

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 72872/2014/TO1/CNC1

Reg.n° 891/2018

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 02 días del mes de agosto de 2018, se reúne la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Luis Fernando Niño, Gustavo A. Bruzzone y Luis M. García, asistidos por el secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 594/642, en el presente proceso n° CCC 72872/2014/TO1/CNC1, caratulado “Chung, Leonardo Esteban s/ homicidio simple”, del que **RESULTA:**

I. Los jueces integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 15 de la ciudad de Buenos Aires, por veredicto del día 7 de abril de 2016 cuyos fundamentos fueron puestos en conocimiento de la partes el 14 de ese mismo mes y año, resolvieron -en lo que aquí interesa- **condenar** a Leonardo Esteban Chung por considerarlo autor material y penalmente responsable del delito de homicidio agravado por haber sido cometido mediante el empleo de un arma de fuego a la pena de once años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 5, 12, 29.3, 41 bis, 45 y 79 C.P.; y 530, 531 y 533 CPPN); por mayoría en cuanto a la imposición de la agravante del artículo 41 bis y ulterior de las accesorias legales impuestas, habiendo quedado en minoría en esos aspectos el juez Adrián Martín.

II. Contra dicha resolución, la defensa interpuso recurso de casación (fs. 594/642), remedio procesal que fue concedido a fs. 643 por el tribunal en cuestión.

La parte recurrente concretó el objeto de su impugnación en dos tópicos que fundó motivados en ambos incisos del artículo 456 del CPPN, en función de los cuales solicitó: a) la inconstitucionalidad de la agravante genérica del artículo 41 bis CP; y b) la arbitrariedad por haber omitido contestar un argumento dirimente de la defensa, sobre la antijuricidad de la acción imputada por haber existido una causa de justificación de su asistido, quien actuó en legítima defensa.

III. Posteriormente, se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la

Capital Federal, cuyos integrantes decidieron otorgar al recurso el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación.

IV. Superada la instancia del art. 468 CPPN, tuvo lugar la pertinente deliberación, a partir de la cual se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO:

El juez Luis Fernando Niño dijo:

I. Tal y como se consignó en el epígrafe, el tribunal oral en lo criminal n° 15 condenó a Leonardo Esteban Chung por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio y, por mayoría, agravado por haber sido cometido mediante el empleo de un arma de fuego.

I.1 El hecho que tuvo por acreditado fue que el primero de diciembre de 2014 Leonardo Esteban Chung se constituyó en el domicilio de Ariel Alejandro Lang y en ocasión de mantener una discusión y pelea le disparó con un arma de fuego que le produjo la muerte.

II. Como primer agravio la defensa solicitó la inconstitucionalidad de la figura genérica establecida en el artículo 41 bis CP, escogida en el voto de los jueces que conformaron la mayoría. Ello debido a que, a su entender, la norma en cuestión viola el principio de legalidad, debido a que no respeta el mandato de *lex certa* implícito en la garantía en cuestión.

Para fundar la inconstitucionalidad, refirió que no se desprende de tal norma, si es aplicable a tipos penales tales como el homicidio simple o las lesiones leves, agregando que la aplicabilidad de la norma es tan dudosa que en la jurisprudencia existen “*dos posibilidades interpretativas de similar peso y con resultados opuestos; uno a favor y otro en contra*”; en base a ello afirma la defensa que “*existen precedentes contradictorios porque es dudosa la extensión de dicha norma*”; y que atento a ello debería aplicarse la solución más favorable para el imputado.

En definitiva, manifestó que “[*l*]a aplicabilidad de la agravante genérica examinada al tipo de homicidio simple resulta dudosa, esto es: el precepto contenido en el primer párrafo del art. 41 bis del CP no es claro y no respeta, por

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 72872/2014/TO1/CNCI

tanto, el mandato constitucional de lex certa, siendo esta la razón de su inconstitucionalidad”.

Por otro lado, la defensa manifestó que, si se aplica el método sistemático de interpretación de los textos entre el artículo de referencia y el artículo 104, que prevé una pena de prisión para quien abuse de las armas sin producir una herida a una persona o una lesión que establezca una pena menor, también la norma resulta inconstitucional por imperio del principio de especialidad.

En este sentido, concluyó que *“el empleo de un arma de fuego como modo comisivo para la causación de lesiones graves o gravísimas y de homicidios ya que ha sido contemplado en los tipos penales básicos respectivos, pues ello es lo que resulta de interpretar dichos tipos en conjunción con que aquel que expresamente valora la utilización de un arma de fuego en contra de una persona: el art. 104 del CP. Aun aceptándose entonces, y a solo título de hipótesis argumentativa, la validez del primer párrafo del art. 41 bis, estaría claro, ya por imperio de su segundo párrafo y del art. 104 del CP, que la agravante genérica que aquél introduce no es aplicable a dichos delitos”.*

En la audiencia celebrada ante esta cámara, agregó que, en caso de que los jueces no compartan la inconstitucionalidad de la norma en cuestión, no debería aplicársela, igualmente al presente caso, sobre la base de la excepción establecida en el segundo párrafo del artículo en cuestión.

II.1 En el voto de los jueces que conformaron la mayoría en cuanto a la aplicación del artículo 41 bis, se consignó que, en el caso concreto, el arma de fuego utilizada por el imputado optimizó su poder ofensivo contra la víctima.

II.2 Sin perjuicio de haber resultado vencido por mis colegas en la deliberación de la presente causa, daré las razones de mi postura sobre el tópico.

De la lectura del agravio presentado en el escrito recursivo, se advierte que la defensa mezcla argumentos relativos a la inconstitucionalidad de la norma con la inaplicabilidad -en casos como el presente- por la excepción establecida en el segundo párrafo del artículo en cuestión, circunstancia que fue salvada en la audiencia celebrada ante

esta cámara, momento en que la defensa, sobre la base de algunos de los argumentos expuestos en el recurso de casación, solicitó, en forma subsidiaria, la inaplicabilidad de la agravante establecida en el art. 41 bis segundo párrafo.

Aclarado ello, considero que la recurrente no ha fundamentado suficientemente el reproche de constitucionalidad del art. 41 *bis*, CP.

En este sentido, corresponde recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas llevan en principio la presunción de validez (Fallos 263:309) y que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional, “*ultima ratio*” del orden jurídico, ejerciéndose únicamente cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos 303:625).

Ahora bien y teniendo en cuenta la consideración efectuada en el primer párrafo del presente punto, estimo que corresponde descartar en esta causa la aplicación del artículo 41 bis CP, habida cuenta de que no comparto la doble agravación del hecho ensayada en la ocasión por el tribunal oral, en lo referido al empleo de un arma de fuego, por estricta aplicación de la excepción dispuesta en el segundo párrafo del artículo de referencia.

Hube de referirme al tópico en cuestión al expedirme en los precedentes “**Mejía Uriona**”¹ y “**Cañete**”² –aclaro que, en tales ocasiones, la aludida agravante encontró conexión con el delito de robo con armas y homicidio culposo, respectivamente– y, posteriormente, en los casos “**Lombardo**”³ y “**Moreira**”⁴, en los que se apuntó que la aplicación del art. 41 *bis* del código de fondo al homicidio simple resulta contrario al sistema ideado originariamente por ese cuerpo de normas pues, en la protección de la vida, el empleo de un arma de fuego *ya fue contemplado por el legislador al regular el abuso de armas*; correspondiendo

¹ Sentencia del 3.5.16, reg. 330/2016, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse.

² Sentencia del 12.4.17, reg. 250/2017, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse.

³ Sentencia del 30.5.17, reg. 415/2017, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse.

⁴ Sentencia del 24.5.18, reg. 579/2018, jueces García, Días y Niño.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 72872/2014/TO1/CNCI

agregar que *“el homicidio ya tiene incluida la seguridad del daño imaginable contra las personas (la muerte), (con lo que se) explica que no debe ser agravado el hecho por la utilización de un arma de fuego”*.⁵

En efecto, la conducta consistente en disparar un arma de fuego contra una persona sin hierirla o causándole una herida a la que corresponda una pena menor a la de uno a tres años de prisión se encuentra perfectamente definida en el artículo 104 del Código Penal, que deja a salvo los hechos que importaren un delito más grave. Tal escala punitiva cuadra, pues, para la puesta en peligro o la lesión leve causada por el disparo de un arma de tal característica; y el legislador original supo prever el aumento o la disminución de aquella, según concurriere alguna de las circunstancias previstas en las figuras de homicidio agravado o atenuado, respectivamente, en el artículo subsiguiente. Si así obró y, paralelamente, respecto del homicidio simple, se limitó a la lacónica descripción del artículo 79, destinando a otros preceptos la previsión de aquellas circunstancias de agravación y atenuación que decidió plasmar en su catálogo, cabe interpretar razonablemente que entendió suficiente, de cara a la concreción de aquel peligro en la máxima lesión contra la vida, con aumentar ocho veces el mínimo de la pena relativa al abuso de armas y más de ocho veces el máximo.

La amplitud de tal escala es otro argumento plausible para cogitar que el legislador original dejó –genéricamente– al criterio de los jueces la mensuración de la respuesta punitiva en lo referente a los medios empleados para ejecutar la conducta letal y las demás pautas contenidas en el artículo 41 del Código Penal. Ello, claro está, sin perjuicio de la eventual aplicación, en caso de que así correspondiere, del dispositivo reductor de la tentativa contenido en el artículo 42 del mismo cuerpo de leyes.

Por añadidura, si la intención del legislador hubiera sido la de agravar específicamente la figura de homicidio cometido con arma de fuego, la habría añadido en la Parte Especial, como decidió hacerlo con

⁵ D' Alessio, Andrés José –Director– y Divito, Mauro –Coordinador–, “Código Penal-Comentado y Anotado”, T. II, Parte Especial, 2ª edición actualizada y ampliada, Editorial La Ley, Buenos Aires, pág. 664.

otros medios lesivos de ese mismo bien jurídico. Luego, la conclusión del tópico es clara, a mi criterio: el homicidio cometido con arma de fuego encuadra en la figura del homicidio simple.

En definitiva, corresponde hacer lugar al recurso de casación en lo que al punto respecta, dejar sin efecto la agravante genérica contemplada en el art. 41 *bis*, CP y, consecuentemente, disponer que la conducta reprochada a Leonardo Esteban Chung quede subsumida en el tipo penal de homicidio simple (art. 79, CP).

Habida cuenta del cambio de calificación postulado, correspondería, de no haber sido vencido en la deliberación por mis colegas, que se lleve a cabo la audiencia que prevé el art. 41, CP, lo que habilitaría a este órgano colegiado a fijar la respuesta punitiva correspondiente.

III En segundo lugar, la defensa expresó que el fallo recurrido fue manifiestamente arbitrario por omitir el *“estudio y análisis de cuestiones que resultan evidentes”*.

En este sentido, sostuvo que el juez que voto en primer término solamente enumeró los elementos obrantes en la causa sin realizar una valoración de ellos, por lo que concluyó que *“nos encontramos con un fallo que contiene una apariencia de fundamentación”*.

A ello agregó que los jueces que adhirieron al voto del primer juez no efectuaron ninguna valoración adicional.

Puntualmente criticó que durante el alegato efectuado por esa parte se *“demostró a las claras la existencia de una causa de justificación; legítima defensa, en el accionar de Leonardo Esteban Che[u]ng”*. Y que esa defensa no tuvo ninguna respuesta de parte del tribunal al momento de dictar el fallo recurrido, habiéndose omitido valorar los elementos probatorios que avalaban su postura.

Finalmente, afirmó que *“[e]xistió una agresión ilegítima, fue víctima de agresiones con golpe de puño y patadas en el piso para luego, intentar Lang, agredirlo con un objeto contundente que recogió junto a un árbol. Esas circunstancias surgen de los dichos de Vanesa Martínez”*.

III.1 He de recapitular: la defensa manifestó que la sentencia dictada por el Tribunal Oral N° 15 fue manifiestamente

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 72872/2014/TO1/CNCI

arbitraria, toda vez que ninguno de los jueces dio respuesta al principal argumento brindado por esa defensa, esto es, que el accionar de su asistido Chung se encontraba justificado debido a que actuó en legítima defensa.

Adelanto desde ya que –a mi criterio– este agravio no habrá de prosperar, toda vez que no advierto que la posición de la defensa haya carecido de la correspondiente respuesta por parte de los integrantes del aludido órgano colegiado.

En primer lugar, el voto que lidera el acuerdo luego de valorar la prueba recaba en el juicio para tener por acreditado el suceso por el cual se llevó a juicio a Chung, descartó la posición de la defensa relativo a que su asistido había actuado en legítima defensa al destacar *“lo inverosímil del descargo ensayado en punto al modo ocasional en que halló el arma homicida con la que concurrió en definitiva al domicilio de la víctima, utilizada para ocasionar el óbito”*; además de referir que *“no se aprecian de las constancias obrantes en la encuesta causales de justificación que permitan excluir la antijuricidad de la acción típica antes descripta, como así tampoco presupuestos de inculpabilidad”*.

A ello se agrega que, la colega que opinó en segundo término desechó acertadamente la legítima defensa sobre la base de que *“como reconoció Chung durante la audiencia fue él quien en principio habría ido a conversar con Lang, no obstante lo cual, llevó un arma de fuego cargada la cual accionó tal cual ha quedado acreditado”*; en cuanto a la supuesta agresión ilegítima y la proporcionalidad de los medios utilizados para repelerla, apuntó que el disparo ocurrió *“cuando Lang estaba de costado y no agrediéndolo”* y que la víctima *“no tenía ningún tipo de arma, por lo que la existencia de golpes de puño mutuos frente a la utilización de un arma de fuego de 9mm desplaza la proporcionalidad que se exige para sostener la existencia de una legítima defensa”*; agregando, por último, que tampoco concurren los demás elementos exigidos en la norma.

Asimismo, el último juez que votó adhirió a sus dos colegas preopinantes a, excepción de la aplicación del artículo 41 bis del ordenamiento penal sustantivo, quedando en minoría solamente en ese aspecto, por lo que corresponde desechar el segundo agravio, toda vez

que en la sentencia recurrida no se omitió analizar la legítima defensa alegada por la defensa técnica y fue correctamente descartada.

IV. En definitiva, propongo al acuerdo, entonces, HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto a fs. 594/642vta. por la defensa de Leonardo Esteban Chung, debiéndose calificar el hecho probado como constitutivo del delito de homicidio simple (arts. 79 CP; 456 inc. 1º, 465, 468, 469, 470, 530 y 531, CPPN).

El juez Gustavo A. Bruzzone dijo:

Llegado el momento de emitir mi voto, he de coincidir en lo sustancial con las argumentaciones volcadas por el juez Niño para descartar los planteos efectuados por la defensa, tanto en lo que concierne a la inconstitucionalidad del art. 41 *bis* CP, como así también a la arbitrariedad del pronunciamiento por omisión de tratamiento de una cuestión conducente para la solución del caso.

Sin embargo, he de disentir con el distinguido colega en punto a la inaplicabilidad de la agravante genérica contenida en el art. 41 *bis* CP al caso en estudio.

Respecto de esta puntual cuestión, me remito en un todo a lo que expuse en oportunidad de fallar en los autos “**Espínola Cañete**”⁶, cuyos fundamentos doy aquí por reproducidos por razones de brevedad.

Por lo expuesto, entiendo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa, en todo cuanto fuere materia de agravio, con costas.

Tal es mi voto.-

El juez Luis M. García dijo:

1. La defensa ha impugnado la sentencia de condena desde dos perspectivas. Por un lado ha impugnado el dispositivo de la sentencia que ha declarado aplicable al homicidio la agravante del art. 41 *bis* CP. Por otro acusa arbitrariedad arguyendo omisión de tratamiento de su alegación de que el imputado habría obrado en legítima defensa (art. 34, inc. 6, CP), y por ende falta de fundamentación de la condena.

⁶ Sala 1, causa n° 15.583/13, rta. 27/10/2015, Reg. n° 595/2015.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 72872/2014/TO1/CNCI

Abordaré las cuestiones en el orden inverso al que son traídas en el escrito de interposición del recurso, pues si por hipótesis tuviese éxito en la segunda se tornaría inoficioso el tratamiento de la primera.

2. En el punto III de su intervención el juez Niño ha sumariado la alegación de la defensa y ha abordado de modo exhaustivo el examen de la sentencia, en su integralidad, esto es, atendiendo a los fundamentos que se dan en los respectivos votos.

Contra lo que pretende la defensa, que se dedica a la crítica aislada de lo que expresa el juez de primer voto, se desprende que la alegación de legítima defensa también había sido abordada por la jueza de segundo voto, a cuyos fundamentos adhirió el juez que votó en último término. Ninguna crítica puntual hay en el recurso de casación.

En particular destaco que el juez de primer voto no sólo había hallado inverosímil el descargo en punto al modo en que el imputado habría hallado el arma empleada, con la que concurrió al domicilio de la víctima, sino que además había tenido por demostrado “que el acusado efectuó disparos con un arma de fuego de gran calibre con un alto poder ofensivo -sabiendo que estaba cargada y en condiciones inmediatas de uso- y que uno de los disparos ingresó en la espalda de la víctima, lo cual demuestra que fue un ataque deliberado y preanunciado un rato antes, cuando le anunció a la víctima que se constituiría en su domicilio porque él «no resolvía los problemas de otra forma»” (fundamentos de la sentencia, fs. 581).

Por su parte, la jueza de segundo voto, contestó al alegato la Defensa “con relación a la legítima defensa, he entendido en la deliberación que ella no se encuentra presente ya que como reconoció Chung durante la audiencia fue él quien en principio habría ido a conversar con Lang, no obstante lo cual, llevó un arma de fuego cargada la cual accionó tal cual ha quedado acreditado”. Y agregó que “la acción de Chung consistente en utilizar y disparar el arma de fuego lo fue cuando Lang estaba de costado y no agrediéndolo. A ello se suma que ha quedado demostrado que Lang no tenía ningún tipo de arma, por lo que la existencia de golpes de puño mutuos frente a la utilización de un arma de fuego de 9mm. desplaza la proporcionalidad que se exige para

sostener la existencia de una legítima defensa, ello sin perjuicio de que los demás elementos exigidos por la norma también se encuentran desdibujados” (fundamentos de la sentencia, fs. 583 vta./584).

Finalmente observo que el juez de tercer voto ha adherido a todo lo sostenido por los anteriores, a excepción de la aplicabilidad al caso del art. 41 *bis* CP (fundamentos de la sentencia, fs. 584/590).

Frente a esta constatación, la afirmación de la defensa en punto a que se ha omitido el tratamiento de la alegación de legítima defensa no consulta los términos de la sentencia que arriba se reproducen.

Afirma también la defensa que “existió prueba decisiva que demostró a las claras la existencia de una causa de justificación: legítima defensa” y que “la valoración de estos elementos probatorios fueron ignorados por el Tribunal al momento del dictado del fallo atacado” [SIC]. Continúa afirmando que “existió una agresión ilegítima, fue víctima [el imputado] de agresiones con golpe de puño y patadas en el piso para luego intentar Lang agredirlo con un objeto contundente que recogió junto a un árbol” y alegó que ello surgía de los dichos de su defendido y de la testigo Vanesa Martínez. Y sostiene la existencia de “una proporcionalidad de los medios empleados por cuanto Chung se encontraba en el piso, indefenso, cuando Lang intentó agredirlo con el objeto contundente”, que “la agresión era actual e inminente” y que ello no fue valorado por el tribunal de juicio “y ello se debió a que se omitió realizar un profundo análisis sobre estas pruebas”, lo que a su juicio demuestra la arbitrariedad de la sentencia.

Observo que el Defensor del condenado afirma hechos, y afirma que existen elementos de prueba sobre esos hechos, pero no trae en su recurso ninguna argumentación que permita reconocer cómo los hechos que afirma estarían probados. Si no fuese una sentencia de condena el recurso de casación debería ser declarado lisa y llanamente inadmisibile por falta de fundamentación, porque no trae ninguna relación concreta para sostener su pretensión. Sólo alude a la declaración del imputado y a la de una testigo, por lo que, haciendo el mayor esfuerzo posible por revisar lo revisable sobre la base de lo que puede

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 72872/2014/TO1/CNCI

conocerse de esos dichos, llego a la conclusión que el recurso no ha de ser de recibo.

En lo que concierne a la declaración del imputado, cuyo contenido puede conocerse por lo que se ha asentado en el acta del debate y que la defensa no ha impugnado (fs. 555 vta./556), resulta que el imputado admitió haber intervenido en una conversación con el señor Lang, que discutía y agredía a la mujer del primero en un chat de Facebook, admitió haber tomado la iniciativa para conversar personalmente con él y haber ido a la casa de éste llevando un arma de fuego con cargador y balas “porque sabía que Ariel Lang tenía armas de fuego, tenía antecedentes y también era una persona agresiva, y siempre llevé el arma para defenderme”. Según su versión, cuando tocó timbre “directamente abre la puerta y me empieza a pegar en la cabeza y en el cuerpo hasta que me tira en el piso y me sigue pegando, y en un momento él se para como para ir a agarrar algo del piso, no pude ver bien si era una piedra o si era algo, porque estaba mareado y desorientado por los golpes que tenía en la cabeza y fue en ese momento que *yo saqué el arma sin intención de dispararle*, pero con el reflejo y del miedo para que deje de pegarme *se disparó el arma* hacia arriba y luego vi que cayó Lang y de la desesperación, de la angustia de no saber qué hacer, me fui y tenía tanto miedo que en el camino tiré el arma [...]”. El imputado describió una situación en la que no admite haber disparado voluntariamente, por lo que la defensa tenía la carga de explicar cómo de su declaración se extrae que disparó voluntariamente contra el cuerpo del señor Lang en legítima defensa.

No hay documentado en el acta cuál ha sido el contenido de la declaración testifical de Vanesa Isabel Martínez. Sin embargo en los fundamentos de la sentencia hay una relación de su declaración, que no ha sido impugnada por la defensa (considerando cuarto, punto 4.1). Allí se releva que la mujer, que convivía con Ariel Lang relató la existencia de una conversación en Facebook entre éste y Marina Ontiveros, pareja del imputado y hermana de Marianella, la anterior mujer del señor Lang. Según ese relato en un momento “se metió Leonardo Chung a hablar con Ariel por mensaje de Facebook”, y que “ellos empezaron a

insultarse y a decirse cosas y así fue que Chung le dijo que iba a ir a su casa!”, y que “fue Leonardo Chung quien dijo que iba a ir a su casa porque él arreglaba las cosas personalmente, no lo hacía ni por mensaje ni por Facebook”.

En la sentencia se expresa que la testigo relató que “cuando tocó el timbre y abrió la puerta Ariel estaba Leonardo parado en frente en la puerta, discutieron dos o tres palabras nada más y se agarraron a trompadas”, que “estaban como en la lucha libre, agarrados, enlazados y cuando Ariel se lo saca de encima lo empuja contra la pared y Leonardo cae al piso. Ariel toma cierta distancia y ahí Leonardo sacó el arma de la cintura y le disparó y Ariel se dio vuelta y él le volvió a disparar”. Relató también una agresión de la novia del imputado a la declarante, antes del disparo, y se releva que la testigo fue preguntada sobre si vio que antes de los disparos Ariel hubiese tomado o querido tomar algún elemento del piso, y que ella respondió que no, “porque fue muy claro que ellos estaban parados, como abrazados, y entonces Ariel lo empujó contra el piso y la dicente vio cuando él sacó el arma de su cintura, aclarando que Ariel no estaba armado”. Se releva también que dijo que “seguidamente, Marina agarró a Leonardo Chung y se fueron a subirse al auto y se fueron”

La Defensa tampoco explica cómo esta declaración debería ser tomada como confirmatoria de los dichos del imputado en punto a que el señor Lang habría intentado agarrar una piedra o algo del piso.

Pues si se trata de sostener que el imputado obró en el supuesto de hecho de una agresión ilegítima actual o inminente, no sólo sería necesario afirmarlo, sino presentar en el recurso argumentos fácticos adecuados en punto a que la agresión física la había desatado el señor Ariel Lang, la falta de provocación suficiente del imputado que había ido por propia iniciativa a “arreglar” las cosas personalmente, provisto de un arma de fuego cargada, y que el uso del arma era en las circunstancias del caso razonablemente necesario frente al uso inminente de una piedra u otro elemento contundente.

Como he señalado antes de ahora (confr. esp. causa n° 32012/2013, Sala 1, “*Moreira, Marcelo Daniel*”, sent. de 24/05/2018, Reg.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 72872/2014/TO1/CNCI

n° 579/2018), cuando se trata de examinar si se presentan hechos o circunstancias que excluyen los elementos objetivos o subjetivos que fundan la punibilidad, en rigor, no se trata de la existencia de una regla inversa de la carga de la prueba; de lo que se trata es de examinar si hay indicios suficientemente fuertes de esos hechos o circunstancias excluyentes de la punibilidad, al punto de que se hace dudosa la presencia de los hechos o circunstancias que la fundarían. No se trata de discutir quién debe probar la existencia de un hecho o circunstancia que es presupuesto de una causa de exclusión de la tipicidad, de justificación o de inimputabilidad o inculpabilidad, sino de examinar si hay un indicio suficientemente fuerte de un hecho o circunstancia que ponen en duda los presupuestos de la punibilidad. Así, en el derecho anglosajón la carga de la prueba también recae sobre la acusación y se denomina *legal burden of proof*. Sin embargo, cuando se trata de alegar defensas o excepciones, se reconoce que el acusado carga con el peso de la “persuasión” en el sentido de que incumbe a éste demostrar que hay suficiente evidencia para presentar una cuestión sobre la existencia o inexistencia de un hecho que daría base a una defensa o excepción, lo que se designa como *persuasive burden of proof*, pero una vez satisfecho el estándar de persuasión, no carga aquél con la prueba de ese hecho más allá de toda duda razonable. Así, por ejemplo el imputado tiene la carga de presentar suficiente evidencia concerniente a un hecho eximente antes de que este hecho pueda ser considerado por el tribunal, pero una vez presentada esa evidencia, corresponde a la acusación desbaratar la defensa (JACKSON, John D. / SUMMERS, Sarah J., *The internationalisation of Criminal Evidence – Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, ps. 209/210 ps. 200 y ss.). Esta comprensión de la carga de la prueba ha sido recogida en alguna jurisprudencia de esta Cámara (p. ej. Sala II, causa n° 23181/2014, “Ortellado, Vicente” sent. de 05/09/2017, Reg. n° 793/2017).

Dicho esto observo que las escuetas observaciones que hace la defensa en el escrito de interposición del recurso de casación se reducen a afirmaciones sin conexiones con el acervo probatorio, que no conmueven la conclusión del *a quo* en punto a que no estaban presentes

ninguno de los elementos del supuesto de hecho de la legítima defensa, sino que tampoco presentan una hipótesis plausible que explique razonablemente la existencia de la causa de exclusión de la antijuridicidad que pretende debió aplicarse al caso.

Concurro así al resultado que en este punto se propone en el primer voto.

3. En la sentencia, por mayoría, se ha declarado aplicable al homicidio la agravante del empleo de un arma de fuego prevista en el art. 41 *bis* CP.

3.1. Por un lado sostiene que “no resulta claro (en el sentido de *lex certa*) que la agravante [...] se aplique a tipos penales como el de homicidio simple y los de lesiones y que por ello [...] corresponde declarar su inconstitucionalidad”, y señala que “existen precedentes contradictorios porque es dudosa la extensión de dicha norma”.

Según su tesis, “si de lo que se trata es de un problema de interpretación de la ley, en el sentido de que resulta dudosa su extensión, la cuestión deberá dirimirse en función de los estándares propios del principio de legalidad, en su derivado específico de *lex certa*, y ello significa concretamente que, si la duda es tal que no es posible decidirse a favor de una u otra interpretación sin un considerable esfuerzo argumentativo, la norma en cuestión debe ser declarada inconstitucional, por resultar indeterminada”.

Concuerdo con el juez Niño en punto a que el recurrente ha presentado de modo confuso argumentaciones sobre la inaplicabilidad del art. 41 *bis* CP y sobre su alegada inconstitucionalidad, impugnación esta última que no ha fundado de modo mínimamente suficiente.

Agrego que la existencia de jurisprudencia contradictoria sobre el alcance y aplicación de esa disposición no permite fundar la infracción al mandato de determinación. Pues la disposición es suficientemente clara, en tanto modifica la escala penal cuando alguno de los delitos previstos en el código: a) se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego; b) salvo que ese empleo ya se encuentre contemplado como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 72872/2014/TO1/CNCI

No hay ambigüedad en el texto que sugiera duda acerca de su alcance. Ha sido cierta jurisprudencia la que, en su interpretación del texto, le ha asignado diferente alcance, y le ha introducido restricciones que no surgen del texto de la ley, sino de la aplicación de ciertos principios que, según los que postulan la interpretación restrictiva, excluyen su aplicación en el caso del homicidio.

Toda ley para su aplicación presupone la interpretación, y la existencia de interpretaciones disímiles no funda una infracción al mandato de determinación, salvo en el caso de que sea la propia textura abierta del texto la que da lugar a la indeterminación.

3.2. En segundo orden, afirma la defensa que el *a quo* ha incurrido en errónea aplicación de la ley sustantiva, pues pretende que el art. 41 *bis* CP no es aplicable al delito de homicidio.

La interpretación que ha hecho el tribunal de juicio de los supuestos de aplicación del art. 41 *bis* CP coincide en lo sustancial con aquella que he expuesto antes de ahora en esta Cámara (confr. “*Moreira, Marcelo Daniel*”, antes citada, con remisión a mi intervención anterior en el caso “*Fraser, Adrián Carlos*” como juez del Tribunal Oral en lo Criminal n°11, causa n° 3404, sent. de 13/08/2012) sobre las diferentes posturas jurisprudenciales sobre la aplicabilidad del art. 41 *bis* CP al delito de homicidio.

En síntesis sostuve que no existe obstáculo a que el legislador, guiado por los principios de proporcionalidad y determinación, tome en cuenta los medios empleados no sólo para definir como delictivo un acto que de otro modo no lo sería, sino también para tratar de un modo más grave un hecho que ya lo era aun sin emplear ese medio. Por ello, entendí que no puede sostenerse que el legislador incurre en una infracción a la prohibición de doble valoración cuando incluye entre los medios de ejecución que agravan el homicidio el empleo de violencia o intimidación con un arma de fuego, pues en principio, tiene cierta discreción para agravar el hecho según el medio empleado. Señalé que incluso antes de la reforma introducida al Código Penal por ley 25.297 el legislador había establecido un tratamiento más grave del homicidio por el empleo de ciertos medios, tales como aquél

cometido con veneno u otro procedimiento insidioso, o por un medio idóneo para crear un peligro común o con el concurso premeditado de dos o más personas (art. 80, incisos 2º, 5º y 6º, CP respectivamente).

Relevé, además, la alocución de uno de los miembros informantes del proyecto que luego se hizo ley, cuyas consideraciones se ajustan a la interpretación del art. 41 *bis* CP que propuse, y señalé que, por lo demás, el fundamento de la agravación supera un control de racionalidad en tanto, en general, las armas de fuego tienen un poder vulnerante aumentado.

Concluí entonces que la regla de agravación es aplicable en todos los casos de delitos cometidos con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego salvo cuando el empleo de un arma de fuego está ya contemplado como constitutivo o agravante de la figura legal concretamente aplicable. Puesto que el Código Penal no define ningún supuesto de hecho de homicidio con el empleo de un arma, ni menos aún de una de fuego, no parece haber obstáculo a la aplicación del art. 41 *bis* CP cuando el homicidio se comete con un arma de fuego. Esta inteligencia ha sido seguida en otra sentencia de esta Cámara (confr. Sala 2, causa n° 15.583/2013, “*Espínola Cañete, Ricardo*”, sent. de 27/10/2015, Reg. n° 595/2015).

La defensa sostiene que “el legislador del texto originario del código, en lo que se refiere al tipo de homicidio simple, no distinguió entre diversos medios comisivos, lo que hace presumir que esto le era indiferente: donde la ley no distingue no se debe distinguir”. El argumento de desmorona por sus propias palabras, porque así como es - en parte- cierto que el texto originario no distinguía la pena del homicidio según los medios empleados -salvo en el caso del art. 80, inc. 2, CP- ahora, por virtud de la reforma, las penas de delitos cometidos con violencia o intimidación contra las personas se aumentan si se emplea un arma de fuego. Si tuviese razón en su argumentación, ello conduciría a que en rigor, la agravante no sería aplicable en ningún caso de delitos cometidos con violencia o intimidación contra las personas cuyo texto originario no distinguiese el medio empleado.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 72872/2014/TO1/CNCI

Evoco que a partir de la reforma la razón de la agravación es el mayor peligro que deriva por el uso de un arma de fuego y que, en este caso, ese peligro se ha concretado en el resultado de muerte del sujeto pasivo, cae por su propio peso. La escala agravada se funda en el mayor peligro que corren la vida o la integridad física por la utilización de un arma de fuego, de modo que la concreción del resultado lesivo no hace más que concordar con la punibilidad de la conducta típica agravada, que se ha fundado en la existencia de un peligro cierto y concreto sobre la integridad física y la vida del sujeto pasivo. La muerte de la víctima no torna irrazonable la aplicación de la figura agravada del art. 41 *bis* CP al caso, puesto que su aplicación no se encuentra supeditada a la concreción o no de un resultado concreto, sino que responde a un determinado medio con que el autor ha llevado a cabo la conducta típica, en este caso, el delito de homicidio del art. 79 CP.

No se observa pues -desde un punto de vista sistemático- obstáculo a que el legislador tome en cuenta los medios empleados no sólo para definir como delictivo un acto que de otro modo no lo sería, sino también para tratar de un modo más grave un hecho que ya lo era aun sin emplear ese medio. La escala de gravedad podría en todo caso estar sometida a un escrutinio con arreglo al principio de proporcionalidad; sin embargo, no hay alegación razonada de desproporción en el presente caso.

La línea restrictiva de cierta jurisprudencia sobre el alcance del art. 41 *bis* CP no concierne a la razonabilidad de la agravación por el uso de un arma de fuego sino que expone, en todo caso, una discrepancia valorativa con el diseño de la norma, materia en la que los legisladores gozan de un marco de discrecionalidad política en la medida en que respeten ciertos límites constitucionales. La recurrente no ha propuesto razonadamente ningún argumento que concierna al eventual traspaso de esos límites. En fin, falla en demostrar que el empleo de ciertos medios mortales no pueda ser considerado por el legislador como agravante específica del homicidio. Es que las armas de fuego poseen un poder vulnerante aumentado y un alto nivel de efectividad, así como presentan algunas de ellas la posibilidad de intentar repetidos disparos, y

generan el efecto de choque que pone a la víctima fuera de combate. A ello se suma el procedimiento sencillo de empleo de estos elementos, la posibilidad de agredir a distancia sin exponerse innecesariamente y la facilidad para acarrearlas y, en su caso, ocultarlas. Todas esas cualidades y potencialidades de las armas de fuego tornan razonable la configuración del supuesto agravante del art. 41 *bis* CP.

La defensa trae un curioso argumento en sustento de la inaplicabilidad del art. 41 *bis* CP al supuesto de hecho de homicidio, de la mano de una errónea comprensión del art. 104 CP que castiga con una pena menor al que dispare un arma de fuego contra una persona sin herirla, y declara que “[e]sta pena se aplicará aunque se causare herida a que corresponda pena menor, siempre que el hecho no importe un delito más grave”. Ahora bien, por un lado, es claro que la regla de subsidiariedad no comprende el homicidio porque a éste nunca corresponde pena menor que la del art. 104. La subsidiariedad se aplica sin esfuerzo en el supuesto de lesiones leves dolosas, pues éstas están conminadas con una pena de un mes a un año de prisión, que se agrava por el 41 *bis* CP en un tercio del mínimo y de su máximo, lo que conduce a una escala de cuarenta días a un año y cuatro meses. La escala del art. 104 es de uno a tres años de prisión, de modo que en este caso la pena del art. 89, modificada según el art. 41 *bis* CP, es una pena menor que la del art. 104, y por ende aplica la conminada en éste cuando por el disparo de arma de fuego se produce herida “a que corresponda pena menor”. En cambio, si se tratase de heridas comprendidas en los arts. 90 y 91, y se causasen mediante el empleo de un arma de fuego, la escala penal aumentada según el art. 41 *bis* CP será más grave que la del art. 104, y por ende, no puede predicarse que se trate de heridas a que corresponda pena menor.

En virtud de lo expuesto, concluyo que ha sido correctamente aplicada al caso la disposición del art. 41 *bis* CP, por lo que el recurso de casación tampoco puede ser de recibo en lo que concierne a este motivo de agravio.

4. Por las razones expuestas en los números precedentes, concluyo que corresponde rechazar el recurso de casación de fs.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 72872/2014/TO1/CNCI

594/642, y confirmar la sentencia de fs. 565, cuyos fundamentos obran a fs. 567/590, en todo cuanto ha sido motivo de impugnación, con costas atento al resultado (arts. 465, 470, 471 *a contrario sensu*, 530 y 531 CPPN).

Así voto.-

Como mérito del acuerdo que antecede, la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría, **RESUELVE**:

RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Leonardo Esteban Chung (cfr. fs. 594/642) y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la sentencia recurrida (fs. 565), en todo cuanto fue materia de recurso; con costas (arts. 456, 459, 465, 468, 469, 470 y 471 *a contrario sensu*, 530 y 531 CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 CSJN y lex 100) y devuélvase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

LUIS FERNANDO NIÑO

GUSTAVO A. BRUZZONE

LUIS M. GARCÍA

Ante mí:

SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ
Secretario de Cámara