



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

A C U E R D O

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, de conformidad con lo establecido en el art. 4 del Acuerdo n° 3971, procede al dictado de la sentencia definitiva en la causa P. 133.244-RC, "Berganza, Gastón Roberto. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 90.737 del Tribunal de Casación Penal, Sala I", con arreglo al siguiente orden de votación (Ac. 2078): doctores **Kogan, Torres, Soria, Genoud, Violini, Kohan, Mancini.**

A N T E C E D E N T E S

La Sala I del Tribunal de Casación Penal, mediante el pronunciamiento dictado el 16 de julio de 2019, en lo que aquí interesa, confirmó la sentencia dictada por el Tribunal en lo Criminal n° 5 del Departamento Judicial de San Isidro, que había condenado a Gastón Roberto Berganza a la pena de veinticuatro años de prisión, accesorias legales y costas por resultar autor responsable de los delitos que, por mayoría, se encuadraron 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 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 (v. fs. 479/506 -fallo del tribunal casatorio- en relación con fs. 204/347 vta. -

veredicto y sentencia de la instancia de origen-).

Contra esa decisión se alzó el defensor particular de Gastón Roberto Berganza, doctor Fernando Díaz Cantón, mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 524/586 vta.) que fue parcialmente concedido (v. fs. 592/598 vta.).

Deducida queja por parte de la defensa contra la denegatoria parcial de la vía extraordinaria promovida (v. fs. 1.027/1.082 vta.), el tramo de la impugnación previamente denegada fue concedido por esta Suprema Corte por resolución de 11-III-2020 -causa P. 133.182- (v. fs. 1.085/1.090 vta.).

Oída la Procuración General (v. fs. 1.096/1.104 vta.), dictada la providencia de autos (v. fs. 1.107), presentada la memoria que autoriza el art. 487 del Código Procesal Penal (v. fs. 1.110/1.124), emitida la resolución de este Tribunal de fecha 1-XII-2020 en virtud de la cual no se hizo lugar a los pedidos efectuados en representación de la Asociación Civil La Cantora, la Asociación Civil Miguel Bru, la Asociación Civil Juana Azurduy y la Asociación Civil Mujeres Cotidianas -estas dos últimas lo hicieron en adhesión a las anteriores- de ser tenidas como *Amicus Curiae* del Tribunal, por los fundamentos allí expuestos (v. fs. 51/54, Anexo - *Amicus Curiae* que corre por cuerda) y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

C U E S T I Ó N

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto?



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

V O T A C I Ó N

A la cuestión planteada, la señora Jueza doctora Kogan dijo:

I.1. Contra el pronunciamiento reseñado en los antecedentes, la defensa denunció -en primer término- el absurdo y la arbitrariedad del fallo en la valoración de la prueba del "dolo" de homicidio agravado por el uso de un arma de fuego en perjuicio del chofer de taxi, Iván Skowronski, y la errónea aplicación a ese hecho de los arts. 41 bis, 42 y 79 del Código Penal, con la consecuente afectación de los arts. 210, 371 y 459 del Código Procesal Penal; 1 y 18 de la Constitución nacional; 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los principios de inocencia e *in dubio pro reo* (v. fs. 553 vta.).

Alegó que no es verdadero que del recurso de casación no surgiera crítica concreta a las calificaciones legales adoptadas en relación con los ilícitos en reproche y, en ese entendimiento, indicó que bastaba con leer dicha pieza impugnativa para advertir que la parte hizo alusión al planteo por el cual el imputado Berganza había "...admitido" que disparó hacia el taxi en el hecho que damnificó a Skowronski, pues "...debía dejar fuera de juego 'al automóvil' para que no pudiera (por ejemplo) perseguirlo", como así también manifestó que nunca tuvo intención de matar al conductor de ese rodado dado que el disparo fue "...para dañar" al vehículo y entendió que la operatividad del principio *in dubio pro reo* incluye los elementos subjetivos del tipo

penal actuado, de modo que la falta de certeza sobre estos últimos debería computarse a favor del encausado (v. fs. 554 y vta.).

Consideró que hubo un claro e inequívoco cuestionamiento a la aplicación del tipo penal de tentativa de homicidio calificado, es decir una pretensión de inaplicabilidad del art. 79 con la calificante prevista en el art. 41 bis -en función del art. 42- todos del Código Penal y reclamó, en sustitución de ese encuadre normativo, la aplicación del art. 183 del mencionado cuerpo legal referido a la figura de daño de una cosa mueble ajena o bien, subsidiariamente, la correspondiente a la de abuso de arma de fuego -art. 104 primer párrafo del Código Penal- (v. fs. cit. vta./555 vta.).

Insistió en que jamás podría sostenerse que el acusado al disparar al taxista Skowronski obró con dolo homicida, ya que no se habría producido prueba de tal voluntad y que lo único que podía afirmarse con certeza, con base en las pruebas reunidas, es que Berganza disparó hacia el automóvil causándole los daños constatados en el juicio (v. fs. 555 vta.).

De igual modo, adujo que no podía afirmarse con certeza que el acusado haya intentado dar muerte al taxista con los disparos efectuados, tal como se sostuvo en los fallos condenatorios dictados en las instancias previas. En ese marco, entendió que las circunstancias ponderadas en el fallo en revisión referidas a que el imputado Berganza "...estaba instruido y entrenado en el uso del arma de fuego que efectivamente empleó"; que



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

había "...buena visibilidad en el lugar y al momento de los hechos" y que "...el taxímetro [en el que se encontraba la víctima] estaba [situado] a pocos metros de distancia [respecto del tirador]", las mismas no autorizarían a afirmar -con certeza fundada- que con esos disparos el acusado intentó dar muerte al taxista, puesto que de encontrarse verificadas las circunstancias apuntadas "...lo lógico [...] hubiera sido concluir que las trayectorias de los disparos hacia el taxi no alcanzaron al taxista por la sencilla razón [de que] quien disparó **no se propuso nunca acertarle**" (fs. 557 y vta.; el destacado figura en el original).

Criticó el empleo en las sentencias dictadas en las instancias precedentes de las expresiones: "milagro", "milagrosamente" o "[por] fortuna" para explicar por qué los disparos no hirieron al taxista Skowronski, por entender que son términos ajenos a la ciencia y porque su uso implicaría una renuncia a brindar una explicación racional acerca de los motivos por los cuales los disparos no alcanzaron -en este caso- a la víctima en cuestión. Bajo su óptica, a tenor de las trayectorias acreditadas de los proyectiles, los mismos "...no fueron dirigidos hacia donde él estaba, es decir, [e]l acusado no apuntó [...] al conductor del taxi" (fs. cit. vta.).

Indicó que si los disparos no hicieron blanco en la persona de la víctima no puede ser atribuible al azar o a que el taxista haya esquivado los proyectiles, dado que -a su modo de ver- si Skowronski no sufrió lesión alguna fue porque los disparos efectuados, en función de las trayectorias establecidas en la causa,

"...no se dirigieron hacia aquél [...], porque la voluntad del acusado no fue la de impactar al taxista; por lo tanto, la dirección de sus disparos [...] aparece como elemento revelador de la ausencia del dolo de homicidio" (fs. 557 vta. y 558; el destacado figura en el original).

Se interrogó en un plano conjetural acerca del motivo que podría haber determinado a Berganza a intentar dar muerte al taxista siendo que para él era un desconocido y que no le representaba una amenaza y, frente a esa hipótesis, entendió que el fallo impugnado incurrió en "...una falta de [...] explicación razonada acerca de por qué el acusado habría de querer proceder con el taxista como lo había hecho [...] con Feinmann", puesto que -en su visión de los hechos- el imputado "...le disparó al taxi para que [éste] no lo cruce y tener una vía de escape, y en ningún momento le apuntó al taxista" (fs. 559 y vta.; el destacado figura en el original).

Por lo tanto, estimó que incurrieron en el vicio de absurdo -por falta de fundamentación adecuada- tanto el pronunciamiento condenatorio de primera instancia, que tuvo por acreditado el dolo homicida "...para el caso [que damnificó al] taxista [Skowronski]" y que se le atribuyó al acusado Berganza en calidad de autor responsable, como la confirmación que recibiera esa decisión de parte del Tribunal de Casación Penal (v. fs. 560).

Adujo que no se puede vislumbrar qué concepto de dolo suscribe el órgano revisor y si es el mismo que



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

el sostenido en su decisión por el tribunal de juicio. En este tramo, entendió que "...ha quedado claro" que en ambos fallos se suscribió el criterio del "...dolo directo" respecto del evento que culminó con la vida de Feinmann, mientras que con relación al ilícito llevado a cabo contra el taxista "...no ha quedado expresado [...] la especie de dolo con la que se afirma que el acusado obró en el hecho" (fs. 560 vta. y 561).

A partir de esa distinción, señaló que el tipo subjetivo correspondiente al art. 79 -actuado en función de los arts. 41 bis y 42, todos del Código Penal- exige que "...el autor haya querido matar -tanto si obró con dolo directo, como si obró con dolo eventual-. No basta que solo haya conocido la probabilidad de que alguien muera como resultado de la acción", pues este conocimiento de probabilidad -sin más- no permite distinguir el dolo evento al de la llamada culpa consciente o con representación del resultado, que en el caso conllevaría a la impunidad del acusado "...ya que no existe la tentativa del delito culposo de homicidio" (fs. 561 vta.; el destacado figura en el original).

Remarcó que todo dolo, directo o eventual, requiere de un elemento subjetivo volitivo y, por lo tanto, para que la sentencia cuestionada pueda ser considerada fundada debió explicar por qué estimó presente ese elemento. Bajo esa premisa, indicó que si el tribunal casatorio suscribió "...una de las teorías de la representación, prescindiendo del elemento volitivo en cualquier especie de dolo -o al menos en el eventual-, así debió exponerlo (algo que no hizo, pues del fallo no

surge ninguna explicación sobre por qué el hecho que absurdamente se dio por probado se considera 'dolo' de homicidio)" (fs. 561 vta. y 562).

Postuló, seguidamente, que una interpretación de este tenor en cuanto conlleva a la expansión del concepto de dolo resulta lesiva del principio constitucional de legalidad (v. fs. 562).

Destacó que su agravio, lejos de tratarse de una mera discrepancia con la valoración del material probatorio, debe tomarse como una denuncia de que se ha violado flagrantemente el principio de presunción de inocencia y su derivado el de *in dubio pro reo*, al prescindirse mediante una infracción a las reglas de la sana crítica racional de la certeza necesaria para arribar a un fallo condenatorio y luego a su confirmación, de conformidad con los arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución nacional; 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (v. fs. cit. vta.).

I.2. Luego planteó que resultaba errónea la decisión de la Casación de denegar la aplicación al caso del art. 35 del Código Penal, vinculado con la figura del exceso en la legítima defensa y recordó que su planteo había sido efectuado de un modo subsidiario en el recurso casatorio (v. fs. 565 vta.).

Criticó, a su vez, que el tribunal de juicio hubiera descartado la subsunción de los hechos en juzgamiento bajo la causal de justificación del art. 34 inc. 6 del digesto sustantivo referida a la legítima



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

defensa, en razón de considerar que no había existido una agresión ilegítima en perjuicio del acusado o sus acompañantes y por la falta de necesidad racional del medio empleado (v. fs. cit.).

Entendió que el Tribunal de Casación asumió que podía ser correcto lo afirmado por la defensa en cuanto a la efectiva existencia de una agresión ilegítima por parte de Feinmann, en cuanto este incitó a Berganza a que "...se baje [de su automóvil para pelear", "...tildándolo de cagón", "...diciéndole hijo de puta", "...golpeándole el auto", que se "...[hubiera] presentado con un acompañante y llegado en un taxi con su respectivo chofer" y que haya "...planeado ello con una semana de antelación", y consideró que la única razón por la que en esa instancia se descartó la legítima defensa como causal de justificación consistió en que "...frente a la agresión ilegítima que sufrió [Berganza], no provocada por él (y que no le era exigible soportar o, alternativamente, eludir, huyendo del agresor) empleó contra éste un medio que no se advierte ex ante necesario y proporcional, por lo que no encuentra configurado el segundo requisito de la legítima defensa alegada (ya que no le advirtió a su agresor que estaba armado y porque aún pudo utilizar el arma de modo disuasorio)". En su opinión, expresó que tales expresiones "...son demasiado abstractas" por no haber descripto con mayor precisión a qué conductas alternativas del imputado pretendió referirse (fs. 566 vta./567 y vta.; el destacado figura en el original).

Efectuadas esas precisiones, adujo que su

agravio vinculado a la calificación legal quedaba circunscripto "...no a la errada no aplicación por el Tribunal [intermedio] de la eximente del artículo 34, inciso 6 [del Código Penal...], sino [a] la exclusión [...] del artículo 35 del CP a los hechos que se consideraron probados", es decir contra la negativa a aplicar al caso la figura del exceso en la legítima defensa prevista en la norma último citada (v. fs. 568/569).

Tachó de irracional e inconstitucional la exégesis efectuada por el tribunal casatorio que condujo a descartar la aplicación al caso del mencionado art. 35 cuando "...la conducta ab initio [endilgada al acusado] no estaba en el marco de la justificante [prevista en el art. 34 inc. 6 del Código Penal]", importando ello una clara violación de los principios de *ultima ratio* y *pro homine* en el sentido que les fuera asignado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Acosta" - Fallos: 331:858- (v. fs. 569 y vta.; el destacado figura en el original).

Estimó que esos argumentos -que consideró dirimentes- no fueron siquiera tratados en su fallo por el órgano a quo e indicó que quedó huérfano de respuesta el planteo a través del cual la defensa procuró poner en evidencia que, más allá de la secuencia con que se efectuaron los disparos, Berganza "...reaccionó ante un ataque actual ilegítimo que no provocó, en una situación de necesidad de defensa, obr[ando] con exceso en los términos del artículo 35 de[1] CP incluso de la conducta mediante la que reaccionó se juzgase [...] excesiva ab



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

initio" (fs. 569 vta. y 570; el destacado figura en el original).

Cuestionó, en sintonía con lo expresado, que tanto pronunciamiento condenatorio como su ratificación en sede casatoria se hayan inclinado por no encuadrar el evento en juzgamiento dentro de los contornos del citado art. 35 del Código de fondo, en razón de entender que tal exclusión obedecía a que "...[el] autor inicialmente no ha obrado dentro de los límites del artículo 34 inciso 6 del mismo código, para superarlos posteriormente". A su criterio, el temperamento asumido no encontraría respaldo en el texto de la norma primero citada y resultaría contrario a los principios constitucionales que han sido objeto de mención, habiendo el fallo puesto en crisis incurrido en una afirmación meramente dogmática que no cuenta más que con el apoyo de la voluntad subjetiva de los magistrados intervinientes (v. fs. 570 y vta.).

Tajo a colación diferentes autores de doctrina en sustento de su postura proclive a entender que no resultaría correcta la interpretación que conduce a denegar la disminución de pena propia del "exceso" del citado art. 35 -como aconteció en el caso-, sobre la base de ponderar que "...no medió un estado inicial de legítima defensa" (fs. 570 vta./573).

Insistió en que devendría insostenible que el supuesto de autos no pueda quedar comprendido en el marco semántico de la ley sustantiva reclamada -art. 35 del Código Penal-, pues bajo su óptica dicha norma es aplicable cuando "...[el] exceso *ab initio* del que se defiende, de un modo desproporcionado, desde el comienzo

de su reacción, de una agresión ya comenzada", siendo esta la orientación interpretativa que debió preferirse en función de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la que se hizo referencia y de los principios constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos que entendió ignorados por parte del tribunal revisor (v. fs. 573; el destacado figura en el original).

Coligió que el criterio del Tribunal de Casación que no se hizo cargo de las críticas postuladas por la defensa que han sido reseñadas, incurriría en el vicio de absurdo por apartamiento de la solución normativa prevista para el caso concreto, lo que redundaría -también- en la configuración de la causal de arbitrariedad, en el entendimiento de que las decisiones judiciales que excluyen la consideración de las disposiciones esenciales de la ley para resolver la causa, carecen de motivación y solo tienen una fundamentación aparente e inhábil (v. fs. 573 vta.).

Manifestó que no desconoce que su planteo resulta contrario a lo resuelto por esta Suprema Corte en diversos precedentes anteriores, pero que su propósito es además que se "...revea la posición" del Tribunal sobre el tema a la luz de las argumentaciones que expuso (v. fs. 574 y vta.).

Estimó, en esta misma parcela de su queja, que el ilícito que damnificó al taxista Skowronski encuadrado legalmente como tentativa de homicidio calificado por el empleo de un arma de fuego -arts. 41 bis, 42 y 79 del Código Penal-, debería quedar subsumido en la figura



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

típica de "daño" a tenor de las previsiones del art. 183 del mencionado digesto sustantivo y extendió su reclamo favorable a la aplicación del art. 35 del Código Penal a dicho suceso (v. fs. 574 vta.).

Así, hizo extensivas todas aquellas consideraciones efectuadas que se refirieron a la aplicación de la figura del exceso en la legítima defensa contemplada en el art. 35 del Código Penal al supuesto fáctico que involucró al taxista Skowronski y aseveró que el mismo debería ser considerado como "...un supuesto de *daño cometido con exceso de los límites de la necesidad* ante la que el acusado [Berganza] reaccionó de modo desproporcionado (artículos 183 y 35 del C.P.), por lo que el suceso es *impune* (ya que no hay tipo culposo de daño del que puede extraerse pena alguna que aplicar al hecho). Esta es sin duda la solución que debe preferirse en observancia del principio de legalidad en materia penal (artículo 18 de la CN y normas complementarias de los Tratados de Derechos Humanos de igual jerarquía conforme al artículo 75 inciso 22 de nuestra C.N.)" (fs. 575; el destacado figura en el original).

Consideró, de un modo subsidiario, que de rechazarse su agravio principal tal como ha sido reseñado precedentemente, se debería encuadrar normativamente el hecho enrostrado que tuvo por víctima a Skowronski como tentativa de homicidio cometido con el empleo de un arma de fuego y en exceso de la necesidad de la defensa, conforme las previsiones de los arts. 35, 41 bis, 42 y 79 del Código Penal, lo cual produciría que ese ilícito "...sería punible con la pena menor del art. 84 del CP"

(fs. cit. vta.).

I.3. Por último, denunció la errónea aplicación por parte del tribunal intermedio de los arts. 40 y 41 del Código Penal, en tanto desestimó las circunstancias atenuantes propuestas por la defensa, mantuvo las pautas agravantes objetadas y por haber incurrido -a su modo de ver- en una errónea y arbitraria individualización del monto de la pena, la cual fijó en veinticuatro años de prisión (v. fs. 576 y vta.).

En ese marco, formuló una explicación relativa a la escala penal que devendría aplicable al caso si se receptaran favorablemente sus planteos enderezados a obtener una mutación del encuadre legal de los hechos, conforme los fundamentos que han sido descriptos en los apartados I.1. y I.2. del presente voto (v. fs. cit./578).

Expuso, seguidamente, que no se explicó el punto de ingreso a la escala legal tenida concretamente en miras para el supuesto de autos e indicó que la lectura del fallo en revisión permitía asumir que el punto de referencia para la individualización de la pena fue "...la mitad de la escala" cuando -en su opinión- debía tener como punto de partida "...su mínimo", puesto que una postura en contrario se opondría a la regla de que toda norma que coarte la libertad personal debe ser interpretada restrictivamente y a los principios de máxima taxatividad interpretativa y *pro homine* (v. fs. 578 vta. y 579).

Aclaró que "...no tenía objeción contra la confirmación de [las] dos atenuantes [ponderadas]"



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

vinculadas con "...el buen concepto informado y la ausencia de antecedentes", pero sí entendió que hubo una incorrecta aplicación de la ley sustantiva en la medida que no se tuvieron en cuenta otras pautas aminorantes y se ponderaron circunstancias agravantes que por ley no podrían tener ese efecto (v. fs. 579 vta.; el destacado figura en el original).

Adujo que, contrariamente a lo afirmado por la Casación, la defensa puso en entredicho ante esa instancia intermedia las circunstancias que había sido consideradas severizantes por el tribunal de origen y, bajo esa premisa, recordó que en el fallo de primera condena se había valorado con cariz aumentativo de la pena "...las especiales características del arma y la munición utilizada que aseguraban el resultado letal", siendo las mismas objetadas ante el tribunal revisor por entender que con ese proceder se incurría en una "...violación de la prohibición de la múltiple valoración" (fs. 580 vta. y 581; el destacado figura en el original).

A su vez, rememoró que también habían sido objeto de un cuestionamiento específico ante la Casación la valoración de las agravantes referidas a "...la extensión del daño causado, que el taxista debió padecer por estos hechos mudarse varias veces de domicilio, perder su trabajo hasta que logró insertarse como chofer de taxi en otra zona para evitar cercanías con la influencia del imputado, vicisitudes todas que les valieran a sus tres hijos la pérdida del año escolar" y al "...serio temor [sufrido por Skowronski] cuando el

imputado se comunicó con él", por considerar que ellas estaban referidas a hechos que no formaron parte del objeto procesal del juicio y sobre las cuales no existió sentencia que afirmase con certeza las presuntas amenazas, según lo expuso (v. fs. 581).

Explicó, en orden a la primera de ellas, que las especiales características del arma y de la munición utilizada fueron circunstancias determinantes que sirvieron para establecer la tipicidad objetiva del hecho dentro de los contornos del art. 189 bis inc. 2 quinto párrafo (portación ilegal de arma de guerra atenuada) y del art. 79 -en relación con el art. 41 bis- (homicidio agravado por el empleo de arma de fuego), todos del Código Penal, siendo que esas pautas también fueron objeto de ponderación como agravantes de la pena fijada a su defendido, en transgresión a la prohibición de la múltiple persecución (v. fs. cit. vta. y 582).

Con relación a la segunda, refirió que "...la extensión del daño causado [a la víctima]" está imbricada con circunstancias ajenas al objeto del proceso y, por ende, no probadas en este, razón por lo cual estimó que su mensura como severizante vulnera el art. 41 del Código sustantivo en la medida que se vincula con circunstancias que -a su juicio- son "...completamente ajenas" al ilícito enrostrado, ya que la regla que emerge de la mencionada norma prescribe que la labor de determinación de la sanción debe provenir de "...la mayor o menor extensión *del injusto* frente al que se reacciona con la pena" (fs. 582 vta.; el destacado figura en el original).

Manifestó luego que constituye una



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

inobservancia a la ley sustantiva la falta de consideración de otras pautas atenuantes -adicionales a las dos valoradas en el fallo de primera condena que fuera confirmado por la Casación-, máxime cuando los propios acusadores inclusive señalaron que debían ser tenidas en tal carácter, a saber: "...las circunstancias en las que se produjo [...] el hecho juzgado" y "...el contexto que marca la doctrina de violencia de género" (fs. 582 vta. y 583).

Sostuvo que las mencionadas pautas deberían quedar enmarcadas -con cariz atenuante- dentro del art. 41 del digesto de fondo, el cual contempla "...los vínculos personales y también las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren la mayor o menor peligrosidad del acusado" (fs. 583 vta.; el destacado figura en el original).

Enfatizó que de prosperar el planteo favorable a la aplicación al caso del art. 35 del Código Penal, ya no correspondería ponderar con efecto atenuante la circunstancia referida a que Berganza "...ha obrado en una situación de necesidad de defensa" frente a lo que entendió fue "...una agresión ilegítima no provocada por el acusado", pero que -en caso contrario- sí debería ser ella valorada a los fines de atenuar el monto de la pena a fijar (v. fs. 583 vta.; el destacado figura en el original).

Destacó que la respuesta brindada por el Tribunal de Casación acerca de que la agresión por parte de Feinmann se dirigió "...solo contra el acusado [Berganza]", acción que se habría llevado a cabo

ignorando la prohibición de acercamiento que regía respecto de la novia del imputado, desconoce "...que aún si pudiera sostenerse (como lo hizo) que el único agredido fue el acusado no por ello el contexto de violencia de género que se alegó como atenuante podría ser ignorado ya que atacar a un hombre porque es la actual pareja de cierta mujer (así, una ex novia) es un claro acto de violencia de género en su motivación y realización objetiva, porque implica atacar la elección afectiva y sexual de aquella, restringiendo por lo demás derechos suyos expresamente reconocidos en la ley 26.485 en cuanto pretende proteger a la mujer y a sus *relaciones interpersonales*, de modo que se entiende por violencia contra la mujer toda conducta que afecte no solo de manera directa, sino también indirecta, su libertad, dignidad, integridad psicológica y sexual (art. 4). La falta de consideración como atenuante de la reacción del acusado de tal circunstancia atribuible a los agresores menoscaba los objetivos de [...] promover y garantizar el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia; sancionar la violencia contra las mujeres *en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos*; a remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen *las relaciones de poder sobre las mujeres*; y desconoce derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar, Erradicar la Violencia contra la Mujer y, en especial, los referidos a una vida sin violencia; la integridad psicológica y sexual; que se respete su dignidad; y su



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

intimidad" (fs. 584 y vta.; el destacado figura en el original).

Postuló que la falta de valoración como circunstancias atenuantes configura, además, un supuesto de arbitrariedad (v. fs. cit. vta. y 585).

II. El señor Procurador General dictaminó a fs. 1.096/1.104, oportunidad en la que propició el acogimiento parcial del remedio extraordinario deducido y que, en consecuencia, se revoque la sentencia impugnada a nivel de la determinación de la pena, con reenvío al órgano *a quo* para el dictado de un nuevo fallo.

III. A fs. 1.110/1.124 el defensor particular presentó memorial previsto en el art. 487 del Código Procesal Penal.

En prieta síntesis, además de sostener la totalidad de los motivos de agravio contenidos en la vía extraordinaria promovida, cuestionó lo dictaminado por la Procuración General en cuanto aconsejó sean desestimados los reclamos vinculados con la inobservancia del art. 35 del Código Penal y la denuncia de absurdo en la acreditación del dolo de homicidio -tentado- en el hecho que tuvo por víctima al taxista Skowronski, propugnó nuevamente por la aplicación del principio *in dubio pro reo*, solicitó que se haga lugar a los planteos dirigidos contra la determinación de la pena y las cuestiones federales involucradas en dicho agravio y, con asunción de competencia positiva, requirió que ella sea reducida a diez años y ocho meses de prisión para el supuesto de desestimarse -aun parcialmente- sus anteriores reclamos, o bien a la de dos años y cuatro meses de la misma

especie de pena en la hipótesis de hacerse lugar a su impugnación. Finalmente, peticionó que todas las críticas formuladas en el remedio en trato sean evaluadas con perspectiva de género.

IV.1.a. El primer agravio, en cuanto cuestionó la aplicación al caso del art. 79 -en función del art. 42- del Código Penal y entendió correcta la recalificación del hecho que involucró al taxista Skowronski en la figura de daño descripta en el art. 183 del mentado digesto sustantivo (v. esp. fs. 553 vta./565 vta.), no ha de progresar en tanto resulta manifiestamente extemporáneo (art. 451 cuarto párrafo, CPP).

El tribunal de grado tuvo por acreditada la siguiente materialidad infraccionaria, que el Tribunal de Casación Penal convalidó: *"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 Martin 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 en el*



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

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 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 destacado figura en el original).

El entonces defensor de confianza de Berganza, doctor Rodrigo Leandro González, presentó recurso de casación contra la sentencia del tribunal de origen (v. fs. 18/66 vta.), en el que planteó la arbitrariedad de esa decisión por falta de motivación y fundamentación aparente en la valoración de la prueba rendida en el debate, insistiendo -en lo medular- en que se habría configurado en el caso un supuesto de legítima defensa -art. 34 incs. 6 y 7 del Código Penal-, o en su defecto, de exceso en esa causal de justificación -art. 35 del Código citado-, o bien, de error de prohibición indirecto invencible -art. 34 inc. 1 del mismo Código- (v. esp. fs. 21/57).

Mas en esa oportunidad no cuestionó el encuadramiento normativo asignado a los hechos en juzgamiento por el sentenciante de origen, razón por lo cual el Tribunal de Casación -dentro de los lindes del



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

remedio llevado a su conocimiento- afirmó que no observaba "...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 5º-), 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" (fs. 486).

Mucho menos se advierte en dicha pieza recursiva la novedosa petición que ahora formula, de que se recalifique el hecho en la figura de daño tipificada en el art. 183 del Código de fondo, extremo que sella la suerte adversa de su reclamo (doctr. art. 451 cuarto párrafo, CPP; conf. causas P. 78.901, sent. de 7-XI-2001; P. 75.534, sent. de 21-XI-2001; P. 77.329, sent. de 10-IX-2003; P. 81.725, sent. de 16-IX-2003; P. 83.841, sent. de 9-X-2003; P. 89.368, sent. de 22-XII-2004; P. 96.980, sent. de 7-II- 2007; P. 98.419, sent. de 2-VII-2008; P. 95.851, sent. de 14-V-2008; P. 99.549, sent. de 8-VII-2008; P. 103.442, sent. de 29-XII-2008; P. 100.872, sent. de 15-IV-2009; P. 102.166, sent. de 22-VI-2009; P. 107.711, sent. de 6-X-2010; P. 105.743, sent. de 20-X-2010; P. 104.982, sent. de 22-X-2010; P. 130.063, sent. 7-VIII-2020; P. 132.720, sent. de 29-IV-2020; e.o.).

IV.1.b. En cuanto tilda de absurdo y arbitrario este tramo del pronunciamiento, en lo que refiere a la

acreditación del tipo subjetivo, es dable señalar que la Casación analizó y descartó luego la petición de la defensa de que los hechos desplegados por Berganza resultaran justificados bajo la causal prevista en el art. 34 inc. 6 del Código Penal (v. fs. 486 y vta.).

Con ese norte, el tribunal revisor afirmó que no advertía déficit de motivación, arbitrariedad ni absurdo en la valoración de la prueba (v. fs. cit.) y, para concluir de tal modo, trajo a colación las declaraciones de Vadim Lapenkov -testigo presencial-, Diego Villarruel -jefe de Policía Científica, perito en balística y perito mecánico armero-, María Laura Alayón -testigo quien acompañaba al acusado en su automóvil-, Cristian Flamini, Daniel Pereyra -agentes estos dos últimos que transitaban en un móvil del Servicio de Apoyo Municipal y con cuales Braganza tiene el primer contacto luego de efectuar los disparos- y Gustavo Orecchia Farías -subcomisario de la Policía de la Provincia de Buenos Aires- (v. fs. 486 vta./488 vta.), que lo llevaron a descartar que el vidrio correspondiente a la puerta del lado del conductor del auto del imputado -que tenía colocado un laminado antivandálico- hubiera sido roto desde el lado de afuera "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



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

disparos a la zona central de su cuerpo, uno atrás de otro, con una de las mejores armas de fuego cortas 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" (fs. 489 y vta.).

La Casación señaló que frente a la acción llevada a cabo por Feinmann "...desafiándolo a que bajara del auto mediante insultos y golpes al vehículo, la respuesta de Berganza fue la mortal ejecución [...] y de seguido -antes de retirarse raudamente dando marcha atrás-, disparar varias veces más la Glock hacia donde estaba el taxi con su chofer [Skowronski]. Cabe mencionar en torno a ese último episodio, que a partir de la pericia balística llevada a cabo y las explicaciones de su autor, Hugo Chichahuala, 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'* [...], y que aún sin pasar por la posición del conductor [...], uno de los proyectiles [...]. Además, atravesaron el respaldo del asiento delantero del lado del acompañante e impactaron en el tablero del rodado. En el [asiento del conductor del] taxi se encontraba Skowronski, que al escuchar los disparos dirigidos a Feinmann buscó protegerse recostándose sobre una puerta del vehículo de alquiler" (fs. 491; el destacado figura en el original).

En esa dirección, la judicatura intermedia afirmó que "...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'* [...], 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" (fs. 491 vta. y 492; el destacado figura en el original).

De modo tal que, en función de las circunstancias expuestas que tuvo por acreditadas, concluyó en que "...nadie le rompió el vidrio a Berganza, él bajo la ventanilla, disparó su arma haciendo blanco contra Feinmann, e intentó hacer lo propio con quien estaba en el taxi (Skowronski), 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" (fs. 492).

IV.1.c. Lo expuesto precedentemente aleja la ponderación jurisdiccional bajo examen de las tachas de



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

absurdo y arbitrariedad en tanto, lo que el recurrente pretende con su agravio, es cuestionar el complejo fáctico determinado por los sentenciantes, sin evidenciar la concurrencia de un flagrante desvío del raciocinio o la existencia de un juicio arbitrario que avale la eventual descalificación del pronunciamiento recurrido (arts. 494 y 495, CPP).

Cabe destacar aquí, que una incorrecta apreciación de los aspectos fácticos de la sentencia podría conllevar a una aplicación errónea de la ley sustantiva, en especial, respecto de la exactitud de la subsunción legal. Empero, sólo si se demostrara claramente un caso de "absurdo" u otro vicio de excepción (que no es lo que ocurre aquí), le correspondería a este Tribunal revisar los supuestos errores *facti* traídos por la defensa (conf. causas P. 102.106, sent. de 5-V-2010; P. 108.125, sent. de 14-VII-2010; P. 111.032, sent. de 10-VII-2013; P. 114.421, sent. de 13-XI-2013; P. 110.347, sent. de 23-XII-2013; P. 105.576, sent. de 12-III-2014; P. 119.086, sent. de 19-IX-2018; P. 129.256, sent. de 3-X-2018; P. 130.612, sent. de 26-XII-2018; P. 128.615, sent. de 10-IV-2019; P. 130.773, sent. de 14-VIII-2019; e.o.).

Así, los desarrollos vinculados con la afectación de los principios de inocencia, *in dubio pro reo* y legalidad, se erigen como una opinión personal discrepante con el criterio sustentado por el *a quo*. Y como es sabido, el mero disenso, o la señalización de pareceres diversos no importan un medio de cuestionamiento idóneo, desde el ángulo de la técnica del

carril impetrado (doctr. causas P. 102.516, sent. de 20-VIII-2008; P. 101.759, sent. de 18-XI-2009; P. 104.310, sent. de 25-IX-2009; P. 110.668, sent. de 22-XII-2010; P. 117.860, resol. de 19-III-2014; P. 117.680, resol. de 26-III-2014; P. 127.365, sent. de 20-XII-2017; P. 130.612, sent. de 26-XII-2018; P. 131.620, sent. de 4-XII-2019; P. 131.458, sent. de 26-XII-2019; P. 129.978, sent. de 26-II-2020; e.o.).

Viene al caso recordar que esta Corte tiene dicho 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.

Y nada de ello el defensor demostró, de manera que justifique sortear el límite establecido por el art. 494 del Código Procesal Penal (doctr. causas P. 103.093, resol. de 14-VII-2010; P. 112.761, resol. de 19-IX-2012; P. 112.573, resol. de 19-XII-2012; P. 113.417, resol. de 10-IV-2013; P. 115.269, resol. de 27-XI-2013; P. 118.487, sent. de 15-IV-2015; P. 121.322, sent. de 24-VIII-2016; P. 122.361, sent. de 13-XII-2017; P. 130.081, sent. de 5-XII-2018; P. 130.931, sent. de 4-XII-2019; P. 129.559, sent. de 4-III-2020; e.o.).

IV.2. El agravio por el que la defensa técnica



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

cuestionó que se haya descartado encuadrar la conducta desplegada por Berganza en el suceso que damnificó a Feinmann en la figura del exceso en la legítima defensa contemplada en el art. 35 del Código Penal, tampoco prospera.

En el recurso de casación incoado (v. fs. 18/66 vta.), la asistencia letrada del encausado -tras cuestionar la valoración probatoria llevada a cabo, específicamente de las declaraciones testimoniales rendidas en debate (v. esp. fs. 21/50 vta.)-, desarrolló su reclamo sobre la base de que debía tenerse por configurada la causal justificante de la legítima defensa (v. fs. 51/57).

En ese derrotero, insistió con la existencia de la agresión ilegítima y la racionalidad del medio empleado, expresando en esa ocasión en que "De una u otra manera la agresión ilegítima existió y lejos de ser de poca entidad como pretende presentarla la sentencia el ataque premeditado entre tres personas significó un hecho delictivo grave por la sorpresa, la nocturnidad[,] la superioridad numérica de sus atacantes, el despliegue que denotaba un plan anteriormente pergeñado y por la especial protección que Berganza tenía para con su madre[,] su pareja y una menor de ocho años que llevaba en su rodado, por ello ya no sólo tenemos por acreditado la agresión [ilegítima] inicial de la que fueron víctimas Berganza, Pellegrino Alayón y su hija de tan solo ocho años sino que lo narrado nos abre paso a la necesidad y racionalidad del medio empleado, pero lo cierto es que como conclusión de lo hasta aquí mencionado [...se]

omitió aplicar la ley sustantiva que correspondía[,] pues [...el imputado] obr[ó] legítimamente de acuerdo a lo normado por el artículo 34 inciso[s] 6° y 7° del Código Penal de la Nación reestableciendo el derecho atacado [y] haciendo prevalecer los bienes jurídicos mediante un sacrificio NECESARIO del interés ilegítimo de los atacantes" (fs. 51; el destacado figura en el original).

El único señalamiento concreto efectuado por la parte en relación con haberse configurado un supuesto de exceso en la legítima defensa -art. 35 del Código Penal-, fue efectuado escuetamente al finalizar el reclamo anteriormente citado, ocasión en la que refirió que "...sin lugar a la más mínima duda [el acusado] obró amparado por la causal de justificación descripta en los incisos 6 y 7 del artículo 34 del Código Penal de la nación, y si se considerase que [...] 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" (fs. 56). Adicionalmente, mencionó -también sucintamente- la posibilidad de que Berganza haya actuado inmerso "...en un error de prohibición indirecto invencible lo cual excluye la culpabilidad" y, por ello, entendió que debía ser absuelto (fs. cit. vta. y 57).

IV.3. Dentro de los contornos propuestos por la defensa, la Casación falló dando una amplia respuesta en pos de descartar la presencia del cuadro de circunstancias configurativas de la legítima defensa argüida. Veamos.

Tras analizar los presupuestos de esa causa de



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

justificación, explicó -en concreto- que no se encontraba acreditado en autos el extremo referido a "...la necesidad racional del medio empleado" al que alude el art. 34 inc. 6 "b" del Código Penal, en razón de considerar que "...desde que el acusado, antes de utilizar el arma de fuego [contra Feinmann] no le advirtió a su agresor que estaba armado [...] 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" (fs. 492 vta. y 493).

En esa misma línea de pensamiento, agregó que "...frente a un comportamiento de violencia protagonizado por Feinmann [...], la respuesta de Berganza lejos estuvo de la recomendación que le diera 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 [Skowronski], 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 Feinmann era de la misma naturaleza del que venía llevando adelante, siempre una empecinada búsqueda de lograr una ruptura en el vínculo de pareja entre Berganza y Alayón apelando a la violencia verbal y aún física de menor entidad, no habiendo nunca esgrimido un arma, de lo que dio cuenta Alayón en su testimonio [...]. 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 imputado les dijo a Flamini y Pereira [-agente de la Guardia Urbana del municipio de Pilar y oficial de la Policía de la provincia de Bs. As., respectivamente-]" (fs. 493 vta. y 494).

Con ese piso de marcha, pasó a contestar el embate vinculado con la tesis esgrimida -en subsidio- por la defensa de encuadrar el comportamiento atribuido al procesado Berganza dentro del exceso en la legítima



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

defensa, para lo cual sostuvo que "Al no haberse presentado entonces una situación de legítima defensa, ello obsta la posibilidad que los límites establecidos por dicha causa de justificación hayan podido 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 argumento expuesto por el A Quo -con el que concuerdo [...] - haya sido desvirtuado en el recurso, más allá de lo que se alega en éste en cuanto a que no lo comparte" (fs. 494 vta.).

Nótese que, tal como se señaló en la transcripción del fallo precedente, la cuestión también había sido abordada en la sentencia de primera instancia. Al respecto refirió el tribunal en lo criminal interviniente que "Para que exista exceso es menester que se encuentren dadas las circunstancias de la figura principal, cual es la legítima defensa [...]. En consecuencia, y desde la lógica de la estructura estratificada de la teoría del delito, si no hay legítima defensa, mal puede hablarse de haberse excedido en el empleo de aquella" (fs. 313 vta.), como así también señaló que "...[el arma] utilizada por Berganza poseía un calibre y una munición que, al menos a título de representación inevitable, debió hacerle saber que su empleo (reiterado en un cúmulo importante de disparos) debía ocasionar necesaria o muy probablemente la muerte del agresor verbal e inclusive de aquél que ni siquiera lo agredía y que solo se encontraba en el interior del taxímetro con el que se habían hecho presentes en el

lugar. En consecuencia, no puede sostenerse con razonabilidad que Gastón Roberto Berganza hubiera actuado mediando legítima defensa; y entonces, si no hubo legítima defensa (art. 34 inc. 6° del Código penal) mucho menos puede decirse que hubo exceso en ella (art. 35 del mismo cuerpo normativo). La ausencia de los extremos exigidos por el artículo 34, inciso 6° del Código Penal para la configuración de la legítima defensa torna irremediabilmente atípico del tipo permisivo cualquier conducta, y, por lo tanto, de imposible encuadre en el artículo 35 de dicho cuerpo legal, por la sencilla razón de que nadie puede exceder un ámbito en el que nunca estuvo" (fs. 314 y vta.).

IV.4. Entonces, frente a un tema que había sido plenamente tratado por el tribunal de mérito, la defensa dedicó todos sus esfuerzos en el recurso de casación a discutir la configuración de la legítima defensa, sólo mencionando que -en su defecto- debía encuadrarse en el supuesto del art. 35 del digesto fondal (v. esp. fs. 56 último párrafo). En esos términos falló la Casación y confirmó lo decidido en primera instancia, en lo que aquí nos ocupa, relativo a descartar la aplicación de la figura de exceso en cuestión.

Sin embargo, en el recurso extraordinario bajo análisis (v. esp. fs. 568/569), la defensa particular dejó de lado expresamente el reclamo de que se enmarquen los hechos dentro de la ya tantas veces citada causa de justificación del art. 34 inc. 6 del Código Penal, para enfocar su argumentación -de un modo exclusivo- en el exceso de la citada eximente.



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

En síntesis, ahora planteó que el aludido art. 35 también es aplicable cuando el exceso por parte del que se defiende se presenta *ab initio*, como así también que lo resuelto por la Casación -de modo contrario a su postura- significó la violación a los principios de *ultima ratio* y *pro homine* -en el sentido que le ha dado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Acosta"- y la configuración del vicio de arbitrariedad por haber excluido la consideración de las disposiciones de la ley que resultarían ser esenciales para la solución de la causa. Mas, claramente, el embate no fue llevado -desde esa óptica- a conocimiento del tribunal revisor (v. fs. 18/66 vta. -rec. casatorio-), giro argumental que sella su suerte adversa por su extemporaneidad (doctr. art. 451, CPP, cit.).

V.1. Finalmente, el agravio sobre la errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del Código Penal y la denuncia de arbitrariedad en la determinación de la pena tampoco prospera.

Si bien ante el órgano casatorio se formuló similar denuncia (v. fs. 18/66 vta.), de la lectura completa del agravio articulado ante esa instancia surge que la defensa de Gastón Roberto Berganza planteó en dicha oportunidad que, a su criterio: i) la pena impuesta resultaba excesiva (v. fs. 57 y vta.); ii) se llevó a cabo una errónea interpretación de la ley sustantiva en relación con los aludidos arts. 40 y 41 del Código Penal al momento de mensurar la sanción aplicada (v. fs. 57 vta.); iii) se efectuó una mención meramente enunciativa de los elementos valorados para establecer el *quantum*

sancionatorio, incurriendo en una fundamentación aparente (v. fs. 58); iv) se eludió dar cuenta de todas las pautas atenuantes alegadas por dicha parte y que se otorgó preeminencia a las agravantes cuando se verificarían mayores y mejores circunstancias atenuantes que agravantes, y reclamó (con mención del art. 8.2, CADH) el doble conforme en cuanto al monto punitivo (v. fs. 58 y vta.).

V.2. En respuesta, el Tribunal de Casación estableció que tampoco procedía este motivo de agravio en razón de no advertir desproporción ni falta de fundamentación sobre este tópico (v. fs. 496 vta./497 vta.).

Efectuó un repaso de las diversas circunstancias que había sido ponderadas en el fallo de origen, enumerando como atenuantes: "[e]l buen concepto informado" y "[l]a ausencia de antecedentes", mientras que como agravantes mencionó que se habían computado: "[l]as especiales características del arma y la munición utilizada" y "[l]a extensión del daño causado con relación a la víctima Iván Skowronski" (fs. 497 vta.).

Razonó, en sustento de su decisión, que en el sistema general de determinación de la pena adoptado por el derecho penal argentino -de penas relativas- se mencionan pautas de orientación ejemplificadoras, sin determinar no sólo el sentido sino tampoco el valor de cada una de las circunstancias, y que no existía norma que establezca determinado método de dosificación de la pena (v. fs. 497 vta. y 498).

Consideró, seguidamente, que la defensa "...no



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

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 [de ellas], a fin de dar cuenta de su pertinencia [...]. 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" (fs. 498 y vta.).

Y aún fue más allá, destacando -sin perjuicio de lo expuesto- que "...se advierte del Acta de Debate que el letrado entonces a cargo de la Defensa, 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' [...]. La primera fue receptada. Las restantes, de 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 de violencia de género', sugiere su vinculación con comportamientos atribuidos a Feinmann en perjuicio de [María Laura] Alayón [-pareja del procesado al momento del hecho-], 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 [...] que, como se adelantara, no fueron refutados en el recurso, ya que ni 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 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 [...] - 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)" (fs. 499 y vta.).

V.3. Lo dicho por el tribunal del recurso demuestra el abordaje de los motivos de agravios llevados ante su sede, sin evidenciar arbitrariedad por falta de fundamentación en la determinación de la pena (arg. art. 495, CPP).

El criterio expuesto por el órgano revisor es coincidente con la doctrina de esta Suprema Corte de Justicia, en cuanto establece que el Código Penal no contiene un determinado sistema legal para efectuar la dosimetría, ni un punto de ingreso a la escala penal dentro del marco de las escalas previstas para las penas divisibles en razón del tiempo o de la cantidad por los arts. 40 y 41 del Código Penal (conf. causas P. 67.662, sent. de 10-IX-2003; P. 105.758, sent. de 3-III-2010; P.



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

111.426, sent. de 12-IX-2012; P. 112.316, resol. de 17-IV-2013; P. 112.514, resol. de 24-IV-2013; P. 126.198, sent. de 28-XII-2016; P. 123.288, sent. de 22-II-2017; P. 129.275, sent. de 10-X-2018; P. 131.608, sent. de 20-XI-2019; P. 133.210, sent. de 15-VII-2020; e.o.), como así también que el disenso de la parte acerca de la incidencia sobre el *quantum* de la pena a aplicar de las circunstancias atenuantes y agravantes computadas no implica ni significa violación legal alguna (causas, por muchas, P. 64.969, sent. de 12-III-2003; P. 73.338, sent. de 25-VI-2003; P. 125.708, sent. de 22-VI-2016; P. 121.430, sent. de 20-IX-2017; P. 128.625, sent. de 25-IV-2018; P. 128.819, sent. de 23-X-2019; P. 132.095, sent. de 20-X-2020; e.o.).

V.4.a. En cuanto a la solicitud de la defensa a fin de que se valore el "...contexto que marca la Doctrina de la violencia de género" en el que se produjo el ilícito como pauta atenuante de la pena al que aludió al momento de celebrarse la audiencia de debate oral con cita del art. 41 del Código Penal -petición sobre la cual recayera la conformidad del Ministerio Público Fiscal- (v. esp. fs. 198 vta., 443 vta. y 447), es dable señalar que la Casación trató puntualmente esa cuestión y postuló su desestimación desde el andarivel de la insuficiencia, en tanto consideró que la aducida circunstancia -al igual que otras pautas aminorantes invocadas- había sido llevada a la instancia de revisión de un "...modo genérico", lo cual obstaculizaba su recepción "...al no poder establecerse sus alcances, en tanto aparecen como meros rótulos abstractos" (fs. 498 vta. y 499).

A su vez, el tribunal intermedio motivó el rechazo de este agravio en razón de advertir que la fórmula empleada por la parte "...sugiere su vinculación con comportamientos atribuidos a Feinmann en perjuicio de [María Laura] 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", y señaló también la existencia de otros factores que se oponían a dar viabilidad a la mentada atenuante al consignar que "...los jueces [que intervinieron en la instancia de debate] brindaron fundamentos en torno a los parámetros seleccionados [a fin de graduar la pena] que, como se adelantara, no fueron refutados en el recurso [de casación], ya que siquiera formó parte de éste el ataque concreto de las circunstancias atenuantes fijadas" (fs. 499).

V.4.b. Y más allá de la insistencia con la procedencia de esa causal, no se advierte arbitrariedad en lo así fallado, cuanto menos en los términos en los que la defensa decidió llevar el embate a conocimiento de esa instancia (art. 495, CPP).

Tampoco es posible atribuir el carácter de arbitrario al fallo por haber desconsiderado cuestiones que no fueron llevadas a conocimiento del tribunal en el recurso de casación (v. esp. fs. 57/60 vta.), y que el órgano jurisdiccional interviniente tenga la facultad de abordar un agravio para mejorar la situación del imputado no quiere decir que esté obligado a hacerlo, pues la no utilización de la facultad, frente a la extemporaneidad



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

del planteo presentado, no significa transgresión legal alguna.

Por lo demás, se advierte que la línea argumental ensayada en este tramo de la queja, en cuanto esgrimió que la conducta desplegada por Feinmann en el caso constituyó objetivamente una agresión que implicó "...atacar la elección afectiva y sexual de [María Laura Alayón -expareja de la víctima fatal y novia del acusado al momento de la comisión del ilícito-], restringiendo por lo demás derechos [de la mencionada] expresamente reconocidos en la ley 26485 en cuanto pretende proteger a la mujer y a sus relaciones interpersonales [... y] por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer" y que, por ello, debió ser mensurado como atenuante "...el contexto de violencia de género" (fs. 584 y vta.), significa una profundización de la crítica contra lo decidido en sentido contrario al pretendido, perfil de agravio que no fue sometido a consideración de la instancia de revisión ordinaria.

Finalmente, cabe recordar 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: 310:234), y no se ha evidenciado la existencia de esos graves defectos.

Voto por la **negativa**.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Torres dijo:

I. Acompaño el dictamen del señor Procurador General, pues estimo que el recurso prospera parcialmente.

II. Los antecedentes del caso fueron debidamente reseñados en el voto que antecede, a cuyos términos me remito para no ser reiterativo.

III. Respecto a las críticas relativas a la arbitrariedad en la valoración de la prueba del "dolo" de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en perjuicio del chofer de taxi Skowronski y la consecuente errónea aplicación al caso de la figura de la tentativa de homicidio agravado (arts. 41 bis, 42 y 79, Cód. Penal), comparto lo expuesto para rechazar tales agravios por la doctora Kogan en los puntos IV.1.a. y IV.1.b. de su voto.

IV. A su vez, coincido con el análisis de la ponente para descartar el agravio vinculado a la errónea exclusión de la figura del exceso en la legítima defensa en los términos del art. 35 Código Penal, por lo que adhiero a las consideraciones plasmadas en los apartados IV.2., IV.3. y IV.4. de su sufragio.

V. Distinta suerte corresponde a la denuncia de errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del Código Penal y arbitrariedad en la determinación de la pena, pues tales reclamos proceden de manera parcial (art. 496, CPP).

V.1. En lo que aquí interesa, el Tribunal de Casación Penal descartó que hubiera habido desproporción



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

o falta de fundamentación en el monto de la pena impuesto a Berganza (v. fs. 497 vta.).

Luego de repasar las atenuantes y agravantes ponderadas por el tribunal de origen, el órgano intermedio explicó que "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...". De seguido, apuntó que el recurrente no cuestionaba las agravantes consideradas por el tribunal oral, ni procuraba revertir los argumentos brindados por los jueces de mérito para dar cuenta de la pertinencia de cada una de esas pautas, sino que buscaba evidenciar que no se había explicado por qué "...se elig[ió] dar mayor peso a un agravante sobre un atenuante o viceversa". En definitiva, concluyó que la parte no había expuesto las razones por las cuales entendía que en el fallo se había dado preeminencia a los agravantes y en qué consistía la verificación de mayores y mejores circunstancias atenuantes que agravantes, ni tampoco cuáles eran los atenuantes alegados por la defensa de los que el tribunal de la instancia no había dado cuenta (v. fs. 498 y vta.).

Más allá de aquella conclusión, la Casación dio cuenta de que "...se advierte del Acta de Debate que el

letrado entonces a cargo de la Defensa, 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' [...]. 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" (fs. 498 vta. y 499).

Además, el tribunal intermedio indicó que "...los jueces brindaron fundamentos en torno a los parámetros seleccionados [...] que, como se adelantara, no fueron refutados en el recurso, ya que ni 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 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 [...]- se ajusta a la necesidad, idoneidad y exigibilidad como criterios propios del principio de proporcionalidad, constituyendo



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

la medida de la culpabilidad de los actos atribuidos (arts. 40 y 41, CP)" (fs. 499 y vta.).

De seguido, el voto del doctor Maidana -que concitó la adhesión del doctor Carral- se expidió en relación a los nuevos motivos de agravio expuestos por la defensa en su memorial y en la audiencia del art. 458 del Código Procesal Penal.

Para un mejor entendimiento, cabe mencionar que en esa oportunidad la defensa de Berganza, entre otras cuestiones que no vienen al caso, advirtió la violación de la prohibición de la múltiple valoración al haberse computado como pauta agravante el empleo del arma utilizada, así como también cuestionó que se haya tenido por tal "las presuntas amenazas al agresor Skowronski" (fs. 483).

Ahora bien, al momento de abocarse a los nuevos motivos de agravio, el doctor Maidana dejó en claro que "...es doctrina del suscripto que no siendo cuestiones introducidas con la interposición del recurso originario, su conocimiento se encuentra vedado a este cuerpo" (fs. 499 vta.).

Sin embargo, dada la postura diferente de su colega de Sala, dio respuesta a algunos de esos nuevos planteos; en lo que importa para el caso, señaló que "...Vale idéntica limitación respecto de la aplicación del art. 41 bis a las infracciones del art. 79, en tanto su observancia se impone en función del Fallo Plenario n° 36.328" (fs. 499 vta. y 500).

V.2. Como adelantara, los reclamos relativos a la determinación del monto de pena proceden parcialmente.

V.2.a. Por un lado, el planteo de ingreso a la escala penal por el mínimo legal para los delitos imputados resulta insuficiente, en tanto el impugnante no logró controvertir los argumentos expuestos por el tribunal intermedio para rechazar su pretensión (art. 495, CPP).

Cabe recordar, tal como lo hiciera la colega preopinante, que es doctrina de esta Corte que el Código Penal no contiene un determinado sistema legal para efectuar la dosimetría, ni un punto de ingreso a la escala penal dentro del marco de las escalas previstas para las penas divisibles en razón del tiempo o de la cantidad por los arts. 40 y 41 del Código Penal (conf. causas P. 67.662, sent. de 10-IX-2003; P. 130.188, sent. de 6-XI-2019; P. 131.375, sent. de 4-XII-2020; P. 132.280, sent. de 13-IV-2021; e.o.). El disenso de la parte acerca de la incidencia sobre el *quantum* de la pena a aplicar de las circunstancias atenuantes y agravantes computadas no implica ni significa violación legal alguna (causas, por muchas, P. 64.969, sent. de 12-III-2003; P. 128.862, sent. de 29-V-2019; P. 132.210, sent. de 15-VII-2020; P. 132.280, sent. de 13-IV-2021, cit.; e.o.).

Ello alcanza para demostrar que el planteo de la parte se revela insuficiente (art. 495, CPP).

V.2.b. Por otra parte, comparto lo dictaminado por el señor Procurador General en cuanto a los restantes cuestionamientos relativos a los parámetros (severizantes y atenuantes) computados para dosificar el monto de la sanción penal.



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

Conforme se reseñara en el apartado V.1., el magistrado que lideró el acuerdo en la sede intermedia, más allá de dejar asentada su postura sobre la interpretación del art. 451 del Código de rito, optó -en razón del criterio contrario de su colega- por abordar de todos modos los nuevos motivos de agravio introducidos por la defensa. En esa tarea, se advierte un defectuoso tratamiento de los novedosos planteos llevados a esa instancia, ya que -en lo que aquí importa, y tal como apunta el señor Procurador General- solo desechó la crítica vinculada a la prohibición de múltiple valoración, citando para ello el Fallo Plenario n° 36.328 del Tribunal de Casación Penal.

Ahora bien, al haber decidido tratar los nuevos agravios, el órgano revisor debió haber contestado todos los planteos. Concretamente, en lo que aquí interesa, debió analizar las críticas dirigidas a la agravante "extensión del daño causado"; sin embargo, nada dijo al respecto. Esa falencia de fundamentación da cuenta de la arbitrariedad alegada por la defensa.

A su vez, concuerdo con el señor Procurador General en que la Casación no dio respuestas acabadas para desechar la pauta atenuante vinculada a las "circunstancias en que se produjo el hecho", por lo que su descarte aparece como una mera afirmación dogmática que amerita ser descalificada.

Por lo tanto, propongo que los autos sean devueltos a la instancia anterior para que el tribunal intermedio brinde un adecuado tratamiento a la agravante

"extensión del daño causado" y la atenuante "circunstancias en que se produjo el hecho".

VI. En función de lo expuesto, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la defensa de Berganza, revocar la sentencia impugnada a nivel de la determinación de la pena con el alcance apuntado y devolver la causa al Tribunal de Casación Penal para que, con la integración que corresponda, dicte un nuevo fallo conforme a derecho (art. 496, CPP).

Con ese alcance, voto por la **afirmativa**.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

I. Al igual que el colega que me precede, doctor Torres, en concordancia con el dictamen del señor Procurador General, estimo que el recurso debe parcialmente prosperar.

II. La denuncia de absurdo y de arbitrariedad del fallo en la valoración de la prueba del "dolo" de homicidio agravado por el uso de un arma de fuego en perjuicio del chofer de taxi, Iván Skowronski, y la errónea aplicación a ese hecho de los arts. 41 bis y 42, en función del art. 79, todos del Código Penal, con la consecuente afectación de los arts. 210, 371 y 459 del Código Procesal Penal; 1 y 18 de la Constitución nacional; 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los principios de inocencia e *in dubio pro reo* (v. fs. 553 vta.), no es de recibo.



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

II.1. En prieta síntesis, el recurrente alega que no ha quedado inequívocamente demostrado que el aquí impugnante haya querido matar al chofer que comandaba ese vehículo y, asimismo, controvierte la apreciación jurídica de los hechos en cuanto se afirma que basta para la tentativa con el conocimiento del autor de la probabilidad de que alguien muera como consecuencia de su acción. En tal sentido, el concepto de dolo utilizado para la resolución del caso, que estima en infracción de los arts. 42 y 79 del Código Penal, es también motivo de reparos (v. fs. 562 y juicio de admisibilidad, en causa P. 133.182).

Recuerda que ya en el recurso de casación esa parte había efectuado una crítica concreta a la calificación legal actuada. En tanto, en la admisión del imputado Berganza de haber disparado hacia el taxi en el hecho que damnificó a Skowronski, explicó que lo fue a efectos de "...dejar fuera de juego 'al automóvil' para que no pudiera (por ejemplo) perseguirlo", como así también manifestó que nunca tuvo intención de matar al conductor de ese rodado dado que el disparo fue "...para dañar" al vehículo. Por lo cual, siendo que la operatividad del principio *in dubio pro reo* incluye los elementos subjetivos del tipo penal, la falta de certeza sobre su concurrencia debería computarse a favor del encausado (v. fs. 554 y vta.), pretendiendo la mutación del encuadre legal a las figuras de daño, o bien, subsidiariamente, la correspondiente a la de abuso de arma de fuego -arts. 183 y 104 primer párrafo, respectivamente del Código Penal- (v. fs. cit. vta./555

vta.), explayándose respecto a sus pormenores (v. fs. 555 vta./559 vta.).

II.2. Acerca de las críticas relativas a la arbitrariedad en la valoración de la prueba del "dolo" de la tentativa de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en perjuicio de Skowronski y la consecuente errónea aplicación al caso de esa figura penal (arts. 41 bis, 42 y 79, Cód. Penal), comparto lo expuesto por la doctora Kogan -ver punto IV.1.a. de su voto- en torno a la extemporaneidad del reclamo con el cariz que aquí postula y lo relativo a que no se advierte "absurdo notorio" en la apreciación de las cuestiones de hecho y prueba que este Tribunal deba atender en el estricto marco de su competencia (art. 494, CPP), así como que pudiera apreciarse una errónea administración del principio *favor rei*, a cuyos argumentos en honor de brevedad me remito.

Con todo, a mayor abundamiento cabe señalar que, desde el componente subjetivo, se tuvo por probado que los pasos de acción emprendidos por Berganza contra Skowronski consistentes en diversos disparos del arma de fuego usada en la ocasión -pistola semiautomática Glock, calibre 3,57, con municiones de punta chata- dirigidos voluntariamente hacia el radio de posición donde se hallaba la víctima, impactando en el volante del automóvil, el velocímetro y el respaldo del asiento del acompañante -el que fue atravesado por el proyectil-, donde el conductor se había escondido, fueron todos conocidos por el agente. Afirmado ello, tengo dicho que no es menester requerir ningún elemento adicional para subsumir el comportamiento enjuiciado en la figura del



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

homicidio doloso o su tentativa. Pues, las distintas formas de dolo tienen el denominador común del conocimiento del peligro concreto generado por el obrar (conf. mi voto en causas P. 90.724, sent. de 20-XII-2006; P. 128.500, sent. de 29-VIII-2018; e.o.). Por lo demás, no se advierte ni se ha invocado que el agente hubiera incurrido en error al apreciar la situación de hecho así configurada y las consecuencias que se pueden esperar. Antes bien, con esos datos conocidos y actuales obró en consecuencia, tomando el posible resultado como venía, con lo cual no logra contrarrestar el dolo -siquiera eventual- de la tentativa de homicidio afirmado en el caso.

En resumidas cuentas, en atención a lo resuelto en las instancias previas, la defensa no logra justificar la arbitrariedad que le atribuye a la decisión merced a las circunstancias comprobadas de la causa, ni la existencia de déficits constitucionales en tal comprensión del dolo (art. 495, CPP; doctr. causa P. 85.630, sent. de 10-V-2006).

III. La inobservancia del art. 35 del Código Penal al supuesto de marras, vinculado con la figura del exceso en la legítima defensa, formulado en subsidio al de la causal de legítima defensa propia y de terceros en el recurso casatorio (v. fs. 565 vta.), tampoco progresa.

III.1. El recurrente refiere en la pieza impugnativa, que el Tribunal de Casación -según interpreta- asumió que podía ser correcto lo afirmado por su parte acerca de la efectiva existencia de una agresión ilegítima por parte de Feinmann, consistente en haber

incitado a Berganza a que "...se baje [de su automóvil para pelear", "...tildándolo de cagón", "...diciéndole hijo de puta", "...golpeándole el auto", que se "...[hubiera] presentado con un acompañante y llegado en un taxi con su respectivo chofer", habiéndolo planeado "con una semana de antelación", y consideró que la única razón por la que en esa instancia se descartó la legítima defensa como causal de justificación consistió en que, "...frente a la agresión ilegítima que sufrió [Berganza], no provocada por él (y que no le era exigible soportar o, alternativamente, eludir, huyendo del agresor), empleó contra éste un medio que no se advierte ex ante necesario y proporcional, por lo que no encuentra configurado el segundo requisito de la legítima defensa alegada (ya que no le advirtió a su agresor que estaba armado y porque aún pudo utilizar el arma de modo disuasorio)" (fs. 566 vta./567 y vta.; el destacado figura en el original).

Sin perjuicio de criticar por "abstractas" esas expresiones, al no describir con precisión a qué conductas alternativas del imputado pretendió referirse, aduce que su agravio vinculado al encuadre legal queda ahora circunscripto no ya a la eximente del art. 34 inc. 6 del Código Penal, "...sino [a] la exclusión [...] del artículo 35 del CP a los hechos que se consideraron probados", frente a la negativa de aplicar al caso la figura del exceso en la legítima defensa (v. fs. 568/569).

Se alza contra la exégesis efectuada por el tribunal intermedio que condujo a descartar la aplicación del mencionado art. 35 cuando "...la conducta ab initio



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

[endilgada al acusado] no estaba en el marco de la justificante [prevista en el art. 34 inc. 6 del CP]", en violación de los principios de *ultima ratio* y *pro homine* en el sentido que les fuera asignado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación -ver "Acosta", Fallos: 331:858- (v. fs. 569 y vta.; el destacado figura en el original), con protesta de que sus argumentos quedaron huérfanos de adecuada respuesta por parte del órgano revisor (v. fs. 569 vta. y 570).

La postura que descarta que el hecho pueda hallarse dentro de los contornos del citado art. 35 del Código de fondo, cuando "...[el] autor inicialmente no ha obrado dentro de los límites del artículo 34 inciso 6 del mismo código, para superarlos posteriormente", establece, a su criterio, una exigencia que no encuentra respaldo en el texto de la norma primero citada, siendo resultado de una afirmación dogmática (v. fs. 570 y vta.). Ofrece en respaldo la postura doctrinal de diferentes autores que replican esa solución (v. fs. 570 vta./573). No obstante, deja en claro que no desconoce la existencia de precedentes de esta Corte acordes a la cuestionada, reclamando su revisión (v. fs. 574 y vta.).

Estima, en esta misma parcela de su queja, que de quedar el ilícito que damnificó al taxista Skowronski tipificado como tentativa de homicidio agravado por el empleo de un arma de fuego -arts. 41 bis, 42 y 79 del Código Penal-, hace extensiva la pretendida aplicación del art. 35 del mismo Código también a dicho suceso, reiterando los conceptos antes vertidos (v. fs. 574 vta./575 y vta.).

III.2. Sin perjuicio de coincidir con las observaciones de la colega que inaugura este acuerdo, plasmadas en los apartados IV.2., IV.3. y IV.4. de su sufragio, debo señalar -para satisfacción del recurrente- que en ocasión de votar la causa P. 88.303, sentencia de 25-III-2009; entre otras, he referido a la postura que infiere que para que proceda la disminución que establece el tantas veces mentado art. 35 del Código Penal, según ella, es "necesario que la conducta en cuestión comience justificadamente, [ya que] nadie puede exceder el límite de un ámbito dentro del cual nunca ha estado", habiendo participado esta Corte -con otra integración- en sus lineamientos generales (v. causas P. 33.022, sent. de 18-III-1986; P. 38.519, sent. de 17-IV-1990; P. 54.737, sent. de 8-IV-1997; P. 75.534, sent. de 21-IX-2001; e.o.).

Si bien el recurrente alude en cierta medida a esa problemática, lo cierto es que, en el caso, el argumento relativo a la existencia de una defensa putativa ligada a la eventual creencia («errónea») del imputado de haberse hallado frente a una agresión tal que la repulsa emprendida fuese efectivamente necesaria y proporcional ha sido desechada, sin que la parte logre conmovier el sentido de esa decisión.

Por ello, no es dable concluir, como pareciera sugerir la parte, que la atenuación de pena puede aplicarse a los casos en que el autor es "consciente" de que excede los límites de la necesidad y del carácter notoriamente desproporcionado e irracional del medio empleado para la repulsa de un hecho menor, porque en ese



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

supuesto la conducta es derechamente antijurídica. No excede quien no yerra y, en el caso, el tribunal ha desestimado la concurrencia de una situación de esa especie.

Sentado ello, deviene inoficiosa la pretensa extensión de la adecuación bajo las reglas del art. 35 del Código Penal, en relación con el ilícito que damnificara al taxista Skowronski, según se reclama.

IV. Por último, en lo que refiere a la denuncia de errónea aplicación por parte del tribunal intermedio de los arts. 40 y 41 del Código Penal, por cuanto desestimó las circunstancias atenuantes propuestas por la defensa, mantuvo las pautas agravantes objetadas y por haber incurrido -a su modo de ver- en una errónea y arbitraria individualización del monto de la pena, convalidando la fijada en veinticuatro años de prisión (v. fs. 576 y vta.), adhiero al voto del doctor Torres cuyas consideraciones -ver apartado V de su sufragio- doy acá por reproducidas.

En particular, como señala el colega citado, una vez decidido el tribunal revisor al abordaje de los agravios postulados ante dicha sede, debió analizar a cabalidad las críticas dirigidas a la agravante "extensión del daño causado" y, muy especialmente, dar respuesta a la atenuante vinculada a las "circunstancias en que se produjo el hecho". En lo que a este atañe, descartados los presupuestos de la legítima defensa y del exceso del art. 35 del Código Penal, se postuló que las connotaciones que rodearon el evento deberían hallar adecuada ponderación en los parámetros del art. 41 del

Código Penal, lo cual contó con la expresa anuencia de la fiscalía ante el órgano casatorio.

Así lo refirió esta Corte al admitir ese tramo de la queja (v. punto V.2. del legajo P. 133.182), oportunidad en que se indicó que el doctor Roldán había afirmado en el memorial aportado por su parte, en el acápite sobre el monto de pena que, entre otras atenuantes, la defensa había reclamado que se asignara tal alcance a "las circunstancias en las que se produjo [el hecho]" y el "contexto que marca la Doctrina de violencia de género" (v. fs. 267 vta., en relación con fs. 1.699 vta.), dictaminando -incluso- a favor de su procedencia, por lo que la escueta y formal respuesta dedicada a su descarte aparece como una mera afirmación dogmática que amerita ser descalificada.

En consecuencia, coincido en que se acoja parcialmente el reclamo, debiendo volver los autos a la instancia anterior para que el tribunal intermedio brinde un adecuado tratamiento a estas pautas de mensuración de la pena.

Con el alcance dado, voto por la **afirmativa**.

Los señores Jueces doctores **Genoud, Violini, Kohan** y **Mancini**, por los mismos fundamentos de la señora Jueza doctora Kogan, votaron también por la **negativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oído el señor Procurador General, por mayoría, se rechaza



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto, con costas (doctr. art. 496, CPP).

Se regulan los honorarios profesionales correspondientes al doctor Fernando Díaz Cantón, por su labor ante esta instancia, en 18 jus -dieciocho- (art. 31, ley 14.967), con más el 10% de la ley 10.268.

Regístrese, notifíquese y devuélvase (conf. resol. Presidencia 10/20, art. 1 acápite 3 "c"; resol. SCBA 921/21).

Suscripto por el Actuario interviniente, en la ciudad de La Plata, en la fecha indicada en la constancia de la firma digital (Ac. SCBA 3971/20).

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 28/12/2021 10:40:03 - KOGAN Hilda - JUEZA

Funcionario Firmante: 28/12/2021 11:03:59 - GENOUD Luis Esteban - JUEZ

Funcionario Firmante: 28/12/2021 11:26:14 - MANCINI HEBECA Fernando Luis Maria - JUEZ

Funcionario Firmante: 28/12/2021 11:29:34 - SORIA Daniel Fernando - JUEZ

Funcionario Firmante: 28/12/2021 11:52:59 - VIOLINI Víctor Horacio - JUEZ

Funcionario Firmante: 28/12/2021 12:18:34 - KOHAN Mario Eduardo - JUEZ

Funcionario Firmante: 28/12/2021 19:12:32 - TORRES Sergio Gabriel - JUEZ

Funcionario Firmante: 28/12/2021 21:05:03 - MARTÍNEZ ASTORINO Roberto Daniel - SECRETARIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

245500288003697244

SECRETARIA PENAL - SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS

Registrado en REGISTRO DE SENTENCIAS DE SUPREMA CORTE el 29/12/2021 08:34:43 hs. bajo el número RS-186-2021 por SP-ARCHUBY PAULA VALERIA.