 41 bis, no revela en modo alguno una doble valoración toda vez que la figura básica del homicidio no contiene referencia alguna a la utilización de un arma de fuego.

En el mismo sentido ha expresado ese Superior

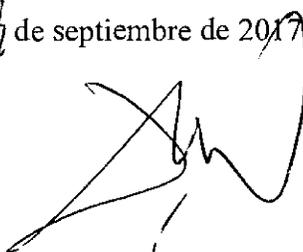
Tribunal que: "[d]ado que la figura contemplada por el art. 79 del C.P. no alude a ningún medio ejecutivo en particular, el empleo de un arma de fuego para cometer el homicidio queda captado por el art. 41 bis, que agrava la escala penal y deja el caso fuera del alcance de la excepción del segundo párrafo" (causa P. 113.339, sent. de 18/6/2014).

Asimismo, ha dicho esa Corte que: "[e]l delito de homicidio ha sido, particularmente, uno de los tenidos en mira por el legislador al dar fundamento a la incorporación de esta circunstancia agravante en la Parte General del Código. Así, al defenderse en el Senado la sanción del art. 41 bis el miembro informante dijo, invocando como fuente ciertas estadísticas que daban cuenta del aumento de la utilización de armas de fuego en la comisión de delitos con violencia o intimidación, que uno de tales ilícitos era el homicidio, pues el 95% de ellos se comete con armas de fuego, justificando el fundamento de la agravante en la 'mayor contundencia' de las de ese tipo y el mayor poder de vulnerabilidad sobre las víctimas" (P. 120.686, sent. de 24/5/2016).

Por lo dicho, el agravio no puede tener acogida favorable.

V. En razón de lo expuesto, estimo que esa Suprema Corte debería rechazar el recurso deducido.

La Plata, 19 de septiembre de 2017



Julio M. Corte-Grand
Procurador General