En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los 22 días del mes de abril del año dos mil dieciséis, los jueces de la Cámara en lo Penal de Trelew, integrada por los doctores Omar Florencio Minatta, Roberto Adrián Barrios y Alejandro Gustavo Defranco con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"Cria. Distrito Segunda s/investigación homicidio r/víctima M., D. M.-Trelew" (Carpeta 6174 OJTw, legajo 59678 MPF Tw),** con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por el defensor particular, Dr. A. O. M., contra la sentencia Nro. 3653/15 OJTw dictada en fecha 1/12/2015.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 8 de abril ppdo. en la sede de este tribunal, estuvo presente el acusado A. J., de demás circunstancias personales obrantes en autos, su abogado defensor Dr. A. M. y la Fiscal General Dra. Silvia Pereira, en representación del Ministerio Público Fiscal de esta circunscripción.

Mediante la sentencia registrada bajo el número 3653 el Tribunal, integrado por los jueces penales Mirta del Valle Moreno, Fabio Andrés Monti y César Marcelo Zaratiegui, condenó a A. J. a la pena de 10 años y ocho meses de prisión, de efectivo cumplimiento, como autor material y penalmente responsable del delito de homicidio simple agravado por la utilización de arma de fuego (arts. 79, 41 bis y 45 del C.P.), por el hecho ocurrido el 3 de mayo de 2015, en esta ciudad, en perjuicio de D. M..

El letrado Defensor, en su escrito, planteó tres cuestiones. En principio solicitó la absolución de su defendido por entender que había actuado en legítima defensa. Subsidiariamente, requirió se analice que la actuación de J. habría estado signada por un error de prohibición invencible y por último se agravió de la calificación impuesta por entender que el art. 41 bis

del C.P. contraría los principios de legalidad y proporcionalidad.

En orden al primero de los enunciados instó al Tribunal a considerar el relato de su defendido, del que surge que llevaba varios días viviendo con M., por desavenencias con sus respectivas parejas, que esa noche bebieron y consumieron drogas. Que previo a concurrir a la whiskería, M. habló por teléfono con una persona, de la que desconoce datos, y al finalizar la comunicación le dijo que estaba amenazado, que lo buscaban para matarlo. Le pidió que lo acompañe a la whiskería y como opuso cierta resistencia, ya que "no quería tener problemas", M. le dio una pistola 9 mm. Que una vez en el local se encontraron con I. y A.. Agregó que tuvo una discusión con M. y éste exhibió un revólver y lo apuntó con él. Si bien el conflicto fue rápidamente desarticulado por I. y por la presencia en el lugar de la policía, que les indicó que debían retirarse porque el local cerraría, M. siguió enojado y, ya instalado en el asiento del acompañante de la Traffic, lo insultó y amenazó con matarlo, al tiempo que empuñaba el revólver en su mano derecha.

Agregó el defensor que, si bien M. no llegó a apuntarle a J. con el arma, en esta segunda oportunidad, no se puede descartar la inminencia de la agresión. El conocimiento que tenía su defendido de la actitud decidida de M. ante un conflicto, sumado a la certeza de que el arma que éste portaba estaba cargada, permite encuadrar la conducta de J. en una legítima defensa y así lo solicita.

Requirió que, de no compartir tal teoría, se analice el caso desde la óptica del error de prohibición o legítima defensa putativa, ya que J. pudo haber creído que M. terminaría disparándole, al exhibir el arma y decirle "vení… esto no va a quedar así".

Criticó el voto del Dr. Monti ya que, a su entender, si el juez consideró que J. actuó bajo un error de

prohibición vencible, debió aplicar la pena correspondiente al delito culposo.

Finalmente, solicitó se modifique la calificación quitando la agravante del art. 41 bis. Para ello, invocó antecedentes jurisprudenciales de esta Cámara que, en diversos casos tratados, se ha expedido respecto de la afectación producida por la norma a los principios de legalidad y proporcionalidad de la respuesta punitiva.

En la audiencia, realizada para dar trámite a la impugnación, amplió sus agravios en relación a la metodología utilizada por los integrantes del tribunal para determinar las circunstancias agravantes y atenuantes a los fines de graduar la pena.

La Dra. Pereira, por el Ministerio Fiscal, defendió los votos de la mayoría, entendiendo que fueron producto de un análisis profundo, serio y conteste con la prueba producida en el debate, al tiempo que criticó el voto del juez minoritario.

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones:

Primera cuestión: ¿existe en el caso un Homicidio Simple –art. 79, CP- cometido en situación de legítima defensa?;

Segunda cuestión: ¿es aplicable al caso la agravante genérica contenida en el art. 41 bis del repertorio sustantivo?;

Tercera cuestión: ¿debe esta Cámara asumir competencia positiva y fijar pena? En tal caso, ¿qué sanción corresponde imponer?

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

A **la primera cuestión el juez Roberto Adrián Barrios dijo:**

1. Por mayoría, integrada por los jueces penales Mirta del Valle Moreno y Fabio Andrés Monti, se ha considerado como autor penalmente responsable en orden

al delito de homicidio simple, agravado por la utilización de arma de fuego, de los artículos 79, 41 bis y 45 del C.P., a A. J., por el hecho acontecido el día 3 de mayo de 2015, a las 07:30 horas, en el interior de la whiskería "L. V.", ubicada en ruta N°3 al 1400 de esta ciudad de Trelew y en perjuicio de D. M..

El tercer votante, juez penal Cesar Zaratiegui, estimó que la acción desarrollada por J. estuvo justificada por la causal prevista en el articulo 34 inciso 6 del Código Penal, por lo que su posición se encausó a la absolución del reo.

2. Del exhaustivo análisis de la pieza jurisdiccional, se colige que los jueces mencionados en primera instancia coincidieron en la calificación del tipo penal del homicidio agravado por el uso de arma de fuego, sin perjuicio de los matices que han tenido en la consideración de la causal de justificación invocada por la defensa en el peldaño de la antijuricidad.

3. Tengo para mí que la doctora Moreno ha fundado acabadamente por qué, a su criterio, no existió una legítima defensa que hubiera justificado la acción de J..

Con la remisión a pasajes de doctrina renombrada, cotejó la prueba producida con los requisitos que exige la ley para la configuración de la causal, y con el descarte de la primera de ellas (agresión ilegítima), descartó el esquema de defensa.

Dijo la votante: "*…la causa de justificación legislada en el artículo 34 inc. 6 del Código Penal es preciso que haya existido una situación de peligro grave y concreto para quien pretende haber actuado legítimamente. (…) En cuanto a la agresión ilegítima, considero que no se configura en el caso la justificante invocada, desde que no se ha acreditado indubitablemente que el imputado haya padecido agresión alguna por parte de la víctima, al menos que generara la necesidad de su repulsa por parte de M., presupuesto indispensable, como*

sabemos, para la posible configuración de la legítima defensa…"

La jueza dijo que J. y la víctima, tras superar una primera discusión en el interior de la whiskería, con la intervención de I. y de personal policial, ya a la salida del local, M. le habría dicho al imputado que lo iba a matar, que se dio vuelta y que le exhibió un arma de fuego.

Concluyó la votante que ni los insultos verbales ni la empuñadura del arma son circunstancias suficientes para ser considerados como la agresión ilegítima que requiere la justificante. Se basó en la cita de jurisprudencia que así resolvió, en doctrina y, en materia fáctica, en que si bien la víctima tenía un arma de fuego, en ningún momento le apuntó con ésta a J..

Valoró acabadamente la versión de descargo del imputado, correlacionándola con el resto del plexo probatorio, llegando a la conclusión de que, pese a las acciones de M., J. no estuvo en una situación de peligro actual e inminente que hubiese justificado una defensa.

De esto, podemos citar como fundamento del voto analizado, que tanto el imputado como I. declararon coincidentemente en que M. tenía un arma de fuego que exhibió, levantándola con el brazo apoyado en la ventana, pero que en ningún momento apuntó al encartado.

Al control de esta prueba, se advierte que efectivamente, en un pasaje de la declaración de I., aclaró que sí vio a M. apuntar a J., pero ello fue en el primer incidente, en el interior del local, cuando el testigo intervino y desarmó a ambas personas. Cuando se originó el segundo incidente, ya afuera y dispuestos a retirarse, estando M. sentado en la Trafic, el testigo afirmó que la víctima hizo como que lo quería apuntar, mientras decía *vamos a arreglar esto*, luego de lo cual escuchó disparos.

Así también J. afirmó en su descargo que la víctima, en esas circunstancias, los insultó, lo amenazó con

matarlo y le *esgrimió* un arma de fuego, por lo que sacó el arma que la misma víctima le había dado, porque *pensó* que lo mataba. Es más, casi al final de su declaración, dijo que *pensó* que le iba a disparar y que vio el arma *empuñada* hacia arriba.

Correctamente concluye la juez, con la adición de la circunstancia referida a que ni A. ni I. escaparon de allí, uno al lado de J. y el otro frente a M.: *"…Ninguno de los dos testigos dijeron haber corrido peligro sus vidas ni ocultarse cuando empezaron los disparos de arma de fuego, más bien ratificaron estar en cercanías del tirador y de la víctima…" (ver foja 120 de la carpeta judicial, tercer párrafo in fine).*

En consideración a la ubicación de las vainas servidas, la votante ponderó que ellas muestran que a medida que J. disparaba, cambiaba de posición acercándose más a la víctima, efectuándole disparos directamente hacia su humanidad.

A mas abundar, y con el indicio de conducta posterior del condenado, de intentar darse a la fuga e intentar descartarse del arma, considero correcta la conclusión de la magistrado en cuanto a que, de la prueba producida en el debate, no surge que el imputado haya estado en real y grave peligro por una agresión inminente no provocada que pudiera haber justificado su accionar.

4. El segundo voto, que hizo a la mayoría de la decisión del fallo, coincidió con la primera votante en todo lo que a materialidad y autoría responsable de J. se refiere. Tal como se ha adelantado, solo tuvo un matiz en cuanto a la antijuricidad en el análisis de la acción. Veamos.

Para el juez penal Monti, *"…De la valoración en conjunto de estos testimonios puede inferirse, que tal como sostuviera el acusado, momentos antes de producirse los disparos, víctima y victimario discutían en el exterior del local, y M. exhibía un arma de fuego*

mientras se encontraba sentado en la camioneta de A., increpando a J. para que resolvieran la situación.

J. afirma que pensó que su amigo le iba a disparar, que temió por su vida y por ello disparó con su arma…" (ver foja 128/vta. de la carpeta de la oficina judicial, segundo párrafo, subrayados me pertenecen).

Al igual que la doctora Moreno, para el doctor Monti no hubo agresión ilegítima ya que, a su entender, la mera exhibición de un arma de fuego por parte de la víctima no puede interpretarse como indicador de la inminencia de un ataque hacia el imputado. Destaco esto como el punto que hizo la coincidencia arribada por la mayoría del Tribunal.

Estimó también el juez, como su colega preopinante, que I. permaneció en el lugar al lado de J., pese a la actitud de la víctima, así lo dijo: *"Es lógico suponer que en la hipótesis de que el testigo I. hubiera percibido un peligro real e inmediato hacia su integridad física, se hubiera alejado del lugar, ya que si M. hubiera accionado su arma de fuego, él también se encontraba en riesgo de ser lesionado por su proximidad física a J.. Por el contrario, I. permaneció al lado de J., porque si bien M. empuñaba un arma de fuego, el ademán que hacía con la misma -apuntando hacia arriba, como explicó I. en el juicio- no podía ser interpretada como una señal irrefutable de que aquél comenzaría a disparar."(Foja 129 de la carpeta de la OfiJud).*

Con ello descartó el primer requisito de la causa de justificación y, con ello, el análisis de los siguientes.

Sin embargo, y aquí el matiz al que vengo haciendo referencia, para el magistrado, el encartado pudo haberse confundido en la existencia de la causal, pudo haber un error en la percepción del peligro, factiblemente por el consumo de alcohol o drogas. Para esta consideración, tuvo en cuenta el certificado médico

del Dr. Rubén Lindner en el que se informó que J., se presentaba "vigil", "agresivo", "disártrico", "ataxia", con influencia de alcohol o drogas; como así también ponderó los testimonios de I., A. y del propio encartado, adicionado al hallazgo de una bolsa de nylon con polvo blanco.

Esa alta probabilidad, de sobredimensión de la situación, que estimó el juzgador pudo existir en la psiquis de J., la encuadró con acierto en lo que técnicamente denominamos como error de prohibición indirecto, vencible desde la consideración que si el encartado hubiera observado con el cuidado debido, hubiera advertido que en realidad no estaba en real y grave peligro, o bien pudo optar por otra conducta.

Hizo esta consideración el juez, en el punto de análisis oportuno, y lo reconsideró al momento de graduar la pena, sobre lo que he de volver.

4. El tercer integrante del tribunal, doctor César Zaratiegui, coincidió en la materialidad y autoría del encartado en el evento reprochado, coincidiendo con el resto del tribunal en *"… que la propia defensa del acusado ha asumido en su alegato final que su pupilo efectuó los disparos que terminaron con la vida de M., por lo que sumado a lo afirmado en el párrafo precedente me convencen, sin margen de duda, que J. es el autor del homicidio investigado".(Ver foja 136 de la carpeta de la OfiJud).*

Sin embargo, su ponderación del caso pasó por dar razón al esquema de la defensa.

Para ello, estimó que dos testigos (I. y M. O.) refirieron haber visto en poder de la víctima un revólver, y que coinciden con la afirmación del encartado.

Valoró como un indicio trascendente, en cuanto a que M. empuñaba un revólver, el hallazgo del arma en el escalón de acceso al vehículo utilitario, lo que hace

suponer que se cayó en ese sector al recibir la víctima los disparos de J..

Estas circunstancias tenidas en cuenta por el juez, no difieren de las consideraciones de la mayoría, que también estimó que la víctima estaba armada. La diferencia que marcó a la minoría es la duda que al juzgador le generó la acción de M., en cuanto a si la maniobra con el arma, que fuera luego habida en el rodado, fue para atacar o para defenderse, duda que por imperio procesal, resolvió correctamente en beneficio del imputado.

Para el doctor Zaratiegui, *"…Si el fallecido efectivamente blandió el arma, al hallarse sentado en el asiento del acompañante, con la ventanilla baja, de la Traficc blanca de A., esa conducta constituyó efectivamente una agresión ilegítima que justificó el accionar del imputado.*

No debía esperar éste que M. bajara su brazo y disparara, para reaccionar como lo hizo, y si esa potencial acción no estaba en los planes del occiso, lo cierto es que representaba una situación de peligro inminente y actual que justificó la reacción de J." (ver foja 136/vta. de la carpeta de la OfiJud).

5. Tengo para mí que este extremo de la acción, que importa que la víctima haya *blandido* el arma en la mano, en el contexto de la realidad que ilustra la prueba, no alcanza a configurar el requisito de la causal de justificación pretendida, puesto que, el material producido en el debate, profusamente analizado por los jueces, no da cuenta que J. haya estado en situación cierta de peligro real, inminente y grave, por lo que no hubo una agresión ilegítima que justifique su desmedida defensa.

6. Repasemos: la juez Moreno estimó que no hubo legítima defensa por no haberse acreditado la agresión ilegítima, por lo que aceptó la teoría del caso fiscal

encuadrada en la calificación jurídica de homicidio agravado por el uso de arma.

Para el juez Monti tampoco hubo legítima defensa, por no haberse acreditado la agresión ilegítima, por lo que aceptó la teoría del caso fiscal encuadrada en la calificación jurídica de homicidio agravado por el uso de arma. Estimó que el enrostrado pudo, probablemente, haber errado en la interpretación de la conducta de la víctima, en una agresión que en realidad no configuró peligro grave e inminente hacia su persona.

La mayoría dio argumentos contestes en la solución del caso, tanto en el análisis de la acción, la tipicidad y la antijuricidad, llegando a la configuración del injusto penal.

Para el doctor Zaratiegui existen en el caso todos los requisitos que justificaron el accionar del imputado y su voto se fundó, acabada y lógicamente, en la absolución del imputado.

De esta manera, a diferencia de lo sostenido por la defensa, creo que todos los votos del Tribunal se caracterizan por su sólida fundamentación y que, el análisis conglobado del plexo probatorio producido en el debate, llevó racionalmente a dictar una sentencia condenatoria en voto dividido. Los magistrados Moreno y Monti dieron amplias razones para fundar por qué no hicieron lugar al planteo de la defensa y Zaratiegui por qué si.

Con todo ello, a la revisión integral del fallo bajo el prisma que nos traen los agravios del recurrente, se colige que los magistrados que integran la mayoría estimaron la existencia de elementos suficientes para el reproche del evento al acusado, por lo que no es cierto lo afirmado por el pretensor, en la audiencia de impugnación, en cuanto aseveró que en la sentencia hay tres calificaciones distintas, ya que hay un fallo que aceptó la teoría del caso fiscal en voto mayoritario, y un voto minoritario dio razón al esquema de la defensa.

Los jueces Monti y Moreno han dado razones valederas que habilitan a descartar la causa de justificación invocada, mediante construcciones lógicas sobre premisas válidas, probadas y ponderadas racionalmente, lo que torna racionales sus conclusiones.

Por todo ello, mi voto a este agravio será por la confirmación de la calificación recaída en la sentencia (homicidio simple, art. 79 del CP).

A la primera cuestión el juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1. Puesto a resolver, debo coincidir con mi colega Barrios en cuanto a que corresponde confirmar la sentencia atacada, en principio, en lo que hace a la calificación jurídica asignada a la conducta de J..

Recordemos que los jueces que conformaron la mayoría de la sentencia impugnada entendieron que la acción voluntaria y final del acusado, que terminara con la vida de M., no era de las permitidas por el derecho penal; esto es, no se encontraba justificada por ausencia de uno de los requisitos enunciados en el art. 34, inc. 6° del código sustantivo (agresión ilegítima).

En efecto, en primer lugar, la Juez Moreno descarta de plano la legítima defensa esgrimida en los alegatos manifestando que *"… debe tenerse por descartado que la víctima tuviera o desempeñara una actitud hostil, que los insultos al imputado cuando éste iba caminando hacia su vehículo, o mostrarle el arma de fuego, la que exhibía empuñándola hacia arriba y no apuntándole, pudiera tomarse como una nueva agresión que mereciera dispararle con el arma de fuego de alto poder vulnerante y de importantes dimensiones que portaba y sin olvidar la posibilidad clara y concreta de recurrir en la oportunidad a otra solución, como lo era seguir los consejos de dar por terminado la discusión que le brindaba su amigo I. o el de retirarse sin más a bordo de su vehículo, toda vez que el mismo ya se encontraba con la puerta abierta del lado del conductor, de manera*

tal que pudiera provocar la necesidad de ejercer su propia defensa justificando su reacción…”.

Por su parte, el Juez Monti sentencia que *“… de la valoración en conjunto de estos testimonios puede inferirse, que tal como sostuviera el acusado, momentos antes de producirse los disparos, víctima y victimario discutían en el exterior del local, y M. exhibía un arma de fuego mientras se encontraba sentado en la camioneta de A., increpando a J. para que resolvieran la situación”*, pero, agrega, *“… entiendo que la mera exhibición de un arma de fuego por parte de la víctima, no puede interpretarse como indicador inequívoco de la inminencia de un ataque hacia: el imputado, esto es que M. exteriorizaba con dicha conducta una intención de disparar hacia aquél.”*

2. Que mas allá de la aparente divergencia de criterios entre ambos votos de la mayoría, respecto a la existencia o no de un error de prohibición indirecto por parte de J., quien pudo haber pensado que era víctima de una agresión por parte del occiso, lo cierto es que coinciden los votantes en la existencia de un injusto penal y, como afirma el Juez Monti, su apreciación sobre la existencia de una defensa putativa se verá reflejada al momento de la mensuración de la pena.

En efecto, descarta de plano la Juez Moreno la creencia del acusado de ser víctima de una agresión, todo ello a partir de los testimonios de I. y A. (y sus actitudes mientras se sucedía el ataque), los que valora correctamente y con total fidelidad en cuanto a sus contenidos, la pericia materializada por el Subcomisario Costa, quien descarta que la víctima hubiera empleado el arma de fuego, y demás elementos de prueba percibidos en la audiencia.

A su turno, el Juez Monti, si bien entiende, a partir de los mismos testimonios, pericia y declaración de J., que éste cayó en *“un error en la percepción del*

peligro, probablemente a raíz de una ingesta alcohólica o de drogas" –ver hoja 53 de la sentencia-, lo cierto es que coincide con la opinante en primer término en cuanto a que se trata de una acción típica y antijurídica, estimando que esta situación producirá sus efectos en el estrato analítico de la culpabilidad, lo que, a mi criterio, es dogmáticamente correcto.

3. Bueno es recordar aquí, citando a Welzel, que *"si el autor supone erróneamente los presupuestos reales de un fundamento reconocido de justificación –defensa, estado de necesidad o consentimiento putativo– el hecho resta antijurídico, pero la culpabilidad queda excluida, por error sobre la antijuridicidad; sin embargo, si el error fue evitable, es disminuida la penalidad del autor conforme al actuar culposo… "*, para agregar –pág. 179- que *"de ello resulta que los tres casos de la aceptación errónea de un fundamento de justificación son, en la misma medida, errores de prohibición: el error inevitable excluye la culpabilidad, el evitable la atenúa la medida de su disculpabilidad; se debe, por tanto, atenuar la pena de acuerdo con los 51 y 44…"* (Derecho penal-Parte General; Depalma, 1956).

4. En definitiva, no habiéndose discutido ni la materialidad ni la autoría del traído a proceso, y versando la discusión en el juicio acerca de la existencia o no de la causa de justificación esgrimida, entiendo que los votos de la mayoría se encuentran sólidamente fundados de conformidad con la prueba reunida en el debate, la que, a la sazón, ha sido apreciada de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Es que no se puede arribar a otra conclusión si repasamos, en primer lugar, los testimonios reunidos en el debate.

Efectivamente, ha explicado el testigo I. cuál fue su actitud –permanecer en el lugar- a pesar de observar

que M. blandía un arma, de lo que es válido colegir que no había elementos para pensar que el luego occiso fuera a accionar la misma; ha explicado el perito Costa en la audiencia, por qué estima que no ha sido utilizada el arma que tenía M. para defenderse; quedó acreditado también, a partir de la restante prueba colectada que M. se limitó a exhibir el arma y a "putear" a su atacante.

Por ello, reitero, voto por la confirmación de la sentencia rechazando al agravio del defensor acerca de la errónea apreciación de la prueba que debería conducir a la acreditación del permiso legal.

A la primera cuestión el Juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. La defensa impugna la sentencia condenatoria, argumentando que su representado actuó en legítima defensa, efectuando una interpretación de los hechos diferente a la mayoría del tribunal que estimara la acción imputada como injusto, aunque con matices respecto de la culpabilidad. Subsidiariamente, postula se califique la conducta como exculpante, bajo la figura del error invencible de prohibición, argumentando en forma parecida a uno de los jueces que conforman la mayoría, solo que estima que tal error debe considerarse como invencible, por lo que debe llevar ello a la absolución.

2. Adelantamos que lleva razón la postulación principal de la defensa, en tanto existen elementos probatorios suficientes como para sostener, razonablemente, su versión justificante, y así refutar la tesis acusatoria.

Como siempre hacemos, delinearemos antes el marco teórico pertinente dentro del cual tomaremos la decisión, explicitando una parte del razonamiento fundante de la misma.

En primer lugar, entendida la acción defensiva como el derecho de una persona a ejercer coacción directa

-es decir, interrumpir un daño inminente o en curso-, cuando el Estado no puede prestarla con igual eficacia, tiene límites, como todo derecho, en tanto requiere que la defensa no solamente sea necesaria, sino también racional, extremos ambos que la transforman en legítima. Así, sabemos que la necesidad implica no tener a mano otra conducta menos lesiva o neutra que le sea exigible y eficaz, en tanto que la racionalidad no viene dada por una ponderación de males como en el estado de necesidad, sino que ella debe estimarse tal cuando no produce una inusitada y aberrante desproporción con la agresión, es decir, cuando la acción defensiva no produce un resultado que causa un conflicto desmesuradamente mayor del que se evita o repele, lo que en buen romance significa que no debe exigirse equiparación ni proporcionalidad entre la agresión y la defensa, sino ausencia de desproporción aberrante y escandalosa entre ambas.

A estas consideraciones teóricas fundamentales de fondo, que nos resultarán pertinentes para el caso, unidas a otras más precisas que iremos desarrollando junto a los hechos concretos de esta causa, hay que agregarle otra consideración teórica básica, impuesta por las reglas procesales en materia de valoración probatoria. Nos referimos al estado de duda sobre la existencia de una causal de justificación, caso en el cual deberá estarse a lo más favorable al imputado, puesto que se trata de un elemento desincriminador, que en este caso funciona igual que la duda sobre la existencia de elementos incriminatorios.

3. Con tal marco teórico general, entraremos a analizar los hechos controvertidos, y tal como lo adelantamos, pasaremos a merituar si ellos llenan los requisitos legales de la justificante establecidos en el inciso 6, letras a,b y c, del artículo 46 de nuestro código penal.

a) agresión ilegítima: si la entendemos a ella como conducta humana, agresiva y antijurídica, es decir, lesiva de bienes jurídicos sin soporte alguno en algún derecho, creemos que se encuentra ella acreditada en cabeza de la víctima o, al menos, no podemos predicar con certeza que ella no haya existido, lo cual ya es suficiente como para tenerla como existente, conforme lo anticipáramos anteriormente. En este sentido, conforme enseña el maestro Ferrajoli, mientras que para tener por existente una tesis acusatoria se requiere certeza, a la defensa le basta, para refutar, con introducir una versión probable, por lo que con ello ya queda rebatida la primera.

En el caso, M., previa discusión e insultos verbales amenazantes a J., acompaña tales conductas con exhibición de un arma de fuego, moviéndola con la manos hacia todos lados, lo cual en un sujeto que portaba condiciones agresivas e irascibles -como lo demuestra el hecho incontrovertido ocurrido dentro del local momentos antes del hecho, en el que apuntó con la pistola a J., amén de otras conductas agraviantes, reconocidas por la misma sentencia- puede estimarse razonablemente como una agresión ilegítima, esto es conducta humana que perturba el derecho a la tranquilidad o a sentirse seguro, lo cual sobra para este primer requisito.

b) situación de necesidad de defensa para impedir o repeler: sin embargo, sabemos que no basta que tal agresión afecte bienes jurídicos, como la tranquilidad o seguridad del agredido, si ella no produce, a su vez, la necesidad de defenderse, para lo cual hay que descartar que haya podido el imputado ocurrir a otra conducta menos lesiva o inocua. En este sentido, la calificación como necesaria de una conducta dependerá del caso concreto: así no será necesaria la conducta de responder con un arma de fuego, cuando se pudo responder con puñetazos, pues aquella conducta no aparece como necesaria para neutralizar la agresión.

Por el contrario, la conducta de utilizar un arma de fuego, frente a la agresión con otra arma de fuego, resulta más que necesaria para neutralizar esta última, con el agregado siempre de las agresiones verbales amenazantes de un sujeto en estado pendenciero, tal como lo vimos.

En este contexto, no cabe recurrir a la huida como conducta alternativa menos lesiva, no solo porque no lo impone la ley, sino porque en el caso tal conducta, como bien lo dice el defensor, no le garantizaba al imputado ser blanco de la agresión con arma, pues no solamente restaba poca distancia entre los vehículos en que se transportaban ambos, sino que tal espacio es escaso y reducido, si tenemos en cuenta el instrumento que tenía el agresor en sus manos, ya que el poder de dañar de un arma de fuego actúa con una velocidad impredecible, peligrosidad que no la amortiguaba para nada el espacio del estacionamiento. En fin, la conducta defensiva de disparar un arma de fuego, para impedir un ataque inminente a la integridad física llevada a cabo con un instrumento letal, portada por un sujeto con las condiciones relatadas, aparece razonablemente como necesaria. También es incorrecto apreciar la necesidad producida por el peligro inminente de agresión, recurrir al argumento de que otra persona que también estaba presente no se sintió en peligro, no solo por la simple razón de que la agresión se circunscribía claramente contra J., sino porque la persona a la que se hace mención -I.- no sintió tampoco miedo en el altercado ocurrido en el interior del comercio, hecho que tuvo una intensidad peligrosa aún superior a la que tratamos, lo que no le impidió mediar entre los dos, aún cuando M. le apuntaba directamente con el arma a J..

Con tales argumentos creemos que queda también satisfecho el requisito doctrinario de la inminencia de la agresión que, aunque no lo requiera expresamente la ley, es un concepto que nos sirve para dar contornos más

precisos a la necesidad de defenderse, sobre todo referidos a los límites temporales de la acción defensiva. Así, se puede sentar la regla de que es inminente la agresión siempre que subsista la situación de necesidad y defensa, lo cual no debe confundirse con la inmediatez entre ambas, pues habrá inminencia siempre que exista la posibilidad latente de consumar la agresión, y que ello dependa del agresor, tal como sucedió en el caso, pues blandir un arma de fuego, cargada, con movimientos oscilantes y posibilidad de utilizarla en cualquier momento, debe ser considerada como una situación única, como un todo a los efectos imputativos, de forma tal que no puede decirse que no había peligro inminente en el caso.

c) racionalidad del medio utilizado para repeler la agresión: como adelantáramos, la acción defensiva no solo debe ser necesaria, sino también, como ejercicio de todo derecho, el mismo no es absoluto, sino que tiene como límite la racionalidad. En el caso de la legítima defensa, esta racionalidad del medio empleado no se mide por la equiparación de los instrumentos utilizados por la conducta lesiva y defensiva, es decir, no se mide por la simple proporcionalidad, como sucede en el estado de necesidad, sino que aquí el concepto es muchísimo más amplio, pues se trata de evitar las consecuencias de una agresión lesiva y antijurídica llevada a cabo con ésas miras, argumento que justifica, precisamente, el mayor ámbito de facultades para dañar, anejo a la legítima defensa, en comparación al estado de necesidad, que parte de una cosa, como la naturaleza o de una persona involuntable o inculpable, frente a los cuales el ámbito permitido de reaccionar se circunscribe, por ello, en forma notable.

En suma, la racionalidad del medio para defenderse -que incluye no solo el instrumento, sino también el modo de exhibirlo o utilizarlo- exige que la magnitud de la respuesta, en relación a la lesión que se trata de

evitar o repeler, no resulte jurídicamente disparatada, es decir, que no exista una aberrante desproporción entre la conducta lesiva y defensiva. Debe insistirse sobre este concepto, pues es ignorado con frecuencia por la jurisprudencia que acoge instintivamente la noción de racionalidad como sinónimo de simple proporcionalidad, lo cual, como vimos es inexacto. *(Cfr, para todo lo dicho a: LUZON PEÑA, Diego Manuel; Aspectos esenciales de la legítima defensa, Ed. Bdef, Montevideo-Bs.As, año 2002, especialmente págs. 555/559 y ZAFFARONI, E.R.; Derecho Penal, Parte General, Ediar, Bs As, año 2002, págs. 584 a 595).*

Si lo anterior es así, debemos evaluar si la conducta de reaccionar o responder, para evitar una lesión inminente a la integridad personal, mediante seis disparos un arma de fuego -que ocasionaron sendas lesiones, una de ellas mortal-, por parte de un sujeto alcoholizado y posiblemente bajo los efectos excitantes de un estupefaciente, como lo estaba J., fue, en tal contexto, una reacción desmesurada -aberrante y notoriamente desproporcionada- ante una agresión con otra arma de fuego, también cargada, portada por un sujeto con las mismas condiciones psíquicas señalas para J., y que ya había agredido a este último mediante las mismas conductas, y aún peores porque había apuntado directamente con el arma a J.. Con este cuadro, no observamos en la acción defensiva, la citada y desmesurada desproporción, a lo que hay que agregar, como bien lo destacó la defensa, que los tres primeros tiros, uno de ellos mortales, no fueron dirigidos directamente contra la humanidad de M., sino que se dirigieron a los parantes, según consta sin controversias. A esto, puede sumarse la posibilidad cierta y real que tuvo J. para rematarlo en forma directa en la cabeza, si estamos a la afirmación de los jueces en el sentido de que se fue moviendo el tirador hasta quedar limpio frente a la humanidad de M., lo que no

hizo, sino que disparó en tal situación, solo lesionándolo en el muslo y pierna izquierda.

4. En suma, tal como ya lo adelantáramos, basta con tales elementos para que la tesis acusatoria quede rebatida o refutada, pues, por exigencias constitucionales, solo se exige certeza jurisdiccional sobre los elementos incriminatorios bases de una condena, pero no para desincriminar, toda vez que basta con la probabilidad o plausibilidad compatible con elementos probatorios de la causa para acoger la versión defensista, en orden a que su defendido actuó amparado bajo la justificante de la legítima defensa propia de su persona y de sus derechos, lo cual declaro.

A la segunda cuestión el Juez Roberto Adrián Barrios dijo:

En cuanto al pedido que pretende la inaplicabilidad de la agravante genérica del art.41 bis del código penal, he de mantener el criterio que como juez penal he venido sosteniendo.

Sin perjuicio que la aplicación de la agravante genérica prevista en el art.41 bis del CP (empleo de arma de fuego) en la figura del homicidio puede ser válidamente discutida, toda vez que dicho delito tiene incluida la seguridad del daño mayor imaginable contra las personas, como lo es la muerte, circunstancia que en alguna oportunidad pude haber compartido. A partir de mi participación en el tribunal de juicio del caso "B. D. y P. M. p.s.a homicidio en grado de tentativa y abuso de armas. Tw" (Carpeta n°3563, Legajo Fiscal n° 33.320), modifiqué mi postura respecto al tema.

En efecto, dije entonces y sostengo ahora que es posible la aplicación del artículo 41 bis del Código Penal argentino a los tipos penales que no contemplen la circunstancia que la norma prevé, como elemento constitutivo o calificante del tipo básico, puesto que es el mayor poder vulnerante del medio empleado para

ejercer violencia o intimidación contra las personas lo que justifica la agravante.

Es posible que la técnica legislativa de insertar una agravante en forma genérica para todo delito de la parte especial en su primer parte sea inapropiada, más ello no invalida su aplicación. La norma es válida, y de plena operatividad en casos de homicidios del art. 79 del código penal, como ya nuestro Superior Tribunal de Justicia lo sostuvo en el caso "BAEZA, Miguel Alberto s/ Homicidio simple en concurso con abuso de arma" (Expediente 20.107 – B - 2005), en el que dijo: *"En el hecho, para dar muerte a la víctima, don Miguel Alberto Baeza empleó un arma de fuego. La agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal se atribuye al tipo que pueda ser consumado mediante violencia o intimidación. El tipo que establece el delito de homicidio, indudablemente admite esa forma consumativa y en el caso concreto así lo consideró el tribunal de juicio. El legislador concibió la idea de que un delito cometido con arma de fuego aumenta la culpabilidad del autor, debido al mayor poder vulnerante del medio empleado para ejercer violencia o intimidación contra las personas. 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 (v.g. con arma blanca o con las manos) aun cuando el bien jurídico protegido sea el mismo. Dicho de otro modo, en ambos casos el bien jurídico protegido es equivalente, la culpabilidad del autor, no" (*Voto del Dr Panizzi*).* Otro precedente en el mismo sentido de nuestro Alto Tribunal provincial es del caso "DIAZ, Darío Alejandro s/ homicidio simple" (Expediente N° 20.083 – D -2005 - sentencia N° 64/06 del 21/11/06).

La Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en Sentencia n°74 del 27/08/03 en los autos "Nieto Víctor Hugo p.s.a. Homicidio, etc. -Recurso de Casación", sostuvo también el criterio que este revisor

comparte, en cuanto a que es aplicable el art.41 bis al delito de homicidio simple, pues se trata de un delito doloso, la acción típica sin duda exige violencia en contra de la víctima, y la figura penal no contiene en forma expresa dentro de su estructura la circunstancia consistente en el empleo de un arma de fuego *(fallo citado por NADER, A. A.: "Agravante del Art. 41 bis del Código penal y el principio de legalidad" . Revista IN IURE [en línea] 1 de Mayo de 2012, Año 2, Vol. 1. pp.156-175. Recuperado (Fecha de acceso), de http://iniure.unlar.edu.ar).*

A más abundar, se suma a esta columna jurisprudencial la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, en los autos "Morales, Luis Alberto s/recurso de casación" 26/06/07, Causa n°7883, Registro n°874.07.3, cuando resolvió que es "*correcta la aplicación de la agravante prevista en el art.41 bis del C.P a aquellas figuras típicas que no contienen como elemento constitutivo o calificante la utilización de un arma de fuego, como en el caso del homicidio, que puede llevarse a cabo por cualquier medio".*

Por estos argumentos que he detallado, mi posición respecto al agravio coincide con la posición desarrollada por el tribunal de condena, y por ello mi voto es por la aplicación de la agravante prevista en el art.41 bis del código penal a la figura de homicidio simple del art.79 de mismo plexo legal, y he de votar también por su confirmación.

A la segunda cuestión el Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

Tal como he sufragado en autos "Comisaría Primera s/investigación tentativa de homicidio a M. S. r/víctima – Trelew" (Carpeta 3.563 OJ Tw – Legajo 33.320 OUMPF Tw" "*...el art. 41 bis del Cód. Penal, introducido por ley 25297 (B.O. 22/9/2000), es una agravante genérica por la cual se aumentan los mínimos y los máximos de las escalas*

de los delitos tipificados en el código sustantivo cuando fueren cometidos con violencia o intimidación contra las personas mediante la utilización de un arma de fuego… ".

Sabido es que el motivo de la agravación fue que "la vida y la integridad física estén más protegidas…", habida cuenta el mayor poder vulnerante de las armas de fuego. "En el uso de armas se encuentra comprometida la vida humana, por ello debemos cambiar la política criminal… para lograr disminuir la creciente ola de violencia que afecta a toda la sociedad…" (Senador Agundez, dictamen de la comisión, Antecedentes Parlamentarios, T. 2001-A, pág. 179*)*.

Dije también, y reitero, 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."*

Considero que no puede ser aplicada la agravante del art. 41 bis a los homicidios, por cuanto, en primer lugar, las ocasiones y modos que ameritan agravar las muertes 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. 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, dicho bien jurídico se encuentra irremediablemente perdido, mal podría agravarse la sanción por la materialización del resultado por el peligro que se cause.

Mi voto será por la la inaplicabilidad al caso de la agravante genérica del art.41 bis del código penal

A la segunda cuestión el Juez Omar Florencio Minatta dijo:

Respecto al agravio que le produce la aplicación del tipo penal expresado en el artículo 41 bis lleva la razón la defensa, pues su operatividad se encuentra interferida por el art. 79 del mismo código penal, razón por la que no pueden ambos tipos concursar, sino de forma aparente. Esto nos indica que no se trata de un hecho con doble tipicidad plural, sino de una sola, fenómeno que se presenta cuando ésta última es la única que se aplica porque neutraliza o interfiere a la otra, lo que se conoce en doctrina con el nombre de concurso aparente. Este es el marco teórico para decidir la cuestión, lo cual requiere una breve explicación.

Repetiré aquí, por aplicarse con exactitud al presente caso, lo que oportunamente dijera al emitir mi voto en los autos "V., R. psa homicidio-Tw" (Carpeta 5170-Legajo 49396"), "V., J. C. s/homicidio r/víctima – Trelew" (Carpeta 3.520 OJ Tw – Legajo 50.714 OUMPF Tw *"…Sabido es que cuando un hecho pueda tener más de una pluralidad típica, no hay que analizar la cuestión de los tipos en forma aislada, sino conforme las relaciones que existen entre ellos, para lo cual la doctrina ha delineado principios en los que basar la solución. En este camino, recordemos los tres principios básicos que entran en juego en el llamado, por la doctrina, concurso aparente.*

Por un lado el principio de especialidad, el cual se presenta cuando un tipo penal exige para su consumación llevar a cabo necesariamente otra conducta que está prevista en un tipo penal distinto, más otra circunstancia -por lo general atenuante o agravante-, tal como la relación entre el robo y el robo con armas o el homicidio simple respecto de los atenuados y

agravados. En estos casos, se aplica el tipo específico, conforme el adagio lex specialis derogat legis generalis, de forma tal que el tipo especial encierra conceptualmente- en forma necesaria- al otro, aplicándose así aquella sola figura. Amén de tal supuesto, hay autores que aplican este principio también a los casos en el cual es el mismo legislador el que desplaza la aplicación de una figura, privilegiando a otras, tal como sucede con los llamados tipos residuales, en los cuales el legislador expresa tal voluntad generalmente con las oraciones "siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado" (ej. arts. 150, 183, 302, etc.) u otras análogas. Se trata de casos en que es el legislador quien expresamente decide la interferencia y, por lo tanto, la exclusión de figuras, debiendo aplicarse solo una.

Por otro lado, se delinea el principio de consunción, en virtud del cual se aplica aquella figura que, para su consumación, puede llevarse a cabo eventualmente mediante otra conducta prevista en otro tipo penal, de forma tal que la no aplicación de esta última se justifica porque el desvalor que ella prevé queda incluida en aquella, que resulta la única aplicable. En estos casos se aplica otro adagio latino conocido como "lex cosumens derogat legi consuntae", de forma tal que el tipo aplicable encierra materialmente- no conceptualmente como en la especialidad- la desvaloración del tipo que se excluye. Es decir, se trata de figuras que pueden consumarse con acciones que se corresponden con otros tipos o con acciones distintas.

Por último, el principio de subsidiariedad viene a cuento cuando analizamos todos aquellos tipos que afectan el mismo bien jurídico en forma progresiva, de forma tal que el de mayor afectación excluye a los tipos anteriores (vgr.: la consumación excluye la tentativa, la autoría excluye la participación, las tentativa de homicidio las lesiones graves, etc.).

Ahora bien, en el presente caso, como se discute si corresponde aplicar ambos tipos penales (41 bis y 79) o solo uno (art. 79), desplazando al otro, estamos, obviamente, ante una cuestión de relaciones entre tipos penales, que es precisamente la médula del concurso aparente. Si esto es así, 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 solo aparente y, por lo tanto, no ideal.

Entendemos que en el caso, puede interpretarse razonablemente que estamos ante un concurso aparente de ambos tipos, pues resulta, a nuestro juicio, aplicable solo uno de ellos, el artículo 79, 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 el homicidio; es decir, este último tipo penal ya encierra valorativa o conceptualmente a aquella, puesto que una de las acciones de dar muerte a otra, puede cometerse eventualmente por uso de violencia mediante arma de fuego, al no exigir la ley ningún medio expreso para el tipo básico de homicidio, 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 del homicidio, 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 del tipo de homicidio simple. 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 matar puede ser causal para agravar por sobre el mínimo descargando completo el cargador, por ejemplo- 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 homicidio 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.

En el caso concreto en estudio, entonces, el tipo establecido en el artículo 41 bis queda desplazado por el artículo 79 en virtud del principio de consunción, pues la violencia típica de ésta figura puede ser plasmada con cualquier medio, por lo que el arma de

fuego debe considerarse como uno de los modos eventuales de ejercer violencia.

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 79, puesto que este último interfiere 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 79 (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).

Mi voto a esta cuestión será por la inaplicabilidad de la agravante genérica del art.41 bis del código penal, al caso en revisión.

A la tercera cuestión el Juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. En consideración a los fundamentos desarrollados en la cuestión anterior coincido con la escala penal del delito imputado, tenida en cuenta por el Tribunal, cuyo mínimo es el de diez años y ocho meses de prisión. Adelanto que entiendo que la medida del reproche impuesto a A. J., por los jueces del tribunal, merece ser confirmada.

2. La doctora Moreno tuvo en cuenta en la mensuración de la sanción, la magnitud del injusto y la gravedad del hecho. También que fue una discusión banal y pueril el motivo que animó a J. en la comisión del injusto, y razonó que esto genera un fuerte contraste negativo con la acción desarrollada. Tuvo en cuenta la extensión del daño y del peligro causado.

Evidentemente, al momento de establecer la pena, la operación realizada por la jueza al considerar los

agravantes reflejó el peso que, a favor del acusado, le otorgó a su falta de antecedentes, arribando así al mínimo legal de diez años y ocho meses.

3. El juez Monti ponderó como agravantes que los motivos del autor se basaron en una simple discusión, y que su nimiedad incrementa su reprochabilidad, cual lo solicitó la fiscalía.

Neutralizó este agravante con el error indirecto de prohibición por falsa suposición de un supuesto fáctico de justificación, cual en la primer parte de su voto había advertido. Dijo que el autor pudo haber evitado el error y por ello, existe menor culpabilidad. Sintetizó así su criterio: *"…Este error en el que incurrió el autor, neutraliza el agravante de los motivos que tuvo en cuenta el acusado para emprender su conducta. Ello por cuanto aún cuando dicha conducta fue dolosa, pues tuvo el conocimiento y la voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo, no puede desconocerse que el autor creyó (erróneamente) que iba a ser agredido y por eso entendió que debía defenderse para salvar su vida…."(ver foja 131 de la carpeta de la OfiJud).*

Sumó a ello la falta de antecedentes y descartó agravantes invocadas por el Ministerio Publico Fiscal, como el carácter doloso del delito y la calidad del autor.

4. El doctor Zaratiegui, pese a su voto en minoría, por imperio legal efectuó su voto tras la cesura.

En él descartó agravantes invocadas por la acusadora, dando sendos fundamentos para ello. Sólo estimó que los motivos que habría tenido el acusado para actuar, estimados en su nimiedad, deben apreciarse en su integridad, y operando a favor del reo la ausencia de antecedentes penales y su mejor instrucción, que facilitarían su reinserción social, votó también por el mínimo legal.

5. Realizada la revisión de estos fundamentos a la luz de los agravios de la defensa, estimo que todas las circunstancias detalladas en el marco normativo de los artículos 40 y 41 del código penal, han sido correctamente ponderadas por los jueces, dándole el justo alcance para arribar discrecionalmente a una pena que no supera el mínimo legal.

Estimo que el razonamiento entre la elevación pronunciada por las agravantes, restando las atenuantes, han dejado un lapso de privación de libertad que se limita prudentemente al mínimo legal.

No se advierte la incoherencia sugerida por el pretensor en la mensuración de la pena, a propósito de las consideraciones diferentes de los jueces en cuanto a la causal de justificación por ellos analizados, ya que, como vemos, fueron prudentes en la discrecionalidad que les impone la ley en esta etapa de dar valor a la pena e imponer condena.

Del ataque al sufragio del doctor Monti, advierto que al igual que sus colegas, ha arribado al mínimo reproche posible para el tipo penal juzgado.

Así, cual se comprometió en los fundamentos del caso, cumplió con valorar a favor del encartado en la etapa de la sanción a imponer, con la causal de justificación vencible que advirtió existía, por lo que la queja del impugnante no puede prosperar.

Por estos fundamentos, voto por la confirmación de la pena impuesta por el Tribunal de Condena, a A. J. por el delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en calidad de autor, de los artículos 79, 41 bis y 45 del código penal.

En atención a mi coincidencia con la sanción impuesta por el Tribunal del juicio no me expediré respecto del deber, de este Cuerpo, de asumir o no competencia positiva para fijar pena.

Habiéndose resuelto las cuestiones a tratar, resta dar cumplimiento a lo dispuesto por el art 239 y subsiguientes del CPP, por lo que propongo al pleno imponer las costas del proceso al acusado y regular los honorarios de su defensor en un 30 por ciento de lo fijado en la instancia de mérito. (art. 239, 241 sgtes. y concordantes del CPP, Art. 5, 6 bis, 7, 13, 44 y ccdtes. Ley XIII-15 antes Dto. Ley 2200)

A la tercera cuestión el Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

Como vengo diciendo, y considerando que no es posible aplicar en el caso concreto la agravante del art. 41 bis, y que a la vez, han optado los sentenciantes por aplicar el mínimo legal, deviene económico adoptar competencia positiva y mensurar la pena que merece el traído a proceso, evitando dilatar innecesariamente el trámite al re enviarlo para dichos menesteres.

Siendo la celeridad uno de los pilares básicos en que se asienta el modelo de enjuiciamiento de la Provincia del Chubut y en la inteligencia que no se causa gravamen irreparable ninguno –quedando a salvo la potestad del Ministerio Público de recurrir ante el máximo órgano provincial la decisión- al decidir sobre la pena aplicándose el mínimo legal con los mismos elementos tenidos en cuenta por los juzgadores es que así lo voto.

En efecto, han optado los jueces de grado por la aplicación del mínimo legal, teniendo en cuenta la falta de antecedentes, la menor culpabilidad ante el error vencible (tenido en cuenta por el Juez Monti) y la circunstancia traída a colación por el Juez Zaratiegui, en punto a que el suceso transcurrió mientras los protagonistas se encontraban bajo el influjo del consumo de bebidas.

Siendo que la agravante es inaplicable al caso, y estimando correcta la apreciación que no se justifica

en el caso una pena severa sino por el contrario una de efectivo cumplimiento que permita hacer operables los postulados de la prevención especial positiva y, a la vez, sea suficiente retribución al reproche que merece el resultado lesivo causado, considero que debe sancionarse en el caso a J. con el mínimo de pena previsto para la figura simple del art. 79, esto es, una pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas.

En cuanto a la imposición de costas y regulación de honorarios, adhiero a lo propuesto por el colega que lidera el voto.

A la tercera cuestión el Juez Omar Florencio Minatta dijo:

Atento a que no se ha conformado mayoría en cuanto al monto punitivo a imponer, me veo obligado a expedirme al respecto, asumiendo competencia positiva al no vulnerarse, con ello, garantía constitucional alguna del imputado.

En esta senda, la notable y probada reducción del ámbito de autodeterminación de J. al momento del hecho, producida por los efectos del alcohol y otras sustancias, amén de haber recibido una provocación mediante insultos verbales y amenazas, me llevan a no moverme del mínimo legal. En cuanto a la argumentación en detalle sobre tales tópicos, ya me he expedido en el apartado pertinente, en el cual trato la cuestión como homicidio cometido en legítima defensa propia, a los que me remito por razones de brevedad.

En cuanto a las costas y honorarios a imponer, adhiero a lo propuesto por el primer votante.

De conformidad con los votos precedentes esta Cámara en lo Penal, por mayoría, dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1) Confirmar parcialmente la sentencia impugnada en lo concerniente a la declaración de autoría

responsable del acusado A. J., en orden al delito de homicidio simple (art. 79 y 45 del CP);

2) Hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la defensa particular del acusado y declarar la inaplicabilidad del art. 41 bis del CP;

3) Modificar la pena impuesta, fijándola en definitiva en ocho años de prisión.

4) Imponer las costas del proceso al acusado y regular los honorarios de su defensor en un 30 por ciento de lo fijado en la instancia de mérito. (art. 239, 241 sgtes. y concordantes del CPP, Art. 5, 6 bis, 7, 13, 44 y ccdtes. Ley XIII-15 antes Dto. Ley 2200); y

5) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Omar Florencio Minatta

Roberto Adrian Barrios **Alejandro Gustavo Defranco**

Registrada con el Nro. 6/2016 de la Cámara en lo Penal de Trelew. Conste.

Pilar Sofía Maza
Secretaria