



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Registrado bajo el Nro 451 del año 2014

C-60697

En la ciudad de La Plata, a los 15 días del mes de julio de dos mil catorce, reunidos los integrantes de la Sala Quinta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Martín Manuel Ordoqui y Jorge Hugo Celesia, bajo la presidencia del primero de los nombrados, con el objeto de resolver en la causa **Nº 60697** el recurso de casación interpuesto por la defensa de **E. D. S.** y habiéndose efectuado el sorteo para establecer el orden en que los señores jueces emitirán sus votos, resultó el siguiente orden de votación: **CELESIA – ORDOQUI.**

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

El Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 2 del Departamento Judicial San Martín, resolvió en la causa nro. 83/3264 de esa sede, con fecha 4 de junio de 2013, condenar a E. A. D. S. a la pena de tres años y nueve meses de prisión, y cinco años de inhabilitación especial para el uso de armas de fuego, accesorias legales y costas por hallarlo autor criminalmente responsable de los delitos de homicidio culposo cometido mediante el uso de un arma de fuego y portación ilegal de arma de guerra en concurso ideal.

Contra dicho resolutorio interpuso recurso de casación la defensora del imputado, Dra. Graciela Rita Bernal, el cual obra a fs. 42/78 del presente legajo.

Hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar la siguiente:

C U E S T I O N

¿Es procedente el recurso de casación interpuesto?

A la **cuestión planteada**, el señor Juez doctor **Celesia dijo**:

I. A. La recurrente denuncia en primer lugar la arbitrariedad del fallo en la tarea de valorar los elementos probatorios incorporados a la causa, en especial la conclusión lógica que debe extraerse de las pericias de fs. 44/46 y 197/199, sumado a las expresiones vertidas por los idóneos J. J. L. y R. L., y lo manifestado por el testigo A. F. Z.

Destaca que el fallo tuvo en cuenta los relatos de dos vecinos del acusado y los informes de los peritos L. y L. para sentar la base fáctica. Que los vecinos se refirieron al hecho que motivara la discusión entre el imputado y la víctima, que resultó el suceso generador del intento de defensa por parte de su asistido.

Señala que del relato de los testigos Z. y A. S., surge que el imputado sufrió primero un ataque a sus bienes y luego una amenaza fuertemente intimidante por parte de la víctima, con lo cual debe interpretarse que D. S., intensamente conmovido, quiso proteger y defender su entorno e integridad repeliendo la amenaza.

La defensora insiste con que el disparo se produjo de manera accidental producto de la reacción del testigo Z. a observar a D. S. armado,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

quien si bien fue mutando su versión en cuanto a lo que hizo en ese precioso momento, a criterio de la defensa para no comprometer su propia responsabilidad, ha quedado claro que sea que le haya tocado el brazo, zamarreado o forcejeado, su intervención sin dudas resultó brusca e impactante, por la connotación de la situación, y operó como la fuerza de choque contra el cuerpo del imputado que provocó el disparo de manera fortuita.

En apoyo de su versión la Defensora invoca los dichos de su asistido en cuanto explicó que luego de la discusión que se generó con la víctima ésta le dijo que quemaría su negocio, su casa y que vendría con sus hermanos y lo mataría, ante lo cual decidió tomar un arma que tenía en su domicilio con al que salió a la puerta. Que allí encontró a su vecino F. quien intentó detenerlo diciéndole “T. pará”, que él sacó el arma de su cintura y su vecino le manotea el antebrazo y se dispara el arma, que se dio cuenta que el arma se había disparado y no entendía nada.

La recurrente señala que el imputado alegó que el arma la compró por seguridad porque tenía mucho movimiento de dinero y temía que lo roben, pero que su intención no fue nunca cometer hecho ilícitos. Que en ese momento decidió salir con el arma porque escuchó que le decían que lo iban a matar, que lo hizo para que la persona la vea, pero que al sacarla de la

cintura automáticamente su vecino F.. le agarra el brazo y se escucha el disparo. Dejó en claro que su intención nunca fue disparar sino asustar y que no sabía manejar el arma ni que ésta tuviera una bala en la recámara.

La defensora cita también lo informado por el perito J. J. L. en cuanto a que el arma no tiene seguro para montar ni seguros para poner y sacar, que se activa automáticamente con la cola del disparador, y que la posibilidad que se dispare es activando la cola del disparador y para lo cual no se necesita de una gran fuerza.

Destaca la declaración del perito R. L. quien afirmó que sin dudas el proyectil penetró en el cuerpo de la víctima producto de un rebote.

Frente a estas constancias la recurrente critica la forma en que el a quo rechazó la posibilidad del disparo accidental que relató el imputado, pues sostiene que el hecho de que el imputado haya empuñado el arma de la forma en que lo hizo no es indicador de la intención de disparar pues ese es el modo en que cualquier persona toma ese tipo de administrículos.

Insiste la recurrente en que existiendo otra hipótesis posible respecto a cómo ocurrieron los hechos, el a quo debió aplicar el principio in dubio pro reo.

B. Como segundo motivo de agravio alega la recurrente la inobservancia de los arts 34 inc. 6° y 7° del C.P.

Dice que surge claro que el imputado ha obrado amparado en una



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

justificante como es la legítima defensa de sus derechos y de los derechos de terceros.

Sostiene que si bien del acta de debate no surge que la defensa técnica actuante en el juicio invocara taxativamente las normas en trato, de acuerdo a los argumentos expuestos en el alegato se desprende que planteó la concurrencia de los requisitos de la justificante, y que el a quo omitió el tratamiento de esta cuestión que resultaba pertinente en cumplimiento del principio “iura novit curia” y por imperio de lo normado en el art. 375 párrafo 2° inc. 1° del C.P.P. que impone que la sentencia, en cuanto a la calificación legal, no puede producir indefensión.

Señala que se encuentra probado que el imputado estaba siendo víctima de una agresión ilegítima y de una amenaza de sufrir un mal grave e inminente por parte de la víctima quien le dijo que regresaría con personas de “La Gardel”, lo cual por las condiciones de la zona cercana constituía al mal amenazado como inminente y latente.

Sostiene la defensora que frente a ese cuadro situacional sostener, como lo hizo el sentenciante, que el imputado no tenía motivos para temer deviene una merituación arbitraria e infundada que descalifica al resolutorio como acto jurisdiccional válido.

Dice que D. S. vivía y trabajaba temeroso en ese lugar, y ya había

sido objeto de sustracciones, y que ese temor desencadena mecanismos de defensa y que intentara repeler la provocación ilegítima.

Sostiene la defensora que resulta incontrovertible que el hecho generador del suceso juzgado tuvo su origen en la agresión ilegítima, actual e inminente de la que estaba siendo víctima D. S., primero contra su propiedad y luego contra la integridad de su vida si se cumplían las amenazas.

Alega la recurrente que en ese contexto, el único reproche válido contra su asistido sería la exhibición del arma que implica su portación, en defensa propia y de terceros como causa de justificación. Que su asistido actuó en el convencimiento de que estaba protegiendo sus bienes y familia, y que el Tribunal a quo ha omitido también en este punto la aplicación del principio "in dubio pro reo".

Por su parte sostiene que, analizando los hechos que el a quo tuvo por probados, la defensa ejercida por D. S. era necesaria y concomitante con el peligro que corría. Que todo sucedió en pocos minutos, y que el resultado del actuar defensivo fue un hecho fortuito, pues el imputado no pudo prever la súbita aparición de un tercero como Z. que lo tomara del brazo y que el arma se dispere impactando el proyectil en el pavimento y de rebote en la víctima que se encontraba a una larga distancia.

Por todo ello solicita se case el fallo, se encuadre la conducta como amparada por la causa de justificación invocada y se disponga la absolución



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

del imputado.

C. Como otro motivo de agravio alega la recurrente la errónea aplicación de la agravante del art. 41 bis del C.P.

Por un lado sostiene que la agravante en trato no es aplicable cuando el resultado del accionar del autor desemboca en uno de los contemplados por otra norma del texto de fondo, y siendo que la muerte que es el resultado de la utilización del arma está descripta y reprimida por el art. 84 del C.P., el mayor riesgo queda neutralizado por el resultado.

Por otro lado afirma la recurrente que lo que el legislador quiso fue agravar las conductas dolosas por el riesgo que generaba ese conocimiento y voluntad dirigidos a un resultado, pero en modo alguno las acciones culposas, como erróneamente admite el fallo atacado. Cita doctrina en apoyo de esta postura.

Plantea asimismo la inconstitucionalidad del art. 41 bis por vulnerar principios estatuidos en nuestra Carta Magna como el de legalidad, el mandato de “lex certa” y el principio “ne bis in idem”.

Sostiene que toda agravante genérica implica una insuficiente determinación legal del hecho punible por la falta de una ligazón precisa entre agravante y hecho típico, lo cual es incompatible con el principio de legalidad. Cita doctrina y jurisprudencia en apoyo de su postura.

D. El siguiente motivo de agravio lo constituye la errónea aplicación del art. 189 bis. Inc. 2° 4to. Párrafo del C.P.P. y la omisión de aplicar el párrafo 6° del mencionado artículo.

Dice que está absolutamente claro que su asistido es una persona honesta, que poseía una agencia de venta de autos y que obviamente no tenía el arma con el objetivo de salir a cometer hechos ilícitos, que es lo que previó el legislador al sancionar la norma en trato.

Sostiene que las características del hecho permiten inferir que D. S. jamás quiso disparar contra una persona, sino que el disparo impactó contra el piso y se produjo un rebote impensado y fortuito.

Destaca la condición de trabajador de su asistido y que el arma la adquirió para su seguridad y la de su familia, por lo que solicita la aplicación de la reducción de pena prevista en el párrafo 6° del inciso segundo del art. 189bis del C.P.

II. En oportunidad de presentar el memorial que prevé el art. 458 in fine del C.P.P., la Sra. Defensora particular amplió los fundamentos de su impugnación.

Sostuvo que en el caso el mínimo de la escala penal prescripta para el delito de portación de arma de guerra vulnera los principios de lesividad y culpabilidad y atenta contra el principio de dignidad humana.

Sostiene que el principio de culpabilidad determina que la sanción a



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

imponer debe ser proporcionada al hecho perpetrado y que, en el caso, los datos objetivos relativos al hecho cometido en relación a su gravedad y al daño causado al bien jurídico tutelado, sumados a las condiciones personales del imputado, excede esa medida y por tanto resulta violatoria de los principios de proporcionalidad y de humanidad de las penas.

Cita doctrina y jurisprudencia en relación al carácter meramente indicativo que, afirma, debe asignarse a los mínimos legales de las escalas penales, y sostiene que en el caso el piso mínimo de la escala aplicable hace que la pena resulte exorbitante y por tanto atentatoria de los principios constitucionales señalados.

Por otro lado insistió con la aplicación de la reducción de pena prevista en el sexto párrafo del inciso segundo del art. 189 bis del C.P., sosteniendo que en casos como el de autos la no aplicación de esa pena atenuada implica una inversión indebida de la carga de la prueba, pues es el acusador el que debe probar que el arma se tenía para cometer delitos dolosos, pues cuando la norma en cuestión contempla “la falta de intención” claramente está haciendo alusión a dolo para cometer ilícitos, lo cual no se da en este caso.

III. En su memorial la Sra. Fiscal Adjunta de Casación, Dra. Alejandra Marcela Moretti, propició el rechazo en todos sus términos del recurso de

casación interpuesto.

En primer lugar sostuvo que el desarrollo argumentativo de la recurrente no desplaza lo resuelto por el a quo respecto del proceder culposo del acusado.

Dijo que los jueces afirmaron que el disparo fue efectuado voluntariamente aunque sin intención de causar la muerte de la víctima, descartando la hipótesis del disparo accidental en base a un razonamiento que de ningún modo resultó absurdo o arbitrario; y que la recurrente se ha limitado a dar una versión de los hechos pero realizando para ello un embate fragmentario de los elementos de prueba ponderados, sin ocuparse de desvirtuar la conclusión sentencial según la cual la fuerza probatoria de los elementos convictivos resulta de su análisis de un modo conjunto.

En cuanto a la pretendida aplicación de la justificante de legítima defensa, la Sra. Fiscal Adjunta alegó que constituye una cuestión novedosa pues no fue introducida en el debate, por lo que no habiendo sido objeto de discusión de las partes ni de prueba, mal podría haber sido omitida por los jueces en su decisión.

Consideró entonces que el planteo resulta improcedente por aplicación de la doctrina de la responsabilidad por los actos propios.

Por fuera de ello destacó que la cuestión articulada se sustenta en una hipótesis fáctica que resulta inconciliable con la que se tuvo por acreditada, como es la que parte de la supuesta accidentalidad del disparo.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

En relación a la calificación legal la Dra. Moretti entendió que, dadas las particulares circunstancias del hecho, resulta aplicable la agravante genérica del art. 41 bis, pues los hechos acreditados muestran que la muerte de la víctima fue consecuencia directa de una manipulación imprudente de la pistola calibre 40 marca Glock por parte del imputado D. S., en el marco de una conducta “intimidante”, según se desprende de los propios dichos del acusado.

Estimó que no es óbice para la aplicación de la agravante el hecho de que la conducta haya sido subsumida en el art. 84 del C.P. que se caracteriza como un delito de infracción al deber, pues de todos modos puede existir violencia o intimidación “dirigida” contra la víctima en la ejecución de un delito pues fueron esos actos intimidatorios los que, por el medio elegido para llevarlos a cabo, culminaron en una actitud descuidada del enjuiciado que produjo el resultado mortal.

Finalmente propició el rechazo de la pretensión de aplicar la escala penal atenuada prevista en el art. 189 bis inc. 2º sexto párrafo. Citó el debate parlamentario de la ley que introdujo esta previsión y dijo que allí claramente se expresó que se aplicaría a aquellos casos en que alguien porta el arma con finalidad deportiva, de caza o de colección.

Sostuvo además que las circunstancias del hecho en trato se

presentan incompatibles con la falta de intención de utilización del arma con fines ilícitos, pues D. S. salió de su casa con el arma, llamó a la víctima y disparó hacia el suelo, y el término “ilícito” no significa necesariamente delictivo sino que remite a un concepto más amplio de injusto o contrario a derecho.

Dijo además que ninguna otra pauta de valoración arrima el acusado al respecto, sin que pueda soslayarse que la disposición en trato requiere que dicha finalidad no ilícita sea “evidente”.

IV. El recurso debe prosperar de modo parcial.

A) No pueden tener acogida favorable las críticas que la defensa trae sobre la valoración probatoria llevada a cabo por el a quo para tener por cierta la materialidad ilícita en la forma en que se lo hizo en el fallo.

En este punto la defensa insiste con su particular versión de los hechos, basada en la supuesta accidentalidad del disparo que según ella se habría producido a raíz de la intervención del testigo Z. al intentar tomar el brazo de su asistido cuando éste portaba el arma.

Sin embargo, el a quo se ha ocupado de descartar fundadamente esa posibilidad y luego de haber realizado el máximo esfuerzo de revisión posible en la tarea de fiscalización del fallo condenatorio, y sin magnificar la limitación de la falta de intermediación derivada de la oralidad, no advierto en este punto los defectos invalidantes señalados por la quejosa y comparto las conclusiones del tribunal.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

El a quo tuvo por acreditado, en lo que aquí interesa, que el día 1 de mayo de 2009, aproximadamente a las 11:45 horas, en Avenida Gaona entre Garavagno y Félix Ballester de Ciudadela, motivado en una discusión que mantenía con M. A. F., un sujeto efectuó un disparo con una pistola calibre 40 que portaba sin autorización, sin intenciones de causar la muerte del nombrado aunque de modo tal que el proyectil rebotó en el asfalto y lo impactó en la zona del tórax ocasionando su deceso.

Esa materialidad infraccionaria fue tenida por cierta, en primer lugar, a partir de los testimonios de dos vecinos del acusado que observaron lo sucedido.

En este sentido el testigo A. F. Z. contó que ese día vio al aquí imputado discutiendo con una persona con voz elevada, que se acercó y le preguntó que pasaba respondiéndole éste que alguien tiró unos cascotes en la vereda, que lo vio nervioso por lo que le dijo que no se preocupe que él sacaría los cascotes, pero que D. S. estaba nervioso, le pareció que no lo escuchaba. Que en eso ve venir a una persona con un carro que era con quien discutía su vecino, y en un momento D. S. se levanta la remera y tenía un arma, y cuando ve eso en una reacción refleja lo zamarrea y le dice “¿Qué vas a hacer, estas loco?”, y después de eso recuerda que sacó el arma y disparó. El testigo aclaró que él en ningún momento tuvo contacto

con el arma, e incluso aclaró que él le tomó a D. S. el brazo izquierdo, no el derecho que fue con el que tenía el arma.

El testigo N. L. A. S. relató que cuando iba a hacer compras vio a un señor que estaba tirando unos cascotes en la vereda y al regresar lo vió discutiendo con su vecino D. S. que discutían bastante fuerte, trató de decirles que se calmen y siguió su camino y a los pocos metros escucha un disparo, vio a D. S. parado con el arma y luego que entró a su casa.

La Defensa centra su pretensión en este punto en la hipótesis del disparo accidental, introducida por el imputado en su versión exculpatoria. D. S. alegó que el disparo se produjo producto de la intervención del testigo Z. quien según el imputado lo tomó del antebrazo derecho al verlo armado y allí se produjo el disparo. Sin embargo el a quo desconsideró esta excusa no sólo por contraponerse con las afirmaciones del testigo Z. en el debate, quien como quedó plasmado más arriba dijo que intentó tomar al imputado del brazo cuando lo vio armado pero que lo hizo en el brazo izquierdo que era el que tenía de su lado, siendo que D. S. portaba el arma en su mano derecha.

Pero además el a quo consideró razonablemente que los dichos del imputado tampoco se condicen con lo que ocurre de ordinario en estos casos, pues más allá que es cierto que uno de los peritos afirmó que no era necesaria una fuerza extraordinaria para producir el disparo, ello implica tanto como afirmar, como acertadamente lo entendió el a quo, que sí se requiere la que ordinariamente es necesaria para accionar su dispositivo, sin



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

que sea razonable pensar que ello se podría haber producido sólo por el contacto de una persona con el brazo de quien portaba el arma.

En suma, D. S. sacó el arma de su cintura y la tomó por la empuñadura colocando su dedo en la cola del disparador, debiendo además previamente montarla para que la bala se aloje en la recámara y se oprima la cola del disparador, que en el caso del arma en cuestión es la acción que libera el seguro.

Siendo ello así, es por demás lógico el descarte por parte del a quo de la posibilidad de que el disparo se haya producido accidentalmente, pues además de las distintas acciones que se requieren para producirlo, que de por sí tornan inverosímil la posibilidad de que el arma se accione por un empujón o forcejeo con quien la porta, se suma que el testigo Z. se hallaba ubicado, al momento del disparo, a la izquierda de D. S. lo cual fue ratificado incluso por el propio imputado, y a partir de ello es sin dudas más lógica la afirmación del testigo en cuanto a que el brazo que intentó tomarle era el izquierdo, es decir aquel en el que no tenía el arma.

La prueba antes mencionada constituyó una base sólida para la acreditación de los puntos cuestionados y justificó la conclusión sentenciada en cuanto a que el disparo fue efectuado intencionalmente por D. S., aunque claro sin intención de matar a la víctima, y las críticas del recurrente a la

actividad del sentenciante se sustentan en una particular interpretación de cómo debieron valorarse las pruebas recibidas pero no alcanzan para demostrar absurdo o arbitrariedad en la apreciación que de ellos hizo el Tribunal.

El a quo no ha hecho otra cosa que ejercer legítimamente la facultad que la ley otorga a los jueces del juicio para establecer el mérito de las pruebas con la única limitación de la razonabilidad en que funden su decisión, quienes por su inmediación frente a los órganos de prueba, son los encargados de establecer el mayor o menor valor de las declaraciones testimoniales, ello salvo que se demuestre contradicción con las reglas de la lógica, el sentido común, el conocimiento científico o aquellas que rigen el entendimiento humano, y ninguna de estas circunstancias se advierten en este caso aún habiendo realizado en esta sede el máximo esfuerzo revisor de las constancias probatorias valoradas con la limitación que impone a este Tribunal la falta de inmediación con la prueba producida durante el debate oral.

Finalmente, la violación del principio in dubio pro reo que la defensa denuncia debe rechazarse por cuanto a partir de la reseña antes desarrollada queda descartado que los sentenciantes hayan dictado el pronunciamiento sin certeza, ni surge de la ponderación objetiva de la prueba un estado de duda capaz de conmover el resolutorio impugnado.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

De manera que, al no haber logrado la recurrente conmover el razonamiento lógico realizado por el a quo para tener por acreditados los extremos que cuestiona en el tramo del recurso en trato, sus alegaciones devienen insuficientes para casar el fallo, por lo que propongo el rechazo de este motivo de agravio.

B) Tampoco puede prosperar la pretensión que la defensa introduce recién en esta instancia, relativa a que su asistido habría actuado en el caso amparado por la justificante de legítima defensa.

En primer lugar cabe descartar la alegada omisión de tratamiento de esta cuestión por parte del a quo pues, como la propia recurrente lo reconoce, la concurrencia de la justificante no fue planteada en ningún momento por las partes por lo que mal podría haberse omitido su tratamiento.

Por otro lado, aún frente a la falta de planteo expreso por parte de la defensa, del desarrollo de los fundamentos vertidos en el fallo y de los hechos que se tuvieron por acreditados sin absurdo, surge que el a quo ha descartado la posibilidad de que el imputado haya actuado en legítima defensa.

En efecto, el sentenciante tuvo en cuenta por ejemplo que, contrariamente a lo afirmado por la recurrente, nada tuvo que ver con lo que ocurrió el hecho de vivir en un contexto de riesgo para los bienes, ni el temor

por la inseguridad, ni el manejo de sumas de dinero, pues ha tenido por cierto que D. S. *“...no vio amenazada su familia en modo alguno. Antes bien, si algo amenazante escuchó de boca de la víctima, fue a partir de su propia desmedida reacción frente a algo que no pasaba de una mera infracción municipal...”*.

De ese modo el a quo descartó de un modo incuestionable el supuesto temor con el que habría actuado el imputado ante la actitud amenazante de la víctima, a la cual la defensa pretende dar entidad de agresión ilegítima o amenaza inminente, fundante de la legítima defensa.

Para ello tuvo en cuenta que esa supuesta amenaza provenía de quien previamente había sido insultado por el propio imputado en razón de la discusión elevada de todo generada por el descarte de los escombros, a quien el propio D. S. le exigía que removiese los cascotes que había arrojado en su vereda e incluso le había quitado la moto, quien además se trataba de un hombre bastante mayor en edad que el imputado y de un físico menor; todo lo cual no se compadece de ningún modo con el supuesto temor en el ánimo del imputado que la defensa pretende afirmar.

Por otro lado más allá de lo que pudiera haber manifestado la víctima durante la discusión, lo cierto es que en el momento en que D. S. ingresó a su casa y salió con el arma, aquel se encontraba sólo y más bien alejándose del lugar, pues el testigo Acuña Sanabria dijo que ambos se decían de todo, pero que cuando salió armado fue D. S. quien le dijo a la víctima “vení, vení”,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

y cuando este se acercaba producto de ese llamado fue que se produjo el disparo.

Así las cosas, sin que pueda conmovirse el hecho acreditado no puede decirse que la conducta de D. S. se encontrara bajo el amparo de la justificante prevista por el art. 34 inc. 6º del Código Penal.

La legítima defensa presupone un estado de necesidad proveniente de la amenaza de sufrir un mal grave e inminente generado por una agresión antijurídica y no provocada que permite la defensa de los bienes jurídicos aún mediante la realización de conductas típicas, siempre que el que se defiende no haya debido optar por una conducta menos lesiva.

El límite máximo de la legítima defensa debe establecerse en la medida de lo necesario para la protección de los intereses individuales y la preservación del derecho. En el caso de ningún modo surge acreditada la existencia de una agresión ilegítima que hiciera necesaria la conducta asumida por el imputado para defender sus intereses, pues la actitud de la víctima no representaba un peligro para la vida o la integridad física ni permitían intuir una agresión inminente de aquella naturaleza, pues aún admitiendo los insultos e incluso algún tipo de palabra amenazante por parte de la víctima, lo cierto es que ello se dio en el marco de una acalorada discusión en la que el imputado también tuvo una activa participación.

Aún cuando se tomara por cierto que la víctima manifestó de modo amenazante que volvería con gente de “la G.”, esa manifestación de ningún modo representaba, en el contexto en el que fue proferida, algún peligro para la vida o la integridad física ni permitía intuir una agresión inminente de aquella naturaleza.

A ello se suma que el imputado claramente tenía disponibles conductas menos lesivas para solucionar el conflicto, tales como ignorarlo o llamar a la autoridad policial o municipal, de manera tal que de ningún modo tenía la necesidad de impedir o repeler una supuesta agresión del modo en que actuó.

Entonces, faltando el estado de necesidad derivado de la existencia de un peligro actual creado por una agresión ilegítima, no puede considerarse concurrente la justificante de legítima defensa.

En definitiva, conforme lo que se tuvo por acreditado sin absurdo en este caso, el imputado no sufrió ninguna agresión que pudiera hacer nacer el estado de necesidad que supone la amenaza de sufrir un mal grave e inminente, y frente a esa plataforma fáctica se alza la tesis defensiva basándose sólo en el resultado de una ponderación subjetiva de los elementos de prueba, con prescindencia de aquella que realizó el Tribunal para arribar a la certeza de que los hechos ocurrieron tal como se plasmó en el fallo, de manera que el agravio articulado en los términos contenidos en el recurso deviene insuficiente desde que la exclusión de la justificante invocada aparece ajustada a los hechos que se tuvieron por probados.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

C) Sí debe tener favorable acogida el agravio que cuestiona la aplicación al caso de la agravante genérica prevista en el art. 41 bis del C.P.

La norma en cuestión prevé que "...cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego la escala penal prevista para el delito del que se trate se elevará en un tercio en su mínimo y máximo...". La necesaria concurrencia de estos elementos (violencia o intimidación contra las personas) hace que la presencia del dolo resulte inherente a la operatividad de la agravante y por ende torna imposible la agravación respecto de los delitos culposos.

La figura prevista en el artículo 84 del Código Penal solamente exige que el resultado lesivo esté determinado por la violación normativa, es decir, que medie entre la antinormatividad y el resultado una relación de determinación (conexión de antijuridicidad).

En este tipo de delitos, por definición, se excluye la posibilidad de dirigir la conducta "contra" las personas, pues un direccionamiento de ese tipo nos ubicaría necesariamente en el terreno del dolo. Lo que se reprocha al autor en el caso de los delitos culposos es una infracción al deber de cuidado, que se agota en si misma, por lo que la violencia o intimidación a que alude el art. 41 bis no pueden ser elementos del tipo penal aplicado (art. 84 del C.P.).

Cabe aclarar que, a mi criterio, no guarda atinencia con la cuestión en trato el hecho que el legislador haya previsto como circunstancia agravante específica del homicidio culposo su producción mediante la conducción imprudente de un vehículo automotor. En este caso se trata de una agravante que atiende exclusivamente al medio riesgoso que se manipula, pero que de ningún modo prevé, porque no sería aceptable tratándose de un delito culposo, que ese medio sea utilizado “contra” las personas.

Es decir, en principio nada impediría que el legislador sancione con una pena agravada el homicidio culposo cometido mediante la manipulación imprudente de un arma de fuego, pero esa previsión no existe, y la que contiene el art. 41 bis del C.P. es muy distinta a ella, porque no atiende sólo al medio empleado sino a su utilización con violencia o intimidación “contra” las personas que es lo que veda la posibilidad de aplicarlo a delitos no dolosos.

En razón de lo expuesto entiendo que corresponde casar el fallo en este punto y excluir la aplicación de la agravante prevista en el art. 41 bis del C.P. al delito de homicidio culposo.

D) No puedo acompañar a la defensa cuando solicita que se aplique la figura atenuada de la portación prevista en el art. 189 bis inciso segundo, sexto párrafo del C.P.

La 25.886 en lo que aquí interesa, estableció en primer lugar un tipo básico de portación ilegal de armas de guerra (inc. 2do., 4to. párr.) y luego



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

previó tipos atenuados y otro agravado. En el tipo básico se pune la portación con pena privativa de libertad con un mínimo de tres años y seis meses y un máximo de ocho años y seis meses, ese marco punitivo se reduce para los tipos atenuados en un tercio del mínimo y del máximo.

Una de esas atenuaciones se aplica cuando "por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos" (art. 189 bis, inc. 2°, 6to. párrafo).

Sentado ello, la atenuación en trato no consagra ninguna inversión de la carga probatoria, sino que su aplicación depende de la verificación en el caso de las pautas objetivas que fija la ley y que es función del juzgador, en base a las normas generales que rigen la apreciación de la prueba, determinar si se configuran o no.

Que en muchos casos la aplicación de la figura atenuada sea requerida por la defensa, material o técnica, no explica que ésta se vea coaccionada a dicha determinación sino que es la lógica consecuencia de la estructura marcadamente subjetiva del tipo -"falta de intención de utilizar las armas con fines ilícitos"-, pero ello no difiere de lo que ocurre con otras figuras atenuadas de similar estructura como por ejemplo el homicidio preterintencional.

Teniendo en cuenta todo lo dicho entiendo que la sentencia se muestra ajustada a las circunstancias comprobadas de la causa abasteciendo la plataforma fáctica fijada los requisitos típicos de la figura básica de portación ilegal de arma de guerra, sin que por otro lado se advierta fisura o duda alguna en el razonamiento delineado por el tribunal para calificar el hecho objeto de juzgamiento del modo señalado.

En ese sentido el a quo descartó la falta de intención de utilizar el arma portada con fines ilícitos, a partir de que las circunstancias fácticas que rodearon la actuación del imputado, que lejos de denotar la falta de la intención mencionada, evidenciaron lo contrario, pues la portación que se tuvo por acreditada fue contemporánea a la efectiva utilización del arma con fines ilícitos, como fue efectuar un disparo en la vía pública.

A la luz de todo lo dicho la decisión del a quo de excluir la falta de intención de utilizar las armas con fines ilícitos no deviene arbitraria y merece ser compartida. Es que las “circunstancias del hecho” suministran en el caso una pauta objetiva de ponderación, que se presenta incompatible con la falta de intención de la utilización del arma portada con fines ilícitos. Ello así máxime teniendo en cuenta que ilícito no significa necesariamente delictivo sino que remite a un concepto más amplio de injusto o contrario a derecho.

En definitiva, no fue erróneamente aplicada al caso la figura básica de portación ilegal de arma de guerra prevista en el art. 189 bis inc. 2º, párrafo cuarto del C.P., si se advierte que en el sub lite se encuentran presentes



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

todos los requisitos que ella exige, por lo que propicio el rechazo de este motivo de agravio.

E) Finalmente, y sin perjuicio de la reducción de pena que propondré en atención al acogimiento de uno de los agravios de la recurrente, entiendo que no es atendible la crítica que trae la defensa alegando la desproporción de la pena a imponerse a su asistido en atención a la “exorbitancia” del mínimo de pena conminado para los delitos que se le imputan.

La recurrente se ocupa de realizar citas doctrinarias y jurisprudenciales relacionadas con el carácter indicativo de los mínimos legales y la posibilidad de dejarlos de lado cuando resulten atentatorios de los principios de culpabilidad, proporcionalidad y dignidad del hombre.

Sin embargo, a la hora de relacionar tales principios con el supuesto de autos, la defensa se ha limitado a alegar que en el caso el mínimo legal aplicable -de tres años y seis meses de prisión- resulta una pena irracional, degradante de la dignidad humana, no ajustada a la verdadera culpabilidad de E. A. D. S. y al ilícito formal endilgado.

A mi modo de ver las alegaciones defensasistas en este punto resultan genéricas y sobre todo parcializadas, pues hacen pié en la pena prevista para el delito de portación ilegal de arma de guerra pero no se hacen cargo de que el imputado viene también condenado por el delito de homicidio culposo.

Así las cosas, aún admitiendo que los mínimos legales puedan ser excepcionados en los casos en que resulten inconciliables con principios de raigambre constitucional; lo cierto es que para ello es imprescindible que esa incompatibilidad resulte clara, palmaria y contundente para que de ese modo quede justificada suficientemente tan delicada actividad jurisdiccional.

Es que para la declaración de inconstitucionalidad de una norma resulta indispensable acreditar fehacientemente el perjuicio que su aplicación acarrea en el caso concreto.

Es por ello que no cabe expedirse aquí en relación a la escala penal prevista por el legislador en abstracto, sino sólo en relación a la incidencia que su aplicación ha tenido en la determinación de la pena efectivamente aplicada al causante pues es esta la medida del interés jurídico del recurrente.

En este sentido, la argumentación de la defensa no demuestra de que manera en el caso la aplicación de una pena cercana al mínimo legal aplicable, que de prosperar mi postura quedará fijada en el mínimo, resulte irrazonable o desproporcionada con el contenido injusto de la conducta juzgada y la culpabilidad de su autor, con mas las circunstancias agravantes y atenuantes ponderadas en el fallo que no han sido cuestionadas.

Repárese que D. S. fue condenado no sólo por el delito de portación ilegal de arma de guerra, sino además por el de homicidio culposo, en virtud del hecho cuyas características se detallaron en el fallo. Frente a ello, la imposición de una pena de tres años y seis meses de prisión y cinco años de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

inhabilitación especial para el uso de armas de fuego –como la que aquí propondré- de ningún modo puede considerarse irracional o desproporcionada.

En razón de todo lo expuesto es que he de proponer al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de casación deducido y casar parcialmente el fallo por haber aplicado erróneamente el art. 41 bis del CP en relación al delito previsto en el art. 84 del mismo cuerpo legal.

En todo lo restante corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por los fundamentos expuestos al tratar la cuestión planteada.

En consecuencia propongo reducir la pena que corresponde imponer a E. D. S. como autor de los delitos de homicidio culposo y portación ilegal de arma de guerra en concurso ideal, fijándola en tres años y seis meses de prisión y cinco años de inhabilitación especial para el uso de armas de fuego, accesorias legales y costas, con exclusión de ellas en esta instancia.

Así lo voto.

Arts. 1, 210, 371, 373, 448, 461, 530, 531 y cctes. del C.P.P.; 41, 41, 41 bis, 84, art. 189 bis y ccdtes. del C.P.

A la **misma cuestión** planteada el señor juez doctor **Ordoqui dijo:**

Adhiero al voto del doctor Celesia en igual sentido y por sus mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que termino el acuerdo dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, la Sala V del Tribunal

R E S U E L V E

I. Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto y casar parcialmente el fallo por haber aplicado erróneamente el art. 41 bis del CP en relación al delito previsto en el art. 84 del mismo cuerpo legal.

II. Reducir la pena que corresponde imponer a E. D. S. como autor de los delitos de homicidio culposo y portación ilegal de arma de guerra en concurso ideal, **fijándola en tres años y seis meses de prisión y cinco años de inhabilitación especial para el uso de armas de fuego, accesorias legales y costas, con exclusión de ellas en esta instancia.**

III. Rechazar el recurso de casación interpuesto en relación a los restantes motivos de agravio, por los fundamentos expuestos al tratar la cuestión planteada en la presente.

Arts. 1, 210, 371, 373, 448, 461, 530, 531 y cctes. del C.P.P.; 41, 41, 41 bis, 84, art. 189 bis y ccdtes. del C.P.

Regístrese, notifíquese a la Defensa y al Ministerio Público Fiscal y devuélvase para el cumplimiento de las notificaciones pendientes.

DM

Fdo: Jorge Hugo Celesia - Martín Manuel Ordoqui



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Ante mí: Rafael Alejandro Laderach

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA