Sentencia N° 287 Ministro Redactor:

Dr. Daniel Tapie Santarelli.

Montevideo, 12 de setiembre de 2012.-

VISTOS:

Para Sentencia Definitiva de Segunda Instancia estos autos caratulados: **“M. S., J. A. Homicidio especialmente agravado.” IUE:102-10/2009**, venidos a conocimiento del Tribunal, en mérito al Recurso de Apelación interpuesto por el Representante del Ministerio Público, Dr. Ariel Cancela contra la Sentencia N° 130 de fecha 17 de octubre de 2011, dictada por la Señora Juez Letrado de Primera instancia en lo Penal de 4° Turno, Dra. Fanny Canessa.

RESULTANDO:

- 1) Por la referida decisión se absolvió al encausado J.A.M.S. como autor penalmente responsable del delito de Homicidio especialmente agravado y en su mérito disponiendo su libertad.
- 2) Contra la misma se alzó el Sr. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 6° Turno, interponiendo en tiempo y forma Recurso de Apelación expresando en la estación procesal oportuna los siguientes agravios que la causa la impugnada:

El centro de la impugnación se basa en la absolución del procesado J. M., para quien el Ministerio Público solicitó en su

demanda acusatoria que se le condenara como autor penalmente responsable de un delito de homicidio especialmente agravado a la pena de trece años y ocho meses de penitenciaría.

Sostiene que la recurrida se equivoca cuando concluye que en la especie se da la eximente de la legítima defensa al considerar acreditado que existió una agresión ilegítima al encausado, en la noche, por parte de dos sujetos.

No comparte dicha postura por entender que la conducta de M. no encuadra dentro de lo establecido legalmente para que se aplique el instituto de la legítima defensa como causal de justificación de la acción homicida del agente.

Señala que en nuestro Código Penal para que funcione y exima de responsabilidad al que obra en defensa de su persona o derechos deben concurrir, una agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para repelerla y falta de provocación suficiente de quien la ejerce.

De esa forma, sostiene que no puede invocarse la legítima defensa completa cuando no se cumplió con el segundo requisito ínsito en la legítima defensa, el cual implica un estado de indefensión absoluto, de necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión. Si se considera no probada la existencia del arma blanca referida y que no hubo lesiones al indagado, consecuentemente no puede establecerse la racionalidad del medio, esto es, en la hipótesis más probable de que M. subjetivamente sintió que podía ser atacado, agredido en sus derechos.

El usar un arma de tales características sin dar posibilidad a sus víctimas ni siquiera de huir no es racional sino más bien desproporcionado.

Aunado a ello destaca que para que se de tamaña reacción defensiva debe haber y probarse la acción que la genera, - la agresión ilegítima -, y ello, a su juicio, no resulta acreditado en autos.

La verdad material que se ha logrado no alcanza, para que opere la eximente, única manera de que la conducta del indagado pierda antijuridicidad, porque el hecho, la acción homicida existió. Por lo cual, si no hay legítima defensa, hay homicidio.

Es el propio M. quien manifestó que usó su arma ante dos personas que según él lo agredieron, para rapiñarlos, pero su versión carece de coherencia en muchos aspectos y de medios de prueba real o personal que la corrobore.

No se probó la existencia del arma blanca referida por el indagado, el mismo no sufrió ningún tipo de lesión, por lo cual tampoco puede ciertamente afirmarse la racionalidad del medio empleado.

Entiende que la Sentencia no aprecia adecuadamente para valorar los hechos, criterios como el medio empleado, las circunstancias de lugar, tiempo, daño sufrido, peligro corrido, lo que no puede llevar a justificar cualquier reacción.

Aún admitiendo su versión de que fue amenazado con un arma blanca la reacción del imputado supuso un verdadero exceso intensivo. También discrepa con lo expresado por la Sentenciante en cuanto a la tipificación jurídica de homicidio complejo realizada por la Fiscalía y ello por cuanto el concurso del artículo 311 nral. 4 como sostiene la jurisprudencia y parte de la doctrina (en ella el propio codificador Irureta Goyena) comprende y sustituye el art. 54 CP que en modo alguno puede aplicarse sin violar el claro texto legal.

En efecto, no hay concurso de delitos, se plantea un delito complejo, que por la gravedad de las conductas se aparta del régimen general del concurso de delitos, implica la reiteración por lo que no es necesario que exista sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y consecuentemente debe admitirse el delito simultáneo, esto es, que se ejecuten en el mismo momento por cuanto necesariamente uno cronológicamente es anterior al otro.

En el caso de M. dio muerte a una persona y lesionó de gravedad a otra casi simultáneamente, producto de una sola decisión, pero que primero disparó al cuerpo de J. y en segundo lugar al de E. y tenía atenuantes porque era primario absoluto.

Concluye que mantiene su pedido condenatorio expresado en la acusación en contra de M. por entender que los argumentos que fundaron el fallo absolutorio no conmueven las conclusiones de la requisitoria ni están en armonía jurídica con la realidad que emerge de la instrucción realizada.

En definitiva, solicita se revoque la recurrida haciendo lugar a la demanda acusatoria en lo que correspondiere respecto a J. M..-

3) Corrido traslado a la Defensa abogó por el mantenimiento de la recurrida expresando en síntesis:

Los agravios esgrimidos por el Ministerio Público no logran conmover el perfecto encuadramiento jurídico aplicado al caso concreto, ya que su defendido actuó en legítima defensa al ser víctima de una agresión ilegítima por parte de los sujetos J., E. y M..

Entiende que se equivoca el Ministerio Público al pretender encuadrar la situación de autos en un tipo penal ilegal, como es la figura del artículo 311.4 del Código Penal, ya que dicha regulación implica que haya existido un

homicidio anterior y para ello debe estar ejecutoriada la sentencia por dicho delito, situación que no es, ni remotamente, la hipótesis de autos.

Independientemente de las polémicas doctrinarias, como lo manifiesta la Sra. Juez en la sentencia “no puede quedar duda alguna, porque así lo expresan autores destacados como Piñeyro Chain, Langón, Bayardo, Cairoli y Preza...que no se aplica la agravante a delitos simultáneos como los del presente caso...”.

En definitiva, solicita que se confirme la sentencia impugnada en todos sus términos.

4) Recibidos los autos por la Sala se citó a las partes para Sentencia y, previo pasaje a estudio, se acordó su dictado en legal forma.

CONSIDERANDO:

La Sala, por unanimidad de sus integrantes naturales, habrá de revocar la Sentencia de Primer Grado conforme los fundamentos que se expondrán.

I) HECHOS PROBADOS.

El Tribunal reputa plena y legalmente probado, que el día 16 de enero de 2009 en horas de la noche, próximo a las 23.00 horas, en la calle Evaristo Ciganda frente al N° xxxx, el encausado J.A.M.S., de profesión comerciante y a la sazón de 56 años de edad, dio muerte a A. J. C., de 20 años de edad y, en el mismo episodio, hirió de extrema gravedad a I. E., de 25 años de edad.

El enjuiciado, que en la emergencia portaba un revólver marca Taurus, calibre 3.57, efectuó sobre los jóvenes J. y E. dos disparos a corta y mediana

distancia, respectivamente, en zonas vitales de sus cuerpos con las consecuencias citadas.

En relación al fallecido A. J. el Protocolo de Autopsia reza: "...Talla 1,85 metros, peso aproximado 85 kgs. Rigideces completamente constituidas. Orificio de entrada de proyectil de arma de fuego en cara anterior de hemitorax izquierdo, línea medio clavicular, a la altura de 3er espacio intercostal. No se observa orificio de salida. No se observan otras huellas externas de violencia. Examen interno. Cráneo sin lesiones. Balance lesional: Herida transfixiante de pulmón izquierdo. Hemotorax izquierdo. Pulmones... (significa que hubo aspiración de sangre y por lo tanto agonía). Corazón sano. Proyectil sale de torax por 8vo espacio intercostal izquierdo, paravertebral y se recupera a nivel subcutáneo en región interescapular vertebral izquierdo. Se trata de un proyectil cal 38 o 357 de plomo sin deformar. Consideraciones: Muerte por shock hipovolémico por anemia aguda debido a herida transfixiante de pulmón por proyectil de arma de fuego único con dirección antero-posterior y algo descendente. Causa de muerte. Shock hipovolémico. Herida transfixiante de pulmón por proyectil de arma de fuego..." (fs 25/27).

En cuanto a las heridas causadas por M. a I.S.E., conforme al Certificado Médico Forense de fs 25 sufrió las siguientes lesiones: "...Herida de bala abdominal transfixiante, con orificio de salida entre fosa lumbar y flanco derecho. Trayectoria de izquierda a derecha y hacia atrás Balance lesional: Laceración de cara posterior gástrica. Doble perforación. Tiempo de inhabilitación para tareas ordinarias. Más de 20 días. Peligro de Vida. Sí..." -

El ataque a balazos sucedió cuando esa noche el encausado J.A.M. regresaba a su domicilio por la citada calle y, en determinado momento, vio a una o dos

personas sentadas en un muro las que describe como vistiendo ropas blancas que le llamaron la atención, pero de todas formas siguió su camino.-

Momentos después, escuchó que alguien corría a sus espaldas y acto seguido vio que dos personas se le acercaban desde atrás.-

Efectivamente alguien corrió en ese momento y ello se encuentra fuera de discusión, ya que está probado por la mención en las dos versiones allegadas a la causa de la presencia de esas personas, lo que sin embargo no quedó aclarado es quienes corrieron, ya que M. dice que eran las víctimas, mientras que estas expresan que fueron las personas que el encausado describió haber visto sentadas en un muro vistiendo ropas blancas.-

Dijo M.: "...no llego a subir la vereda porque siento detrás mío una carrera desenfrenada y gritos..." (fojas 17).-

Por su parte el sobreviviente E. declaró: "...a la media cuadra vemos un grupo de tres personas, dos de las cuales salen corriendo, nosotros seguimos caminando y A. le iba a preguntar a un hombre que estaba ahí..." (fojas 79 y 87 vta.).-

Lo que desde ya la Sala da por probado es que había otras personas en el lugar, además de los protagonistas de este desgraciado hecho, las cuales a decir de M. vestían ropas claras o blancas situación que descarta totalmente que pudieran ser quienes resultaron las víctimas, y ello, porque el mismo enjuiciado establece que vestían con prendas oscuras.-

Sobre este punto dijo M.: "...se que había una o dos personas sentadas enfrente de los galpones, lo vi porque estaban de blanco..." (fojas 18).-

Lo que no está probado es lo que alega M. cuando sostiene que quienes corrieron fueron J. y E. por cuanto ello es solo **SU VERSIÓN**, mientras que E. afirma que quienes lo hicieron fueron las otras personas que estaban en el lugar, lo cual obviamente también es solo **SU VERSIÓN**.-

Por tanto, la única forma posible desentrañar el punto es a la luz del resto del material probatorio ya que no hay forma concreta de corroborar una u otra posición, pero es un dato de la realidad que el Cuerpo Colegido no ve razón para inclinarse por lo que afirma el procesado, a no ser la pura valoración jurídica que se desarrollará en el siguiente considerando y que podría derivar del hecho de ser parte integrante de una confesión calificada y por el principio “in dubio reo”.-

De todas formas, este punto si bien importante, no es trascendente para la resolución final de la litis, por lo que corresponde continuar con el relato de los hechos probados a partir de ese momento.-

¿Qué pasó luego de que alguien corriera?

El Colegiado da por plenamente probado que momentos después de que se produjera el ruido de gente corriendo, el occiso J. se aproximó a M. a muy corta distancia y le habló.-

Allí E. declaró que J. le dijo a M. solamente “disculpe” refiriéndose siempre a que buscaban información del Club “La Barraca” donde estaría ensayando la comparsa “Sarabanda”, mientras que el enjuiciado en su versión relata que aquel le habría gritado “dame toda la guita”.-

En este punto desde el inicio se destaca que la declaración del encausado no cuenta con apoyo en el material probatorio, porque M. sostiene que fue E. quien le habló y no J., a quien ubica detrás a unos cinco o seis metros de distancia.

En todo caso se dirá, que la posición de cada una de las víctimas no modifica el resultado final del análisis, pero sin embargo resulta un punto clave para la valoración de la prueba y, en este aspecto, el Tribunal da por probado que quien se acercó a M. fue J., puesto que los datos objetivos colectados en la causa así lo confirman como se verá en el capítulo segundo.-

A partir de allí lo que está plenamente probado es que M. introduce la mano en su riñonera, donde portaba el revólver Magnum, lo extrae y le dispara al pecho a J. a un metro o un metro y medio de distancia quien cae inerte.-

Unos tres segundos después, que no es poco tiempo, apunta a E. que estaba unos cinco o seis metros más atrás que J. y también abre fuego impactando en su cuerpo derribándolo.-

¿Por qué la Sala da por probada las posiciones de las víctimas que se relataron?

Pues porque M. al ver que la forma de impacto de los proyectiles disparados y los daños causados a las víctimas no se ajustaban a la realidad de como debió ser, ensayó una explicación a fojas 223, la cual no se ajusta a la realidad científica y por si fuera poco contradice la lógica de como acontecen las cosas de ordinario.

En efecto, argumenta que E. estaba adelante porque la bala ingresó y salió de su cuerpo, mientras que el plomo en J. ingresó y quedó dentro porque estaba más lejos lo que explica por la pérdida de fuerza del proyectil.

Es muy ingeniosa la explicación, porque a simple vista parece lógico que la distancia vaya quitando fuerza de impacto a la bala, pero lo que no tiene en cuenta el argumento es de qué distancia se habla.-

En efecto, en el caso de autos esa realidad del mundo de la física no se adecua a las distancias efectivamente recorridas y, por el contrario, de ninguna forma pudo ser así, sin perjuicio de la evidente omisión de la instrucción en recurrir a peritos en la materia para evitar polémicas.-

En efecto, es cierto que la fuerza del plomo se va deteriorando con la distancia, pero el declive se inicia a partir de que la bala alcanza el punto de máxima fuerza y ello **NUNCA** acontece al salir el proyectil por el extremo de cañón, ni tampoco a uno o dos metros, sino a una distancia mayor y, ni que hablar, del momento a partir del cual la fuerza de un disparo con un revólver Magnum 3.57 empieza a perder fuerza.-

En fin, se trata de una nueva justificación a su versión que no tiene respaldo alguno en la realidad, es más, con el simple conocimiento que brinda la experiencia práctica a los operadores de la justicia criminal, ni siquiera es necesario un informe de peritos en la materia para descartar su versión.-

Es claro que la bala que impactó a un metro de distancia ni siquiera alcanzó su fuerza de desplazamiento, por eso es más que común que sea detenida por un cuerpo, cosa muy distinta a lo que acontece a los cinco o seis metros donde ya a gran velocidad no es nada raro que ingrese y egrese, atravesando un cuerpo humano.-

¿Qué sucedió después de que efectuó los disparos?

Acto seguido M. se da a la fuga, según alega por temor a que le dispararan a él.-

El Tribunal da por probado que J. se le acercara y le dirigiera la palabra, M. por esto la emprendió a balazos contra él, pero por si fuera poco, también contra su acompañante E. que estaba a unos cinco o seis metros sin hacer absolutamente nada.-

En su mérito, la confesión calificada de M. no puede ser admitida por contradecir los elementos objetivos de prueba reinantes en la litis.-

Lo primero y fundamental que cabe descartar es que J. portara un arma blanca y amenazara con ella a M..-

¿Por qué? Por la sencilla razón de que jamás apareció dicha arma blanca y nadie más que M. se fue del lugar luego de los hechos.-

En todo caso llegó más gente, pero nadie se fue, por lo que podría haber más efectos pero no menos, salvo el revólver que se llevó el propio encausado.-

Apenas instantes después de los disparos, M., la tercera persona que integraba el grupo pero que no estaba en la escena sino a media cuadra, corrió hasta el lugar y al ver a sus amigos en el piso heridos, regresó sobre sus pasos y pidió auxilio a una vecina para que llamara a una ambulancia y a la policía, y también se dirigió con ese fin al cuidacoches que allí se encontraba.-

Caminó una cuadra en busca de auxilio cuando el cuidacoches vio pasar un móvil policial (Puma), a quien paró y puso en contacto con M..-

El policía resultó ser el Guardia de 1ra. J. G. que pasaba casualmente por el lugar cuando fue llamado por el cuidacoches.-

M. le explicó que sus amigos habían sido heridos y, ante la pregunta del policía, le contestó que podrían haber sido unos individuos que había visto originalmente más adelante en la cuadra, refiriéndose a aquellas personas que M. describió con ropas blancas.-

Una vez en el lugar del crimen el funcionario dio aviso a la policía por radio por lo que se enviaron móviles momentos más tarde.-

El Guardia G. permaneció allí hasta que llegó el apoyo policial y en los vehículos se llevaron a los dos lesionados mientras quienes asumieron el procedimiento inspeccionaban la zona.-

¿Qué relató G. de relevancia para la causa?

Que no había en las inmediaciones ningún cuchillo a su llegada y, que rastreado el lugar por los funcionarios actuantes, tampoco fue hallado mientras él estuvo allí.-

Posteriormente la policía volvió a revisar la zona y nunca apareció la cuchilla que refirió M..-

En tal estado de situación no hay la más mínima posibilidad material de que alguien la haya escondido, porque los heridos fueron trasladados por la policía, mientras M., que fue quien recurrió al Guardia G. y regresó instantes después junto a él al lugar del hecho permaneció siempre allí.-

En suma, los elementos de juicio obrantes en esta causa llevan a concluir que ni J. ni E. portaban un arma blanca y, en función de ello, que se impone el franco rechazo de la versión de M..-

En segundo lugar, resulta también trascendente establecer, que se da por probado que tampoco E. llevaba algún elemento amenazante, ya fuera algo brillante o un cañito gastado, según afirmó M. porque ello resulta totalmente inverosímil no bien se observa la contundencia de los elementos de juicio que lo descartan, véase:

El Guardia G. declaró que al llegar al lugar no había ninguna arma de fuego ni tampoco de juguete en la escena, siendo incuestionable que fue quien primero llegó a la misma casi inmediatamente de ocurrido el insuceso.-

Lo único que observó el policía fue a dos personas heridas.-

Frente a este dato de realidad se presenta la perplejidad de que con posterioridad y sin establecerse como, apareció en las inmediaciones un arma de juguete.-

Resulta una extraña situación, pero claro está, corresponde su análisis en profundidad.-

La primera evaluación es que resulta inexplicable que no fuera vista si estaba en la vereda como lo muestra la foto de fojas 33 por quien primero llegó a lugar ni por los funcionarios que asumieron el procedimiento, circunstancia que el Guardia G. (obviamente un policía ejecutivo del servicio Puma), mal pudo pasar por alto.-

Tanto es así que ratificó sus dichos en el careo realizado con M. e incluso abundó que: "...Estuvo la policía en la vuelta y no me mostraron nada...".-

Si bien tal cosa no es concluyente, resulta muy sugestivo que apareciera tardíamente en las proximidades, cuando inicialmente fue rastrillada la zona por la policía con la iluminación adecuada y no la vieron.-

De todas formas, lo que cabe verificar es si ese juguete puede o no tener relación con la situación de autos.-

En ese sentido, lo primero que viene al caso es que se alegó que la misma presentaba restos de sangre, lo cual de ser cierto podría ser trascendente, pero resulta que los análisis de laboratorio descartaron por completo tal eventualidad al afirmar que no presentaba manchas de sangre (fojas 131).

En concreto, el juguete no fue localizado inicialmente en la escena del crimen, no tenía ningún rastro de sangre y, por si fuera poco, el enjuiciado nunca hizo mención a ningún arma de fuego o cosa que aparentara serlo, por lo cual ese elemento en si mismo resulta indiferente a la cuestión litigiosa y a los hechos de la causa, lo que lleva a concluir que está probado que no existió arma de fuego ni de juguete alguna en estos hechos.-

En efecto, mal podría analizarse la presencia de un arma de fuego en la escena cuando nunca fue referida por el autor del crimen, quien muy por el contrario alegó una situación totalmente diversa.-

Declaró M. inicialmente: "...el NN más alejado se quejaba, retirándome yo del lugar temeroso de que me disparasen ya que el NN que se quejaba tenía **ALGO QUE BRILLABA EN SUS MANOS**, que podría ser un arma de fuego...".

Como primera medida cabe decir que ya había disparado a los dos individuos cuando dice haber visto algo que **brillaba**, entonces según sus manifestaciones primero les disparó a las dos personas y después se sintió atemorizado.-

Entonces, queda en evidencia que les disparó sin saber y ni siquiera creer que estuviera armado el segundo individuo y, como está probado, el primero no llevaba ningún cuchillo.-

Pero además ¿cómo podría haber visto algo que brillaba si no había luz que pudiera habilitar el reflejo?

Todos concuerdan que era una calle oscura porque no había faroles prendidos, pues entonces, sin luz no puede haber reflejo posible que permita el brillo que aduce.

Este sencillo razonamiento lleva a descalificar la afirmación de M. por ser absolutamente inverosímil, ya que en la oscuridad nada brilla.-

De cualquier manera el supuesto brillo solo podría provenir de algo niquelado o cromado, como corrientemente son los caños de los revólveres, lo que evidentemente llevó a M. a lanzar la cuartada, pero nada con tales características fue hallado en el lugar, lo que impone descartar de plano la alegación por mendaz.

Eso no es todo, M. ante la aparición del arma de juguete hace causal de ello, pero resulta que la misma es **negra y mal podría brillar** (fojas 34).-

Nada brilla sin luz, como es notorio, pero algo de color negro menos, entonces ensaya una modificación que le pudiera resultar conveniente.-

Como la falsedad de la afirmación de que algo brillaba rompía los ojos ya que lo que podría servirle de cuartada era un juguete negro, en la segunda declaración M. modifica lo del **brillo** que dice haber visto y que lo asustó y declara “...si bien no distinguí arma, vi que el que estaba atrás me apuntaba como con un **cañito gastado...**” (fojas 18).-

Pues bien, no apareció en la escena del crimen ningún “cañito gastado” y, por si fuera poco, la pistola de juguete, resulta que no solo es **negra sino que además nada tiene gastado**, por lo cual tampoco es cierta esta afirmación postrera.-

De todas formas alcanza con preguntarse sobre un dato de la realidad para confirmar la falsedad de la segunda versión.-

Así ¿pudo ver un **“cañito gastado”** en la oscuridad si E. estaba alejado a cinco o seis metros de él?

Es plantear la pregunta para responder automáticamente: imposible, ya que nada podía ver más que una figura humana.-

Pero la cosa no queda allí, ya que no conforme con las perplejidades que sus dichos aparejaban incursionó en una tercera versión, a saber: “...ojo, no vi un brazo extendido hacia mi apuntándome, sino medio recogido...”.-

Entonces, ¿vio algo que brillaba, vio un cañito gastado o vio que lo apuntaban con algo o por ultimo un brazo recogido?

Sus contradicciones son elocuentes, máxime si se tiene en cuenta que en medio de su relato afirmó, sin dudar, algo totalmente opuesto a toda esta sucesión de falsedades en relación a la persona que estaba más atrás, lo cual agota el tema; “... no me hizo nada, parecía como un espectador...” (fojas 19).-

¿Si era un espectador qué le podría infundir miedo?

Concluye el Colegiado que M. miente y que no vio en la mano de la persona que estaba atrás, nada que brillara, ni un cañito gastado, ni objeto alguno, puesto que nada estaba en condiciones de apreciar en la oscuridad más que una figura.-

Por tanto, la Sala da por probado que no existió ningún ademán o algo parecido que pudiera justificar una situación de peligro para M., sino que resulta incontrovertible que lo afirmado jamás aconteció.-

Siendo así, no puede menos que concluirse que todo lo alegado son simples justificaciones defensivas integrantes de la confesión calificada de M., lo que como tal, por contradecir los elementos de prueba objetivos obrantes en la causa procede rechazarlos totalmente.-

Un último punto sobre los hechos objeto del proceso que la Sala no da por probado es que M. haya sido agredido mediante un golpe en la frente con el mango de un cuchillo.-

No solo no es de recibo, sino que, se trata sin duda de otra falsedad.-

Así, examinado por el médico forense no presentó secuela alguna de un golpe en la frente, ni en el rostro, ni en la cabeza, es más, no apareció el menor rastro de una agresión por más leve que fuera.-

¿Cómo es posible que no haya el menor indicio de la mentada agresión?

En primer lugar, ya se descartó la presencia de un cuchillo, resultando inexplicable en este ensayo de cuartada que el atacante no lo apuñalara si como M. alega tenía la punta a centímetros de su rostro, pero como de cuartada se trata, él alega que en lugar de pincharlo lo golpeó con el mango del arma en la frente, de lo cual como se dijo no hay prueba alguna en su físico.-

Frente a esta nueva inconsistencia, M. esboza una respuesta, ya que avanzado el juicio y en el plenario modifica la situación argumentando que pudo "...no ser un golpe con el mango sino con los nudillos de la mano...", sin embargo en

esta nueva hipótesis de trabajo vuelve a quedar de manifiesto que no aparecieron evidencias de tal acontecer en la pericia.-

Ya dentro de lo insólito, el enjuiciado frente a lo contundente de la evidencia, una vez más rectificó lo que pudo haber pasado y dijo "...no fue un piñazo directo, tampoco un golpe hacia abajo, creo recordar que fue cuando levantó la mano para bajarla..." (fojas 222).-

Entonces, para justificar el motivo por el cual no presenta ninguna lesión, erosión o señal del asunto que justifique lo afirmado, termina alegando que se trataría de un roce casi imperceptible.

Es evidente que también falta a la verdad en cuanto a que recibió un golpe de parte de alguien, y al pasar raya, solo puede concluirse que se trata de una nueva alegación defensiva sin respaldo probatorio alguno, por lo cual también cabe descartarla por completo.-

En este contexto la prueba de cargo es concluyente en cuanto a que M. dio muerte a J. e intentó hacer lo propio con E., no logrando en relación a este último su fin por causas ajenas a su voluntad.-

En suma el Colegiado da por probado que:

a) No existió agresión ni intento de rapiña alguna, así emerge claramente a juicio del Tribunal de la valoración conjunta de los elementos probatorios allegados a la causa, que se integran con las contradicciones en que incurre el encausado, los relatos de la víctima sobreviviente y de su compañero que los asistió, así como de las resultancias del expediente que luce acordonado a los presentes (IUE-102-81/2011);

b) que jamás fue agredido con un cuchillo en la cara;

c) que nunca fue golpeado en la forma en que inicialmente lo dijo y conviene recordar que su relato en este punto lejos de ser firme y unívoco, fue variando a lo largo de la instancia conforme a sus intereses hasta quedar diluido en tanto los peritajes médicos practicados no constataron la existencia de golpe alguno;

d) que su mendacidad es manifiesta cuando dice haber visto un cañito que brillaba por las razones ya minuciosamente referidas;

e) jamás existió forcejeo alguno, no hay prueba de ello;

f) que las víctimas se encontraban desarmadas y

g) que cuando J. se le acercó y le dirigió la palabra, M. le efectúa un disparo causándole la muerte y otro a su compañero E. que se encontraba a cinco o seis metros como un simple espectador según sus propios dichos.

II) VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

El marco para la valoración de los hechos que se dieron por probados en el capítulo anterior, tiene como punto de partida ineludible la existencia de tres versiones fundamentales sobre lo que aconteció, una la del procesado M., otra la del testigo M. y la tercera la del sobreviviente del disparo E..-

Inicialmente conviene remarcar que no se comparte el razonamiento efectuado por la Sra. Juez de primera instancia, en donde citando jurisprudencia de este Tribunal, afirma que el mismo reiteradamente ha dicho que la declaración de la víctima es una pieza fundamental para esclarecer los acontecimientos y reviste la calidad de prueba plena por lo que toma por cierto la declaración de M..-

Efectivamente desde el punto de vista teórico eso es así y en nada se ha apartado, ni lo hace en esta sentencia el Colegiado, pero resulta que el tema es

muy otro como lo señala en su voto el Señor Ministro Dr. J. B. T.: "...la Sra. Juez de primer grado, citando la opinión de esta Sala, entiende que debe tomarse muy en cuenta la versión de la víctima y por eso le asigna mayor relevancia a los dichos de M.. Pues bien, el apoyo teórico es absolutamente correcto, pero resulta que lo que no procede es trasladar línealmente su aplicación a esta causa y ello por la sencilla razón de que no puede afirmarse, como lo hace la Sra. Juez, que la víctima sea el hoy enjuiciado, sino que, entre otras posibilidades bien podrían serlo los que efectivamente resultaron pacientes de los disparos, ergo: la tan señalada potencia de valor de la declaración de la víctima no puede aplicarse a ningún caso donde no se sepa, a ciencia cierta, quien revista la calidad de tal y, justamente eso, es lo que ocurre en este expediente..."-.

Efectuada la puntualización, se ira a la valoración de la prueba analizando las tres versiones y su correspondencia con los restantes elementos objetivos que surgen de autos.-

a) Versiones de los tres principales actores.-

El encausado, si bien confesó los hechos que se dieron por probados, empero ensayó una justificación para los mismos alegando haber actuado en legítima defensa.-

Sin embargo, sus indicios de personalidad, las contradicciones en las que incurre a medida que se transita la instancia, así como su comportamiento luego de concluido el episodio, socaban dramáticamente su alegato defensivo al tiempo de la valoración conjunta y global de los hechos realizada al amparo de las reglas que inspiran la sana crítica.

Así, con fecha 17 de enero de 2009, el encausado en sede administrativa declara "...sentí pasos que corrían a mi espalda, siendo interceptado por 2 NN

que venían corriendo y uno de ellos alto de unos 1.80 o 1.85 mts de altura, morocho, de remera roja, portando un cuchillo muy grande me gritó antes de alcanzarme, “Dame toda la guita”, llegando a tenerlo sobre mi con el cuchillo a pocos centímetros de mi rostro, por lo que acto seguido llevé mis manos a mi riñonera y extraje el arma, efectuando con la misma, un par de disparos intimidatorios, sintiendo como el NN que se quejaba tenía algo que brillaba en sus manos, que podría ser un arma de fuego, perdiéndolos de vista, retirándome en dirección a mi casa en donde me puse una bermuda y concurrí a presentarme en esta dependencia...”(fs 4).

Luego presta su declaración, en el Juzgado Letrado en lo Penal de 6º Turno el día 17 de enero de 2009, pero ya allí aparecen modificaciones a su versión original, véase: “...tomo Ciganda como la calle es muy oscura y hay unos galpones, que no son casas, cruzo para la acera de enfrente donde hay casas, pero no llego a subir la vereda, porque siento detrás de mí, una carrera desenfrenada y gritos que manifestaban “Dame toda la guita”, me tomó de un brazo y me puso un cuchillo de enorme hoja, de más de 20 cm en la cara, blandiéndomelo, y me pegó en la frente, no se bien con que, atiné a decir Sí, te doy, te doy, trastabillé y eché mano a la riñonera donde tenía el dinero, pero también el arma, saqué el arma y disparé dos veces, no apunté a ningún lado, le tiré a uno al que estaba más cerca de mí. El que me atacó con el cuchillo tenía una remera roja. El otro estaba más atrás que el del cuchillo. El que me atacó le dijo al otro “vamos, vamos”, y el que estaba atrás estaba agachado esto lo escuché después de haber efectuado los dos disparos. Yo no escuché detonación, ni nada pero llegué a una columna, y no se por qué, me toqué me acuerdo que pensé que no iba a tomar Ciganda para mi casa para salir...”.

En la diligencia de la Reconstrucción realizada el día 4 de junio de 2009, M. identifica a I. E. como la persona que le exhibió un arma blanca y A. J. como quien permanecía algo más alejado. E. lo toma del brazo, siente que es golpeado por el mango del cuchillo y J. empuñaba algo. Logra zafarse, saca el arma que llevaba en la riñonera y dispara dos tiros en dos o tres segundos y luego se retira del lugar tomando por la calle Zapicán.-

Pues bien, como surge del capítulo de hechos probados, la Sala descartó por completo tal versión de los acontecimientos, en primer lugar porque ni siquiera coincide con la posición de los lesionados ya que fue J. quien se le acercó y era E. quien estaba a unos cinco o seis metros.-

Esto surge no solo de los dichos de E., sino de las lesiones que el mismo recibió y del lugar donde fue recogido.-

Los sobrevivientes del ataque, A. M. e I. S. E. niegan totalmente la versión de M. y expresan que los tres, incluido el fallecido J., estaban en la zona, que iban al Club La Barraca a presenciar un ensayo de una agrupación de carnaval y que mientras J. y E. se adelantaron, M. quedó para atrás hablando por teléfono con su novia.

A. M. C., en su declaración brindada a la policía, el día 17 de enero de 2009, expresa que se dirigía con sus amigos J. y E. a un ensayo de un grupo de lubolos en el club La Barraca, se bajaron del ómnibus frente al Disco sito en Agraciada y Asencio, en donde caminaron hasta la intersección con Suárez y preguntaron en DAEPU donde quedaba dicho club, señalándoles que tomaran por Evaristo Ciganda, comenzando sus amigos a caminar por dicha calle mientras él se quedó en la puerta de DAEPU consultando al cuidacoches y a un flaco, si dicho día ensayaba Sarabanda, comenzando a caminar media cuadra detrás de sus amigos, cuando escucha dos ruidos, escuchando luego el grito de E., dándose cuenta que los ruidos eran detonaciones de arma de

fuego, se acercó, vio a J. tirado y al pedirle ayuda a E. para levantarlo, le dice que a él también le habían disparado, por lo que salió corriendo a pedir ayuda, cruzándose con una mujer y al llegar a DAEPU, le pidió al cuidacoches (J. C. B.) que llamara a la policía porque le habían disparado a sus amigos, expresándole el cuidacoches que los que pudieron haber disparado a sus amigos, serían dos flacos que andaban recién en la vuelta, pasando en ese momento un móvil Puma, al que solicitó al policía (A. G.) que llamara a la emergencia, empezando a llegar patrulleros al lugar”.

Luego en Sede Judicial, ratifica dicha declaración, manifestando “...yo me quedé en la puerta de DAEPU consultando al cuidacoches y a un flaco, debería decir, yo me quedé en la puerta de DAEPU, consultando a un flaco no al cuidacoches...”.-

Por su parte la víctima sobreviviente, I. S. E. declaró: “...Ibamos caminando por Suárez, le preguntamos a una pareja que salía de Adempu donde era bien la dirección. Nos guía más o menos por la calle por la que agarramos, a A. lo llama la novia y nosotros como era ya medio tarde, agarramos por esa calle. A la media cuadra, vemos un grupo de tres personas, dos de las cuales salen corriendo, nosotros seguimos caminando y A. le iba a preguntar a un hombre que estaba ahí por la dirección, lo último que dijo fue “DISCULPE” y esta persona gira con un arma en la mano y le dispara en el pecho a A. y a mi enseguida girando a la derecha, disparándome en el costado izquierdo. Cuando lo veo a A. caer, voy a asistirlo, y este hombre sale corriendo. Afirma que ninguno de ellos llevaba armas y que la persona disparó a menos de un metro. Trató de levantar a su amigo y lo ayudó M. ya que allí no se veía nada. Se habrán corrido dos metros y su amigo estaba prácticamente liquidado y con

los gritos salieron los vecinos y luego fueron asistidos”(declaración prestada el día 2 de marzo de 2009).-

El día 21 de junio de 2011, I. E., declara que cuando inician la marcha por la calle Ciganda, había un grupo de tres personas a mitad de cuadra, desde Suárez hacia el lado de Millán, tres muchachos, ellos se fueron corriendo no tengo idea de por qué. Yo venía con J. y más retrasado M. hablando con su novia. Ven salir dos personas que salen corriendo y M. estaba parado mirando hacia donde corren esas dos personas. Seguimos caminando con J., este se le acerca a M. a preguntarle la dirección del club y le dijo DISCULPE y automáticamente le pega un tiro a él, gira y me da un tiro a mi y sale corriendo en la dirección que se habían ido las dos personas que vimos correr. Lo vi a J. sangrando pero yo también estaba sangrando, me lo puse al hombro, comencé a gritar y salieron vecinos y no recuerdo más nada. Al ser preguntado si Ustedes corrieron hacia M., respondió: “...No, veníamos caminando ligero porque estaba todo oscuro y no conocíamos la zona mirando hacia donde corría la gente que mencioné...” J. se acerca a una distancia de un metro a hacerle una pregunta y este hombre le dispara. Cree que M. les disparó porque se habrá asustado porque estaba todo oscuro, “...le vamos a hacer una pregunta y no lo deja ni terminar a J., que le pega un tiro...”.-

b) Análisis de las versiones desde el punto de vista de la personalidad de los actores.-

Como se adelantó en el capítulo de hechos probados, el relato de M. es inconsistente por completo y ha quedado en evidencia la mendacidad que campea en el mismo, más allá de la dificultad real que existe para el análisis de lo aportado por las víctimas.-

Tales tópicos han sido minuciosa y seriamente analizados por los restantes integrantes del Colectivo con tal contundencia que en opinión del redactor deben ser volcados en la presente sentencia.

El primer punto para valorar los dichos de los involucrados radica en una aproximación a sus personalidades, de forma tal de poder aquilatar la consistencia de sus versiones y la razón de sus dichos.-

Describe en su voto el Señor Ministro Dr. José Balcaldi: "...a) El procesado es un individuo cuya personalidad se descubre con la pericia psiquiátrica realizada la que revela que presenta una "...actitud soberbia..." y con "...rasgos de personalidad acentuados: narcisistas, obsesivos y paranoicos...". Soberbia significa entre otras acepciones tener un "apetito desordenado de ser preferido a otros" o presentar "cólera e ira expresadas con acciones descompuestas o palabras altivas e injuriosas", tan es así que el mismo justificó su acción en este incidente expresando "...hay que defender lo que tenemos...", lo cual es una manifiesta revelación de su predisposición psíquica (obsesión) ante determinados sucesos (paranoia), cualquiera hubiera sido la conducta de las víctimas. Tal cosa arroja luz sobre el motivo de su reacción ante los hechos de autos, esto es una respuesta extremista frente a cualquier evento que crea lo ponga en peligro aunque sea producto de su pura imaginación.-

Tanto es así que con mucha anterioridad se venía preparando para "defender lo que tenemos". Para tal fin compró un arma y, entre las posibles, eligió un poderoso y mortífero revólver, un Taurus calibre 3.57 Magnum sobre el que fue debidamente asesorado de su gran poder de fuego, circunstancia que justamente lo llevó a elegirlo para su defensa. Hizo

un curso de porte y tiro en consonancia a su pensamiento, pero interrogado al respecto alega que lo realizó simplemente porque de chico le gustaba “jugar a los vaqueros” en clara alusión a que siempre “ganan los buenos”.

Ahora, no existió a lo largo de toda su vida ningún incidente que justificara su actitud hiperdefensiva, por lo que solo cabe atribuirle a la difusión masiva de noticias sobre la ola de violencia que impera en la sociedad.-

Tan es así que a los 56 años de vida nunca sufrió ni siquiera un robo menor y que ni hablar de una rapiña, por lo cual ninguna experiencia personal previa pudo incidir en su estado de ánimo, sino que lo que se desenmascaró fue su personalidad.

Este es un aspecto trascendente por más que parezca accesorio, puesto que al ser una persona ajena por completo a lo que puede ser el padecimiento de quien fue víctima alguna vez de la delincuencia, lo hace una excepción, al punto que son muy pocos los habitantes de este país que cuentan hoy día con 56 años de edad y pueden decir, como M., que nunca a lo largo de su vida sufrieron un solo ataque al derecho de propiedad.-

Más aun, M. declara ser óptico y estar al frente de su comercio desde hace años, pero tampoco en su actividad mercantil fue víctima de la delincuencia en ninguna ocasión y, claro está, nada tiene que ver con su profesión el hecho de autos, que ocurrió en la vía pública y provocó la muerte a un individuo y heridas de gravedad a otro.-

Entonces, fue su personalidad lisa y llana la que se puso de manifiesto en la emergencia y, poco o nada influyó en ella el grado de seguridad pública, puesto que las consecuencias psicológicas que

derivan de la misma le eran completamente ajenas a su vida en particular. En suma, su versión y los acontecimientos deben analizarse en base a la personalidad del agente y sus circunstancias.

b) Frente al encausado y sus circunstancias aparecen las de las víctimas que resultaron ser dos jóvenes de 20 y 25 años, los cuales estaban acompañados por un tercero de 21 (A. M.) que permaneció a media cuadra del lugar.

Los dichos de los jóvenes se ajustan plásticamente a lo que alegaron a través de la declaración del cuidacoches Bruzzune, véase: a) efectivamente en las inmediaciones se encuentra el club “La Barraca”, b) en el mismo ensaya un conjunto de carnaval que precisamente es el que manifestaron iban a ver, “Sarabanda”, c) el cuidacoches vio a unos jóvenes pasar que se dirigían en dirección a dicho club y d) la asociación de grupos de carnaval (DAECPU) donde manifestaron estaban en averiguaciones es allí, al punto que B. realiza su tarea en la puerta (fojas 6 y vta.).-

No es real la afirmación que se deja traslucir en sentido de que no manifestaron como habían sido heridos, sino por el contrario, se toma para tal aseveración una confusión interpretativa sobre lo que le dijo M. al Guardia de Ira. G. y que este declara en la causa como un dicho de M., lo cual es real pero no porque se lo haya manifestado E. y, mal podría saber que pasó por si mismo cuando no estuvo en el lugar de los hechos.-

Lo que declaró G. que le dijo M. no es que él sabía quien había efectuado los disparos o que se lo haya dicho E., sino que M. le dijo que podrían haber sido “dos flacos que andaban en la vuelta” con apariencia de planchas (fojas 3vta), refiriéndose a las únicas personas que habían visto tanto él como todos los

restantes involucrados en este asunto y que al decir de M. vestían prendas blancas.-

Pero ello en carácter de suposición propia de M. y no como una versión de los agredidos, siendo eso lo que manifestó en autos G., pero no porque las víctimas le hayan dado a él una versión distorsionada de la realidad.-

Todo ello se desprende de lo que pensó M. según el mismo declara (fojas 5).-

Despejado el tema basta con observar todas las declaraciones de E. para confirmar que, desde la primera, siempre señaló que los baleó un hombre sin mediar palabra.

El resumen de la personalidad de las víctimas y su versión de los acontecimientos pasa por establecer, primero, que no registran ningún antecedente policial conocido que haga sospechar de su buena conducta.-

Entonces no puede prejuzgarse que se trate de personas de mal vivir que acechaban la zona, no solo por lo dicho, sino porque las víctimas y su acompañante son personas con trabajos estables y, en el caso del fallecido J. en la empresa Inca desde muy joven, cuya confirmación no pudo presentar ninguna complicación, por lo que tampoco desde este ángulo aparecen indicios negativos hacia ellos.

En cuanto a lo alegado por la Defensa en sentido que, a través de un medio de prensa, la tía del fallecido J. señora C. F., manifestó que le constaba el mismo había ido a rapiñar, resultó ser una burda maniobra que buscó un impacto periodístico tendiente a confundir a la opinión pública y nada más, ya que la misma declaró en autos todo lo contrario.-

Véase: "...siempre me preguntaban que sabía del día, ese, del 16-01-2009 y lo que yo respondía era todo supuestamente, lo que me enteraba por los

abogados, se decía que el llevaba un revólver de juguete y un cuchillo que nunca apareció...".(subrayado del redactor).-

Pero eso no es todo ya que preguntada la señora defensora de particular confianza si había dicho que "por fin se hizo justicia, si bien mi sobrino fue a rapiñar con un cuchillo, no se merecía la muerte, bastaba un tiro en los pies" contestó "**...No fue así, yo no lo afirmé nunca jamás porque yo no lo se, el está muerto no le puedo preguntar si lo hizo o no lo hizo, yo lo que expresé en todo momento fue mi manera de pensar que puede diferir al resto de las personas, si el hubiera ido a hacer eso, que no lo sé, si el llevaba un cuchillo y el señor un arma, el señor le puede pegar un tiro en los pies y no a quemar ropa y por la espalda para mi no es defensa propia y no hay más que discutir...**" (fojas 227 a 228 subrayado del redactor).-

En fin, las personalidades en juego operan claramente en contra de la versión aportada por M. y apuntan a confirmar la de las víctimas, pero de todas maneras ello no lo concluyente, sino parte del entorno para la valoración de la prueba...".-

Sobre el punto vinculado a las personalidades en juego el Señor Ministro, Dr. William Corujo Guardia señaló en su voto que: "...1) No se puede ser más realista que el imputado: "se me fue la mano" expresó en la entrevista con el psiquiatra (fs 62): " no sé por qué (no) le tiré a una pata" (fs 61). 2) se ríe, ante tremenda tragedia y manifiesta: "que no sufrió robos o rapiñas" tal vez porque jugaba a los vaqueros de niño lo cual demuestra una predisposición a que ante cualquier hecho de esa naturaleza tenía la decisión tomada de ser terminante con ella como lo hizo. 3) "Espero que en esto me haya sido favorable" y

sonríe: su discurso tiene hilo conductor con contenidos delirantes (fs 63). 4) Tiene una personalidad paranoica, obsesiva en la que proyecta toda la responsabilidad en los otros y no solo en este episodio sino ante la separación de su esposa; ella se fue del hogar con sus hijos; dice no recordar el motivo. Al preguntársele si era violento con ella lo niega y refiere que la violenta era ella: “me quiso pegar a mi una vez”.

El hecho no se puede desmadrar de quien lo comete en la medida que es el hombre considerado como ser integral quien vive dentro del hecho y la pericia que acabamos de transcribir describe un ser indiferente, con plena conciencia del exceso (en el mejor de los casos), donde la culpa la tiene siempre el otro, con una actitud soberbia, paranoica de contenido delirante que ya estaba predispuesto a agredir a quien se le acercara con intenciones delictivas.

Este es el punto de apoyo, cual Arquímedes, sobre el que comienza a analizarse la prueba reunida para concluir en su plena responsabilidad penal...”.

Y prosigue: El acercamiento de una de las víctimas “...Instaló el temor y la predisposición del justiciable a ser víctima de un delito: extremo que solo estuvo en su mente, no en los hechos...y ello se une lógicamente y coherentemente con sus declaraciones ante la Psiquiatra..., ... M. estaba predispuesto que ante un riesgo que el supiera pudiera suponerle un ilícito no dudaría en extraer el arma y disparar. Existió tiempo y espacio para la comodidad del tiro al no haber forcejeo ni amenaza en la cara con una cuchilla que nunca apareció para tomar puntería y realzar ante dos personas desarmadas la ejecución que realizó. Es el actuar propio de la personalidad narcisista que tiene que supone el sentimiento de omnipotencia ante los demás”.

Su admisión en cuanto a que se le fue la mano y la ironía hacia la profesional buscando su ayuda. "... evidencia la clara conciencia de la barbaridad que quiso hacer e hizo."

c) Análisis de las versiones desde el punto de vista de su consistencia.-

Indica en su voto el Sr. Ministro Dr. William Corujo en referencia a las manifestaciones de M. que reflejan la "...frialdad con la que actuó durante y después del hecho lo que revela la enorme peligrosidad del sujeto.

Primera versión a fojas 7vto: Sintió pasos que corrían a su espalda siendo interceptado por dos NN que venían corriendo y uno de ellos, alto, de 1.80-1.85, morocho, de remera roja, portando un cuchillo muy grande le gritó antes de alcanzarle "dame toda la guita" llegando a tenerlo sobre él con el cuchillo a pocos centímetros de su rostro por lo que acto seguido el autor llevó sus manos a la riñonera y extrajo el arma... efectuando con la misma un par de disparos intimidatorios (¿) retirándose temeroso... de que le disparen ya que el que se quejaba tenía algo que brillaba en sus manos... retirándose el autor en dirección a su casa en donde se puso una bermuda y concurrió a presentarse en esta dependencia".-

Hora del hecho. 23 y 15 (fs 7). Presentación de M.: 23 y 45 (fs 7).

Segunda versión: a) ya no se encontraba ningún objeto que brillaba en manos del que se quejaba: por el contrario si el herido hubiera tenido un arma era de toda lógica que algún disparo iba a realizar contra quien mató a su compañero y lo hirió, lo que destruye toda la falsa versión del imputado; b) temía que le cortaran el pescuezo. c) no tomó el camino habitual para ir a su casa, menos

aún para salir de la línea de tiro” cuando el único que realizó disparos fue el imputado; d) por otra parte la actitud fría que tomó condice con la falsedad de su versión ya que ningún peligro corrió su vida y el autor ya tenía decidido que si eso le ocurría no dudaría en disparar (porque de chico jugaba a los cowboys y se ríe) y los ejecutó porque se reputa plena y legalmente probado que no existió ninguna sujeción del occiso ni que le golpearon la frente, porque de lo contrario hubiera sido constatado por el médico forense o del hospital lo que ocurre que este nuevo y mendaz elemento de juicio lo introduce en esta segunda versión y no en la primera, menos aún un forcejeo en el que les dice que les dará dinero, trastabilla (realmente una fábula como indica la pericia) y allí extrae el arma y dispara 2 veces en 3 segundos, con la puntería de un profesional al punto que da muerte al primero y casi al segundo, vale decir, hace golpe en zonas vitales con conciencia y voluntad de ello siendo que el segundo estaba a mucha distancia de él y añade con un cañito gastado: ¿cómo ver si era un cañito gastado o nuevo en semejante tensión y a tanta distancia?. Aclarando que “el cañito lo vio cuando se incorporaba sin llegar a caerse” (fs 19), cuando se da vuelta (fs 20) y estaba sacando el arma pero añadió: “ojo no vi un brazo extendido hacia mi apuntándome”. e) ¿si se trastabilla es porque se suelta de quien lo tenía agarrado? y el gran agresor ¿lo deja así nomás?; y el pasivo que estaba detrás ¿no interviene en la lucha de su amigo perdidoso?.

Tercera versión: Resulta que en la tercera versión (reconstrucción) J. se encontraba alejado y E. lo toma del brazo, es golpeado por el mango del cuchillo y que J. “empuñaba algo”. Se zafa y en acto tan heroico como suicida realiza sendos disparos que dan en el blanco a ambos y se retira sin que suene

un solo disparo del otro bando. La foto de fs. 100 es absolutamente gráfica en cuanto a la intensidad de la defensa y la extensión de los mismos lo que excluye cualquier pretensión de legítima defensa. No apareció el cuchillo ni el cañito brillante. Apareció en una burda creación maliciosa de prueba un arma de juguete que no puede ser otra cosa que producto del asesoramiento que recibió de las personas a quien llamó, entre ellas una funcionaria policial que la instrucción no ahondó en quien era y sobre la cual cabe resaltar que es contrario a toda experiencia que un policía ante un hecho de tal magnitud que se le consulta no se constituya ni solicite auxilio a su fuerza. No da aviso a los vecinos, queda mirando pero no pide ayuda y cambia su ruta habitual. Hizo cuatro llamadas telefónicas: a) a su hermano, b) a su madre, c) a su pareja de Durazno, d) a su ex suegra. Además habla con una funcionaria policial que le asesora (“me orientó”), todo lo que explica la tardanza, la aparición de un revólver de juguete en la escena jamás antes mencionado, el cambio de ropa y la versión aportada a la que se le fueron agregando novedosos detalles; se va a su casa, se cambia poniéndose una bermuda y se dirige a la Seccional a presentarse.

Frente a tan increíble actitud de quien dice ser una víctima y que tuvo que disparar a matar a dos personas, todo lo contrario realiza el tercer integrante del grupo M.: Grita, salen los vecinos (eso es lo normal) pero el imputado miró fríamente y se retiró (a pie no huyendo ni con ataque de nervios), compatible con los rasgos de personalidad de la pericia.

Un integrante del equipo “Puma 18” a cargo del guardia de 1ª G. que se dirigía a Cayma al pasar por Suárez y E. Ciganda se le acerca el testigo M. y le da cuenta de los heridos.-

Ni comparación con la actitud de M. que como cualquier ser humano primario de 56 años de edad, que vive una situación traumatizante como la de dar

muerte a un semejante y herir de muerte a otro, la instintiva reacción que tiene es gritar o pedir auxilio, golpear en la puerta de los domicilios, que los había en abundancia y la hora era propicia para ello (y aunque no lo fuera), sin embargo no lo hace lo cual es un claro indicio de mala conciencia (“se me fue la mano”), incluso dice que “me detuve un momento a ver” (¿y la línea de fuego? ¿y el temor? es verdaderamente insostenible su versión), por lo que toma otro camino distinto al que va su domicilio, no tomó por Ciganda sino por Zapicán a la izquierda, donde realiza las llamadas referidas y la entrevista aludida.

El que haya admitido “se me fue la mano” y que era suficiente con un disparo a los pies concluye toda discusión acerca de como ocurrieron los hechos, una verdadera desproporción de quien repele si hubiera algo que repeler, que lo incrusta sin hesitaciones en la antijuridicidad de su acción...”.-

d) Análisis de las conductas asumidas por los actores luego de los hechos.-

En cuanto a la actitud asumida luego de los hechos expresó en su voto el Sr. Ministro Dr. José Balcaldi: “...¿Qué hace M.? Nada de lo que desde el sentido común se pueda esperar de quien dice ser víctima de una tentativa de rapiña y, que para defenderse, baleó a dos personas.

Los antecedentes de toda víctima de un ataque, se haya defendido o no y sin excepción conocida, lo primero que hace es de pedir auxilio y llamar a la policía, situación por demás de lógica pura.

Sin embargo M. asume el comportamiento totalmente inverso, véase: a) huye del lugar, b) se esconde en las inmediaciones para “salir de la línea de fuego”, cuanto sus supuestos atacantes yacían en el piso heridos, c) se dirige sigilosamente hacia su domicilio por una vía indirecta y más larga para no ser descubierto, d) realiza cuatro llamadas telefónicas desde su celular en el camino, pero curiosamente ninguna al 911, por ejemplo, informando lo ocurrido y pidiendo auxilio, e) una vez en su domicilio se toma su tiempo para pensar pero tampoco llama a la policía, sino que decide cambiarse de ropa para verse con distinta apariencia a la que tenía cuando baleó a los individuos y f) por último, luego de 45 minutos resuelve ir a la Seccional.-

La pregunta que cabe es ¿por qué ese comportamiento?

Si fue víctima de un ataque a mano armada por parte de dos desconocidos, uno con una gran cuchilla y otro con una posible arma de fuego y se defendió, nada tenía que ocultar y menos camuflar su apariencia, como tampoco buscar el asesoramiento de un funcionario policial de su amistad antes de llamar a la policía.-

¿Qué alega M. ante tan enorme inconsistencia?

Que desapareció del lugar por temor, porque vio que la persona que estaba más lejos tenía algo “que brillaba” que podía ser una arma (fojas 4), pero está claro que se trata de un experto tirador, que portaba un Magnum 3.57 y que había herido gravemente a las dos personas sin recibir respuesta alguna de los pacientes.-

Que cambió de ruta hacia su domicilio como evasiva por si lo seguían y porque sintió sirenas de la policía, lo que no se compadece con el sentir de una

víctima que tendría que ver en ellas su auxilio, pero si con la de un victimario que teme ser descubierto.

Que realizó cuatro llamadas momentos después de abrir fuego, pero insólitamente no incluyó informar a la policía.

Sin embargo si prefirió llamar a un policía amigo antes que a la propia policía, justamente porque era un tema policial y no jurídico, lo cual es una verdadera aberración salvo que creyera que la policía era quien iba a resolver el asunto, lo que no deja de ser una incongruencia si era víctima y no un victimario.

Declaró el encausado: "...No fue así. Si hice una consulta referida a la Seccional, no judicial, sino al tema policial que fue hecha a un amigo que es funcionario policial..." (fojas 221vta.).-

¿Por qué llamar a un policía amigo y no directamente al 911?

La respuesta es su mala conciencia, puesto que queda en evidencia que en el mismo momento de los acontecimientos tenía muy claro que iba a intervenir la policía y luego la justicia, pero prefirió previamente asesorarse sobre que decir o hacer con alguien vinculado a ella antes de ser descubierto.-

Este comportamiento para nada se condice con el de un inocente ciudadano, que vivió un gravísimo trance y que logró salir adelante más allá de la magnitud de la situación, sino más bien, con la actitud de quien tiene mala conciencia y pretende ponerse a buen resguardo de eventuales responsabilidades.-

Las manifestaciones de M. sobre lo que sintió en esos momentos reflejan claramente esa situación, véase: "...Estaba bañado en transpiración y me puse

una bermuda y no se ni por qué lo hice, pero me parece que fue porque comencé a sentir sirenas de la policía y yo estaba vestido de determinada manera y, me puse una bermuda como para estar distinto a como estaba antes y como abrigarme, no estar identificado como antes, pues no es lo mismo que uno vaya a la Seccional Policial y diga que yo intervine en un hecho de sangre a que la policía me encuentre y me detenga, sino que yo quería ir por mis propios medios..” (fojas 222).-

Los propios dichos son un contrasentido, porque si ya estaba en su casa quien lo iba a descubrir y, si hasta allí llegaba la policía, ¿qué importancia podía tener la ropa?

A la inversa si se dirigía, como lo hizo, voluntariamente, qué tenía que ver la ropa.

Se trata de un claro testimonio incriminante, porque su intención era camuflarse, obviamente para no ser ubicado en la escena del crimen con la misma apariencia, ergo estuvo reflexionando en no delatarse cuando cualquier persona en la hipótesis de ser víctima de una rapiña y haberse defendido ni se le ocurriría semejante estratagema.-

Pero además, entra en pánico por sentir las sirenas de la policía, típica sensación de quienes temen por la pérdida de su libertad al saber que han delinquido y quieren huir.-

¿Las víctimas de la delincuencia actúan y sienten de esa manera?

La respuesta es, categóricamente no. Así proceden quienes son conscientes de haber cometido una grave violación a la ley según demuestran las reglas de la experiencia.-

Establecida la conducta incriminante de M. cabe observar cual fue la de los supuestos atracadores y su amigo, el tercer integrante del grupo A. M.-

¿Qué hace este último al sentir los disparos? En forma inmediata trata de prestar auxilio a los heridos sin siquiera proponerse “desaparecer del lugar” como instintivamente realizo M. y, más aun, recurre a la policía al ver pasar una moto “Puma” donde viajaba el Guardia de 1ra. J. G., a quien el cuidacoche le gritó y M. puso al tanto del incidente para dirigirse con él al lugar donde se encontraban los heridos.-

Se podrá argumentar que recurrió a la policía porque sus amigos estaban heridos, cosa que es real, pero en cualquier caso esa actitud no es el modo en que operan los delincuentes.-

Es más, contradice todo lo conocido en comportamiento criminológico, que revela que los malvivientes huyen como mejor pueden de la escena del crimen y, si alguien no puede hacerlo, pues allí queda ya que no existe solidaridad para ir a la cárcel, código pacíficamente aceptado entre la gente de mal vivir.

Pero lo insólito e impensable es que esperen a la policía y, más aún que recurran a ella.-

Entonces, M. fue a ayudar a J. y a E. y, al verlos mal, no trata de sacar del lugar a quien podía huir aun lesionado, ni se da a la fuga abandonando a sus supuestos compinches, sino que va en busca de ayuda y nada menos que de la policía, tal cosa no tiene absolutamente nada que ver con el comportamiento de ningún delincuente por más novato que fuera.-

¿A qué conduce este razonamiento?

Pues que quien actuó conforme a las reglas de la experiencia como un delincuente fue M., mientras que los supuestos atracadores se comportaron como lo haría cualquier ciudadano ajeno a acciones de mala conducta, que se ve envuelto en un trance realmente grave e imprevisto.-

En concreto, el comportamiento luego de consumados los hechos también opera en contra de la versión aportada por M. la cual queda desnuda de todo otro apoyo que no fuera sus propios dichos.-

En tal estado de situación solamente la psiquis de M. puede explicar el motivo del feroz ataque de este individuo a quienes resultaron las víctimas...”.-

III) CALIFICACIÓN DELICTUAL.

Los acordantes de este fallo, en forma unánime, entienden que los hechos dados por probados encartan un delito de homicidio y un delito de homicidio en grado de tentativa a título de dolo directo.-

Sin embargo, no existe coincidencia en cuanto a la forma de concurso de ambos maleficios, ya que es un hecho notorio que tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional se encuentran divididas cuando el doble homicidio se lleva a cabo en un mismo contexto de acción.-

En efecto, se plantea por una parte que concurren en reiteración real, mientras que por otra que se configura un homicidio complejo calificado por la modalidad del concurso.-

Esta Sala, desde aproximadamente doce años, viene en múltiples ocasiones por unanimidad, como también en otras minoritarias por mayoría, abonándose a la tesis del delito complejo por el concurso.-

El Señor Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 4º turno, ha entendido que estamos ante un homicidio complejo especialmente agravado por lo dispuesto en el art. 311 numeral 4º del Código Penal, lo cual coincide íntegramente con la postura asumida por la Sala al dictar el auto de procesamiento en esta causa.-

Pues bien, resulta que el Cuerpo sufrió una modificación en su integración al ser designado este redactor como nuevo miembro del mismo en el año 2011.-

Tal modificación implica que el redactor deba asumir posición al respecto, siendo este el motivo de las diferencias en el criterio.-

En su trayectoria en primera instancia se afilió a la postura de la reiteración (artículo 54 del C. Penal) y, más allá de que la fuerza de los acontecimientos imponga una definición al respecto, la realidad es que para este caso en particular nada lo obliga a ello, por lo que no modificará su posición originaria en atención a que la mayoría del Colegiado se allana a tal cosa para la emergencia, sin que implique un cambio de jurisprudencia, sino la aplicación del principio “favoris rei” con la finalidad de acordar el presente fallo.-

Efectuada dicha puntualización la Sala aplicará a esta causa la posición sostenida por el Profesor Dr. Milton Cairoli Martínez, que considera que en casos como el que nos ocupa, estamos en presencia de dos homicidios los que concurren entre sí en régimen de reiteración real.

Esta solución no es novedosa ya que este mismo Tribunal, en Sentencia N° 343/2000 con la redacción del Señor Ministro Dr. Dardo Preza y los votos conformes de los Sres. Ministros Carlos Mata y Eduardo Borges y la discordia del Sr. Ministro Dr. Alfredo Gómez Tedeschi, acogía la tesis de la aplicación del artículo 54 del Código Penal.

En esa sentencia destaca en su voto, el Sr. Ministro Dr. Eduardo Borges: "...El debido tema de los homicidios agravados de los arts 311 num 4^a y 312 num 6^o. Amén de los varios problemas que plantea (si el primero debe estar ejecutoriado (GREZZI), si todos deben ser consumados o alguno puede ser tentado, si el dolo en todos debe ser directo o puede haberlos a título de dolo eventual, etc.), creo que en el ocurrente no se configura, ello por cuanto-siguiendo la vieja posición de PIÑEIRO CHAIN- no se da la citada agravante cuando se trata de conductas o acciones simultáneas sino que es necesario que un homicidio haya sido precedido en el tiempo por otra conducta de igual característica, porque como decía el citado autor, la razón de la agravante radica en que pueda reproducir el "raptus" homicida y su consiguiente peligrosidad; por tanto, la comisión de los homicidios debe estar presidida por momentos psicológicos diferentes, todo lo cual se observa que no existió en la especie, donde sin solución de continuidad se procedió- en forma casi ciega- a matar a uno e intentar matar a otros dos..."-.

Como los Sres. Ministro Dres. William Corujo Guardia y José Balcaldi Tesauro no se afilian a tal criterio como principio general, deviene necesario explicitar los fundamentos que los inspiran para lo cual nada mejor que citar una sentencia de la Sala donde se exponen los mismos.-

"...Irureta Goyena, intuitivamente, pero de manera razonable decía que el régimen de la pluralidad de acciones, del art. 54, era sustituido por el régimen especial del art. 311 inc. 4". ¿Qué significa homicidio anterior atenuado? También aquí se han levantado diversas vallas que deben superarse sin mayores inconvenientes. Se ha planteado la duda respecto a si la expresión "circunstancias atenuantes", en plural, requería de múltiples minorantes para

acudir al artículo 311 num. 4; es de toda evidencia que aquélla manifestación lo es porque el artículo que las contiene (46 CP) abarca un collage y no porque el delito de homicidio anterior requiera de varias atenuantes. Se ha expresado que cuando el homicidio anterior contiene agravantes, queda excluida la posibilidad de aplicar el artículo 311 num. 4; de ninguna manera, lo que importa es que existan atenuantes, independientemente de las agravantes, sin perjuicio de lo que se explicitará a continuación.-

Existen quienes sostienen que el sólo extremo de revestir una atenuante, ordena la ubicación de la conducta en el artículo 311 numeral 4; sabido es que para interpretar la norma debemos acudir a la economía integral del Código Penal, que reacciona contra toda aritmética penal, afiliándose a un criterio cualitativo, que por otra parte se abraza de la lógica. Imaginemos un ciudadano responsable de dos delitos de homicidio agravados por alevosía, premeditación y haberse cometido contra la persona del descendiente, y mitigado por embriaguez voluntaria y semiplena; pretender que esa conducta encaja dentro del artículo 311 num. 4 es violentar la sistemática del Código y específicamente de los parámetros del artículo 86 del Código Penal.

Del mismo modo resultaría contrario al compacto jurídico que viene de exponerse si no se ubicara dentro del homicidio anterior con atenuantes, el cometido por un ciudadano favorecido por la buena conducta anterior, presentación a la autoridad confesando el delito y provocación (producto de constatar el engaño de su concubina, encontrándola junto al amante en la vereda del domicilio de éste), agravado por el more uxorio (el Tribunal que integro lo califica dentro del artículo 311 num. 4 del CP, en sentencia N° 111 del 16 de abril de 2002, Dres. Corujo -r-, Preza, Gómez).

¿A título de dolo directo o también de dolo eventual? No se tratan de sub tipos de homicidios, sino de agravantes especiales y muy especiales, por lo

que es pacífica la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia y de los Tribunales de Apelaciones, en que pueden imputarse a cualquiera de los títulos referidos.

¿Homicidios tentados o consumados? Tal como sostiene el Dr. Bayardo, puede asistirse a una hipótesis de homicidio anterior consumado y un homicidio posterior tentado o bien a la inversa: un homicidio anterior tentado y un homicidio posterior consumado. En ambos supuestos, tendríamos un delito complejo de homicidio, especialmente agravado por la pluralidad con que se da, dentro de la figura que lo absorbe; nada obsta para que dentro de la referida fusión queden comprendidas las figuras básicas (homicidio consumado) y figuras amplificadas (tentativas), ya que el Código refiere a homicidios "ejecutado" en técnica alusión a la tentativa.

En conclusión: Las agravantes especiales del homicidio anterior en modalidad concurso, se aplican tanto para el artículo 311 num. 4 como para el artículo 312 num. 6 del Código Penal, se cometan en el mismo contexto de acción o en diverso contexto, en tanto son conceptos extraños por completo a la reiteración que es la modalidad impuesta por el Código, atento a la gravedad de la conducta de quien atenta en más de una oportunidad contra la vida humana, siendo revelador de una peligrosidad que justifica los guarismos mínimos severos, cuando se habla de anterior se hace referencia a cronológicamente anterior y si fuese imposible determinarlo, se resuelve como todas las cuestiones de hecho, esto es, bajo el imperio del principio in dubio pro reo, permitiendo emigrar la conducta hacia la esfera del artículo 311 num. 4 (vale decir con circunstancias atenuantes); responsable significa capaz de sufrir las consecuencias jurídico penales del hecho ilícito cometido, ajeno a la sentencia de condena ejecutoriada, ya que ello dice relación con la reincidencia y no con la reiteración, en tanto que circunstancias atenuantes refieren a cualquiera de las previstas en la ley (si no existen atenuantes ni

agravantes, se rige por el artículo 312 num. 6) y constatándose agravantes y atenuantes en el homicidio anterior, se determinará el régimen del artículo 311 num. 4 o el 312 num. 6, según la calidad y cantidad de ellas (art. 86 CP), siendo imputables tanto los tentados como los consumados ora a título de dolo directo como de dolo eventual..." (**SENTENCIA Nro. 40 de fecha 20 de febrero de 2003**).

En suma, los integrantes de la Sala acuerdan para la emergencia, basándose en el principio "favoris rei" ante la división de opiniones, imputar al enjuiciado dos delitos de homicidio intencional, uno de ellos en grado de tentativa en reiteración real en calidad de autor responsable (artículo 54 del Código Penal).-

IV) CAUSA DE JUSTIFICACIÓN - LEGÍTIMA DEFENSA.

En forma unánime y sin hesitación alguna, los acordantes de la sentencia concluyen que se encuentran ausentes dos elementos constitutivos de la causa de justificación.-

El artículo 26 del Código Penal bajo el nome iuris legítima defensa establece: "Se hallan exentos de responsabilidad: 1.- El que obra en defensa de su persona o derechos, o de la persona o derechos de otros, siempre que concurren las circunstancias siguientes: a) Agresión ilegítima. b) Necesidad racional del medio empleado para repelerla o impedir el daño. c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que durante la noche defiende la entrada de una casa habitada o de sus dependencias, o emplea violencia contra el individuo extraño a ella, que es sorprendido dentro de la casa o de las dependencias. 2.- El tercer requisito no es necesario tratándose de la defensa de los parientes

consanguíneos en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, del cónyuge de los padres o hijos naturales reconocidos o adoptivos, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación. 3. El que obra en defensa de la persona o derechos de un extraño, siempre que concurren las circunstancias expresadas en el inciso 1º y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo..”.-

Bayardo Bengoa define a “la legítima defensa como la reacción razonablemente necesaria para repeler una agresión ilegítima o impedir el daño emergente de la misma, faltando en quien se defiende, provocación suficiente; y agrega que las causas de justificación son situaciones particulares a mérito de las cuales, un hecho regularmente prohibido, resulta consentido por la ley, por lo cual, no es antijurídico.

Ello supone que son hipótesis de exclusión de la antijuridicidad de un comportamiento que puede adecuarse a una figura delictiva; en su mérito, las acciones que se realizan mediando las situaciones referidas importan comportamientos cumplidos conforme a derecho (*secundum ius*)”. (Bayardo Bengoa Derecho Penal Uruguayo. Tomo I, 3ra. edición, pág. 191 y 252).

Para el Profesor Milton Cairolí esta eximente tiene su ratio en el humano principio de que todo ser tiene derecho a defenderse del ataque injusto, pues ello es natural y producto de la convivencia social, siempre que en esa defensa se emplee medios racionales. Para ello, será necesario examinar cada caso en particular y determinar si frente a la agresión el sujeto que se defiende ha empleado un medio en forma racional, no porque el bien jurídico que defiende sea mayor o mejor que el que lesiona cuando repele la agresión, sino porque las circunstancias del caso así lo indican. Además, cuando la acción de defensa causa un daño al sentimiento de seguridad

jurídica, mayor que el que causa la acción de agresión, la defensa deja de ser legítima”. (Cairolí, Milton. El Derecho Penal Uruguayo, Tomo I, 2º edición pág. 224).

Por su parte el Profesor Eugenio Zaffaroni expresa: “...La doctrina más extendida supera este debate limitándose a fundar la legítima defensa en el principio de que el derecho no tiene por qué soportar lo injusto, partiendo del reconocimiento del carácter subsidiario de la legítima defensa, es decir, de que la defensa sólo puede ser legítima cuando no es posible apelar a los órganos o medios establecidos jurídicamente. Este fundamento supera el debate, porque quien no tiene el deber de soportar lo injusto es porque tiene el derecho de rechazarlo o hacerlo cesar, de modo que no sólo no sería incompatible con la naturaleza de ejercicio de derecho de la legítima defensa, sino que confirmaría ese carácter.” (Manual de Derecho Penal. Parte General Pág. 476).

Sobre dicha plataforma teórica, procede verificar si los elementos reseñados se encuentran presentes en los hechos dados por probados en esta causa, como para que se haya convocado la causa de justificación por parte de la Sra. Juez de primer grado.-

No resulta difícil advertir, visto lo dicho en los capítulos de hechos probados y valoración de la prueba, que ni medianamente puede sostenerse que esta causa de justificación se encuentre presente.-

En efecto, no surgen dudas de que no hubo provocación alguna de parte de M. hacia las víctimas, ya que el mismo simplemente caminaba por la vía pública hasta que se produjo el suceso, sin embargo, los dos restantes están ausentes.-

En primer término, la Sala descartó que existiera una agresión ilegítima contra M. ya que ninguna de sus versiones se pudo acreditar, tanto es así, que ningún

delito se les imputó a quienes resultaran víctimas en este juicio en el proceso donde se ventiló su eventual responsabilidad.-

Se podrá argumentar que tal situación no es determinante para concluir que nada hicieron las víctimas, porque una cosa son los hechos de la vida real y otra las resultancias de un juicio criminal, donde se requiere probar con certeza razonable la existencia de un hecho delictivo.-

Si bien eso es así, la virtualidad jurídica impone descartar que haya existido un intento de rapiña a M., y ello por la sencilla razón de que eso fue lo que resolvió la justicia competente.-

Pero además, debe adicionarse las resultancias de este expediente donde tampoco se acreditó tal cosa.-

Ese punto de partida es más que suficiente para descartar la legítima defensa, pero resulta que por si fuera poco, se analizó en este expediente en profundidad el contexto de la acción acaecida y allí se descartó absolutamente que, para el supuesto no probado de que algo extraño hubiera pasado, el medio empleado por M. para repelerlo no fue racional, sino que por el contrario, representó una desproporción tan elocuente que no requiere mayor abundamiento.-

El redactor sobre este punto se remite a lo dicho en su voto por el Sr. Ministro Dr. Jose Balcaldí: "... Enseña Jimenez de Azúa "...Para los españoles y argentinos, y en general para todos los hispanoamericanos, el problema que ahora se trata tiene sumo interés, por hallarse taxativamente exigida la racional proporcionalidad de los medios, con que se repele o impide el ataque..." y agrega el profesor "... es cierto que ha de acudirse a la apreciación circunstancial, caso por caso, pero el juicio que nos guíe no ha de ser el del propio sujeto en apuro, sino objetivando, elevando la norma generalizada, que

se comprobara en cada hecho la apreciación de un hombre razonable en el momento de ser atacado (como dice Soler).

Así hallamos no una formula subjetiva sino susceptible de individualización...” (JIMENEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo IV. El delito (Segunda Parte), Editorial Losada, Buenos Aires, págs 214 y 218).-

En igual sentido se expresa el maestro Soler “...Es verdad que, en principio nadie puede ser obligado a sufrir un daño injusto por el solo hecho de que este sea resarcible, no se trata de sancionar semejante principio sino de optar entre dos males, a objeto que la grave facultad de tutelar privadamente los derechos corresponda a motivo realmente grave, entiéndase bien, siempre que la evitación de un pequeño mal solo pueda lograrse con una medida extrema. Es perfectamente posible que un sujeto no tenga más posibilidad de impedir que en carnaval lo mojen, sino apelando a sus armas de fuego pero ¿quién juzgaría que hirió o mató en legítima defensa? Quien dudaría en cambio, que obra en legítima defensa si sale del paso con unas cuantas palabrotas intimidantes o injuriantes? Todo bien puede ser legítimamente defendido, si esa defensa se ejerce con la moderación que haga racional el medio empleado, con relación al ataque y a la calidad del bien defendido. La prudencia de los jueces, las normas de cultura, el mayor o menor grado de seguridad pública efectiva, son principios que desempeñan aquí un papel muy destacado y de gran amplitud...” (SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo I. Pág. 404 y 405).-

No es posible aceptar que un tirador adiestrado saque un revólver Taurus 3.57 Magnum y abra fuego sobre dos personas desarmadas causando la muerte a uno y gravísima lesión al otro para evitar un daño a la propiedad que consistía en la suma de \$ 600. M. sabía perfectamente el poder de fuego de su arma y de todas formas baleó con tiempo y espacio a las víctimas.

Esto es indudablemente así, no bien se analiza su versión en forma global, donde pretende minimizar su brutal reacción.-

Ciertamente y tal como ha dicho el Codificador "...hay que apreciar los hechos con el espíritu del agredido en el momento de la agresión y no con el espíritu sereno del que no corriendo ningún riesgo, percibe hechos y descubre, naturalmente, soluciones que no podían revelarse al actor en el drama..."

(Irureta Goyena. El delito de Homicidio"), pero es claro que al tiempo del análisis y a mérito de la normativa imperante se debe corroborar que el medio desplegado en la ocasión reúna los caracteres legalmente exigidos.

Así el medio debe ser necesario y debe ser racional, vale decir, oportuno, conveniente y proporcional. Se debe ponderar también la situación en que se encuentra el ofendido, el lugar así como las circunstancias personales de uno y otro.

Ahora, como enseña Arroyo de las Heras "...Es indudable que en cada caso concreto habrá de acudirse a una apreciación de las circunstancias, pero ello no quiere decir que la misma haya de ser subjetiva, pues en definitiva, como afirma Jiménez de Asúa, para que se dé la legítima defensa perfecta ha de existir proporcionalidad entre la repulsa y el peligro causado por el ataque, medida individualmente, en cada caso, pero no subjetivamente, sino conforme

al criterio objetivado del hombre razonable que en ese instante y circunstancias se ve agredido...”.

Y, el análisis de estas circunstancias me lleva a concluir que dicho requisito no se encuentra presente conforme los elementos que arroja la causa...”.

V) LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA

Ingresó también al debate jurídico de este juicio la eventualidad de que existiera legítima defensa putativa, motivo por el cual el Colegiado se expedirá expresamente y desde ya establece que se descarta tal hipótesis.-

Como refiere en su voto el Sr. Ministro Dr. José Balcaldi “...Este instituto no encuadra en el artículo 26 del C. Penal sino en las causas de inculpabilidad, ya que refiere a quien por error cree que está frente a una agresión ilegítima y, en una gran equivocación, reacciona repeliendo en función de ese error.-

Explica Goldstein al definir la legítima defensa putativa “...Hay ocasiones en que el error recae sobre la agresión misma, como cuando se dispara contra un miembro de la familia confundiéndolo con un intruso en quien se cree ver un arma intimidante; otras recaen sobre los alcances del peligro mismo, realmente creado por otro. En la primera suposición no ha habido agresión; y en la segunda, donde existe, el error debe ser ponderado con adecuación a la defensa. En aquella la legítima defensa actúa como causa de inculpabilidad; en ésta como causa de justificación...” (GOLDSTEIN, Raúl. Diccionario de derecho penal y criminología, 2º Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978, pág. 462).-

En autos esto tendría que inscribirse en dos hipótesis.

La primera que nunca fue víctima de un intento de rapiña pero así lo creyó, porque se le aproximaron dos individuos y uno le dirigió la palabra en una calle oscura y, por ello al sentir miedo, repelió sin más a balazos.

La segunda que, J. se le acercó e independientemente de lo que le haya manifestado, el encausado creyó que estaba en peligro su vida porque algo lo confundió y creyó que estaban armados, y por ello, le disparó a él y luego a E..-

En la primera hipótesis el instituto resulta inaplicable, porque notar que unas personas se acercan desde atrás y una le dirija la palabra, por más que fuera en una calle oscura, nunca puede justificar un error de apreciación tal, como para ver la vida en peligro y sin más extraer un revólver y abrir fuego contra las personas.-

Esto no es un error de apreciación sino una reacción paranoica, que ve un peligro para la integridad vital en un suceso, que por sí solo, no lo representa para una persona común y corriente, por más que pudiera causar alarma, pero nunca al extremo de creer que iba a ser asesinado y por eso emprenderla a balazos.-

Alcanza con trasladar la secuencia a la vida cotidiana para visualizar lo insostenible e irracional del punto, no bien se toma en consideración las innumerables ocasiones que ello acontece para establecer que habría una infinidad de homicidios “por las dudas” en las calles.-

La segunda hipótesis es la misma secuencia pero con el aditamento de algo que llevara a la confusión sobre la presencia de un arma, por lo que en esta hipótesis si podría infundir temor aunque por error, más allá de que se fuera a producir o no un conato de rapiña, e incluso creer que la vida corría peligro.-

Pues bien, como se dijo en la valoración de la prueba, está totalmente descartada la existencia de un arma blanca en poder de J., porque no llevaba ningún cuchillo y, en cuanto a que vio algo que “brillaba” o un “cañito” y creyó que era un arma, también está probado que es ello es falso.-

Por tanto, no hubo un peligro creído erróneamente, sino una cuartada pretendiendo hacer pensar que así fue, pero al ser descartada de plano lo queda en evidencia es una desproporcionada reacción ante la molestia de la presencia de esas dos personas en una zona oscura.-

Como se dijo, abundantemente, M. no corrió ningún grave e inminente peligro en la presencia de dos hombres, pero tampoco creyó erradamente que lo corría, puesto que no existió en el encuentro elementos con potencial para causar daño o infundir temor.-

Incluir la situación de autos dentro del instituto de la causa de justificación de la legítima defensa completa o, en el de la inculpabilidad por legítima defensa putativa, excede ampliamente todo criterio conocido y, no es otra cosa, que abrir paso no ya a la justicia por propia mano, sino más aun, admitir una agresión mortal ante la duda que cada quien tenga según su grado de temor y decida de esa manera resolverla, lo cual no es otra cosa que una desnaturalización los valores indispensables para la convivencia social...”.-

VI) CIRCUNSTANCIAS ALTERATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD.

El Tribunal convocará las agravantes genéricas del abuso de la superioridad de las armas (art. 47 numeral 6to. del C. Penal), el utilizar un arma de fuego (art. 141 de la ley 17296) y las facilidades de orden natural (art. 47 numeral 12 del C. Penal), puesto que si bien no buscó la circunstancia si sacó partido de la

oscuridad de la noche para ocultarse y darse a la fuga una vez consumado el delito.-

“...En lo que hace al análisis del cómputo conjunto del abuso de la superioridad de las armas y del uso de un arma de fuego, se dirá que la primera tiene que ver con un aspecto subjetivo del agente, mientras que la prevista en el artículo 141 de la ley 17.296 apunta a un aspecto puramente objetivo que se estableció con el fin de elevar el monto de la pena frente a su constatación.

Visto el criterio que el legislador siguió para configurar las agravantes genéricas de la alevosía o del abuso de fuerza, no se observa que exista incompatibilidad alguna entre ellas y la regulada el art. 141 in fine de la ley 17.296 (utilizar arma de fuego).

En efecto, el abusar de la superioridad que brinda un arma (cualquiera ella fuera) o el acto alevoso, hace relación a la posición subjetiva del agente frente al paciente, ahora, la agravante prevista en el art. 141 no se refiere a ese tipo de circunstancias, sino lisa y llanamente a la situación objetiva de utilizar de un arma de fuego, hecho que se pretende castigar independientemente de cualquier otro aspecto.

En efecto, si una persona ataca a otra con un arma de fuego y la lesiona estando armada la víctima también, no habrá abuso de superioridad de armas, pero si, uso de un arma de fuego en el agente (art. 141).

Por el contrario, si alguien abusa de la superioridad de las armas frente a un indefenso en tal sentido, se computará la agravante genérica prevista en el art. 47 numeral 6 del C. Penal, pero además si dicha arma es de fuego también se ve atrapada la conducta por la prevista en el art. 141 de la ley 17.296.

El motivo de su creación de esta circunstancia fue buscar desalentar la proliferación del armamentismo en la sociedad. Así lo demuestra la generalidad con que fue redactada y la amplia gama de delitos que son incorporados para el cómputo de la agravante y la fuerte incidencia en el monto de la pena.

Como colofón cabe decir que nada relaciona esta circunstancia con el abuso de la superioridad de las armas...”.-

Como mitigante se relevará la presentación a la autoridad confesando los hechos (art. 46 numeral 9no. del C. Penal).-

Asimismo, se computará la legítima defensa incompleta (art. 46 numeral 1ro. del C. Penal).-

Como precisión previa, el redactor no puede menos que señalar, que no comparte que sea pertinente relevar esta minorante, puesto que el análisis de los hechos probados y la valoración de la prueba llevan a descartar que existiera una agresión ilegítima por parte de las víctimas.-

Por tanto, no se trató de un exceso en la forma de repeler sino un puro ataque lo que no justificaría acompañar la solución adelantada.-

Ello merita una breve fundamentación vista la posición de los restantes Ministros que integran este Tribunal.

En la causa se enfrentan desde las antípodas del razonamiento la sentencia de la Señora Juez “a quo” absolviendo al encausado y la seria acusación del titular de la acción penal.

Ya al tiempo del procesamiento la Sala en anterior integración advirtió acertadamente la inexistencia de una Legítima defensa completa y por los

argumentos allí expuestos decretó el enjuiciamiento y prisión de J. A. M. bajo la imputación de un delito de Homicidio Complejo; y es que en ese momento procesal "...la causal de legítima defensa..., debe obedecer a una situación de hecho prístina, palmaria, incuestionable, esto es, que no deje lugar a la menor duda sobre la procedencia de la misma, y justamente, ello no se da en este expediente".

Culminada la instancia y en la integración actual, y tal como viene de adelantarse el redactor no es partidario de convocar la atenuante de la legítima defensa incompleta desde que a su criterio la causa no aporta una plataforma fáctica para arribar a dicha solución.

Los Señores Ministros, Dres. William Corujo y José Balcaldi, al tiempo de emitir sus votos estudiaron y ponderaron en forma clara y profunda los elementos incorporados a la causa individualizando en forma contundente cuales resultaron probados, y por unanimidad de pareceres ello fue recogido en la presente.

Sin pretender ser reiterativo y a los solos efectos de fundamentar la posición del redactor se realizará una muy apretada síntesis de los hechos que se han dado por probados y que en consecuencia sustentan esta posición.

En primer término puede concluirse que el relato del encausado M. es contradictorio, inverosímil en muchos aspectos, inconsistente, mendaz en varios de sus tramos, además de las variadas versiones que aporta a fin de elaborar una coartada, situación que no deja de sorprender en tanto es de sentido común que las coartadas las elaboran quienes delinquen y no las víctimas de la delincuencia.

La Sala ha señalado con el voto coincidente de sus integrantes que en la especie no se configuró la causal de justificación prevista en el artículo 26 del

Código Penal y ha dado por probado que en la misma no operó, agresión ilegítima, ni racionalidad en el medio empleado.

Así lo dejan en evidencia el hecho de que los heridos se encontraban desarmados, que los disparos no fueron intimidatorios habiendo sido ejecutados por un sujeto conocedor en el manejo de las armas, la secuencia de los mismos, siendo además certeros en tanto impactaron en zonas vitales aún en el caso de aquel que se encontraba a metros de distancia del encausado.

La actitud que asumió M. consumado el hecho alejándose del lugar por un camino más largo, el cambio de su vestimenta, las llamadas telefónicas que realizó, una de ellas en busca de asesoramiento, en fin, comportándose como si fuera un victimario en lugar de una víctima.

Como ha quedado probado los presuntos agresores se encontraban completamente desarmados y aquí aparecen una serie de interrogantes que a juicio del redactor no fueron despejadas correctamente en la instancia precedente:

¿Aparece un arma de juguete con manchas que finalmente no se corresponden con sangre humana y no se encuentra el arma blanca del porte que refiere el encausado?

¿La calle estaba a oscuras y aún así visualiza el caño de un revólver que supuestamente era negro?

¿Es acometido por dos sujetos fuertemente armados con clara intención de rapiñar y le permiten abrir su riñonera en lugar de quitársela a la fuerza tal como debiera haber sucedido conforme lo indican las reglas de la experiencia?

¿Por qué le disparó a un sujeto que según su relato no representaba peligro alguno y en todo momento se manifestó como un espectador según sus dichos?

¿Fue casualidad que hiriera a ambos en zonas vitales, incluso a aquel que se encontraba mucho más lejos en actitud de expectativa?

La Señora Juez de primera instancia desde el inicio dio por ciertos los dichos del ahora encausado y en consecuencia fue absuelto.

Claramente participa de la certeza de que en el episodio existió una agresión ilegítima, empero aún en la hipótesis que ello hubiera sido probado (cosa que no ocurre) entiende el suscrito que con los medios probatorios recopilados, no se podría haber alcanzado la solución arribada porque la desproporción, la falta de racionalidad del medio empleado para repeler la supuesta agresión fue manifiestamente excesiva, concretándose un verdadero exceso intensivo en la defensa.

Esta sola circunstancia hubiera merecido un pronunciamiento diferente; en el mejor de los casos, una hipótesis de legítima defensa incompleta, y ello, entre otras cosas, porque no se puede ser más papista que el Papa: "...Soy de los que creo que hay que defender lo que tenemos... se me fue la mano... no se por qué no le tiré a una pata..." .

Por las razones ya explicitadas tampoco corresponde el cómputo de una legítima defensa putativa.

Sin embargo, los Sres. Ministros Dres. José Balcaldi y William Corujo si bien, en general, coinciden con este redactor en que ello es así tienen un matiz de apreciación que abre una rendija para la duda, lo cual en buen romance y por

el principio “favoris rei” en este aspecto también se acordará en el sentido que indican los principios generales de Derecho Penal.

Dijo en este punto el Sr. Ministro Dr. José Balcaldi: “Ahora, independientemente de qué fue lo que desencadenó la reacción de M., ya que en definitiva no se probó que las víctimas lo hayan querido rapiñar y por eso fue clausurada la cuestión en ese aspecto por la Justicia, como indiqué al expedirme en la apelación del auto cabeza, me cuesta entender una situación tan extrema como la que se juzga, incluso dando por hecho que se trató de una reacción paranoica quisiera creer que algo más de lo fehacientemente probado aconteció, puesto que de lo contrario, reitero, se trataría M. de un feroz asesino que ante el simple hecho de que dos personas aparecieran por su espalda y le dirigieron la palabra, la emprendió a balazos contra ellas, lo cual revela una soberbia realmente inusitada, fundada en la sobredimensión de su persona y un miedo exacerbado.

Pero resulta que ello no parece ser así sino que el “DISCULPE” de J. lo intimidó vaya a saber por qué, pero ante la duda me inclino a aplicar el principio “in dubio pro reo” en esta emergencia y convocar la mitigante en lugar de una muy pesada circunstancia agravante”.

Claramente y por lo que viene de decirse existen opiniones discrepantes entre los miembros naturales del Tribunal.

Sin perjuicio de ello la Sala y por unanimidad entiende que no corresponde que ella sea integrada por discordia, toda vez que sus integrantes han coincidido en los elementos esenciales que hacen al objeto del proceso penal y que dicen relación con la imputabilidad del encausado y la individualización de la pena.

Vale decir pues, que pese a la diferencia de pareceres en el extremo que viene de analizarse los integrantes del Colegiado han logrado acordar la sentencia en legal forma.

Solución esta que para nada es novedosa y que fuera resuelta en este sentido por la Suprema Corte de Justicia en Sentencia dictada con fecha 19 de noviembre del año 2007 en los autos Ficha: 97-159/2001.

VI) INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

Atento a la calificación delictual y a la calidad y cantidad de alteratorias, especialmente, la atenuante de la legítima defensa incompleta, corresponde realizar un importante abatimiento a la requerida por el Ministerio Público por lo que se individualizará en seis (6) años de penitenciaría.

Por los fundamentos expuestos y de conformidad con lo establecido por los artículos 5, 18, 46, 50, 54, 60, 85, 86, 104 a 106 y 310 del Código Penal; artículos 1, 2, 172, 173, 174, 186, 217 y siguientes, 245, 246, 249, 321 y 350 del Código del Proceso Penal, el Tribunal,

FALLA:

Revócase la Sentencia recurrida y, en su lugar, se condena a J. M. S. como autor penalmente responsable de dos delitos de Homicidio, uno de ellos en grado de tentativa, en reiteración real, a la pena de seis (6) años de penitenciaría, con descuento de la preventiva sufrida y de su cargo las accesorias del artículo 105 literal e del Código Penal.

Y oportunamente, devuélvase, cometiéndose al “a quo” la modificación de la carátula conforme a la calificación definitiva.