



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

"Registrado bajo el Nro. 729 Año 2019"

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, Sede de la Sala I del Tribunal de Casación Penal (Cf. R.C. 1805 de la S.C.J.B.A.), el 16 de julio de 2019 se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores jueces doctores Daniel Carral y Ricardo Maidana (art. 451 del Código Procesal Penal), con la presidencia del primero de los nombrados, a los efectos de resolver la Causa N° 90737 caratulada "BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO DE CASACION" acum. 96639 "BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO DE QUEJA (ART 433 CPP)", conforme al siguiente orden de votación: MAIDANA - CARRAL.

ANTECEDENTES

El 26 de marzo de 2018, el Tribunal en lo Criminal n° 5 del Departamento Judicial San Isidro condenó a Gastón Roberto Berganza a la pena de veinticuatro (24) años prisión, accesorias legales y costas, como autor penalmente responsable del delito que -por mayoría- se establece como homicidio simple agravado por haber sido cometido mediante el uso de arma de fuego en perjuicio de Diego Ignacio Feinmann; homicidio simple agravado por haber sido cometido mediante el uso de arma de fuego en grado de tentativa en perjuicio de Iván Skowronski, y portación ilegal



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I**

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

de arma de guerra atenuada, en perjuicio de la seguridad pública, por los hechos ocurridos el día 20 de noviembre de 2015 a las 00:35 horas aproximadamente, en Ruta 8 casi esquina San Martín de la localidad y partido de Pilar (arts. 5, 12, 19, 29 inc. 3, 40, 41, 41bis, 42, 44, 45, 55, 79 y 189 bis inc. 2° párrafo 5°, CP; fs. 204/347vta.).

Por otra parte, el 12 de marzo de 2019, la Sala III de la Cámara de Apelación y Garantías del Departamento Judicial San Isidro, no hizo lugar al recurso de apelación deducido por la defensa y confirmó la resolución del Tribunal en lo Criminal interviniente que había rechazado aplicar a Gastón Roberto Berganza una medida morigeradora de la prisión preventiva (fs. 1/10vta., c. 96639).

Contra dichos pronunciamientos, el Defensor Particular, Dr. Rodrigo Leandro González, interpuso recursos de casación, respectivamente a fs. 18/66 y 11/21 (c. 96639), resultando en la instancia concedido el primero (fs. 350/vta.) y declarado inadmisibile el segundo (fs. 22/23, c. 96639), motivando este último la queja obrante a fs. 24/30 (c. 96639).

Ingresados los legajos a la Sala con fecha 20/11/2018 y 23/5/2019, habiéndose celebrado la audiencia de



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I**

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

informes del artículo 458 del CPP el 7/5/19 (fs. 445/448),
acumulados los recursos con fecha 4/6/2019 (fs. 478), y
encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, se
dispuso plantear y resolver las siguientes:

CUESTIONES

Primera: ¿Es admisible el recurso de
casación interpuesto?

Segunda: En caso de ser positiva la
respuesta a la cuestión anterior, ¿es procedente el recurso
de casación?

Tercera: ¿Es procedente la instancia de
queja?

Cuarta: ¿Qué pronunciamiento corresponde
dictar?

A la **primera** cuestión planteada, el señor
juez, doctor **Maidana**, dijo:

Habiendo sido interpuesto el recurso de
casación por quien se encuentra legitimado, en debido tiempo
y contra un pronunciamiento definitivo de juicio oral en
materia criminal, se encuentran reunidos los recaudos
formales y satisfechos los requisitos de admisibilidad
previstos legalmente (arts. 18 y 75, inc. 22, CN; 14, n° 5,



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I**

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

PIDCP; 8, n° 2, h, CADH; 20 inc. 1, 450, primer párrafo, 451, 454, inc. 1, CPP).

Voto por la **afirmativa**.

A la misma **primera** cuestión el señor juez doctor **Carral** dijo:

Adhiero al voto del doctor Maidana en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la **afirmativa**.

A la **segunda** cuestión el señor juez doctor **Maidana** dijo:

Sostiene el impugnante que la defensa no discute la participación de Gastón Berganza en los hechos que se investigaron, pues el propio imputado narró lo sucedido y admitió haber realizado los disparos que impactaron sobre el cuerpo de Feinmann y sobre el rodado Fiat Siena dominio OCM-855. Dice que la sentencia no resulta válida ya que sus fundamentos parten de una base errónea que la torna arbitraria, defecto que se traslada al momento de valorar la prueba producida y desde allí *"a considerar que [su] asistido actuó en forma antijurídica y culpable"*. Expresa que en el mejor de los casos se condena a su defendido ante situaciones de duda objetiva, presencia de hipótesis desincriminatorias serias, verificadas y no destruidas por la acusación,



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I**

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

apelando a una fragmentación absolutamente parcializada de la prueba, en franca transgresión al principio de congruencia que deriva del art. 18 de la CN. En esta línea, tras esquematizar el grupo de testigos sobre los que gira la reconstrucción de lo sucedido y reseñar sus declaraciones, afirma que resulta imposible establecer con certeza si el grupo que salía del restaurante *"supo de inmediato que el grupo de ataque era encabezado por Feinmann o como sostienen las personas atacadas pensaron que estaban siendo víctimas de un intento de robo o secuestro extorsivo"*. Refiere que igualmente ello resulta irrelevante a los efectos de la aplicación al caso de la eximente legítima defensa. Alega que es imposible desconocer el ataque perpetrado por Feinmann y que del mismo participaron Lapenkov y Skowroski, por lo que el testimonio de éstos últimos, en que se sustenta el fallo atacado, no resulta desinteresado. Cuestiona el alcance dado por el A Quo al careo entre Alayón y Lapenkov. Agrega que el abordaje planificado y sorpresivo llevado a cabo por tales sujetos contra Feinman y Alayan, la madre del primero y la hija de la segunda, no solo resultó una agresión ilegítima y de mucho mayor entidad que la considerada por el Tribunal de grado, atento, por ejemplo, a los antecedentes de violencia de género de Feinmann y que no quedó descargado que



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

este último no tuviera un arma, sino que el medio empleado para repelerla cumple con el recaudo de necesidad racional requerido por el art. 34 inc. 6 y 7 del CP. Sostiene que huir, que para los jueces es lo que debió haber hecho Berganza, no es una salida exigida legalmente, ni por la doctrina y la jurisprudencia, a la vez que en el singular, básicamente por la posición de los autos, hacerlo resultaba dificultoso y peligroso. Invoca lo resuelto en el marco de la causa con fecha 23/12/2015 por el Juez de Garantías Dr. Nicolás Ceballos, que fuera confirmado por lo Cámara; jurisprudencia del Tribunal Superior Español citada por el doctor Carral en la causa "O F L s/ recurso de casación interpuesto por el Fiscal de Juicio", de fecha 24/04/2010, y la obra de Jorge de la Rúa. Por otra parte, postula que *"si se considerase que [su] ahijado procesal en su obrar habría excedido los límites impuestos por la ley o por la necesidad debería habérselo condenado a la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia"*. En otro orden, reseña los motivos por los cuales *"debemos creer en Berganza acerca de que supuso que su vida y la de sus acompañantes estaba en juego (y vaya si lo estaba)"* y en función de ello sostiene que *"si la duda beneficia al imputado en última instancia estamos en posición de sostener que Berganza habría actuado inmerso en un error*



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

de prohibición indirecto invencible, lo cual excluye la culpabilidad". En subsidio, objeta, por excesiva, la pena impuesta, denunciando que ha sido fijada mediando "fundamentación aparente", habiéndose eludido en el fallo dar cuenta de todos los atenuantes alegados por la defensa (tanto para considerarlos como para desestimarlos) y, a la par, se otorgó preeminencia a los agravantes cuando se verifican mayores y mejores circunstancias atenuantes que agravantes. Cierra el recurso con transcripción del fallo "Carrera" de la CSJN, a fin de destacar que no se persigue una nueva valoración de la prueba sino la revisión de la sentencia casada por resultar abiertamente arbitraria por fundamentación aparente. Solicita se haga lugar al recurso por los fundamentos expuestos, casándose la sentencia en los términos desarrollados. Hace reserva del caso federal.

El codefensor, doctor Mariano H. Silvestroni, en su memorial de fs. 453/470, complementario de lo que expusiera en la audiencia del art. 458, hace referencia al "contexto fáctico" y resalta que el problema de la sentencia finca en que se inclina por las opciones sobre las circunstancias en que sucedieron los hechos más gravosas para el imputado, *"siempre creyendo la versión de los agresores (y descreyendo de la de los agredidos), y sin dar*



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

razones ni fundamentos racionales, y en una clara violación del principio constitucional de inocencia". Luego, aborda los que considera "*Vicios de razonamiento y fundamentación*" en el pronunciamiento atacado, destacando que la sentencia examina la prueba de forma genérica, parcial y desordenada, sin desarrollar una valoración razonada que le permita tener por ciertos los hechos decisivos del caso. Denuncia la omisión del A Quo de valorar los alegatos y discusiones de las partes, como la de observar el análisis estratificado de la teoría del delito. Alega "*violación del principio de inocencia, del in dubio pro reo y de las reglas sobre la carga de la prueba*", con inobservancia de los resuelto por la CSJN en "*Vega Giménez*" (329:6019). Plantea la "*violación grosera de la prohibición de múltiple valoración a partir de la implicancia jurídica que se otorga al arma utilizada por Berganza*". Por otra parte, denuncia la "*[i]nobservancia de la dogmática de la legítima defensa y eximentes y atenuantes afines*" (fs. 463/468vta.), incluyendo la objeción a los argumentos por los cuales fue desestimado también en el fallo "*el exceso en la justificante (art. 35 CP)*", y dedicando apartados propios sobre "*la legítima defensa putativa*" y "*el exceso en el marco de la eximente putativa*". Plantea luego, en el marco de lo que denomina "*[o]tros errores jurídicos de*



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

la sentencia", la procedencia del "concurso ideal" en desmedro del de tipo real adoptado en la sentencia; la errónea aplicación de la agravante genérica del art. 41 bis del CP, y arbitrariedad en la individualización de la pena (arts. 40 y 41, CP), atribuyendo esta última a que la evaluación de las severizantes y atenuantes se realizó de forma previa a la subsunción legal respecto de cada tipo penal en particular, como de sus calificantes y de las reglas concursales. Además, advierte la violación de la prohibición de la múltiple valoración al haberse computado como aumentativo de pena el empleo del arma utilizada, y cuestiona que se haya tenido por tal a "*las presuntas amenazas al agresor Skowronski*".

El Fiscal Adjunto de Casación, Dr. Jorge Armando Roldán, propicia el rechazo del recurso, aunque con una reducción proporcional de la pena impuesta por aplicación como atenuante del contexto de violencia de género existente (cfr. fs. 438/444 y 447).

El Particular Damnificado se pronunció por la confirmación de la sentencia (cfr. fs. 447/vta. y 471/475vta.).

Con independencia de la garantía procesal que conduce a la exigencia de la necesidad de la doble



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I**

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

conformidad judicial para ejecutar la pena si el condenado lo requiere, la circunstancia de ponerse en juego otra garantía como la del juicio público, única base de la condena, determina que, en el caso de no haberse observado el debate, no es posible controlar la valoración de la prueba practicada en el transcurso de la audiencia si el Tribunal diera cuenta circunstanciada de su empleo, para tener por acreditado cualquiera de los extremos de la imputación.

Los arts. 8.2.h de la Convención y 14.5 del Pacto exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad (arts. 8.5 de la Convención Americana y 14.1 del Pacto), sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento, se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso, con lo que, no existe una incompatibilidad entre el debate y la revisión amplia en casación, ambos son conciliables en la medida en que no se exagere el resultado de la inmediación.

Limitados de tal modo los motivos de agravio consignados por el impugnante, el conocimiento del proceso



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

se circunscribirá a lo que fuera expuesto (art. 434 y ccs., CPP; v. TCPBA, Sala I, c. 77.217, "*Sosa, Leandro Ezequiel s/ Recurso de Casación*", sent. del 06 de julio de 2016, reg. 558/16; c. 79.219, "*Amarilla Bruno Ezequiel s/ Recurso de Casación*", sent. del 15 de noviembre de 2016, reg. 973/16; c. 79.427, "*Díaz Nuñez, Jonathan Gonzalo s/ Recurso de Casación*", sent. del 15 de noviembre de 2016, reg. 979/16; entre muchas otras).

El A Quo tuvo por acreditado lo siguiente:

"Que el día 20 de noviembre del año 2015 siendo aproximadamente las 00:30hs., en la intersección de la Avda. Arturo Illia (ex Ruta 8) casi esquina San Martín de la localidad y Partido de Pilar, de la Provincia de Buenos Aires, el aquí imputado, Gastón Roberto BERGANZA, -quien se encontraba junto a su progenitora, su entonces pareja y una menor de edad en el interior del automotor marca BMW, modelo M5 con dominio colocado PCQ-061-, el cual se hallaba estacionado frente a la Concesionaria de automóviles "Ferraroti", y en circunstancias que se disponía a retirarse del lugar, se acercó una persona de sexo masculino, -luego identificado como Diego Ignacio FEINMANN-, quien comenzó a golpear la puerta del rodado del lado del conductor al tiempo que le gritaba "bajate hijo de puta, cagón" (sic), momento



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

en que el aquí compareciente, -quien se hallaba sentado al volante-, sin mediar palabra alguna, bajó unos centímetros el vidrio de la ventanilla y desde el interior del vehículo haciendo uso de una pistola de su propiedad, semi-automática marca Glock, modelo 23 gen 4, Austria 40, calibre 3,57 SIG, serie Nro. RSR877 con numeración L66817, en cuyo interior poseía cargador marca Glock Post Nro. 9.13.94 para trece cartuchos, conteniendo 12 municiones marca S&S del calibre 3,57 de punta chata, y una munición similar en recámara, la que llevaba consigo dentro del automotor y portaba sin la debida autorización legal, con la clara intención de quitarle la vida, advirtiéndole que Diego FEINMANN estaba desarmado, efectuó tres disparos certeros de arma de fuego dirigidos hacia zonas vitales de su cuerpo que impactaron, uno de ellos a la altura del tórax, otro en la zona abdominal y el tercero en el miembro superior derecho, provocando heridas de tal gravedad y magnitud que casi en forma instantánea le ocasionaron la muerte. Sin solución de continuidad, al verificar que a varios metros de distancia se hallaba otra persona de sexo masculino (identificada luego como Iván SKOWRONSKI), quien se encontraba sentado en el asiento del conductor dentro del automotor destinado a taxi, marca Fiat Siena con dominio colocado OCM-855, -quien en ningún momento



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

descendió del vehículo de modo que no representaba amenaza o riesgo alguno para su vida o la de terceros-, el aquí imputado sin más y con idéntica intención de quitarle la vida, efectuó otros tres disparos de arma de fuego, hacia dicha persona, no logrando su cometido por razones ajenas a su voluntad, dado que Iván SKOWRONSKI al escuchar los disparos que anteriormente se efectuaron hacia FEINMANN, protegió su cuerpo contra la puerta del lado del conductor a fin de resguardarse, no sufriendo herida alguna pese a que los proyectiles disparados impactaron en la puerta trasera derecha; en la carrocería en el lado del conductor precisamente a la altura del embrague del vehículo donde se hallaban los pies del nombrado (previo atravesar el asiento del acompañante), y en el tablero del habitáculo del conductor a la altura del velocímetro a escasos centímetros de su cabeza, para luego darse a la fuga a alta velocidad del lugar” (fs. 206/207).

El recurso no ha de prosperar.

La pretensión principal traída en la impugnación -con eje en la denuncia de arbitrariedad del pronunciamiento atacado-, apunta a la absolución o a una condena según la escala penal reducida del homicidio culposo, con base en que los hechos desplegadas por Berganza



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I**

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

constituyen un caso de legítima defensa -con invocación del art. 34 incisos 6 y 7-, CP-, o de exceso en dicha causa de justificación -con cita del art. 35, CP-, o bien han de considerarse inmersos en la figura del "error de prohibición indirecto invencible" (art. 34 inc. 1, CP), y ello a partir de la versión brindada por el encausado y la correcta apreciación de las probanzas disponibles, conforme a las reglas de la sana crítica y la aplicación del principio *in dubio pro reo*. Como pretensión secundaria, se plantea la disminución de la pena impuesta, cuya determinación se tilda de excesiva e infundada.

Así, no se observa de la lectura del recurso ninguna crítica ni desarrollo concreto, aún a título subsidiario, sobre las calificaciones legales adoptadas en la sentencia (homicidio simple agravado por haber sido cometido con el empleo de un arma de fuego, consumado y tentado, en perjuicio, respectivamente, de Feinmann y Skowronski -arts. 79, 41 bis y 42, CP- y portación ilegal de arma de guerra atenuada -art. 189 bis inc. 2 párrafo 5°, CP-), ni en torno al tipo de concurso dispuesto (art. 55, CP), como tampoco sobre la procedencia de la agravante genérica del art. 41 bis del CP, o de cualquier otro supuesto eximente o atenuante de punibilidad distinto a los ya mencionados.



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I**

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

Sentado lo expuesto, he de señalar que no se advierte déficit de motivación, insuficiencia ni absurda valoración probatoria, defecto alguno en el razonamiento del juzgador, ni que pueda tildarse de arbitraria o carente de rigor lógico a la resolución atacada, la que se encuentra sobradamente fundada en las premisas que señala y la conclusión lógica a la que arriba.

La sólida fuerza probatoria que el *A Quo* otorga a la declaración de Lapenkov para la reconstrucción de los aspectos esenciales de los hechos, encuentra explicación y se asienta, en que su testimonio en tramos relevantes y significativos, guarda correspondencia con lo informado por otras fuentes de convicción que no han sido objetadas, principalmente de carácter pericial, y aún con dichos del propio inculpado y de su acompañante Laura Alayón, según se reproduce en el veredicto sin mediar al respecto tampoco concreta refutación en la impugnación interpuesta.

Además, del cotejo de la plataforma fáctica así edificada, con la coartada ofrecida por Berganza -tendiente a justificar o exculpar haber efectuado los disparos mortales contra Feinmann y los que impactaron en el automotor que ocupaba Skowronski-, queda de manifiesto la falta de sustento de esta última y consecuentemente la



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

improcedencia de las pretensiones que la presuponen con invocación de lo normado por los artículos 34, incisos 1, 6 y 7, y 35, del CP.

En efecto, Vadim Lapenkov al abordar en su relato los momentos cruciales del suceso, declaró que Diego Feinmann salió corriendo cuando los ve venir, estaría a quince metros del auto cuando se produjo el primer contacto visual, Berganza arrancó, Diego le pateó la puerta y gritaba "bajate cagón", "[v]e que baja el vidrio, unos quince centímetros y desde ahí asomó la pistola", "[c]uando sacó la pistola le tiró un tiro en el pecho", los disparos fueron "el primero en el medio del pecho, en la boca del estómago y salía sangre por la espalda" (fs. 228 y 231vta.).

Diego Villarruel, Jefe de Policía Científica, Perito en Balística, Perito Mecánico Armero y Técnico en Balística con orientación en Laboratorio Químico Pericial, señaló en el debate que al inspeccionar el BMW en el sector de la ventanilla del conductor, constató que el "...burlete, el borde superior, estaba vacío, ... estaba limpio", es decir que, "debido a la ausencia de fragmentos de cristal en la ventanilla al momento de la rotura... el vidrio no estaba cerrado completamente", precisando que "la apertura del vidrio y su laminado al momento de practicar la



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I**

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

labor era de aproximadamente entre cinco y siete centímetros", que el laminado era más grueso de lo normal, "un puño no lo rompe, el codo no lo rompe", encontró "un impacto en el vidrio del conductor", "[l]a placa no resistió el disparo", "el disparo es de adentro hacia afuera por el cono que hace el vidrio, se genera un cono inverso al lado del que viene el proyectil. El cono de fragmentación determina que el disparo fue de adentro hacia afuera" (fs. 238vta./239vta.).

El propio imputado en su versión de los hechos brindada en la Fiscalía durante la etapa de investigación penal preparatoria e incorporada por su lectura al debate, reconoce que la persona que le golpeaba el vidrio (Lapenkov -también Skowronski- dice que en vez del vidrio Feinmann lo que golpeaba era la puerta) "le gritaba: "bajate...hijo de puta...bajate" (fs. 304vta.) -lo mismo dijo Laura Alayón: "escuchó con la patada que dijeron 'bajate hijo de puta'", cfr. fs. 270vta.-, aclarando que "[e]n ningún momento el agresor le dijo que era un robo o un asalto" (fs. 306), y sosteniendo que "por los golpes el vidrio se astilló y quedó como una "L". Cuando cayó el vidrio fue que efectuó el primer disparo" (fs. 305vta.), "...acciona la corredera y en ese momento le rompen el vidrio... [p]or el reflejo cerró



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I**

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

los ojos y bajó la vista porque le cayeron vidrios y sintió que le dispararon con gas pimienta en el rostro y la peor parte se la llevó su madre a quien le dio directamente en la cara... Vio a un sujeto que lo quiere manotear de la cabeza "como para sacarme del auto" (sic), es ahí cuando efectuó el primer disparo... seguía al lado del auto por lo que él efectuó dos disparos más, seguidos..." (fs. 304).

El primer contacto que tiene Berganza luego de efectuar los disparos es con Cristian Flamini y Daniel Pereyra, a quienes hace señas para que se detengan cuando éstos transitaban en el móvil del Servicio de Apoyo Municipal (SAP).

Flamini declaró que el encausado "estaba normal, no muy nervioso", que le dijo "...le quisieron robar... y él estaba armado... que le habían pateado el vidrio del auto" y "haber efectuado tiros al aire". Manifestó el testigo que "[e]l vidrio del lado del conductor estaba roto. Se sostenía por el polarizado, estaba caído hacia el lado de afuera. Es muy difícil romper el vidrio de un BMW de una patada" (fs. 219/vta.).

Pereyra, por su parte, mencionó que, en esa ocasión, el inculpado expresó que "dos sujetos le habían querido cometer ilícito, se defendió e hizo dos disparos de



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

arma de fuego al aire", que "le quisieron robar y él efectuó dos disparos de arma de fuego en su defensa, dos tiros al aire", "que estaba dentro del auto, abrió la puerta y tiró dos tiros al aire", de modo similar a Flamini sostuvo que Berganza "estaba tranquilo" (fs. 220/221).

El Subcomisario Gustavo Orecchia Farías, declaró, al igual que Flamini, pero ya estando el BMW en la comisaría, que *"tenía rotura del vidrio de la puerta del chofer, caído por el laminado antivandálico" (fs. 213), "era la mitad de la ventanilla del laminado caído hacia afuera" (fs. 213vta.), y que en la seccional policial Berganza, "sentado en la oficina de judiciales, un poco 'shockeado' por el hecho que le habían querido robar", dijo "que al salir de 'Fetuchini' se le acercó una persona que no podía reconocer y le rompió el vidrio, el vidrio de su lado y le iba a robar, por lo que él le efectuó disparos de arma de fuego, tenía el vidrio un poco bajo y disparó a través del vidrio a alguien parado que no sabía quién era" (fs. 212vta./213).*

De lo expuesto se colige, en línea con lo establecido por el Tribunal de grado, que si el vidrio de la ventanilla del BMW correspondiente a la puerta del lado ocupado por Berganza como conductor del rodado, hubiera sido roto por Feinmann al golpearlo desde el exterior del



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I**

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

automotor, debieron encontrarse restos de vidrios en el burlete superior y haber caído el laminado hacia el interior del vehículo. La ausencia de lo primero indica que la ventanilla estaba baja al romperse -estimándose según la inspección técnica entre cinco y siete centímetros, y en quince conforme la percepción de Lapenkov- y lo segundo que la rotura se generó desde el interior, concretamente, a partir de un disparo efectuado por Berganza que la atravesó.

Consecuentemente, Berganza no efectuó el primer disparo cuando cayó el vidrio, ni cuando alguien "que no reconoció" le quiso manotear para sacarlo del auto, ni cuando cerró los ojos y bajó la cabeza porque le cayeron vidrios, ni descendió del auto y tiró tiros al aire para defenderse de un robo.

Por el contrario, de lo hasta aquí expresado y de otras pruebas no objetadas por las partes (v. gr., relativas al arma y munición utilizada, heridas producidas descriptas en la autopsia), surge que frente a la provocación de Feinmann para que se baje y lo enfrente cara a cara, golpeándole a tal fin la puerta y aún la ventanilla gritándole "bajate hijo de puta" o "bajate cagón" o ambas cosas, Berganza le ejecutó tres disparos a la zona central de su cuerpo, uno atrás de otro, con una de las mejores armas de fuego cortas



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I**

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

semiautomáticas que ofrece el mercado, cargada con proyectiles especiales de punta chata, para cuya portación no estaba legalmente autorizado, de un modo y a una distancia, que denotan el inequívoco propósito de quitarle la vida.

Entonces, no aparece controvertido que Feinmann ni bien vio salir a Berganza del restaurante procuraba, al lanzarse del taxi aún en movimiento, dejando incluso la puerta abierta, interceptarlo antes que suba al BMW o bien antes que se vaya, y enfrentarlo cara a cara al gritarle "bajate...", y tampoco lo está que ello lo hizo movido por la disputa que pretendía entablar en torno a Laura Alayón, en razón de su obsesión con ella y no querer o poder aceptar que había terminado la relación de pareja que habían tenido.

Esta última situación -aceptada, intentándola interpretar a su favor, por la Defensa-, era bien conocida por Berganza, tanto a través de Alayón, como por haber recibido material alusivo en su Facebook particular, y en función de que su entorno más cercano, concretamente su secretaria personal, Yésica Bonifaci, y su contador, Enrique Darío Shaferstein, lidiaba con los numerosos e insistentes llamados que Feinmann efectuaba



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I**

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

pidiendo hablar con él y estaba al tanto del video que había hecho circular entre los empleados y clientes de la empresa.

Alayón declaró que Berganza "... *sabía de las denuncias..., la tranquilizaba..., le decía que iba a conocer otra persona y se le iba a pasar*", y que sabe que Feinmann se contactó por Facebook con BERGANZA y a la empresa, y que mandó unos archivos con videos y fotos de ambos a todos los empleados y clientes de Berganza, "[e]ran... *fotos y videos íntimos*" (cfr., en particular, fs. 267).

Berganza mismo, manifestó "*que recibió vía Facebook un link con un video de FEINMANN teniendo relaciones sexuales con su novia*" y que a razón de ello lo bloqueó de su red social (fs. 305).

Yésica Bonifaci, dijo que los llamados eran directamente a su interno, llegó a comunicarse "*hasta treinta veces en un día*", "[p]edía hablar con BERGANZA", Gastón le había solicitado que no le pasara las llamadas, "*FEINMANN a toda costa quería hablar con él*", le dijo que "*era una ex pareja de su actual novia*". Relató que recibieron en la empresa "*videos sexuales de contenido explícito, de él con su ex novia*", que se replicaron en toda la base de datos de clientes. Aclaró que "*cuando abrieron el link, se investigó quién era y se determinó que era FEINMANN*", que los clientes



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

llamaban y decían haberlo recibido, que *"toda la empresa lo recibió"*, *"cada empleado"*, y que a Berganza se informó de la llegada de los videos (fs. 251/253vta.).

En igual sentido declaró en el debate el citado contador Enrique Darío Shaferstein (fs. 253vta./255vta.)

Desde esta perspectiva, por otra parte, se estableció que no escapó a la percepción de Berganza que quien se le aproximaba increpándolo era Feinmann, a partir del claro testimonio de Lapenkov, resultando relevante al respecto, para los jueces, en el marco de la inmediación del debate, el careo que mantuvo con Alayón, pues *"al haber insistido en punto a que habían sido vistos por el grupo de BERGANZA, la testigo de mentas bajó la cabeza y no refutó dicha aseveración"* (cfr. fs. 295vta.), resultando una apreciación que las conjeturas ensayadas por la defensa no logran conmover.

Frente al descripto abordaje altanero de Feinmann desafiándolo a que bajara del auto mediante insultos y golpes al vehículo, la respuesta de Berganza fue la mortal ejecución antes referida, y de seguido -antes de retirarse raudamente dando marcha atrás-, disparar varias veces más la Glock hacia donde estaba el taxi con su chofer.



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

Cabe mencionar en torno a dicho último episodio, que a partir de la pericia balística llevada a cabo y las explicaciones de su autor, Hugo Chicahuala, se estableció, con relación a la dirección de los tres disparos constatados, que dos *"iban hacia un mismo punto, cruzaban el taxi hasta donde estaba el punto del conductor"* (fs. 289vta.), y que aún sin pasar por la posición del conductor (fs. 289), uno de los proyectiles produjo la rotura de la costura del protector del volante (fs. 288). Además, atravesaron el respaldo del asiento delantero del lado del acompañante e impactaron en el tablero del rodado.

En el taxi se encontraba Skowronski, que al escuchar los disparos dirigidos a Feinmann buscó protegerse recostándose sobre una puerta del vehículo de alquiler. Concretamente declaró, *"se quedó tirado sobre su puerta y escucha el ruido de la rotura...del tablero"*, luego el otro auto se fue y recién ahí me bajo del auto. *"El disparo que pasa en diagonal fue a través del asiento, él estaba al lado guarecido. Él se cubrió para el lado correcto, a la izquierda, gracias a Dios, las balas entraron las dos por el mismo lado, no por el que él estaba. Se encontraba a escasos centímetros del volante"*. (cfr. fs. 233vta. y 235).



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

Sobre la base expuesta cabe confirmar la conclusión del A Quo en cuanto a que Berganza luego de ultimar a Feinmann, *"disparó tres veces más, esta vez contra el taxímetro que había conducido a FEINMANN al lugar, en cuyo interior se guarecía su conductor..., quien no sufrió lesión alguna a pesar que los disparos hacia allí dirigidos impactaron en zonas tales como el volante del automóvil, el velocímetro y el respaldo del asiento del acompañante -el que fue atravesado por el disparo-, donde el conductor se encontraba escondido y que podrían haber terminado, también, con su vida"* (cfr. fs. 300), de modo tal que el acusado creó un riesgo de probabilidad de muerte con conocimiento de esa circunstancia y consecuentemente ha de responder por tentativa de homicidio si el resultado -como en la especie- no se produjo por razones ajenas a su voluntad.

Ahora bien, desbaratada entonces, la coartada intentada por el imputado, las pretensiones principales traídas en el recurso aparecen carentes de sustentación, lo que obsta su procedencia.

Se desprende de lo hasta aquí expuesto, que nadie le rompió el vidrio a Berganza, él bajó la ventanilla, disparó su arma haciendo blanco contra Feinmann, e intentó hacer lo propio con quien estaba en el taxi (Skowronski),



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I**

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

cayendo pues la placa polarizada antivandálica al ser atravesada por uno de los proyectiles, y todo ello como respuesta a que Feinmann lo desafiaba a viva voz e insultaba sin exhibir arma alguna y golpeando el auto, para que descienda de éste y se atreva a enfrentarlo, escenario ajeno a cualquier hipótesis de robo, secuestro o peligro de muerte.

La agresión es la amenaza de un bien jurídico por una conducta humana (Roxin, PG, t. I, 2da. ed., trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, 1997, p. 611), debe ser antijurídica (Roxin, ob. cit., p. 615 y ss.) y actual, es decir, cuando es inmediatamente inminente, o precisamente está teniendo lugar o todavía prosigue (Roxin, ob. cit., p. 618). En cuanto a la proporcionalidad del medio empleado, debe tenerse en cuenta que lo que resulte necesario para la defensa es algo que debe juzgarse según baremos objetivos, sin embargo está claro que la medida de la defensa necesaria debe determinarse ex ante, concretamente según el juicio de un tercer observador sensato (Roxin, ob. cit., p. 631); concretamente, el principio del medio menos lesivo resulta relativizado por el hecho que el agredido no tiene por qué correr ningún riesgo (Roxin, ob. cit., p. 629).



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I**

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

Entonces, a partir de la reseña anterior, claramente no se encuentra configurado el segundo extremo de la eximente mencionado, desde que el acusado, antes de utilizar el arma de fuego no le advirtió a su agresor que estaba armado (v. Roxin, ob. cit., p. 629/630) y aún pudo utilizarla de modo disuasorio, y en última instancia de forma menos lesiva, consecuentemente, desde esta perspectiva, el medio empleado por Berganza no se advierte ex ante necesario y proporcional (art. 34, inc. 6°, ap. "b", CP).

En efecto, aun dejando de lado si el temperamento adoptado en la ocasión por Feinmann conforme fuera descripto, esto es, la incitación a que Berganza se baje, tildándolo de cagón, diciéndole hijo de puta, golpeándole el auto -claramente Berganza era el único foco concreto de ataque, más allá que sus acompañantes en el BMW padecieran la situación-, alcanza a configurar una agresión con entidad para habilitar una defensa según lo dispuesto por el art. 34 incisos 6 y 7 del CP, la palmaria ausencia del requisito "necesidad racional del medio empleado" impide la aplicación de la citada eximente.

Alayón contó en el juicio que Berganza estaba al tanto de las denuncias que ella había formulado



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I**

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

contra Feinmann, incluso sabía que había hecho circular un video sexual en el marco de su empresa -tampoco podía desconocer, al punto que lo sabía también su contador de confianza, que Feinmann llamaba permanente e insistentemente al interno de su secretaria personal, maltratándola verbalmente, pidiendo hablar con él, diciendo que era el ex de su novia-.

Ante ello, según Alayón, Berganza *"la tranquilizaba y le decía que ya se le iba a pasar, ...que iba a conocer a otra persona y que se le iba a pasar"*, *"que había que dejar que pase el tiempo"* (cfr. fs. 267).

Ahora bien, frente a un comportamiento de violencia protagonizado por Feinmann que no se percibe demasiado alejado a los padecidos por Alayón y Bonifaci, la respuesta de Berganza lejos estuvo de la recomendación que le diera a su novia, pues decidió eliminarlo quitándole la vida con tres proyectiles dirigidos al centro de su cuerpo con la pistola semiautomática que sin autorización portaba, e intentó hacer lo mismo tomando como blanco el taxi con el chofer, que había trasladado a Feinmann,, para alejarse luego del lugar.

La falta de necesidad racional del medio empleado es manifiesta. Como se mencionara, el accionar de



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I**

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

Feinmann era de la misma naturaleza del que venía llevando adelante, siempre una empeñada búsqueda de lograr una ruptura en el vínculo de pareja entre Berganza y Alayón apelando a violencia verbal y aún física de menor entidad, no habiendo nunca esgrimido una arma, de lo que dio cuenta Alayón en su testimonio (fs. 272). No resulta irrelevante pues -como pretende la defensa-, que Berganza supiera que estaba frente a Feinmann, pues los supuestos móviles de robo o secuestro pierden todo sentido.

Tampoco otorga racionalidad al medio empleado, que se haya presentado con un acompañante y llegado en un taxi con su respectivo chofer y planeado ello con una semana de antelación.

En última instancia, la potencia de la moderna arma que portaba, la cantidad de municiones con la que estaba cargada y la demostrada destreza que poseía para su manejo, le permitía utilizarla de modo de disuadir la presencia de los mencionados, por ejemplo, en primer lugar, disparando tiros al aire, tal como falsamente el inculpado les dijo a Flamini y Pereira según lo relataron estos últimos en el debate.

A mayor abundamiento, cabe considerar que no solo Alayón expresamente declaró: "no sabe que



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I**

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

FEINMANN tuviera algún tipo de arma" (fs. 272), sino que también el propio encausado reconoció no haber visto armas en el sujeto que lo enfrentaba, sin perjuicio de mencionar que el agresor algo llevaba, que sería metálico, para poder sostener su infructuosa excusa en cuanto a que había sido aquél quien le rompió el vidrio de la ventanilla y en esas circunstancias ejecutó su primer disparo.

La inconsistencia de la versión de descargo arrastra lógicamente la difusa invocación relativa a la utilización de "gas pimienta". En línea con ello, quienes acudieron inmediatamente a asistir a los ocupantes del BMW (Flamini y Pereyra), nada raro percibieron y dijeron que ninguna atención médica aceptaron. Tampoco aparece un aporte relevante ni dirimente que según Cintia Carsin, Lapenkov sacó algo -que la testigo no vio qué era- del bolsillo a Feinmann, cuando estaba tirado en el piso herido, "que entraba en el puño de una mano", y se lo dio al taxista.

Al no haberse presentado entonces una situación de legítima defensa, ello obsta la posibilidad que los límites establecidos por dicha causa de justificación hayan podidos ser excedidos, cerrándose así la viabilidad en el singular de lo dispuesto por el art. 35 del CP, tal como fue bien resuelto en el pronunciamiento atacado, sin que el



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I**

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

argumento expuesto por el *A Quo* -con el que concuerdo, cfr. TCP Sala I de Transición, c. 43602, "Palacio", sent. 18/6/18; Sala I, c. 89606, "Leal", sent. 13/12/18- haya sido desvirtuado en el recurso, más allá de lo que se alega en éste en cuanto a que no se lo comparte.

La conjetura traída con posterioridad por uno de los defensores al presentar un memorial en esta sede, según la cual el primer disparo pudo haber sido el que impactó en el codo y que luego, como quien lo había recibido no habría cedido en su embestida, recién se efectuaron los restantes -en aparente sintonía con la versión de descargo ofrecida por el imputado-, desatiende la singular magnitud de la herida provocada en ese lugar -"hizo estallar la cúpula radial", cfr. fs. 329, detallada en la autopsia, cfr. fs. 280/284-, a fin de explicar cómo hubiera podido la víctima seguir el proceder que se le atribuye, y omite fundamentar en qué se basa para sostener que aún en tal hipótesis, se hubieran visto satisfechos los recaudos legales de la legítima defensa, cuyo posterior exceso habilitaría lo dispuesto por el art. 35 del CP.

La desmentida -tal como ha quedado expuesto-, de la hipótesis del suceso ensayada por el inculpado y la consistencia de la reconstrucción histórica



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I**

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

de los hechos llevada adelante por el *A Quo*, deja también sin asidero el planteo de la defensa en torno a que el imputado pudo desplegar las acciones típicas y antijurídicas que se le enrostran inmerso en un error de prohibición indirecto invencible.

En efecto, por los fundamentos dados, ha quedado descartado que Berganza no conociera que quien lo desafiaba a bajar del rodado era Feinmann, y así los dichos de aquel en sentido contrario, como sus afirmaciones de que el últimamente nombrado le rompió el vidrio, que creía que se trataba de un robo, de un secuestro, de una tentativa de homicidio o de cualquier otro delito semejante, en cuyo contexto, ninguna posibilidad de error de su parte se presenta, en cuanto a que el empleo del arma de fuego del modo en que lo llevó a cabo, podía constituir un medio racional de repeler el accionar de Feinmann, no habiendo motivos para considerar pues, que el encausado pudo haber creído que su accionar estaba permitido por la ley, que estaba actuando bajo los presupuestos de la legítima defensa.

La inconsistencia de la versión de los hechos ofrecida por el inculcado -incorporada por su lectura al debate ya que en este hizo uso de su derecho a no manifestarse nuevamente al respecto-, deja sin base fáctica



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I**

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

la aplicación de las eximentes pretendidas por la defensa, tornando ineficaz el intento del impugnante de forzar una compatibilidad que luce inviable.

En definitiva, del relato de Berganza valorado en el marco del plexo probatorio, no surge la posibilidad de que haya actuado incurso en un error sobre la existencia o los límites de una causa de justificación, concretamente, que se haya imaginado una que no existe, extendido de los límites de una sí existente, o aún que los haya fijado de manera distinta que el legislador (cfr. Roxin, Derecho Penal, Parte General, T. I, Civitas, 1997, p. 871/872).

El sistema consagrado por nuestro ordenamiento procesal (arts. 210 y 373 CPP), no prevé formas sacramentales para acreditar un determinado ilícito, precisamente porque procura afianzar la búsqueda de la verdad como objeto del proceso mediante la libertad probatoria (art. 209 CPP).

Además, la inmediación impide revisar aspectos ligados a la comunicación directa y cuestiones singulares de percepción que hacen a la recepción oral de la prueba, en la medida que se diera cuenta circunstanciada de su empleo, y necesariamente otorga a los jueces de mérito un



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

amplio margen de discrecionalidad, no arbitrariedad, ya que no pueden relegar el deber de documentar y exponer los motivos de su convicción, según las reglas de la sana crítica racional, a fin de cumplir con el mandato constitucional que exige que las sentencias sean fundadas.

A partir de lo expuesto, es posible concluir que se ha observado sustancialmente el estándar fijado por el legislador en el artículo 210 del CPP para la valoración de las pruebas, lo que posibilita descartar las impugnaciones defensistas en tal sentido, al igual que la aplicación del principio *in dubio pro reo*, dada la formación convictiva operada en el Tribunal de grado frente al cúmulo de pruebas ponderadas. Ello, por cuanto la duda, en tanto repercusión de la garantía de inocencia como posición del juez respecto de la verdad -frustrada- no sólo no surge de los fundamentos que el juzgador expuso, sino tampoco de los argumentos utilizados en el recurso.

Es por lo expresado que los motivos de agravio articulados como de carácter principal no han de prosperar.

Igual temperamento corresponde adoptar en torno al planteo subsidiario por el que se cuestiona la cuantificación punitiva efectuada.



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

En la materia, ha de tenerse en cuenta que nuestro ordenamiento positivo ha estipulado un sistema relativo, por oposición a uno de penas fijas, donde a cada tipo legal le corresponde un marco que refleja el valor proporcional de la norma dentro del conjunto y en el cual el Juez debe fijar cuál es la sanción adecuada al caso que se le presenta.

Este cuadro configura una escala de gravedad continua y de crecimiento paulatino, en la que el legislador establece todos los supuestos posibles, desde el más leve hasta el más grave que se pueda concebir, y el Juez debe ubicar cada una de las controversias sometidas a su conocimiento, procurando hacerlo en el segmento correcto (ZIFFER, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 37; y cit., c. N° 55.151, "ORQUERA, Hugo Darío s/Recurso de Casación", sent. del 28 de mayo de 2013, reg. 171/13, entre muchas otras).

Dicha operación intelectual, por supuesto, no se encuentra exenta de dificultades y aunque estrecha considerablemente el espacio para la discrecionalidad, a través de la evaluación conjunta de los ilícitos, el grado de culpabilidad de los imputados con el correctivo de la



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

peligrosidad y las reglas de los arts. 40 y 41 CP, no nos permite arribar a un monto con precisión matemática.

Además, cabe mencionar que el principio de proporcionalidad es un elemento distintivo de todo ordenamiento jurídico sometido a los principios del Estado de derecho, compuesto por criterios de idoneidad (para la consecución de su objetivo), necesidad (atendiendo al derecho penal como *ultima ratio* o *in dubio pro libertate*) y exigibilidad, que se establece con el fin último de lograr un trato justo y de gravamen adecuado para el ciudadano (HASSEMER, Winfried, "*El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales*", en *El principio de proporcionalidad penal*, Editorial Ad-Hoc, 2014).

Ahora bien, frente a todo lo expuesto, no se advierte una desproporción en el monto de la sanción aplicada, ni ausencia de fundamentación al respecto.

De la lectura de la resolución impugnada, se observa que, los sentenciantes, valoraron como atenuantes:

- El buen concepto informado.
- La ausencia de antecedentes.

Asimismo, como agravantes computaron:



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

- Las especiales características del arma y la munición utilizada.

- La extensión del daño causado con relación a la víctima Iván Skowronski.

De acuerdo a lo expuesto, el sistema general de determinación de la pena adoptado por el Derecho Penal Argentino -de penas relativas-, en el que se mencionan pautas de orientación ejemplificadoras, sin determinar no sólo el sentido sino tampoco el valor de cada una de las circunstancias, sólo permite evaluar si las reglas seguidas cumplen con el deber de fundamentación explícita que posibilite el control critico-racional del proceso de decisión.

No existe norma que establezca determinado método de dosificación de la pena.

En tal sentido la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha dicho que: "...Si lo que la defensa pretendía era que además de ello, la decisión hubiera asignado un valor numérico a cada pauta, sumando y restando cada una de ellas sobre algún punto de ingreso a la escala penal, corresponde señalar que esta Corte ha declarado invariablemente que ese método no resulta impuesto por norma alguna..." (SCBA P. 125.464, del 22/12/15, entre otras).



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

El impugnante no cuestiona en el recurso la existencia de las circunstancias consideradas agravantes por el Tribunal de grado, ni siquiera procura revertir las razones exteriorizadas por los magistrados respecto de cada una, a fin de dar cuenta de su pertinencia, sino que el A Quo no haya explicado por qué *"se elige dar mayor peso a un agravante sobre un atenuante o viceversa"*, lo que considera constituye el vicio de *"fundamentación aparente"*, que también se configura -a su juicio- al haber eludido los sentenciantes *"dar cuenta de todos los atenuantes alegados por la defensa (tanto para considerarlos como para desestimarlos)"* y otorgado *"preeminencia a los agravantes cuando se verifican mayores y mejores circunstancias atenuantes que agravantes"*.

Así, el recurrente no expresa las razones por las cuales entiende que en el fallo se ha dado preeminencia a los agravantes y en qué consiste la verificación de mayores y mejores circunstancias atenuantes que agravantes, ni tampoco cuáles son los atenuantes alegados por la defensa de los que el Tribunal de la instancia no ha dado cuenta, lo que apareja un déficit técnico que obsta su abordaje.

Sin perjuicio de ello, se advierte del Acta de Debate que el letrado entonces a cargo de la Defensa,



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I**

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

postuló como atenuantes la "carencia de antecedentes", "las condiciones personales", "las circunstancias en las que se produjo" y el "contexto que marca la Doctrina de violencia de género" (fs. 1699vta.).

La primera fue receptada. Las restantes, del modo genérico en que vienen presentadas, no pueden serlo, al no poder establecerse sus alcances, en tanto aparecen como meros rótulos abstractos. Así, por ejemplo, la fórmula "contexto que marca la Doctrina de violencia de género", sugiere su vinculación con comportamientos atribuidos a Feinmann en perjuicio de Alayón, sin que pueda vislumbrarse, sin más, su procedencia como atenuante en el marco de la cuantificación de la sanción correspondiente a Berganza por los hechos que se le reprochan.

Por otra parte, los jueces brindaron fundamentos en torno a los parámetros seleccionados (cfr. fs. 1823vta./1824vta.) que, como se adelantara, no fueron refutados en el recurso, ya que siquiera formó parte de éste el ataque concreto de las circunstancias atenuantes fijadas.

En consecuencia, partiendo de la gravedad de los hechos, su calificación legal, el concurso material dispuesto, así como el grado de participación que le cupo al imputado, considerando la entidad y cantidad de atenuantes



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I**

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

y agravantes valoradas, la pena impuesta -inferior al término medio de la escala legal aplicable y sustancialmente menor a la de 34 años pretendida por la Fiscalía (cfr. fs. 63)- se ajusta a la necesidad, idoneidad y exigibilidad como criterios propios del principio de proporcionalidad, constituyendo la medida de la culpabilidad de los actos atribuidos (arts. 40 y 41, CP).

Con respecto a los nuevos motivos de agravio expuestos por la Defensa en su memorial de fs. 453/470 y en la audiencia del art. 458 del CPP, es doctrina del suscripto que no siendo cuestiones introducidas con la interposición del recurso originario, su conocimiento se encuentra vedado a este Cuerpo por no tratarse de un desarrollo de las razones que provocaran su intervención sino distintos, conforme lo dispuesto por el art. 434 y doctrina del art. 451 - último párrafo-, del C.P.P. (SCBA P. 58.417, P. 59.379, P.75.534, P. 77. 329, P. 78.901, P. 81.725, P. 83.841, P. 85.039, P. 89.639, P. 91.185, e/o; TCP, Sala I, c. N° 74.939, "Scaraville", sent. 6/9/16; c. N° 85947, "Aztorga", sent. 12/9/18; Sala V, c. N° 90016, "Fernández", 14/2/19).

Atento la postura diferente de mi distinguido compañero de Sala, encuentro oportuno señalar que embates como los dirigidos contra el tipo de concurso



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I**

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

aplicado, no sólo no fueron materia del recurso originario, sino que tampoco han conformado un tópico sobre el que la defensa argumentara en el momento de la discusión final en el debate, motivos que impiden que sean atendidos en esta instancia.

En lo que atañe a la hipótesis novedosa de la vencibilidad del error, imposibilitan su admisión los argumentos ya explicados en relación a la inexistencia de error de prohibición (en la modalidad de eximente putativa), materia a la que me he abocado en el desarrollo tanto de la ausencia de causa de justificación como, en igual sentido, de exclusión de la culpabilidad.

Vele idéntica limitación respecto de la aplicación del artículo 41 bis a las infracciones del art. 79, en tanto su observancia se impone en función del Fallo Plenario dictado por este Tribunal en causa N° 36.328 caratulada "R., F. A. s/ Recurso de Casación", de fecha 19 de abril de 2013.

En consecuencia, propongo rechazar, por improcedente, el recurso de casación interpuesto a fs. 18/66vta. en favor de Gastón Roberto Berganza, con costas (arts. 40, 41, 41bis, 42, 44, 45, 55, 79 y 189 bis inc. 2



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I**

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

párrafo 5°, CP; 209, 210, 373, 374, 375 y ss., 448, 530, 531, cits. y ccs., CPP).

Así lo voto.

A la misma **segunda** cuestión planteada el señor juez, doctor **Carral**, dijo:

Adhiero al voto del doctor Maidana en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la **tercera** cuestión planteada el señor Juez, doctor **Maidana**, dijo:

Sostiene el impugnante que el recurso de casación debió ser declarado admisible ya que es un derecho del condenado recurrir ante un Tribunal Superior, conforme lo dispuesto por los arts. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP, y en función que la decisión atacada como la que ella confirma, es producto de un arbitrario e irracional análisis de la prueba disponible, que ha de ser revisable en resguardo de lo normado por el art. 18 de la CN. Haciendo propios los argumentos del voto en disidencia del doctor Blanco, destaca que no se solicita el cese de la medida de coerción procesal impuesta, y que no se expresan en la decisión criticada las razones por las cuales las alternativas ofrecidas no serían



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

suficientes para atenuar el encarcelamiento preventivo de Berganza del modo requerido. Hace reserva del caso federal.

La Fiscal Adjunta de Casación, Dra. María Laura E. D'Gregorio, propicia el rechazo de la queja (fs. 38/42vta.).

Atento al recurso directo presentado, con motivo de la denegatoria de la Cámara de Apelación y Garantías interviniente de la concesión de la impugnación interpuesta, de acuerdo a lo establecido en el art. 433 del CPP, corresponde examinar lo resuelto por el *A Quo* a fs. 22/23.

A tal fin, es necesario determinar el alcance de la habilitación legal contenida en el último párrafo del artículo 450 del CPP que, en su redacción vigente, establece que podrá interponerse recurso de casación contra los autos dictados por la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal cuando denieguen la libertad personal, incluso en la etapa de ejecución.

El objetivo es garantizar el derecho al recurso en casos donde la libertad personal es denegada por primera vez por la Alzada departamental y admitir su tratamiento, pese a que dicho derecho haya sido ejercido y exista doble conformidad judicial -como ocurre en autos- cuando se verifique una situación de gravedad institucional



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

o concurra alguna cuestión constitucional que posibilite la apertura de la instancia extraordinaria federal (ver Sala VI, c. 54.752, rta. 13 de noviembre de 2012, Sala II, c. 36.257, rta. 1 de septiembre de 2009 y Sala III, c. 40.814, rta. 18 de marzo de 2010, e. o.).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han realizado un desarrollo conteste con lo expuesto atendiendo, en un principio, a la sentencia condenatoria y, luego, a otros autos procesales relevantes.

En efecto, el control de los autos procesales relevantes que no constituyen sentencia fue confiada tradicionalmente al recurso de apelación, el que satisface con amplitud los requerimientos reclamados por aquéllos, extendiendo dicha función al recurso de casación para circunstancias donde, por razones vinculadas al estadio del procedimiento, aquél no lograba satisfacer la garantía en cuestión (cf. Fallos 320:2326, 319:585, 321:3630, 322:3225 y 324:4076).

La Corte Federal retornó al tradicional principio del derecho constitucional argentino -cfr. Fallos 327:619, 327:3488, entre otros- según el cual ningún tribunal de justicia puede negarse a examinar aquellas cuestiones



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

constitucionales que eventualmente podrían ser tratadas por el órgano a través del recurso extraordinario y, consecuentemente, no son válidas las restricciones procesales que impiden a las instancias anteriores cumplir esta obligación que surge del artículo 31 CN (Fallos 33:162, 308:490 y 311:2478, entre otros).

La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, en forma concordante, afirmó que debe darse respuesta a las eventuales cuestiones federales que se susciten a fin de posibilitar el tránsito de la causa por las instancias superiores locales, extendiendo los supuestos de admisibilidad del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (Ac. 95.296, 4-XI-2006, 102.374, 28-IX-2011, Ac. 100.512, 31-X-2007; Ac. 101.795, 13-V-2009; 101.263, 17-VI-2009, entre muchos otros).

La pretensión de innecesariedad que exista cuestión federal o gravedad institucional para ingresar al tratamiento del recurso, cuando se encuentre comprometida la libertad de una persona, introduce asimetrías difíciles de justificar al sistema recursivo e invertiría el orden de prelación establecido por la CIDH y la CSJN, al habilitar más oportunidades para impugnar ciertos autos procesales importantes que las previstas para cuestionar la sentencia.



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

En este sentido, la Casación debe establecer si existe gravedad institucional, o cuestión federal que habrá de ser examinada en la instancia extraordinaria, a tenor de los requisitos previstos en el art. 14 de la Ley 48, en cuyo caso deberá atender los motivos de agravio del recurso a fin de posibilitar su tránsito hacia el superior tribunal de la causa.

Por eso, considerando únicamente las omisiones que pueden obedecer a la instancia por la que se encuentra transitando el proceso, deben tenerse en cuenta los diversos requisitos que, conforme ha sido desarrollado por la Corte, hacen a la admisibilidad formal de este remedio y que han sido sistematizados en la Acordada 4 del 2007, a la que me remito en honor a la brevedad.

Así las cosas, debo adelantar que el recurso no habrá de prosperar.

En primer lugar, el pronunciamiento atacado no aborda una cuestión de gravedad institucional, al no exceder el interés individual de las partes, afectar a la comunidad toda, comprometer la expedita prestación de un servicio público, o poner en juego la preservación de principios básicos de la Constitución Nacional (Fallos



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

255:41; 290:266; 292:229 y TCPBA, Sala VI, c. 56.538, rta.
28 de diciembre de 2012).

Por otra parte, el impugnante no ha conseguido demostrar el compromiso de una cuestión federal suficiente y directa e inmediatamente vinculada a los hechos debatidos en la causa (arts. 14 y 15 de la Ley 48, Fallos 310:1542 y 325:2129; y SCBA, P. 106.159, 2-III-2013).

Es que, en rigor de verdad, la queja desarrollada por la parte versa sobre cuestiones atinentes al derecho procesal, como así también de hecho y prueba, ajenas -en principio- a la vía aquí analizada (art. 14 a *contrario sensu*, Ley 48).

Asimismo, el auto no puede ser descalificado como acto jurisdiccional válido pues los Jueces de Cámara efectuaron un examen particular del caso concreto, interpretando que surgen acreditados ciertos indicadores de riesgo procesal con base en la magnitud de la pena impuesta -que adquiere doble conforme por la presente-, aunque no únicamente en dicho parámetro, sino también en la dificultad de predicar en el singular una situación de "arraigo", ante la variación del lugar de permanencia que evidenció el encausado durante el proceso,



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I**

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

a lo que se suma en igual sentido que la residencia ofrecida sita en una zona portuaria -en el barrio porteño de Puerto Madero-, cuenta con fácil acceso y navegación del río de La Plata, tratándose Berganza de una persona que tripula personalmente yates y viaja asiduamente al exterior, sin que sus lazos laborales y personales impliquen un límite, con el aditamento que pese exhibir una capacidad económica importante no aportó bajo su titularidad bienes que respalden su sometimiento a proceso (fs. 8/10).

Frente a ello, la parte impugnante omite realizar una crítica útil que demuestre las incorrecciones que alega, pues se limita a presentar en versión divergente (fs. 15/20vta.), lo que impide afirmar que el recurso sea autosuficiente y, por tanto, cumplimente con la debida carga técnica para demostrar -tal como se alega- que en autos exista cuestión federal suficiente en los términos de la doctrina de la arbitrariedad (art. 14 *a contrario sensu*, ley 48).

Así, conviene recordar que la doctrina de la arbitrariedad reviste carácter excepcional y no tiene por objeto corregir en tercera instancia dispositivos equivocados o que el recurrente considere como tales, según su divergencia con respecto a los hechos y a las leyes



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I**

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

comunes. Es decir, que no lleva a la sustitución del criterio de los jueces de otras instancias por el propio, sino a la privación de efectos de una sentencia que no reúna el mínimo de requisitos jurídicos (Fallos: 245:327), lo que claramente no sucede en la especie.

Finalmente, de un examen detenido de las actuaciones, llevado a cabo con el fin de evitar que los óbices técnicos redunden en un perjuicio para la parte, tampoco surge que concurra alguna de las circunstancias que imponen al Tribunal ingresar en el tratamiento de la cuestión de fondo. Por las razones dadas, propongo al Acuerdo que se declare improcedente la queja promovida y, consecuentemente, bien rechazado el recurso de casación, con costas (arts. 450, 530 y 531, CPP).

Así lo voto.

A la misma **tercera** cuestión planteada el señor juez, doctor **Carral**, dijo:

Adhiero, por sus fundamentos, a lo expresado por el doctor Maidana.

Es mi voto.

A la **cuarta** cuestión planteada, el señor juez, doctor **Maidana**, dijo:



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I**

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

En consecuencia, corresponde: **I)** declarar admisible y rechazar por improcedente, el recurso de casación interpuesto a fs. 18/66vta. por el defensor particular, Dr. Rodrigo González, en favor de Gastón Roberto Berganza, con costas (artículos 18 y 75 inc. 22, CN; 8.2 h, CADH; 40, 41, 41 bis, 42, 44, 45, 79 y 189 bis inc. 2 párrafo 5°, CP; 209, 210, 373, 374, 375 y ss., 448, 450, 451, 456, 458, 530, 531 y cc., CPP); **II)** declarar improcedente la queja promovida por el mencionado letrado a fs. 24/30 del legajo acumulado N° 96639 y, consecuentemente, bien rechazado el recurso de casación de fs. 11/21, con costas (arts. 450, 530 y 531, CPP); **III)** regular los honorarios profesionales de los abogados intervinientes, Dr. Rodrigo Leandro González (T° XXXVIII F° 136, CASI) en la suma de 30 Jus; Dr. Mariano Silvestroni (T° XL F° 428, CASI) en la suma de 15 Jus; y Dr. Adrián R. Tellas (T° XI F° 308, CASM) -en representación del Particular Damnificado- en la suma equivalente al veinticinco por ciento (25 %) de lo regulado en la instancia, con más los aportes de ley, por la labor desarrollada ante este Tribunal (arts. 1, 9, 15, 16, 24, 28, 31, 33, y 51 de la ley N° 14.967); y, **IV)** tener presente las reservas del caso federal formuladas (art. 14, ley 48).

Así lo voto.



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I**

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

A la misma **cuarta** cuestión planteada, el señor juez, doctor **Carral**, dijo:

Adhiero al voto del doctor Maidana en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente:

SENTENCIA

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve:

I. Declarar **admisible** y rechazar por **improcedente**, el recurso de casación interpuesto a fs. 18/66vta. del legajo principal en favor de Gastón Roberto Berganza, con costas.

II. Declarar **improcedente** la queja promovida por el defensor particular, Dr. Rodrigo González, a fs. 24/30 del legajo acumulado N° 96639 y, consecuentemente, bien rechazado el recurso de casación de fs. 11/21, con costas.



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA I**

Causa n° 90737
BERGANZA GASTON ROBERTO S/ RECURSO
DE CASACION

III. **Regular** los honorarios profesionales de los abogados intervinientes, Dr. Rodrigo Leandro González (T° XXXVIII F° 136, CASI) en la suma de 30 Jus; Dr. Mariano Silvestroni (T° XL F° 428, CASI) en la suma de 15 Jus; y Dr. Adrián R. Tellas (T° XI F° 308, CASM) -en representación del Particular Damnificado- en la suma equivalente al veinticinco por ciento (25 %) de lo regulado en la instancia, con más los aportes de ley, por la labor desarrollada ante este Tribunal.

IV. Tener presentes las reservas del caso federal formuladas.

Rigen los artículos 18 y 75 inc. 22, CN; 8.2 h, CADH; 14, ley 48; 40, 41, 41 bis, 42, 44, 45, 79 y 189 bis inc. 2 párrafo 5°, CP; 209, 210, 373, 374, 375 y ss., 448, 450, 451, 456, 458, 530, 531 y cc., CPP; 1, 9, 15, 16, 24, 28, 31, 33, y 51 de la ley N° 14.967.

Regístrese, notifíquese a las partes y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

FDO: RICARDO R. MAIDANA - DANIEL CARRAL (JUECES)

ANTE MÍ: PABLO GASTÓN GONZÁLEZ (AUXILIAR LETRADO)