En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los ocho días del mes de Octubre de dos mil trece, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres. **Guillermo Alberto MÜLLER,** en su carácter de Presidente, **Martín Roberto MONTENOVO y Rafael LUCCHELLI**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 5590**, **carpeta individual n° 1108**, caratulada: "V., M. J. s/ p.s.a. Homicidio" de la Oficina Judicial de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, en la que tuvieron debida participación del Sr. Defensor de Confianza Dr. **L. M. P.** y el imputado **M. J. V.** y

----------**CONSIDERANDO**:----------

Que los días 19 y 24 del corriente mes y año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Guillermo Alberto Müller, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de M. J. V., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de M. J. V. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Martín Roberto Montenovo, en segundo lugar el Dr. Guillermo Alberto Müller y finalmente el Dr. Rafael Lucchelli.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

I.- Ha provocado la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por los Defensores de Confianza de M. J. V., Dres. F. M. R. y L. M. P., a fojas 97/103, contra la sentencia N° 562/13, de fecha 4 de junio de 2013, por la que se condenó a M. J. V. a la pena de diez años y ocho meses de prisión de cumplimiento efectivo, accesorias legales y costas por ser autor penalmente responsable del delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego (Arts. 79, 41 bis, y 45 del C.P.), por el hecho acaecido el día 13 de octubre de 2012 en perjuicio de M. V..

Señalan que los Jueces realizaron una interpretación forzosa y en perjuicio de su asistido, descartando tajantemente la tesis de la defensa, y entienden que ello no se condice con la declaración efectuada por el imputado y las pruebas de cargo y descargo producidas durante el debate.

Agregan que la Defensa probó el temor que sintió V. ante la amenaza de muerte esgrimida por la víctima hacia el y su familia, ello teniendo presente que V. había sido condenado a ocho años de prisión por el delito de homicidio, por lo cual era una persona peligrosa y con antecedentes, lo cual, indican, fue corroborado por los testigos tanto de cargo como de descargo, como así también fue probado por los testigos de la defensa que hubo una discusión previa entre víctima y victimario, la cual se fue desarrollando de boliche en boliche.

En definitiva, pretenden que se revoque el decisorio y se lo condene a su defendido por el tipo previsto en el Art. 34 del C.P., por haber actuado por una causal de justificación en legítima defensa.

Subsidiariamente solicitan se declare la inaplicabilidad del Art. 41 bis del C.P. y se lo condene al mínimo legal de ocho años. Citan jurisprudencia aplicable al caso y hacen reserva del caso federal.

2) A su turno el Ministerio Público Fiscal, en su libelo de fojas 110/114, contesta la impugnación ordinaria. Señala la Señora Fiscal que existe la certeza de que J. M. V. le efectuó un disparo con un arma de fuego a la víctima en una zona vital -la cabeza- a sabiendas de que el medio empleado constituye un instrumento capaz de terminar con la vida de una persona, lo cual ha sido probado con los testimonios, prueba pericial, instrumental y la documental incorporada por lectura.

Agrega que los argumentos vertidos por la Defensa no son ciertos y que no fueron probados tal como lo manifiestan, y que los testigos de cargo -O., H. y R.-, que vieron a V. y V. en el bar L. y en A., fueron contestes en señalar que no existió discusión ni pelea entre el imputado y la víctima y que estaban tranquilos compartiendo copas.

Señala que de los dos exámenes toxicológicos surge que ambos, víctima y victimario, tenían un alto grado de alcohol en sangre, por lo cual, teniendo en cuenta la desinhibición sumado al temperamento nervioso y al manejo con sus propios códigos del imputado, de acuerdo a lo que fuera declarado por el Dr. C. G., concluye que resulta lógico que lo haya matado por nada.

Relata los pormenores del suceso, haciendo hincapié en el estado de indefensión de la víctima, y señala que la misma no manifestó agresión alguna, que ni siquiera tuvo tiempo de apagar el auto ni tampoco de tomar el cuchillo que llevaba en el auto, conforme surge de las fotografías aportadas a la causa.

Advierte que los testigos de la defensa –S., O., M., C. y L.- se contradicen entre ellos y también se contradicen con los dichos del imputado en la audiencia, deduce que ni siquiera puede entenderse que hubo un exceso en la legítima defensa por lo que tampoco resulta aplicable el Art. 35 del C.P. y finalmente concluye que la teoría del caso planteado por la

defensa debe desecharse.

En cuanto a la aplicación del agravante del Art. 41 bis del Código Penal señala la Acusadora que ninguna de las objeciones planteadas por la Defensa se verifica en la norma en análisis en este caso. Agrega que en nada se afecta la igualdad ante la ley, ni puede argüirse que exista una doble persecución penal por el mismo delito ya que en los términos de los Arts. 40 y 41 inc. 1° del C.P., la fijación de la condena para cada caso se hará de acuerdo con las circunstancias atenuantes y agravantes que presente, y entre ellas la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla. En apoyo de su postura cita jurisprudencia del Excmo. Superior Tribunal de Justicia y concluye que la norma objetada por la defensa técnica del imputado se debe aplicar sin dudas, desechando el agravio. Finalmente solicita el rechazo de la impugnación planteada y se confirme la sentencia.

3) Conforme la pieza acusatoria formulada por el Ministerio Público Fiscal a fojas 26/28 “Los hechos que se le atribuyen al acusado y que constituyen la plataforma fáctica del ilícito que se le imputa son la muerte de M. Á. V., ocurrida el 13 de octubre de 2012 a las 09:40 hs. aproximadamente, cuando J. M. V. quien estaba ubicado en el frente de la casa identificada catastralmente como calle N° 2, N° 360 del Barrio Los Álamos de esta ciudad, le disparó un tiro utilizando un arma de fuego que impactó en el parietal izquierdo de M. Á. V., provocándole la muerte. V. se

hallaba en el interior de su vehículo, Renault 9, color gris, dominio XXX-XXX, ubicado en el asiento del conductor".

4) Los Jueces que dictaron la sentencia traída en cuestión, fueron coincidentes en cuanto a que se encontraba probado que el desarrollo y desenlace del hecho era tal como lo había descripto el Ministerio Público Fiscal en su acusación. Todos concordaron en que el disparo fue efectuado por V. y que ello ha sido acreditado tanto por el propio reconocimiento del acusado como de su defensa y también por las deposiciones efectuadas por el personal policial -Á., C. y C.- que concurrió al lugar con posterioridad al hecho. A ello sumaron el peritaje del arma que determinó su aptitud para el disparo, la partida de defunción, la autopsia y el proyectil extraído y peritado, el cual se comprobó que fue disparado por el arma de fuego secuestrada en el lugar de los hechos. Así, los Magistrados concluyeron que los hechos se presentan verosímiles.

Con respecto a la causa de justificación invocada por la Defensa, advierten que el relato defensista se presenta contradictorio, por un lado muestra una relación amigable y fluida y por otro imbuída de temor reverencial. Descartaron el supuesto temor que V. le generara a V. y entendieron que no existió una agresión ilegítima por parte de V. hacia V. que habilitara a este justificadamente a actuar mediando legítima defensa ni exceso en la misma.

Con relación a la aplicación del agravante del Art. 41 bis del Código Penal, los Magistrados concordaron que corresponde su aplicación al caso, y que en nada se afecta la igualdad ante la ley ni implica que exista una doble persecución penal por un mismo delito ya que la fijación de la condena para cada caso se hará de acuerdo a las circunstancias atenuantes y agravantes que presente, y entre ellas la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla. En apoyo de su postura citaron jurisprudencia del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, a saber "P., O. y otro s/ Robo agravado seguido de muerte" Expte. 21125-P-2007 (votos de los Dres. Rebagliati Russell y Pfleger); "D., D. A. s/ Homicidio simple", Expte. 20083-D-2005 (voto del Dr. Panizzi); "Cria. Seccional Quinta s/ Investigación Homicidio r/víctima P., V. D. y otro s/ consulta", Expte. 22.786-120-2012, Letra C (voto del Dr. Rebagliati Russell).

En definitiva, por Sentencia N° 546/13 declararon a M. J. V. autor penalmente responsable del delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego (Art. 79, 41 bis y 45 C.P.) por el hecho acaecido el 13 de octubre de 2012 en Sarmiento, en perjuicio de M. V..

En oportunidad de realizar la cesura de pena, los Jueces convinieron en la ausencia de circunstancias agravantes, descartando las que fueran solicitadas por el Ministerio Público Fiscal. Entendieron que la violencia desplegada fue contemplada al aplicar el agravante del Art. 41 bis

del C.P. y que lo contrario sería violatorio del principio constitucional de non bis in idem. Tampoco consideraron que existieran motivos nulos o insignificantes para cometer el homicidio, tal como pretendiera el Acusador, ya que la real motivación del hecho no afloró en el debate. Y en cuanto a la irreparabilidad del daño causado, entendieron que el mismo constituye el resultado del delito atribuído.

En definitiva, por Sentencia N° 562/13 condenaron a M. J. V. a la pena de 10 años y 8 meses de prisión, de cumplimiento efectivo.

II.- Conforme lo reseñado precedentemente, dos han sido los agravios postulados por el esforzado Defensor de V.. En primer término, la consideración del actuar del imputado como incluido en una causa de justificación, Legítima Defensa, pero en su variante "putativa". Luego, la petición de excluir de la tipificación la agravante genérica del art. 41 bis del CP., por resultar incompatible con el tipo penal del Homicidio simple, cuando es cometido por el uso de arma de fuego.

Si bien no fue discutida la materialidad de lo ocurrido, tampoco la autoría, incluso fueron admitidas por el acusado, el Tribunal de grado fundamentó debidamente ambos rubros en las constancias del plexo.

Así los Jueces valoraron el certificado de defunción, la necropsia efectuada por el Forense L., de las que se desprende que V. encontró su deceso por una herida de arma de fuego que interesó su parietal izquierdo, y

le causó una hemorragia cerebral. Luego, los estudios pertinentes arrojaron la compatibilidad entre el arma de fuego secuestrada en el lugar del hecho, recientemente disparada de acuerdo al examen realizado, con el orificio de ingreso del proyectil y con este mismo. Otro dato relevante consistió en que en el rodado donde feneció V. no se hallaron armas, solo un cuchillo en un asiento debajo de otros objetos.

Respecto de cómo se desarrollaron los acontecimientos, el Tribunal Aquo reconstruyó los sucesos sobre la base de los dichos de las personas que compartieron una larga velada caracterizada por la ingesta de alcohol en diversos lugares (pub "L.", boliche "A."), la hija de V., S., E. R., E. H., S. M., R. O., y la propietaria del segundo de los establecimientos nocturnos, L. M.

Todos ellos manifestaron que el trato entre victima y victimario fue cordial, con alguna discusión, pero en líneas generales propio de quienes comparten una velada amigable. Por ello, y con razón, los Jueces descartaron el mérito de los otros testigos, los que refirieron un altercado de mayor entidad.

Los Magistrados efectuaron un razonamiento correcto en cuanto a valorar un extremo que surge de la psicología común; no es admisible que dos personas que comparten una velada y en algún momento tienen una seria diferencia que los lleva a estar al borde de la agresión física,

luego, sigan compartiendo tal velada como si nada hubiese pasado.

Pero, a tenor del resultado acaecido, es claro que algo ocurrió. los Sentenciantes también acertaron cuando resaltaron que el occiso no tenía armas (salvo el cuchil de cocina mentado), recibió el disparo letal sentado en el asiento del conductor de su rodado, y el autor no poseía, conforme el examen médico, lesión alguna. Es decir, cabe concluir que no existió agresión ilegítima por parte de V.

Desde tal panorama, si hubo una diferencia, agudizada por el consumo de alcohol, verificado técnicamente en ambos protagonistas, ella deja de ser relevante pues no motivó un acometimiento del difunto hacia el acusado.

III.- Cito conceptos de la Sentencia de este Tribunal nro. 17/12, por entenderlos plenamente aplicables al caso: “Hemos expresado en el precedente “Noble” (carpeta judicial Sentencia): “Ello echa por tierra la línea de defensa intentada por el acusado y su esforzado Defensor, que construyó su caso desde la posición de la víctima intentando golpear al imputado que estaba sentado dentro de su vehículo. Es de destacar que el dato de circular por la vía pública con un arma de fuego cargada, lo que Noble explicó como producto de una próxima mudanza resulta, al menos, llamativo....este último antes que el primero comenzara a desarrollar una acción, efectuó dos disparos, uno a una zona vital del cuerpo,

ultimándolo.....Este extremo, en tanto debidamente acreditado obtura la existencia de una agresión ilegìtima, y con ello de uno de los elementos de la causa de justificación pretendida, con lo que, un exceso vía "exceso intensivo" tampoco es posible.....Tampoco puede serlo de manera "putativa", ante la creencia errónea de la existencia, por Noble, de una agresión. Las circunstancias probadas alejan tal chance, y la racionalidad con que el acusado "resguardó evidencia" luego del hecho conspiran contra un estado de turbación mental y/o emocional."

"Por lo que el mérito de sus dichos deriva necesariamente en la exclusión de la Legítima defensa incoada, y su exceso, pues lo que no comenzó justificadamente no puede dar lugar a un final excesivo de aquello que nunca existió."

"Siguiendo a Domínguez Henain (Daniel, Código Penal comentado Baigún Zaffaroni, Ed. Hammurabi Tomo II pags. 19 y ssgts), la Doctrina mayoritaria en nuestro país ha exigido que una acción comience justificadamente para que con posterioridad pueda hablarse de exceso, considerando el autor una excepción a ello el supuesto de "justificación putativa", atrapado, a su criterio, también en el art. 35 del CP. "

"Concretamente, el error que posee la aptitud de hacer concurrir el tipo subjetivo de las causas de justificación cuando el tipo objetivo no lo hace, es considerado mayormente como un Error de

prohibición, que en el supuesto de invencibilidad excluye la culpabilidad, y en el de vencibilidad remite al mínimo de la sanción del delito de que se trate o a la escala del injusto culposo, si existiere."

"Considerar que la variante putativa es una clase de error que participa tanto de los caracteres del error de tipo como del de prohibición sin dudas en una posición que extiende la operatividad del art. 35 del CP. y en el sub judice favorece al acusado."

"Ya hemos visto que en el caso no existió agresión ilegítima por las víctimas, por lo cual no es posible hablar de Legítima defensa ni exceso en la misma."

"A los efectos entonces de abarcar al tratamiento que propone el Letrado asistente del acusado, y poniéndonos en la aludida interpretación más amplia de dicho art. 35 del CP., debemos abordar la posible errónea creencia que pudo haber motivado al imputado a desplegar su acción."

"Pero la creencia de existencia de agresión ilegítima no puede estar solo en la mente del que se defiende. Debe existir un contexto externo que pueda inducir a error, vencible o no, pero presente en el mundo real y no solo en la imaginación del sujeto activo. Si solo se trata de una suerte de "alucinación", no podríamos hablar de justificación putativa, sino de imputabilidad, posicionarnos definitivamente en la Reprochabilidad e

indagar respecto de si C. comprendió la criminalidad del acto y pudo dirigir sus acciones.”

V. ha superado con éxito el examen del art. 206 del CPPCh., y nada se ha planteado respecto del ítem Culpabilidad en su conducta.

Realmente, sería difícil arriesgar la razón por la cual la historia culminó de la forma señalada. Pero sí podemos afirmar que V. no agredió al acusado, y que las circunstancias que rodearon al instante fatal no pudieron haber puesto a este en la creencia, aún errónea, que corría riesgo su vida.

No resultan idóneos a tal fin los extremos invocados por la Defensa, conducta “violenta” y antecedentes penales de la víctima. Tampoco la ingesta alcohólica, aspectos que ni sumados pueden ser evaluados como constitutivos de un cuadro que pudo haber permitido incurrir en error.

Por todo ello, el primero de los agravios enunciados debe ser rechazado.

IV.- Tengo postura respecto de la aplicación del art. 41 bis del CP a los casos del art. 79 de dicho cuerpo legal.

Reiteraré conceptos vertidos oportunamente (Sentencia nro. 22/13),, sin perjuicio de aclarar que respeto el criterio de mis pares, y del

Superior Tribunal de Justicia , el que ya se expidió en cuanto al tema, pero creo, no en lo referente a los argumentos que propongo.

También la Defensa ha impetrado la inaplicabilidad del art. 41 bis del CP. Lo hizo por escrito y en la audiencia del art. 385 de rito. El Ministerio Fiscal opuso reparo, basándose, fundamentalmente, en precedentes del Superior Tribunal de Justicia.

He sentado postura en cuanto al tema, y por ende no me extenderé demasiado.

"Tal lo expuesto, en principio ha quedado zanjada la cuestión a nivel Provincial por el Superior Tribunal, Sala Penal, en el precedente " D.D. A. s / Hom. Simple" Expte. 20083-D-2005."

"Pero lo ha sido desde la posible violación al principio constitucional del "ne bis in idem", no en cuanto a otros aspectos de la problemática que ha generado la desafortunada introducción del art. 41 bis al catálogo represivo."

"Más allá que considero que la aplicación del principio indicado, y el de la interpretación de las normas más favorable al reo (art 44 último párrafo Constit. Prov.), ambos postulados de envergadura constitucional, nacional (art. 18 CN), y local, inclinan la balanza hacia la no aplicación del precepto, deviene apropiado mencionar otras aristas al análisis."

He dicho en el caso Millán (Sentencia nro. 10/10): "Una nueva dimensión al debate ha traído el fallo "Arce" (auto nro. 306 de 26/6/09), de la Cámara de Acusación de la Provincia de Córdoba (por mayoría). Escuetamente, allí se ha dicho que, en tanto el art. 104 del CP., que repele la aplicación del art. 41 bis por ya prever el uso de arma de fuego, resulta subsidiario de los arts. 90, 91 y 79 el CP, ambos extremos, la subsidiariedad y la previsión arrastrarían la inaplicabilidad de la agravante genérica a los mentados dispositivos de Lesiones Graves, Gravísimas u Homicidio simple cometidos mediante armas de tal clase. La interpretación contraria, la cual es posible observar en el pronunciamiento mayoritario del precedente del STJ de nuestra Provincia, radica en la mayor dosis de culpabilidad que el Legislador ha pretendido atribuir a los hechos cometidos mediante intimidación, violencia y arma de fuego, en la medido que ello no se encuentre expresamente previsto en las figuras de la parte especial."

"Por más que parezca una obviedad, por matar a otro, y en este caso tal resultado se logró mediante la utilización de un arma de fuego, se cumple el tipo objetivo del art. 79 del CP. Tomar tal circunstancia, nuevamente, a los efectos de operativizar una agravante genérica, que intensifica la sanción, pone en tela de juicio el principio del "ne bis in idem"

"No es irracional agravar la respuesta al que mata con signos evidentes de desmotivación en el mandato que emerge de la norma

penal, respetar la vida ajena, en tanto utiliza medios que demuestran una mayor dosis de reprochabilidad en la acción. Pero allí se ingresa en el campo del art. 80 del CP, donde se combinan dos circunstancias, el resultado muerte y la forma de lograrlo. Aquí, en tanto el Legislador ha adicionado otra consecuencia al hecho objetivo de matar, el uso de un arma de fuego hace aplicable el art. 79 del Código de fondo, y a su vez, el precepto cuestionado. Difícil es entonces no hablar de una doble valoración gravosa de la misma circunstancia."

"Pero aún concediendo que la cuestión no es para nada sencilla, un enfoque de mínima intervención del Derecho penal, limitación de la respuesta contingente, e interpretación más favorable al condenado de la Ley penal, impone estar a la solución adoptada por la mayoría en el precedente de la Cámara de Acusación de Córdoba, no en cuanto a la inconstitucionalidad del art. 41 bis, pero sí a su inaplicabilidad a este caso."

"Entonces, el segundo párrafo del art. 41 bis, en tanto excluye la agravante en la medida en que la circunstancia del uso del arma de fuego se encuentre contemplada como elemento constitutivo del delito de que se trate, dirime la cuestión, pues excluye al Abuso de Armas, y todas las figuras de él derivadas, Lesiones y Homicidio perpetrados con dicho instrumento. Y a tal interpretación la avala el principio que impone estar a lo más favorable al acusado"

"Por último, sí dogmáticamente las posiciones deben medirse en función de los ejemplos extremos, pues deben ser aplicables a todas las situaciones, la relación entre la participación necesaria y el Homicidio simple cometido mediante arma de fuego, ilustra aún más lo que pretendemos significar."

"Piénsese en una persona que proporciona un arma de fuego cargada a otra para que la utilice, perdiendo en definitiva la vida un tercero, de manera inmediata. Sin dudas sería una hipótesis de participación necesaria, en la cual el cooperador culminaría respondiendo penalmente por proporcionar un arma de fuego, conducta que se calificaría también por, proporcionar un arma de fuego, extremo que patentiza la violación al principio aludido."

"Es decir, más allá del autor, el partícipe necesario sería cooperador imprescindible por entregar un arma de fuego al sujeto activo, ya que la naturaleza del instrumento juego un rol determinante en la graduación de tal participación, y a su vez habría que agravar tal conducta, en términos del art. 41 bis, por, entregar un arma de fuego al autor. Una misma circunstancia fáctica que recibe dos consecuencias jurídico penales."

V.- En definitiva, habiendo quedado en minoría en cuanto al punto, y revistiendo la dosificación realizada el carácter de mínimo legal de la escala seleccionada por mis colegas, también el agravio relativo a

esta cuestión debe ser rechazado, y la Sentencia confirmada en su totalidad.

Así voto.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo:

1.- Emitiré mi voto sin exponer los antecedentes del caso ni los agravios esgrimidos por los impugnantes, ya que el completo desarrollo efectuado por quien lidera la votación resulta suficiente, a los que me remito en honor a la brevedad.

A los fines de dar ordenadamente respuesta al remedio brevemente he de señalar, que con apoyatura en los Arts. 374 y 382 del C.P.P. la defensa nos plantea dos agravios sobre los que estructuran el recurso. El primero hace hincapié en el defectuoso análisis que realizaron los magistrados de la responsabilidad penal de su asistido, ello producto de una interpretación forzada, descartando la legítima defensa como justificación legal de la conducta de su asistido y el segundo es en subsidio del anterior, reclamando la inaplicabilidad del Art. 41 bis del Código Penal como agravante.

2.- La Defensa durante el desarrollo del proceso presentó, como teoría del caso, que el imputado actuó amparado por la causal del Art. 34 del C.P., sosteniendo que se da un supuesto de legítima defensa putativa o imperfecta, y ello producto del inevitable error en que incurrió su asistido al suponer falsamente que la víctima lo agredería en la ocasión, entendiendo que

se daban elementos objetivos de la justificante actuando para evitar la causación de un mal mayor como su propia muerte, dando relevancia a las circunstancias previas que indican que V. fue acosado y amenazado de muerte, sumado al conocimiento de que era una persona con antecedentes y que solía llevar un arma de fuego.

Adelantando opinión no extraigo del recurso una crítica seria al razonamiento seguido por los Jueces para concluir que el acusado debe responder penalmente por la conducta disvaliosa atribuída por el titular de la acción. Escuetamente reproduce la teoría del caso, sin indicar como debieron valorar los Magistrados las pruebas y evaluar las circunstancias anteriores al hecho para arribar a un pronunciamiento como el que pretenden, además de no ubicar jurídicamente, y con la apoyatura que amerita el caso, la cuestión planteada lo que debilita la impugnación.

Para dar un marco adecuado a estas conclusiones entiendo necesario caracterizar la situación que plantea la defensa y se puede decir que en la legítima defensa putativa el sujeto sabe que el homicidio es punible y sabe que solo se justifica en la legítima defensa, pero lo que ignora es que no hay un ataque real, desconociendo que lo que él toma como agresión inminente, como la posibilidad de que saque un arma el sujeto pasivo para herirlo o matarlo, no es tal porque el revolver no existe. También me parece ilustrativo un fallo de la Cámara Criminal de Paraná, Sala II, que expresa:

“La justificación putativa debe ser incluida entre los supuestos de error esencial cuando el agente se equivoca de modo esencial al suponer que se encuentra en una situación legal de justificación plena, puesto que todas las condiciones objetivas del acontecimiento que tiene frente a sí lo hacen suponer que debe actuar defensivamente. En tal supuesto, el hecho sólo es lícito subjetivamente por obra del error que tiene los efectos de excluir total o parcialmente la culpabilidad” (7/2/89; Rep. Zeus, 9-558).

Desde luego que en el caso no se encuentra controvertida la materialidad y autoría del hecho, pero tampoco las circunstancias precedentes que vienen a dar base a la cuestión a tratar.

Si bien los sufragios son absolutamente coincidentes respecto al desarrollo integral del hecho, he de seguir como guía el voto del Dr. Roberto Casal que lideró la votación.

Parte del análisis de los dichos del encartado en ejercicio de su defensa material sobre los que la defensa técnica ensaya la construcción.

Extrae contradicciones que a la postre tienen incidencia decisiva en la solución del caso; por ejemplo V. alegó que temía seriamente de V. no obstante el día anterior al hecho por la tarde se habían reunido en su domicilio, tomaron mates, cenaron y acordaron salir a tomar unas copas, lo que al más elemental análisis indica que mediaba una relación de confianza;

señala el Magistrado “Obsérvese que mientras por un lado la relación entre ambos se nos presentó cuanto menos como amigable, fluída, por el otro, imbuída de un temor reverencial” (ver fs. 65vta., anteúltimo párrafo).

También dice que antes de salir V. le solicitó autorización para dejar en su galpón un potrillo que le iban a entregar ya carneado, a lo que accedió.

Ya en el bar a media noche le dice V. que había llegado el potrillo y se retiró para recibirlo regresando a las dos horas ofreciendo en el local carne para vender. Ante ello V. busca una excusa para ver que habían dejado en su galpón, lo que puede interpretarse como desconfianza, encontrándose con un animal despedazado y regresó al bar ofuscado recriminándole a la víctima que no era lo que le había dicho, generándose una discusión fuera del bar donde V. habría esgrimido un cuchillo provocado un distanciamiento temporario para luego solicitarle seguir tomando, a lo que accedió haciéndolo hasta las ocho horas de la mañana para retirarse a su domicilio donde tomó mate con su hija comentándole lo sucedido, arribando posteriormente V. en su vehículo desde donde le exigió, no de buena manera, que le cargue la carne en el auto, para concluir el episodio con la conducta que bien se le reprocha.

La primer conclusión a la que arriban los Jueces es más que acertada puesto que a la luz de la experiencia, la lógica, nada hace

suponer que V. sentía temor reverencial hacia la víctima; su reacción luego de ver la potranca carneada en su galpón, incomprensible puesto que lo había autorizado a V. para ello, recriminar a un individuo al que temía y seguir compartiendo copas hasta las ocho de la mañana cuando a sus dichos lo amenazó con un arma blanca horas antes, no nos aproxima a un hipotético error esencial de una situación de justificación plena, pero además los Jueces correctamente contrastan la versión con el resto del caudal probatorio.

De las inspecciones practicadas por los preventores, destacando la declaración brindada por la informante técnica S. P., se extrae que sólo hallaron en el exterior del galpón restos de un yeguarizo en estado de descomposición, pero no carne apta para consumo y tampoco fue hallada en el baúl del automóvil de V., comenzando así a desmoronarse la versión.

También ponderaron los dichos de las personas que se hallaban en el bar "L.", que es el primero que visitaron los protagonistas, no escuchando discusión dentro del local, como tampoco en el Bar "A." donde continuaron hasta las ocho horas, aunque otros cuatro testigos afirman que en el exterior del local discutieron y que V. lo amenazaba, concluyendo que estos relatos no se corresponden con los brindados por los anteriores que compartieron copas con ellos incluso de la encargada del local a los que adjudican credibilidad; es más señalan que aún otorgando valor al testimonio de O., C. y L., su obrar posterior resulta claramente disociado de aquel

momento, por lo que aún así, es inadmisible la causa de justificación invocada (del voto del Dr. Rosales, ver fs. 71, último párrafo).

Han evaluado además que el imputado asentía la relación de V. con su hija, lo que verificaron por los testimonios de las personas que compartieron esa noche con los protagonistas y por los registros de llamadas del celular de la víctima.

Por último en cuanto al desenlace del luctuoso episodio, se comprobó que V. fue ultimado en el interior de su automóvil y que no poseía arma de fuego; ello vinculado al temor alegado de que portara una con la cual pudiese agredirlo, pero sin más al verlo frente a su domicilio fue a buscar el fusil, volvió y disparó ocasionándole la muerte.

En el caso se verifican múltiples indicadores que descartan de plano una posible agresión previa de la víctima o amenazas en tal dirección y desde luego el supuesto temor que le generaba V. a V.; así no advierto fisuras en el razonamiento de los jueces en el desarrollo del fallo puesto en crisis quienes analizaron íntegramente el descargo, lo cotejaron con el resto del material probatorio quedando sin apoyo la teoría del caso presentada por la defensa, brindando argumentos más que suficientes para descartarla.

Como ya señalara en los conceptos vertidos inicialmente la legítima defensa putativa en definitiva constituye un supuesto error de

prohibición, de modo que la circunstancia alegada por el impugnante referida a que su asistido habría creído que la víctima podía agredirlo en la ocasión no opera como la justificante misma. También la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires en causa 144 "Vargas, Agustín José s/ Recurso de casación", Sentencia del 13/03/99, ha dicho: "No se advierte quebrantamiento de las leyes de la lógica al descartar la legítima defensa, toda vez que el Tribunal no encontró en la prueba rendida en la audiencia elementos que suponen los tres elementos que legislativamente hacen a su plasmación, sobre todo partiendo de la base que la vivienda y el arma que portaba daban al inculpado la necesaria dosis de seguridad y no lo colocaban en la necesidad de salir a atacar con ánimo homicida a un pretenso antagonista".

De esta manera caen los motivos que sustentan la impugnación, la sentencia no es arbitraria, no se extraen contradicciones a los principios de la lógica y la experiencia; en rigor como ya dije nada permite aproximarnos a la hipótesis de la defensa y por todo ello voto por la negativa.

3.-Por último corresponde dar respuesta a la crítica expuesta por los impugnantes, vinculada a la inaplicabilidad de la agravante genérica del Art. 41 bis del C.P.

El Tribunal de Juicio ha resuelto por unanimidad aplicar la agravante. Sabemos que la incorporación del Art. 41 bis del Código Penal

ha traído aparejado un intenso debate y la cuestión que plantea no es sencilla, encontrándonos con sólidos posicionamientos disímiles al respecto tanto doctrinaria como jurisprudencialmente.

He de disentir con mi colega que lidera la votación reiterando mi posición sobre la cuestión a tratar. Teniendo presente que la agravante se sustenta en el mayor poder vulnerante de las armas de fuego, e ínsito, mayor peligro para la vida e integridad física de las personas y mayor indefensión de la víctima, entiendo que han efectuado los Jueces una correcta valoración para concluir por la aplicación.

Sin perjuicio de ello debo aclarar que su aplicación no es automática, puesto que el solo hecho que se utilice como medio un arma de fuego no la habilita, debiendo analizarse si se emplea o se vale el autor de ella para no correr riesgo y actuar sobre seguro y que la violencia o intimidación necesariamente deben ser previas ya que el delito de homicidio contiene en el tipo la violencia, en tal sentido ya me he pronunciado en la carpeta N° 2188, sentencia N° 13/2012, sin dejar de atender precedentes de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia con idéntica orientación "G., A. H. s/ Homicidio, Expte. N° 22094, F° 5/2010", "B., F. A. s/ Homicidio agravado, F° 13/2011".

Como acabo de decir su aplicación no debe ser automática y el caso presenta características que sobradamente lo justifican; cabe

detenerse en que V. actuó sobre seguro, se aproximó al automóvil con un arma de precisión –carabina calibre 22- y a corta distancia lo ejecutó con un disparo en la cabeza que ingresó por el parietal izquierdo, teniendo V. la ventanilla baja en una situación de total indefensión, por todo ello tampoco puede prosperar este agravio y así lo voto.

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **LUCCHELLI** dijo:

Llega el caso a esta instancia de revisión, para resolver la impugnación ordinaria (art. 374 del C.P.P.) deducida por los Defensores de confianza del imputado M. J. V., Dres. F. M. R. y L. M. P. contra la sentencia dictada en su contra por el Tribunal de Juicio el día 30 de mayo de 2013 y que condenara al nombrado como autores material y penalmente responsables del delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego (Arts. 45, 79 y 41 bis del C. Penal) a la pena de Diez años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas, por el hecho ocurrido el día 13 de octubre de 2012 en perjuicio de M. V..-

El impugnante planteó recurso contra el fallo condenatorio solicitando se condene a su pupilo en orden al art 34 del C.P. como defensa putativa o imperfecta.

Centró los motivos esgrimidos en virtud de entender que no se ha destruido la versión argüida por su pupilo, quien actuó en defensa de sus derechos y el de sus hijos.-

En relación a ello argumentó que el Tribunal ha efectuado un interpretación forzosa en perjuicio del imputado, habiendo esa Defensa en el juicio probado que el temor que sintió V. ante la amenaza de muerte esgrimida por la víctima hacia él y su familia, era cierta y tenía cierto grado de entidad suficiente, ya que se trataba de una persona que tenía antecedentes por el delito de homicidio y era peligrosa.

Indicó asimismo que los testigos de esa parte probaron que hubo una discusión previa entre la víctima y su asistido, la que se fue desarrollando de bar en bar, y que la reyerta había comenzado por un equino robado, traído por la víctima a la casa del imputado, desconociendo éste la ilegal procedencia.

Tras ello, subsidiramente se agravió por considerar que no resulta aplicable el agravante por uso de arma de fuego, habida cuenta que no aparece demostrado que el encartado hubiese dado al arma de fuego un uso distinto del de instrumento homicida. Citó jurisprudencia de la Corte Suprema en apoyo de su postura.- Concluyó solicitando se lo condene al mínimo legal del tipo básico de homicidio.

La Dra. Andrea Viviana VÁZQUEZ, Fiscal General, contestó el emplazamiento efectuado, sosteniendo que debe rechazarse la vía impugnativa intentada por la contraparte por entender que la sentencia impugnada en modo alguno adolece de las falencias indicadas por

la Defensa.-

En relación a ello refirió que el hecho imputado a V. ha sido probado por los testimonios, prueba pericial, instrumental y la documental incorporada al debate.-

Señaló así que los embates del presentante en relación a la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal A Quo no son ciertos y no han sido probados, que en el caso no es aplicable la legítima defensa, ya que no existió una agresión ilegítima por parte de el fallecido V., siendo contestes los testigos O., H. y R. en afirmar que ambos estaban tranquilos bebiendo en el bar L. y también en el A.-

Asimismo reseñó que la testigo M. tampoco vio ni escuchó pelea o discusión entre ellos, habiendo estado con ambos hasta las 5.00 o 6.00 hs. am., al igual que la testigo Mendoza quien se encontraba atendiendo la barra del bar.-

En relación al segundo agravio sostuvo que corresponde la aplicación de la agravante. Cito jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia para fundar su postura y negó la existencia de doble valoración ni afectación alguna al principio de igualdad y las objeciones planteadas por la Defensa no se verifican en la norma bajo análisis. Solicitó se confirme la sentencia en todas sus partes.-

En la audiencia prescripta por el art. 385 del C.P.P.

el Dr. PURICELLI ratificó los agravios postulados y amplió los fundamentos vertidos por escrito.-

Ni la materialidad del hecho, ni la autoría del condenado ha sido puesta en crisis en el debate o en la presente impugnación.

Por ello, comenzaré a tratar el primer agravio, consistente en la supuesta defensa putativa que habría ejercido M. J. V.-

En ese sentido, es bueno recordar que la defensa putativa esgrimida debería ser subsumida, para el caso de ser acogida favorablemente, en un error de prohibición, ya que habría incurrido en un error sobre la necesidad racional de la conducta defensiva. Sólo podría tener alguna consecuencia en esta impugnación, si se corroborara no sólo su existencia sino que el mismo fue invencible, dado que bajo esa circunstancia, se entendería que V. obró inculpablemente y en consecuencia se eliminaría la reprochabilidad del injusto.

Esto es así ya que si el error de prohibición hubiera sido vencible, ello sólo tendría consecuencias al momento de la determinación de la pena. Y dado que se le ha dado el mínimo legal que establece la figura de Homicidio agravado por el uso arma de fuego, la misma resultaría irrelevante, en el presente caso.

Habiendo seguido la ponderación de la prueba efectuada por el Tribunal del juicio, conforme las reglas de la sana crítica

racional, entiendo que no existe prueba alguna, que nos permita inferir que nos encontramos ante un caso de defensa putativa.-

Así el Juez Casal razona que: "...Por otra parte y como lo señalé la estrecha relación que V. tenía con V. se encuentra en las antípodas del temor reverencial que luego adujo. Pero hay más, si V. -en la versión de V.- le dió dos minutos para que cargue la carne en el baúl del auto, lo que por otra parte también contradice con la existencia de aquellos rastros alegados por la defensa y a los que ya hice referencia, pues si le exigía que se la cargue es porque en el baúl no estaba -nueva contradicción del relato-, en tal caso le hubiera sido más fácil cargar la carne y olvidarse del tema que ir hasta la vivienda del fondo, tomar el fusil, regresar y martarlo.(...) Por otra parte si sabía que había matado a una persona y que tenía un arma, cómo es que fraternizó tanto con él, al extremo de autorizarlo a salir con su hija, y de repente, de improviso, sentir temor reverencial. Cómo se explica que ante la primera amenaza (bar L.) continuara tomando en otro boliche en la compañía de quien lo amenazara, por más de cinco horas, soportara una segunda amenaza, y a su arribo a su domicilio lo saliera a recibir en lugar de permanecer en su interior, y es recién allí, cuando este lo amenazó por tercera vez, que acudió al fondo, tomó el fusil, volvió y le disparó. Realmente no advierto la razón suficiente de tal proceder..."

Por su parte, el Magistrado Rosales, dando por

tierra la versión exculpatoria del condenado señala que: "...A fin de reconstruir los momentos previos al trágico desenlace declararon distintos testigos que durante la madrugada de aquel día estuvieron con el imputado y la víctima, primero en el bar "L.", y después en el boliche "A.k", donde compartieron bebidas alcohólicas por última vez; en exceso en el caso de V. pues registraba una concentración de 2,39 gramos/litro de alcohol en sangre (cfr. estudio toxicológico). V. y V. estuvieron juntos. Con ellos compartieron la noche la hija de V. llamada S. E. R. R., R. M. O. y su esposa E. M. H. H., y S. M. M.. O., amigo de aquellos, dijo que bebió y permaneció con ellos entre las 3:00 y 4:00 horas en "L.", y alrededor de las 7:00 horas en "A.", y que no vio ninguna pela. "Estaban tomando tranquilos en la barra. A las 8:00 se fue V.. Yo me quedé con V. y me fui a las 9:00 con mi señora. V. estaba con S. M.". Los dichos de O. se corresponden en lo sustancial con las manifestaciones brindadas por R., H. H. y M.. De igual manera que con el relato de la propietaria del último local, L. E. M., quien aseguró no haber escuchado discusión entre V. y V. quienes llegaron juntos, retirándose el primero alrededor de las 8:00, y el segundo alrededor de las 10:00 junto a S. M. Asimismo dijo que no vio a los nombrados V. y V. alejarse juntos del local..."

Por todo lo anteriormente reseñado, no existe a mi juicio, ningún indicio que con verosimilitud me permite creer la versión

exculpatoria que diera el imputado. Por ello, sumado al resultado del examen a tenor del artículo 206 del C.P.P. me llevan a descartar la posibilidad que haya existido una defensa putativa por parte de V. y que el nombrado pudiera, en su accionar, haber incurrido en un error de prohibición vencible o invencible. Así lo voto.-

Tampoco tendrá acogida favorable, el agravio concerniente a la aplicación del agravante genérico establecido en el artículo 41 bis del Código Penal.-

Los Magistrados para aplicar la agravante han recurrido a la doctrina judicial sentada por nuestro más Alto Tribunal Provincial en los precedentes: "P., O. y otro s /Robo agravado seguido de muerte" (Expte. N°2125 -P -2007 (votos de los Dres. Rebagliatti Russel y Pfleger); "D., D. A. s/ Homicidio simple", Expte N° 20083 -D- 2005 (voto del Dr. Panizzi); "Cria. Seccional Quinta s/ Investigación Homicidio r/ víctima P., V. D. y otro s/ consulta"(Expte. N° 22.786 -120-2012, Letra C) del voto del Dr. Rebagliati Russel.

Esta doctrina judicial, recientemente ha sido confirmada, una vez más cuando la Sala Penal de nuestro Superior Tribunal de Justicia ha dicho que: “En lo tocante a la agravante contenida en el artículo 41 bis del Código Penal, señalaré que esta Sala tiene dicho que en los tipos penales (incluido el homicidio) cometidos con armas de fuego, la agravante

genérica, es correcta y legítima. En aras a la brevedad, me remito a los fundamentos brindados al fallar en la causa "D., D. A. s/ homicidio simple" (Expediente N° 20.083–D-2005). Allí me pronuncié – integrando la mayoría – a favor de la aplicación del artículo en cuestión cuando el autor comete el delito con un arma de fuego aumentando el poder vulnerante del medio empleado para ejercer violencia o intimidación contra las personas." Del voto del Señor Ministro Dr. Alejandro Javier Panizzi en autos "H., E. s/ Homicidio R/ Víctima s/ Impugnación" (Expte. N° 22675 – Folio 101 - Año 2012).

Más allá de las prestigiosas voces que se han alzado -fundamentalmente desde la doctrina- para no aplicar esta agravante genérica en este tipo de delitos, lo cierto es que el legislador expresamente lo ha tenido en cuenta para el caso del Homicidio.

Así se ha dicho que: *"El delito de homicidio ha sido particularmente uno de los tenidos en mira por el legislador al dar fundamento a la incorporación de la circunstancia agravante reglada en el artículo 41 bis en la Parte General del Código Penal. Así, al defenderse en el Senado la sanción de dicha norma el miembro informante dijo, invocando como fuente ciertas estadísticas que daban cuenta del aumento de la utilización de armas de fuego en la comisión de delitos con violencia o intimidación, que uno de tales ilícitos era el homicidio, pues el 95 % de ellos se comete con armas de fuego, justificando el fundamento de la agravante en*

la "mayor contundencia" de las de ese tipo y el mayor poder de vulnerabilidad sobre las víctimas (conf. Versión taquigráfica de la 42ª Reunión, 15ª Sesión ordinaria, de 9-8-2000, Orden del día Nº 742) (del voto del Juez Soria, sin disidencias). *El reclamo por el que se denuncia la errónea aplicación del artículo 41 bis en función del artículo 79 del CP resulta improcedente pues al comparar los elementos que integran la figura prevista en el artículo 79 desde la óptica del sistema de regla general y excepción propio del artículo 41 bis, la cláusula de exclusión no rige en este caso, en tanto el ilícito contra la vida en su figura básica no contempla ningún modo comisivo específico* (del voto del juez De Lázzari) SCJBA, 10-3-2011, "L., C s/ Recurso de Casación" P. 109805, Soria, Genoud, Hitters, De Lázzari (www.scba.gov.ar). Citado en Donna. El Código Penal y su Interpretación en la Jurisprudencia. 2ª ed. ampliada y actualizada. Tomo I. Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2012, pág. 387.-

Así las cosas, entiendo que se deberá desechar este último agravio, ya que la agravante genérica del artículo 41 bis del Código Penal, resulta aplicable al caso.-

Por todo lo expuesto, considero que se debe confirmar la presente sentencia impugnada en todas sus partes. Así lo voto.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

Atento el resultado al que se ha arribado en la primera cuestión, propongo al Acuerdo que se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado M. J. V., contra la sentencia condenatoria Nº 562/13 dictada en fecha 4 de junio del corriente año; confirmar en todas sus partes la sentencia mencionada y tener presente la reserva del caso federal.-

Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales de los Defensores de Confianza, Dres. F. M. R. y L. M. P., por la labor desarrollada en la etapa de impugnación, en forma conjunta, en la suma de pesos ocho mil ($8.000) 25 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo:

De acuerdo al resultado al que se ha llegado en la cuestión precedente adhiero a lo propuesto por el colega que vota en primer término, es decir que se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado M. J. V., contra la sentencia condenatoria Nº 562/13 dictada en fecha 4 de junio del corriente año; confirmar en todas sus partes la sentencia mencionada y tener presente la reserva del caso federal.-

De igual forma adhiero a la regulación de honorarios profesionales.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **LUCCHELLI** dijo:

En orden al resultado al que se ha arribado en la primera cuestión, adhiero a la propuesta de los colegas: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado M. J. V., contra la sentencia condenatoria Nº 562/13 dictada en fecha 4 de junio del corriente año; confirmar en todas sus partes la sentencia mencionada y tener presente la reserva del caso federal.-

Igualmente adhiero ala regulación de honorarios profesionales propuesta.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por mayoría,

----------**RESUELVE:**----------

1º) NO HACER lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado M. J. V., contra la sentencia condenatoria Nº 562/13 dictada en fecha 4 de junio del corriente año (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).----------

2º) CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia condenatoria Nº 562/13.--

3º) TENER presente la reserva del caso federal.----------

4º) REGULAR los honorarios profesionales de los Defensores de Confianza, Dres. F. M. R. y L. M. P., por la labor desarrollada en la etapa de

impugnación, en forma conjunta, en la suma de pesos ocho mil ($8.000) 25 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).----------

5º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

La presente es firmada por dos de los Sres. Magistrados por encontrase el Dr. Rafael Lucchelli, en su Circunscripción al momento de la lectura, quien ha remitido su voto vía correo electrónico

Protocolo nº 29/13

Fdo. Dres. Guillermo Alberto Müller. Martín Roberto Montenovo. Jueces de Cámara en lo Penal.-