En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los tres días del mes de diciembre del año dos mil catorce, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial con asiento en Trelew, integrada por los doctores Omar Florencio Minatta, Alejandro Gustavo Defranco y Flavia Trincheri, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"Comisaría Dtto Segunda s/investigación tentativa de homicidio r/víctima M. Á. L. - Trelew" (Carpetas 4.702 y acum. 1977 OJ Tw – Legajos 44.995 y 19772 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación interpuesta por los Dres. R. P. C. y C. A. C. contra la sentencia nro. 2375/14 OJ Tw dictada en fecha 31/07/14.

La Defensa del imputado E. G. A. en su presentación escrita y que ratificara en el transcurso de la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 18/11/14 en la sede de este tribunal, fundó sus agravios en la arbitrariedad que importa el fallo que cuestiona, toda vez que no se han respetado las reglas de la sana crítica racional al haberse valorado en forma errónea y parcial la prueba producida.

Destacó que el a quo entendió, con un análisis parcial de la prueba, que el cuadro lesional de la victima M. A. L. se correspondía con el delito de lesiones gravísimas y no como lo acordara el Ministerio Público Fiscal con la Defensa del imputado A., lesiones graves (art. 90 del C.P.) y, que a su vez, el tipo penal se encontraba agravado por haberse producido por la utilización de un arma de fuego (art. 41 bis del C.P), determinando un mínimo de pena mayor a a la acordada por las partes.

Sostuvo que, el análisis conglobado de la prueba, permite concluir que las consecuencias finales que sufriera el Sr. L., amputación de su pierna derecha, en modo alguno pueden ser adjudicadas a su asistido, por cuanto aquella amputación fue consecuencia del actuar negligente del personal médico del Hospital Zonal de esta ciudad.

Que su asistido reconoció el hecho de haber efectuado un disparo de arma en la pierna de M. A. L. y que dicha lesión es grave, pero en modo alguno asumir las consecuencias de la inacción, negligencia del servicio de Salud Pública.

Finalizó su presentación, solicitando se haga lugar al procedimiento del juicio abreviado oportunamente postulado.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Alejandro Gustavo Defranco, Omar Florencio Minatta y Flavia Trincheri.

El Juez Alejandro Gustavo Defranco digo:

1.- Adelanto desde ya que la solución del caso debe encontrarse en la no aplicación de la agravante contenida en el art. 41 bis, Cód. Penal, y a partir de allí, el juez interviniente aceptar sin óbices el acuerdo presentado por las partes para su homologación.

Respecto a lo primero, ya he dicho en autos **"Comisaría Primera s/investigación tentativa de homicidio a M. S. r/víctima"** (Carpeta 3.563 OJ Tw – Legajo 33.320 OUMPF Tw) que *"…sin llegar a la declaración de inconstitucionalidad de la norma, por respeto al postulado de prudencia sostenido por la CSJN desde antaño que relega tal opción a ultima ratio, debo decidirme por la inaplicabilidad de la agravante en este caso por atentar contra el principio de legalidad, por una parte, y el de proporcionalidad de la respuesta punitiva, en segundo lugar..."*.

Así como en los autos de referencia sufragué por la no aplicación de la agravante al caso del homicidio simple (art 79), habida cuenta que las ocasiones y modos que ameritan a agravar las muerte violentas están previstas en el art. 80, por lo que en estricto apego al principio de legalidad, va de suyo que no está previsto el homicidio a mano armada entre ellos – doctrina aplicable al caso del art. 91, por aplicación del art. 92, Cod. Penal- y que tampoco puede estar previsto en la

disposición del art. 41 bis, toda vez que, si el fundamento de la agravación es prevenir que mediante la violencia que implica utilizar un arma se genere el peligro de lesión contra la vida o la integridad física, y en el homicidio, por definición, (y aquí las lesiones), dicho bien jurídico se encuentra afectado, por lo que mal podría agravarse la sanción por la materialización del resultado por el peligro que se cause.

En síntesis, salvaguardando la legalidad de la norma –a pesar de ser plausibles los argumentos que la tachan de inconstitucional-, considero que no puede ser aplicada la agravante del art. 41 bis a las lesiones, cualquiera sea su gravedad, por cuanto, se encuentra incluido como forma de realización del tipo el uso de armas.

2.- Por ello, de la no aplicación de la agravante, resulta que la escala penal aplicable, respetando la acertada calificación del Juez Monti que comparto en un todo, parte de un mínimo de tres años de prisión, por lo que el acuerdo presentado por las partes ante la magistratura es viable.

En efecto, ha de estarse a la doctrina mayoritaria argentina en punto a que "…Son *miembros* las extremidades articuladas con el tronco del cuerpo humano (brazos y piernas). La *debilitación* de ellos – lesiones graves- es la pérdida parcial de su capacidad funcional debida al daño de su anatomía o de su capacidad de servicio... La pérdida de un sentido, de un órgano o de un miembro, o del uso de un órgano o de un miembro: Importa una privación funcional absoluta, la cual puede originarse en una pérdida anatómica o manifestarse en la ausencia irreparable de toda efectividad funcional –lesiones gravísimas-" (D'Alessio, Andrés José; CÓDIGO PENAL, COMENTADO y ANOTADO, PARTE ESPECIAL, (ARTÍCULOS 79 A 306), La Ley, págs. 56 y 60).

Siendo ello así, y teniendo en cuenta que el concurso de delitos reprochados tiene como mínimo mayor el de tres años de prisión, pena acordada por las partes,

resulta a todas luces viable el procedimiento abreviado, claro está, no aplicando la agravante del art. 41 bis del código penal, aún con la calificación correctamente escogida por el Juez Monti en plena y ajustada aplicación del *iura novit curia*.

3.- Por todo ello, entendiendo con mi colega que conforma la mayoría, que no es posible aplicar al caso la agravante contenida en el art. 41 bis del repertorio penal, que resulta el hecho imputado pasible de ser subsumido en las mandas del art. 91, que prevé una pena de tres años de prisión como mínimo, siendo el mínimo mayor aún aplicando las disposiciones del concurso real (art. 55, CP), que las partes han acordado a pesar de la errada calificación hecha por el representante de la Fiscalía en la audiencia (tal como se aprecia en el registro de audio anexo en disco compacto) una pena de tres años de prisión, voto por la autorización del procedimiento del art. 355 del ritual, debiendo remitirse estos folios a la Oficina Judicial para que así se proceda, teniendo en cuenta la calificación jurídica dada al hecho principal –art. 91- y la no aplicación de la agravante contenida en el art. 41 bis del Código Penal.

4.- Por último, costas al acusado (arts. 241, 242 inc. 3 y concs. CPP), difiriendo la regulación de los honorarios profesionales de los Defensores particulares Dres. R. C. y C. C., hasta que sean regulados los correspondiente a la instancia de mérito.

El juez Minatta Omar Florencio dijo:

1.Se queja la defensa porque el juez le deniega el trámite abreviado acordado con el fiscal, argumentando que las calificaciones legales propuestas permiten un mínimo de tres años de prisión, tal como postulan en el acuerdo.

2.La queja podría aceptarse en base a varios argumentos, de los cuales adoptamos uno de ellos para concordar con el Juez Defranco, punto que trataremos en último término. En primer lugar, cabría revocar la

decisión jurisdiccional en cuanto ella se subroga en las facultades del ministerio público fiscal, pues estima una calificación legal del hecho mas perjudicial- lesiones gravísimas en lugar de graves- para el imputado que lo priva de un derecho, lo cual, sabemos, exige que en la duda entre una interpretación mas amplia o restrictiva de derechos, debemos estar a la primera. Esto es así en el caso, pues no queda para nada claro que el fiscal esté atribuyendo jurídicamente la amputación de la pierna al disparo de bala- inclusive la propia víctima sostuvo ante este tribunal que ello podría ser resultado de mala praxis médica- , sino como secuela final de los hechos causados, lo cual deja los hechos dentro de la relación causal, del disparo, pero fuera de la imputación objetiva o atribución normativa de la autoría por la lesión gravísima. Es decir, si el fiscal considera que hay relación causal, pero al calificar no incluye con claridad la amputación de la pierna, cabe concluir que le imputa solo el disparo de arma de fuego causante de lesión grave, es decir, el proceso dañoso anterior a la amputación, pareciendo así dejar en suspenso la responsabilidad penal por este último hecho, Con este fundamento, entendemos, sería suficiente como para hacer lugar a la queja y disponer que la causa continúe por el trámite abreviado, tal como lo piden las partes, no objetándose la legalidad del mismo.

3.No obstante, y aún cuando se aceptara que se trata de lesión gravísima, se puede llegar a la pena de tres años de prisión acordada por las partes, en tanto rechacemos la aplicación de la agravante que se quiere aplicar.

Esto es así, porque la agravante del artículo 41 bis no se aplica en el caso, pues, como ya lo argumentamos en causas anteriores, existe un concurso aparente entre éste tipo penal y los tipos establecidos en los artículos 90 (lesión grave) y 91 (lesión gravísima), quedando desplazado el primero por aplicación del principio de consunción. Es decir, estos últimos encierran materialmente la desvaloración que hace el artículo 41

bis y, por lo tanto, desplazan a éste con el efecto de que solo se aplican los primeros, so pena de violar la prohibición de la doble desvaloración. Desarrollando este argumento, decíamos en causas anteriores que debemos considerar si resulta aplicable a la cuestión alguno de aquellos principios que regulan el concurso aparente, o bien sacar la cuestión de allí y considerarla como concurso ideal, puesto que nadie discute que se trata de un solo hecho – lo cual excluye de plano el concurso real- que encaja en más de un tipo, sólo que debemos resolver, si tal concurso es aparente o ideal.

Entendemos que puede interpretarse razonablemente que estamos ante un concurso aparente de ambos tipos, pues resulta, a nuestro juicio, aplicable solo uno de ellos, el artículo 90 o 91, desplazando así la figura del artículo 41 bis por el principio de consunción, lo que equivale a decir que el desvalor de la violencia exteriorizada mediante el uso de un arma de fuego que contempla esta última figura, se encuentra ya incluida materialmente en las lesiones; es decir, este último tipo penal ya encierra valorativa o conceptualmente a aquella, puesto que una de las acciones de lesionar, sea en forma grave o gravísima, puede cometerse eventualmente por uso de violencia mediante arma de fuego, al no exigir la ley ningún medio expreso para el tipo básico, ni materiales ni morales. De hecho, la inmensa mayoría de los homicidios hoy en día, se cometen utilizando armas de fuego para su comisión. En suma, el propósito que surge del segundo párrafo del artículo 41 bis, es evitar toda doble desvaloración, al disponer que ella no es aplicable cuando la violencia mediante utilización de arma de fuego sea un elemento constitutivo del tipo penal o agravante. En el caso de las lesiones, la utilización de cualquier medio implica necesariamente violencia, por lo que cualquier medio es típico, y la expresión de esa violencia mediante armas de fuego es una de las conductas eventuales con que se puede consumar, por lo que se trata claramente de uno de los elementos constitutivos eventuales del tipo de lesiones.

Ahora bien, otra cuestión distinta es el grado de violencia utilizado, criterio que utilizará el juez para dosificar la pena en el caso concreto, pero ello forma parte de la gravedad del injusto, tal como lo requiere la construcción del objeto a reprochar y que nuestro código recoge con las palabras " naturaleza de la acción ". Solo en este último sentido, la violencia que caracteriza el uso de un arma de fuego para lesionar puede ser causal para agravar por sobre el mínimo, pero ello porque es un indicio de mayor injusto, no por la simple circunstancia del medio, sino por la forma más gravosa de utilizarlo.

En definitiva, para nosotros es muy claro que la utilización del arma de fuego es una de las conductas eventuales de realización del delito de lesiones y, como tal, uno de los elementos eventuales del tipo que ya está desvalorado en éste último, por lo que si lo volvemos a considerar para agravar la pena por esa sola circunstancia, caemos en una doble desvaloración de un mismo ítem típico, lo cual está prohibido por el principio elemental de que no puede desvalorarse dos veces lo mismo. Esta interpretación, además, no es contraria ni siquiera al tenor literal de la ley, pues ella misma está estableciendo en forma expresa que no deberá aplicarse cuando el arma de fuego es uno de los elementos constitutivos del tipo penal, es decir, cuando forme parte del tipo penal.

Obsérvese que podría también estimarse el caso como una relación de especialidad, pero no porque las dos figuras necesariamente se implican, sino porque la especialidad puede disponerse expresamente por decisión del legislador, mediante una cláusula residual que generalmente se expresa, tal como lo adelantamos, mediante oraciones que estipulan su no aplicación cuando tal tipo implique, a su vez, un delito mayor o empleando otras oraciones análogas, como las del artículo 41 bis, que expresamente dispone la no aplicación de ella a las figuras que tienen como elementos típicos el uso de la violencia mediante armas

de fuego, sea de forma necesaria- por ejemplo, robo con armas de fuego, especialidad-, sea de forma eventual- por ejemplo, homicidio- que puede cometerse por cualquier otro medio

En suma, sea lo que fuere- concurso aparente por consunción o especialidad por decisión expresa del legislador- el tipo penal establecido en el artículo 41 bis queda desplazado por el artículo 90 o 91, puesto que estos últimos interfieren la operatividad de aquél, excluyendo su aplicación al caso porque en definitiva las lesiones que contempla el artículo 41 bis están incluidas en el artículo 90 o 91 (Cfr, para todo lo dicho sobre los principios que regulan la interpretación de los tipos penales a: *ZAFFARONI- ALAGIA- SLOKAR, ob.cit., pags.830-834).*

Por último, resta decir que esta interpretación del tipo penal es la más restrictiva que soporta su semántica y, por ello, debe prevalecer sobre otras más amplias, conforme principios básicos de interpretación de la ley penal, que se alinean y brotan de varias pautas, tales como la "ultima ratio" y el "pro-homine", nociones que ya deberían estar instaladas de forma definitiva en nuestra jurisprudencia después de la contundente y clara sentencia de nuestra Corte Suprema Nacional en la conocida causa " Acosta". Antes de terminar el punto, es pertinente traer a colación otro principio que abona a favor de esta interpretación, pues es unánime la crítica que doctrina y jurisprudencia le hace a la redacción y ubicación de la norma, producto de la irresponsabilidad manifiesta del actual legislador penal. Nos referimos concretamente al llamado *"principio de limitación máxima de la respuesta contingente",* elaborado por la doctrina para que ella proponga a los jueces una interpretación limitativa del poder punitivo, en todos aquellos casos en que una reforma penal se establece sin amplio debate, consulta y elaboración responsable de los tipos *(Cfr. Baratta, A; Principios de derecho penal mínimo, NDP, año 1987).*

4. Por todo ello, deberá revocarse la sentencia en crisis y disponer que la causa continúe con el trámite del juicio abreviado acordado por las partes.

5. Por último, adhiero a la imposición de costas y al diferimiento de la regulación de honorarios propuesta por el colega que me procede

La Juez Flavia Fabiana TRINCHERI dijo:

1. Sintetizados los antecedentes del caso que fueran reseñados al inicio, he de ingresar directamente al análisis del recurso deducido contra la sentencia interlocutoria dictada por el Juez Fabio Monti.

2. El embate de la defensa obedece a la facultad que –a su criterio- se arrogó el Juez de mutar la calificación legal por una más gravosa que la escogida, y que siendo que hay acuerdo de partes en relación a ello, el A quo no podría fallar como lo hizo.

De la escucha de la grabación de la audiencia donde se acuerda la aplicación del juicio abreviado, el Fiscal explica la calificación legal elegida finalmente y, a preguntas del Juez Monti, surge con claridad que el titular de la acción pública ha errado en relación a la figura jurídica.

En efecto, de acuerdo al supuesto fáctico que nos ocupa y la redacción del Art. 91 del CP: "*... si la lesión produjera ... la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro ...*" debiendo entenderse por miembro *a cualquiera de las extremidades del ser humano, articuladas con el tronco, es decir, los miembros superiores (brazos) y los inferiores (piernas).*Conf. Donna, Dcho Penal Parte Especial Tomo I, Rubinzal Culzoni Editores, pag. 167.

En tal sentido, la víctima sufrió a causa de la lesión, la amputación de su pierna derecha constituyendo ésto la perdida anatómica y funcional absoluta del miembro, perdiendo la capacidad de locomoción considerando la extremidad articulada al tronco por unidad y no de pares.

Como sostuviera ut supra, se equivoca el Dr. Omar Rodríguez al sostener *"... serian lesiones gravísimas en el caso que hubiera perdido las dos extremidades, en este caso al haber perdido sólo una, si bien es grave, muy grave lo que pasó, justamente es una lesión de carácter grave y no alcanza a ser gravísima porque no ha perdido la capacidad de locomoción ..."* .

En tal sentido la jurisprudencia tiene dicho : *La hipótesis punitiva del Art. 91 del Código Penal, gobierna penalmente la conducta de quién provoca dolosamente, la perdida de un órgano, y en ello, la inteligencia gramatical de las palabras de la Ley, conducen a distinguir entre la referencia del Art. 90 del Código Penal, cuando alude debilitación permanente de un sentido o de un órgano, de la supresión de un órgano relacionado con el Art. 91 del Código Penal. ... se reconoce como un principio que, la interpretación de las leyes debe hacerse siempre, evitando darle un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas con las otras, y adoptando como verdadero, el que las consigne y deje a todas con valor y efectos. He adoptado un criterio de interpretación del Art. 90 y 91 del Código Penal, un sistema que consigne los verbos y los deje a todos con valor y efecto ...* Sentencia N° 64 - "ORELLANA MIGUEL ANGEL Y OTRO s/ HOMICIDIO Y LESIONES GRAVES" - PENAL – CONCEPCIÓN-10/11/1997 Citar: elDial BB336B SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE TUCUMAN.-

Al mismo tiempo, cabe descartar el argumento de la defensa en relación a que la amputación sufrida por Loustelaut con su consecuente incapacidad física, se debe a la deficiente atención de los médicos luego del hecho. El Art. 91 del Código Penal, castiga "al que *produjere*" y nos hallamos frente a la posibilidad de establecer que existe una ley causal natural aplicable al caso.

Tomando la naturaleza del mal provocado con el accionar de A., no se halla acreditada la interferencia de un tercero (mala atención médica) como ligeramente

quiere introducir la defensa para apartar del supuesto fáctico que Loustelaut resultó con la amputación de su pierna derecha por el disparo de arma de fuego que le infringiera A..

Por todo lo dicho, estimo acertado el cambio de calificación que realizara el Juez Monti sosteniendo al mismo tiempo que se halla facultado para ello.

El control de legalidad que detenta el Juzgador, no consiste solo en un cálculo lineal, aritmético donde se controla el ajuste entre la escala penal y la aplicación del juicio abreviado.

El acuerdo de partes –por el sólo hecho de serlo- concertado entre Fiscal y Defensor, resulta insuficiente para que sea homologado sin más por el Judicante. Éste debe resolver conforme al Art. 25 del CPP y en esa inteligencia, si los hechos no han sido debidamente enmarcados en el derecho –como en el presente caso-, el tribunal se encuentra legitimado para resolver como lo hizo, toda vez que es el último garante de la legalidad.

Así lo ha sostenido la jurisprudencia: "*...Resulta interesante destacar que la bilateralidad del juicio abreviado se refiere nada más que a la petición formulada por las partes para que se apliquen las normas que lo regulan, puesto que la aplicación misma del instituto requiere de la voluntad mancomunada del Tribunal de Juicio, que deberá homologar la petición formulada. Esta característica del juicio abreviado conforma el control jurisdiccional que garantiza la inexistencia de acuerdos fuera de los límites de la legalidad. (Voto del Dr. Sodero Nievas).- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE RIO NEGRO - SE. 118/05 "E. S., C. Z. s/ Defraudación en perjuicio de la Administración Pública reiterada (dos hechos) s/ Casación" (Expte.N° 20117/05 STJ),(12-09-05). SODERO NIEVAS - LUTZ - BALLADINI -Citar: elDial.com - AX2326 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO.*

Ahora bien, habiéndome expedido sobre el cambio de calificación al Art. 91 del CP, resta expedirme sobre la

aplicación de la agravante del Art.41 bis del CP, que escoge el Juez Monti y yo comparto, en discordancia con mis colegas.

Es así que tal norma agrava las penas en los mínimos y los máximos en razón que se trata de la conducta del sujeto y su mayor grado de reprochabilidad por mayor incumplimiento de la ley en atención al medio de comisión empleado y su indiscutible mayor poder ofensivo. Ya no se discute –y coincido- que no debe aplicarse a aquellas figuras penales en las que el arma ya está contemplada como componente del tipo, pero sí – como en el presente caso- en aquellos hechos donde no forma parte del tipo penal. Ello, en consonancia con lo dicho por la mayoría de nuestro mas Alto Tribunal en autos "Díaz, Darío..." Expte 20.082/05 donde el Ministro Panizzi expresa: " *... de modo que, según el Código Penal Argentino matar con un arma de fuego implica para el agente, una mayor medida de culpabilidad que hacerlo sin ella (con arma blanca o con las manos) aún cuando el bien jurídico protegido sea el mismo. Dicho de otro modo, el bien jurídico protegido es equivalente, la culpabilidad del autor, no...".*

Expresado esto, resta decir que al encontrar ajustado a derecho la aplicación de la agravante que eleva en un tercio el mínimo de la escala penal (resultando en cuatro años tal escala) no sería viable la homologación del acuerdo de juicio abreviado en tal número, sin perjuicio además de que se tuviera por compuesta la pena con la Carpeta 1977 donde se le enrostra a A., Robo en grado de tentativa, concurso real del que nada se evaluó en relación a la escala penal definitiva.

3. Por lo expuesto, soy de la opinión que debe confirmarse en un todo la sentencia interlocutoria N° 2375714 dictada por el Juez Fabio Monti.

4. Por último deberá diferirse la fijación de costas y honorarios profesionales hasta que se agote el trámite ante el Tribunal de Jueces Penales competente. Así lo voto.

Por lo que se dio por culminado el Acuerdo, pronunciándose por mayoría la siguiente:

S E N T E N C I A:

1) Hacer lugar a la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica del imputado E. G. A. - contra la resolución Nro. 2375/14 OJ Tw dictada en fecha 31/07/14;

2) Revocar la resolución Nro. 2375/14 OJ Tw dictada en fecha 31/07/14, y en consecuencia, hacer lugar al procedimiento abreviado propuesto por las partes en el presente caso;

3) Ordenar la inmediata remisión de las actuaciones a la Oficina Judicial de Trelew, a efectos de que se otorgue intervención en legal forma al Juez competente para la tramitación del procedimiento abreviado;

4) Imponer las costas al acusado (arts. 241, 242 inc. c y concs. CPP), y diferir la regulación de los honorarios de los letrados Defensores hasta tanto los mismos sean fijados en la instancia de mérito; y

5) Protocolícese y notifíquese.

Alejandro Gustavo Defranco

El Dr. Omar Florencio Minatta no suscribe la presente por ausencia posterior al acuerdo (art. 331 *in fine* CPP), y la Dra. Flavia Trincheri remitió su voto a esta sede vía correo electrónico firmado digitalmente. Registrada con el Nro. 16/2014 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.