

SENTENCIA N° doce /2021.- En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los **trece días del mes de abril del año dos mil veintiuno**, se constituye la **Sala del Tribunal de Impugnación** integrada por los Señores Magistrados **Dres. Richard Trincheri, Andrés Repetto y Daniel Varessio**, presidido por el último nombrado, con el fin de dictar sentencia en el caso judicial **MPFZA 30.902 Año 2020** identificado como "**J..... F..... F..... s/Homicidio Agravado por el vínculo (Parricidio)**" caso seguido contra **F..... F..... J.....**, argentino, titular del D.N.I. nro....., nacido el 17/03/92, soltero, con instrucción, hijo de H.... A.... y F.... O..... J..... (f), con domicilio en Barrio Zona de la ciudad de Zapala.

Intervinieron en la instancia los Dres. Marcelo Jofré (Fiscal del caso); el imputado F..... F.... J..... y sus defensores técnicos Dr. Gustavo Lucero y Dra. Silvina Fernández Mendaña. También participaron en representación de la Fiscalía de Estado los Dres. Gustavo Kohon y Martín Moya en lo atinente a la impugnación de la Defensa.

ANTECEDENTES/REFERENCIAS:

I. Por sentencia del 26 de febrero de dos mil veintiuno, los Jueces Diego Chavarría Ruiz, Carolina

González y Mirta Bibiana Ojeda resolvieron, por unanimidad, ABSOLVER a F..... F..... J..... en referencia al delito de Homicidio agravado por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación (art.80 inc.1 en relación al último párrafo y art.45 del Código Penal).

En la misma decisión judicial los magistrados, por mayoría, impusieron las costas del proceso POR SU ORDEN (art.268 y ss del CPP).

El Dr. Marcelo Jofré interpuso en tiempo y forma impugnación ordinaria contra la absolución de F..... F..... J..... Inicialmente señala que existe una errónea interpretación del art.34 inc.1 del Código Penal y una apreciación absurda de las pruebas recibidas en el juicio. Recuerda que el perito psiquiatra Dr. Méndez concluyó que J... tuvo al momento del hecho la capacidad de dirección no anulada sino restringida, en virtud de lo cual era imputable en los términos del Código Penal, conteste con lo declarado por la licenciada en psicología Mamani. Luego trata la solución final adoptada por los magistrados y afirma que J... "pudo encontrarse afectado por un estímulo exterior, producto de la violencia que sufría junto a su madre y hermanos, pero no se trató de un tipo permisivo como causa de justificación" (p.11 segundo párrafo). También cuestiona que el error en que pudo

encontrarse el imputado sea inevitable si hubiera tomado las precauciones del caso, pudiendo haber salido del estado de duda en que pudo encontrarse si utilizaba las horas en que su padre se resguardó en la casa de su vecino R..... manifestando el Fiscal del caso que no existió agresión actual para repeler porque la víctima se había retirado a la casa de R.... (p.12 penúltimo y párrafo).-

A continuación siguió en la misma línea resaltando que a su entender no se registró en el caso la inminencia del ataque al imputado y su familia, de parte de O..... J....., por las circunstancias comprobadas sobre la ubicación de la víctima en casa de su vecino y porque había pasado la agresión con el facón a F..... y a M..... de parte del padre una vez que llegara a su casa, alrededor de las 4.30 horas del día del hecho (p.13). Tampoco se da en el caso la legítima defensa putativa porque de acuerdo a las pruebas producidas el arma de fuego nunca estuvo presente (p.14). Seguidamente el impugnante vuelve sobre la cuestión de la imputabilidad, recuerda que en nuestro ordenamiento no existe la imputabilidad disminuida y reafirma su posición de aplicación de las circunstancias extraordinarias de atenuación previstas en el art.80 in fine del Código Penal (p.15). Finalmente rechaza que medie en el caso violencia de género conforme se desprende de la

sentencia impugnada. Culmina esa crítica señalando que por el contrario "la conducta de F..... J... perpetúa la violencia de género y no puede encontrar en ella su justificación" y también que "la distorsión que efectúan los juzgadores de la violencia de género transversal no permite visibilizar la violencia ejercida por F....., propia de un comportamiento machista y patriarcal, ajeno a toda práctica de género que nos permita ubicarlo por fuera de una conducta típica" (p.17). Dice que una sentencia con auténtica perspectiva de género contribuye a desarmar las violencias más naturalizadas pero (en la impugnada) "...nada de esto hacen los juzgadores, por el contrario la justifican, perpetuando el modelo patriarcal, muestran la violencia como algo ajeno a la voluntad, control y visibilizarían (sic) de F..... J...." (p.17 penúltimo párrafo).

En su petición, el Fiscal del caso pidió a este Tribunal que ejerza competencia positiva y declare la responsabilidad penal de F..... J.... conforme lo había solicitado en el juicio oral (p.18/19).

También interpuso impugnación ordinaria la Defensa contra la decisión -por mayoría- de los magistrados de imponer costas por su orden. Expresaron los defensores que es una resolución arbitraria y contraria a

derecho, porque no respeta el principio de aplicación de costas al vencido (art.268 CPP), ocasionando además un perjuicio patrimonial indebido al imputado. Critican el voto del juez Chavarría Ruiz porque cuando resuelve sobre las costas no tiene en cuenta la violencia doméstica como cuestión pública (como sí lo reconoció al absolver a J... por la muerte de su padre), sin observarse el nivel de precariedad y pobreza en la que se encuentra inmerso el imputado. Critican al acusador por no actuar conforme al criterio de objetividad, el Ministerio Público Fiscal debe asumir las consecuencias y efectos de esta decisión y asumir el riesgo de resultar parte vencida y que le sean impuestas las costas procesales conforme el art.268 CPP (p.4 segundo párrafo). Afirman que es inaplicable el fallo "Castillo" del TSJ porque los jueces no dieron fundamentos sobre porqué debían apartarse del principio establecido en el art. 268 CPP.

Los defensores se apoyan en el voto disidente de la jueza Carolina González sobre el tema "costas" porque, a criterio de la parte, ha considerado adecuadamente la situación de vulnerabilidad en que se encontraba su defendido, habiéndose probado que existían condiciones de victimización y pobreza. Remarcan que la magistrada describió los incumplimientos del Estado

respecto a la situación de esta familia y representado por distintos órganos a lo largo del tiempo: Salud Pública, Comisaría de la Mujer, Oficina de Violencia, Justicia de Familia y Justicia Penal, ámbito en dónde se archivó en 2015 una situación de riesgo grave e inminente (intento de dar muerte mediante rociado de nafta). Además los letrados entienden que en nuestro ordenamiento procesal la Defensa Pública Oficial es subsidiaria del derecho básico a elegir un letrado de confianza, en virtud de lo cual si luego resulta absuelto los honorarios del profesional particular debe afrontarlos el Estado (p.8). También postulan como vulnerados: el deber de rendición de cuentas de los funcionarios públicos, el modelo acusatorio, la eficaz administración de justicia, el Derecho de Defensa y la igualdad de armas. Por todo lo narrado solicitan a esta Sala que invalide la sentencia en ese punto e imponga las costas al Ministerio Público Fiscal. Formulan reserva del Caso Federal.

II. En función de lo dispuesto por el artículo 245 del CPP se convocó a las partes el día 26 de marzo a audiencia oral, realizada mediante la herramienta Zoom dispuesto por el Tribunal Superior de Justicia (Acuerdo Extraordinario Nro.5925), en la que se escucharon

los argumentos a favor y en contra de los agravios sostenidos por las partes impugnantes.

Dio inicio el Fiscal del caso quien ratificó en general los lineamientos de la impugnación escrita, cuyo contenido fuera descripto precedentemente, aunque agregó que la decisión judicial que cuestiona resulta nula porque se aparta de lo que solicitaron las partes y toma una resolución propia. Luego abordó la regulación del error en el artículo 34 del Código Penal, criticó la sentencia porque los jueces entendieron que había error de prohibición pero -en la explicación- el acusador mezcló la temática con los tres criterios existentes para la determinación de la imputabilidad. Reiteró lo concluido en el debate por los peritos Méndez y Mamani. Se queja porque los jueces dieron preponderancia a la violencia que habría ejercido la víctima por espacio de veinte años. Después el Fiscal del caso aborda los requisitos necesarios para que opere la legítima defensa y resalta que la agresión al que se defiende debe ser actual e inminente y que la suya no se la puede ejercer "en cualquier momento" como dice la sentencia, insistiendo en que no existió ningún arma, citando en su apoyo el testimonio de T..... que reconoció en el juicio los mensajes que realizó con la victima previo a ir a su

domicilio antes de la agresión mortal de F..... J.... a su padre.

El Dr. Jofré describió la mecánica del suceso que culminó con la muerte de O.... J.....; insistió en que hubo una errónea aplicación del art.34 inc.1 del Código Penal y que no existe la imputabilidad disminuida en nuestro derecho. También volvió a fustigar a los jueces por introducir la violencia de género en la sentencia entendiendo que los involucrados son hombres (víctima y victimario) y que hay un error cuando se habla de violencia de género transversal. Repite que la absolución es nula, primero porque se apartaron los magistrados de las propuestas de las partes y segundo porque se malinterpretó lo establecido por el art.34 inc.1 sobre el error, nunca estuvo en peligro de muerte el imputado, no existió ningún arma, el imputado pudo comprender sus acciones, lo dijo la licenciada Mamani y el Tribunal no lo valoró. La violencia de género no debió ser utilizada aunque existió en la violencia familiar anterior al hecho. Reiteró su petición consistente en que esta Sala asuma competencia positiva, declare al imputado autor penalmente responsable por el delito ya calificado legalmente y reenvíe para la realización de la audiencia de cesura.

Dada la palabra a la Defensa, la Dra. Silvina Fernández Mendaña expresó que ha escuchado al Fiscal del caso y quedó en evidencia que no tiene un agravio concreto contra la sentencia que absolvió a su defendido. Se trata de una mera discrepancia con la decisión judicial impugnada, a la cual la letrada describió como debidamente motivada y fundada. Tampoco se observa ninguna arbitrariedad ni errónea interpretación de algún precepto legal. Advirtió al Tribunal que la contraparte no solicitó nulidad y reenvío sino que petitionó que se condene a F..... J.... Sobre lo expresado por la Fiscalía reiteró la abogada que los jueces no realizaron ninguna errónea interpretación de la ley. En relación a que decidieron por fuera de lo propuesto por las partes dijo que los magistrados están autorizados a ello siempre que no perjudiquen al imputado y así pasó en este caso, de ahí que debe rechazarse el planteo. La Defensora recordó que el acusador mantuvo en su teoría del caso que la muerte violenta de O..... J... fue "deliberada" e "intencional" pese a la existencia de la prueba en contrario. Sostuvo que la teoría del caso de la acusación es débil y sin pruebas que la acompañen. Incluso faltó la Fiscalía al deber de objetividad porque en el juicio desistió de prueba que

favorecía la situación del imputado, concretamente de prueba testimonial.

La letrada defendió la motivación de la sentencia impugnada que tuvo por existida una legítima defensa putativa, entendiendo que se probó por el contexto de violencia que sufrió la familia J... y por la representación del imputado sobre el arma en poder de su padre. Ambos aspectos fueron fuentes para generar la conducta de F..... J...., lo cual se acreditó con las declaraciones de los peritos Méndez y Mamani. Su defendido no tuvo intenciones de matar a su padre, lo hizo por un instinto de supervivencia en defensa de su vida y la de su familia. No pudo actuar de otra manera. La contraparte en cambio siempre insistió con que la conducta de J... fue "deliberada" e "intencional". La aplicación de la cuestión de género al caso no es opcional sino obligatoria, y no tiene que ver con que víctima y victimario sean hombres sino con el contexto de violencia precedente. Pidió el rechazo de la impugnación y costas.

Los Dres. Repetto y Varessio solicitaron algunas precisiones a las partes. El Dr. Jofré aclaró cuál era su petición concreta: que se condene al imputado y se reenvíe para audiencia de cesura. Seguidamente se originó un contrapunto entre el acusador y el Dr. Lucero dado que

el Defensor señaló que nunca estuvo en duda que J... resultó imputable al momento del hecho y que en el alegato su parte planteó en subsidio la existencia de una legítima defensa propia y de un tercero, siendo luego tomado ello por el Tribunal. Esto último fue negado por el Fiscal del caso, quien sostuvo que la petición de la Defensa se limitó a la existencia de un estado de necesidad exculpante.

Seguidamente el Presidente de la Sala dio por concluida la litigación respecto a la impugnación interpuesta por la Fiscalía y dio la palabra a la Defensa para que argumentara sobre su recurso.

El Dr. Gustavo Lucero siguió los lineamientos del escrito ya descripto más arriba. Reiteró que la Fiscalía debe ser condenada en costas por no respetar el cumplimiento del deber de objetividad; manifestó que las pruebas siempre fueron conocidas por el acusador desde la etapa investigativa y decidió llevar el caso a juicio a pesar de conocer tales pruebas desincriminatorias para su defendido. El Estado coloca a una persona en donde no debía haber estado (un juicio) y después no se hace cargo de los gastos. No es como sostiene el Dr. Chavarría Ruiz que la Fiscalía no fue más allá de su deber de objetividad sino que el caso no debió ser llevado a juicio. La absolución de F..... J..... se asentó en tres

pilares: la violencia crónica sufrida, las amenazas previas de la víctima en la misma jornada del hecho y la representación mental respecto al arma y que acabaría con su vida y la de su familia. Todo ello era conocido por el Fiscal del caso pero insistió con la realización del juicio, lo cual es más grave aún en situación de pandemia. El acusador le dio la espalda a su propia prueba (los peritos que ya habían dictaminado respecto a su defendido). Reiteró su petición sobre el particular.

Sobre la imposición de costas por su orden, el Dr. Jofré manifestó que el Ministerio Público Fiscal no debe responder por ningún tipo de costas del proceso. No puede vedarse actuar al organismo que representa al Estado en el ejercicio de la acción penal, tampoco el derecho de las víctimas. El Estado no debe hacerse cargo de pagar las costas, no comparte la decisión del Tribunal. En el veredicto la Dra. González impuso las costas a la Fiscalía y sus dos colegas hicieron mayoría disponiendo que sean "por su orden", después por escrito los tres resolvieron igual. No está de acuerdo con la resolución.

Dada la palabra a la Fiscalía de Estado expresó el Dr. Gustavo Kohon que el fallo que impone las costas por su orden contiene fundamentos sólidos,

coherentes y suficientes. Se trata de una sentencia razonablemente fundada porque ha seguido al fallo "Castillo" del Tribunal Superior de Justicia. No bastan los argumentos de la defensa relacionados con la crítica a la actuación de distintos órganos estatales en la situación de violencia sufrida por la familia J... Para condenar al Estado se requiere la realización de un proceso idóneo en donde el Estado sea oído y se le permita presentar prueba, a la vez que se respeten las reglas del debido proceso.

El Dr. Martín Moya agregó que el voto de la mayoría es correcto, el Ministerio Público Fiscal observó el deber de objetividad que le imponía el caso, se trató de un hecho grave, desarrollando el acusador una teoría del caso razonable. Por otra parte, el resultado de un juicio no debe ser tomado como parámetro para decidir si una acusación es idónea, porque de lo contrario habría que preguntarse si una condena significaría estar en presencia de una Defensa ineficaz. La postura de la Defensa de hacer responder al Estado con las costas es contradictoria con el deber de investigar que siempre tiene la Fiscalía, no puede este último organismo estar amenazado con la condena en costas, es una carga que tiene el Fiscal en el proceso penal. El Estado en sede penal ha organizado un cuerpo de abogados, que están capacitados y que cuentan con recursos

para cumplir con la asistencia letrada de los imputados, mencionando el voto del Dr. Chavarría Ruiz y el fallo "Castillo" del TSJ. Lo manifestado por la Defensa respecto a los supuestos incumplimientos del Estado con la familia J... no deben ser discutidos en este ámbito penal donde es objeto solo lo atinente al ilícito. Si se atribuye alguna omisión a las obligaciones del Estado se debe ocurrir al ámbito competente y el Estado debe tener su derecho de Defensa. Por todo lo expuesto peticiona que se confirme la sentencia en cuanto a lo resuelto sobre las costas procesales.

En su derecho a réplica el Dr. Gustavo Lucero señaló que no se impide investigar al Ministerio Público Fiscal, de lo que se trata es que no debió elevar el caso a juicio. En segundo término, dijo que el imputado tiene derecho a acceder a un abogado de su confianza y puede no tratarse de un Defensor Público. Caso contrario los pobres no tendrían derecho a contratar un abogado de su confianza.

El Dr. Marcelo Jofré no quiso agregar nada más.

Dada la última palabra al imputado F..... F..... J..... dijo que no tiene nada para decir, sobre ninguna de las dos cuestiones.

III. Habiendo sido escuchadas las partes, este tribunal se encuentra en condiciones de dictar sentencia (art. 246 del CPP), por lo que cumplido el proceso deliberativo y efectuado sorteo entre los magistrados resultó que los Sres. Jueces debían observar el siguiente orden de votación: En primer término el **Dr. Richard Trincheri**, en segundo lugar el **Dr. Andrés Repetto** y, finalmente el **Dr. Daniel Varessio**.

CUESTIONES: **I.** ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal?, **II.** ¿Qué decisión corresponde adoptar? **III.** ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto por la Defensa? **IV.** ¿Qué decisión corresponde adoptar? **V.** ¿corresponde la imposición de las costas?.

VOTACIÓN:

I.- A la **primera cuestión** el Dr. **Richard Trincheri**, expresó:

En lo que a la admisibilidad de la impugnación del Ministerio Público Fiscal respecta, y sin perjuicio que no existió oposición de los defensores, se advierte que la vía recursiva intentada satisface las exigencias de impugnabilidad, tanto en la faz objetiva como subjetiva. El recurso fue presentado por parte legitimada, revistiendo el pronunciamiento censurado carácter

definitivo pues la sentencia atacada pone fin al caso judicial absolviendo al imputado. (Cfr. arts. 227, 233, 237, 241 y 242 del CPP). Es mi voto.

El **Dr. Andrés Repetto**, manifestó: Comparto lo manifestado en el voto del vocal preopinante por coincidir con los argumentos. Mi voto.

El **Dr. Daniel Varessio**, dijo: Hago propio lo expuesto por el colega que liderara el sufragio. Así voto.

II.- A la segunda cuestión el Dr. Richard Trincheri, expresó:

Pueden sintetizarse los agravios del Fiscal del caso en: a) el Tribunal adoptó una solución propia distinta a la propuesta por las partes; b) realizó una interpretación errónea, arbitraria y una absurda apreciación de la prueba producida en relación del art.34 inc.1 del Código Penal (relacionado a la imputabilidad de F..... J..... y a la existencia del error) y del art.34 inc.6 sobre la existencia de la legítima defensa (en relación a la agresión ilegítima, art.34 inc.6 a).

Previo a dar tratamiento a los agravios se torna necesario dejar aclarado que este Tribunal de Impugnación desde los comienzos de la implementación misma del Código Procesal ha establecido que **"... la diferencia**

entre la arbitrariedad y la absurdidad radica en que la primera se constata ante la *prescindencia* de pruebas esenciales mientras que la segunda es procedente ante la *apreciación* de la prueba. Arbitrariedad significa "acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho. Para que se habilite el recurso de una sentencia absolutoria en base a esta causal será necesario que el acto o proceder contrario a la justicia sea manifestó, insostenible; no basta que se trate de una decisión basada en una interpretación de la ley que se considera minoritaria por la doctrina y la jurisprudencia. Objetivamente, la decisión debe ser visiblemente injusta y subjetivamente haber sido dictada "sólo por la voluntad del juez"; se trata de decisiones adoptadas en base a la íntima convicción del juzgador que se asocian con supuestos de ausencia de motivación... absurdo quiere decir "contrario y opuesto a la razón; que no tiene sentido; dicho o hecho irracional, arbitrario o disparatado" (Diccionario de la Real Academia Española), con lo que un término reconduciría al otro sólo que en el aspecto específico de la valoración. La absurda valoración de la prueba sería una valoración arbitraria de la misma. El absurdo no se acredita con la sola exhibición de una posición jurídica distinta a la del órgano decisor, sino

que es imprescindible probar que ha habido una fractura del razonamiento lógico de la resolución derivando en conclusiones contradictorias o inconciliables con las circunstancias objetivas de la causa (T.S.J. de Corrientes, Sent. N° 29/07; "Quiroz, Ramón Andrés"). También se configura el supuesto de absurdo si se abstienen de examinar una prueba decisiva para el fallo..." ("Z..... J..... D..... s/Abuso Sexual, (28/03/2014)).

En referencia al primer motivo de agravios, debe quedar claro que en el escrito de interposición de la impugnación no se encuentra volcada queja sobre el mismo. En efecto no se escribió en absoluto sobre el apartamiento de la sentencia de lo propuesto por las partes. Sin embargo, igualmente se le dará tratamiento porque la Defensa no solo no planteó objeción en la audiencia sino que contestó el motivo de agravio introducido por la contraparte. Tanto la Dra. Fernández Mendaña como el Dr. Lucero se refirieron al punto, lo refutaron, se litigó, y por ello debe descartarse la existencia de sorpresa para la parte que pudiera suponer alguna lesión al derecho de Defensa por no haber sido anoticiada del agravio previo a la audiencia.

Más arriba se dejó asentado el desacuerdo entre las partes sobre si hubo o no planteo subsidiario de

la Defensa al Tribunal, lo cual obligó a la Sala a observar el video sobre lo ocurrido en el alegato final del juicio. Se comprobó que el Dr. Lucero en su petición final solamente se refirió al estado de necesidad exculpante, dado que en su visión no se podía exigir otra conducta a su defendido (4:48:35). Antes hizo una ligera referencia a que "hasta se podría pensar" en una conducta que no sería antijurídica por legítima defensa propia y de terceros, para lo cual habría que verificar si se cumplen los requisitos legales (4:47:13 a 4:47:30). Sin embargo, no realizó ningún análisis sobre la relación entre tales requisitos y el caso, sin hacer luego planteo subsidiario alguno. Esto es coherente con lo asentado en la misma sentencia sobre el particular en donde se advierte que la Defensa "soslayó" tal abordaje (voto del Dr. Chavarría Ruiz, p.89).

Queda establecido entonces que -como dice el Dr. Jofré- la sentencia adoptó una solución distinta a lo propuesto por las partes. Ahora corresponde determinar si ello representa en esta oportunidad alguna arbitrariedad o absurdidad que conduzca a la necesidad de anular o revocar la decisión judicial en cuestión. Los magistrados entendieron aplicable una legítima defensa putativa y descartaron la existencia del estado de necesidad

exculpante. La Dra. Ojeda se refirió a ello, luego analizó las diferentes posturas que asumen los sujetos según se trate de una u otra causal (p.138), transcribiendo el siguiente párrafo de Santiago Mir Puig: "Tanto el estado de necesidad como la legítima defensa suponen una situación de peligro que sólo puede conjugarse mediante un hecho típico ¿En qué se distinguen? En la legítima defensa se permite reaccionar frente a una persona que agrede antijurídicamente, en el estado de necesidad, en cambio se permite lesionar intereses de una persona que no ha realizado ninguna agresión ilegítima (...) En la Legítima Defensa (...) se enfrentan dos sujetos que se encuentran en diferente situación ante el derecho: mientras el agresor infringe el derecho, el defensor se halla en una situación legítima respecto de su agresor. En cambio, en el estado de necesidad entran en conflicto sujetos que se hallan en la misma posición frente al derecho, ninguno de ellos es aquí injusto agresor"(p.139). Finalmente, la magistrada cerró la cuestión expresando: "... Si en el caso, se afirma que F..... asumió una actitud impulsiva de supervivencia -concretamente de ataque- en defensa de su vida y la de su familia -como nos dijo el Defensor- entonces F..... J..... "agrede" en los términos señalados..." (p.139).

No obstante lo dicho en el párrafo anterior, lo cierto es que la teoría legal de la Defensa no acoplaba con el hecho que la misma parte relataba. La fundamentación sobre la aplicabilidad del estado de necesidad exculpante al caso no surgió con la claridad requerida del alegato final de los defensores, discursos que observamos para poder resolver la controversia de mención desatada en la audiencia ante esta Sala. Ni las proposiciones fácticas "demostradas" (amenazas previas de muerte de O....J....., "T..... traía el arma", "F..... no era F.....", "era él o nosotros" y "El Estado ausente")- 4:13 a 4:25- expresadas por la Dra. Fernández Mendaña ni los aportes del Dr. Lucero sobre su interpretación de lo declarado por los testigos y peritos y las críticas a la contraparte (4:40:35 a 4:49:55) abordaron la profundidad del elemento subjetivo y el error que trae aparejada esta causal. La particularidad del caso juzgado (principalmente que el arma realmente no existió) lleva naturalmente a superar el típico ejemplo de la tabla de Carneades(214-129 AC), "el instinto básico de supervivencia", "era su vida o la nuestra", no se le podía exigir otra conducta, etc., es decir, el nivel de análisis debía ser superado o no hay forma razonable de explicar por qué el arma (que no existió en la realidad) "estaba" en la

creencia de F..... J..... El desarrollo moderno de la teoría del delito impone -en este supuesto- y aun siguiendo el "objetivo" de la defensa (tener por existida la antijuridicidad pero no la culpabilidad) abandonar las herramientas que se encuentran en la atribuibilidad e ingresar al arenoso análisis de la conciencia potencial del ilícito, donde inexorablemente se aloja el error de prohibición y sus variantes. Pero ya no sería estado de necesidad exculpante sino error de prohibición. Entonces, el Tribunal no podía tomar esta teoría legal porque era inaplicable al caso aunque se coincidiera en la absolución de J... .Respecto de la solución de la Fiscalía, la misma ha quedado naturalmente descartada si operaba la legítima defensa putativa, lo cual será analizado más abajo.

En principio corresponde sintetizar cómo resolvió el Tribunal, esto es, qué parte de la teoría del delito aplicó para encuadrar la conducta del imputado F..... F..... J.....: la misma fue considerada como el ejercicio de una causal de justificación, concretamente una legítima defensa y, siendo más preciso aún, una legítima defensa putativa debido a la existencia de un error y, al resultar este último inevitable, la solución fue la absolución lisa y llana.

Debe quedar claro que siempre los jueces de juicio aplicarán la Teoría del Delito porque, entre varias bondades, permite organizar metodológicamente el camino para decidir si existe el injusto penal y si el acusado es el autor penalmente responsable. Dice Maximiliano Rusconi que cada categoría de dicha Teoría del Delito, esto es, acción, tipicidad, antijuridicidad, atribuibilidad, culpabilidad y punibilidad "...supone un sistema de análisis propio y elementos de comprobación autónomos, de tal suerte que la acción que fracase en la superación de alguno de los niveles establecidos por la Teoría del Delito no será punible y tampoco podrá continuarse con el análisis. Por ejemplo, si la acción se encuentra alcanzada, objetiva y subjetivamente, por una causa de justificación, no será antijurídica y por lo tanto no será punible, no tendría ningún sentido continuar con el análisis de la culpabilidad y, mucho menos, con el de la punibilidad..." ("Elementos de la parte general de derecho penal", Hammurabi, edic.2016, p.62). Trasladando estas enseñanzas (que no por básicas son menos importantes) a este motivo de agravios, se observa que nada cabe reprochar a la sentencia impugnada por no haber seguido el criterio de la Defensa que el Tribunal consideró erróneo porque el análisis -de acuerdo a las particularidades del hecho

juzgado- corresponde ser detenido en la categoría anterior que, además, beneficia al propio imputado por los distintos efectos que producen una y otra categoría en sus fases negativas, lo cual será tratado cuando se analice la impugnación de la Defensa.

Resulta lógico también que si el Tribunal concluyó que la conducta de F..... J..... era lícita (no antijurídica), al mismo tiempo descartaba la propuesta del Fiscal del caso (culpabilidad por Homicidio agravado por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación, art.80 in fine en función del inc.1) porque tal culpabilidad quedaba descartada. Es decir, en este caso no puede cargarse contra el Tribunal por no haber seguido las proposiciones de las partes y construir una propia. Lo que debe verificarse, y se hará con posterioridad, es si se realizó correctamente o, como sostiene el impugnante, lo hizo mediando aplicaciones erróneas y arbitrarias además de apreciaciones absurdas de la prueba producida en el debate. Más aun, resulta innecesaria la respuesta dada en la sentencia a la teoría jurídica del acusador. La Dra. Ojeda, que yerra cuando afirma que "...no se cuestiona ni la existencia histórica del hecho **ni la participación culpable en el mismo del imputado...** (p.132 segundo párrafo), analiza y rechaza la subsunción jurídica del Dr. Jofré (p.133

segundo párrafo a 136 primer párrafo) previo a hacer lo propio con la de la Defensa lo cual en cambio, como se adelantó, sí resultaba necesario y fue realizado por la magistrada dando razones fundadas y suficientes. En cambio, lo señalado en referencia a la postura Fiscal no agrega ni quita nada pues el Tribunal por unanimidad (incluso con interesantes y atinados aportes de la Dra. Ojeda, p.132 último párrafo y 133 primer párrafo) ya había concluido que la conducta de F..... F...J.... no era antijurídica. Por estas razones corresponde rechazar el primer motivo de agravios.

El Dr. Jofré en ciertos pasajes de su impugnación adoleció de claridad en sus planteos (ello se evidenció más en la audiencia que en el escrito de impugnación). Aun así deben rescatarse tres quejas más que merecen ser contestadas: la arbitrariedad y errónea interpretación legal y absurdidad en la apreciación de la prueba con que se habría tratado en la sentencia impugnada lo dispuesto en los inc.1 y 6 del artículo 34 del Código Penal, esto es, la cuestión de la imputabilidad y el error (34 inc.1 del CP) y el tema de la agresión ilegítima (34 inc.6 a del CP) que en su criterio no se registró en el caso debatido, aunque lo del error y la agresión ilegítima se revisará en conjunto.

Continuando con el análisis de lo resuelto, cabe advertir que el error mencionado fue considerado por la sentencia como un error de tipo (o de hecho, en términos más antiguos y como está regulado en nuestro Código Penal, art.34 inc.1). Ello porque adhirieron los integrantes del Tribunal a una posición doctrinaria (Teoría limitada de la culpabilidad) que es mayoría en Alemania y con respetable aceptación en nuestro país como señala el Dr. Chavarría Ruiz (p.102) que considera que cuando el error recae sobre algún presupuesto fáctico de una causa de justificación (en este caso la legítima defensa) el error es de tipo y no de prohibición. Obviamente, la consecuencia más importante de esta elección es que desaparece la antijuridicidad de la conducta de que se trate, a diferencia de la otra alternativa (error de prohibición) que tendrá como principal efecto la inculpabilidad pero dejará latente la antijuridicidad.

Lo explicado hasta aquí permite rechazar -y bastante rápidamente- todo cuanto señala el impugnante sobre la inexistencia de la imputabilidad disminuida en nuestro derecho, sobre que J... era imputable, sobre lo que dijeron al respecto los peritos, que la conciencia de J... no estaba anulada sino restringida, etc., por la sencilla razón que la sentencia culminó su análisis en la

antijuridicidad. O sea, todo lo atinente a la capacidad de culpabilidad, sea por minoridad o por alteración o insuficiencia psíquica, recién tiene su avocamiento en la culpabilidad. Tiene dicho calificada doctrina que cuando se abandonó el denominado dolus malo de los romanos y ganó espacio la teoría de la culpabilidad se comenzó a distinguir entre el error de tipo (que afecta el dolo ubicado en el tipo subjetivo) y el error de prohibición que excluye la conciencia de antijuridicidad, es decir, uno de los elementos de la culpabilidad (Carlos Julio Lascano (h), "Derecho Penal Parte General", edic.2005, p.290). El Fiscal del caso en varias ocasiones atribuyó a los sentenciantes haber declarado la existencia de un error de prohibición pero ello no solo no ocurrió, sino que el Dr. Chavarría Ruiz se encargó de remarcarlo (p.105). En el caso juzgado, el error de tipo aplicado, consistió en que J... creyó que su padre iba a ser provisto de un arma de fuego con lo cual mataría a él y su familia, lo cual constituye un error sobre un presupuesto fáctico de la causal de justificación alegada (legítima defensa).

Seguidamente, los agravios referidos a la agresión ilegítima y al error, para lo cual hay que analizar lo resuelto y verificar si se da un supuesto de arbitrariedad, error interpretativo legal o absurdidad que

conduzca a la procedencia de lo peticionado por el acusador. Escribió el Dr. Chavarría Ruiz en su voto: "...F..... J..... actuó motivado por un estímulo exterior que es lo que desencadenó su conducta impulsiva. Interpretó que le llevaban un arma al padre y esta situación disparó sus frenos inhibitorios para actuar en defensa suya y de su familia. F..... J.... se proyectó en ese momento un peligro real y concreto para su vida y la de su familia, produciéndose un estado emocional que lo superó. Por esa conmoción afectiva, su capacidad estaba restringida, no anulada pero afectada. En este particular estado emocional atacó en forma violenta y dio muerte a su padre..." (p.91/92); Luego: "...valorando los testimonios, de los profesionales en Psiquiatría Dr. Fernando Méndez y en Psicología, Lic. Rosana Mamani, sumado los testimonios de M..... R..... y de C..... R....., estos últimos testigos presenciales del hecho, nos permiten determinar con certeza, que se da el cumplimiento de los primeros requisitos de la legítima defensa. Así está corroborada la existencia de una agresión ilegítima *continua*. F..... J..., junto a su familia, padecía por parte de O..... J..., continua violencia física, psicológica y económica, como amenazas de muerte desde muy pequeños. Esto reitero-se corrobora de los relatos de su madre H... A....., sus

hermanos M... y D....." (p.97); También: "...F..... J..... ve esta agresión como ilegítima e inminente, se representa la presencia de un arma de fuego y se siente (tiene la creencia) habilitado a actuar en defensa propia y de terceros. Pero he aquí donde puede notarse el "error" en el que incurre el imputado F..... J....., al figurarse o representarse mental y psicológicamente esta situación, por cuanto conforme se pudo acreditar en el debate, que su padre no iba a obtener ningún arma de fuego de parte de T....., solo iba ser llevado por este, para efectivizar una denuncia por lo que había sucedido, cuestión de la realidad que F..... J.... nunca supo, no pudo saber, ni prever razonablemente, considerando el ataque a su vida por parte de su padre O..... horas antes, con más toda la violencia que padeció durante su pasado..." (p.100/101).

Como es sabido, los jueces pueden cometer errores de percepción o bien errores inferenciales, son los tipos de errores más comunes en el razonamiento probatorio. El impugnante tiene la carga argumentativa de evidenciarlos para -de esa manera- demostrar que la sentencia en cuestión ha comprendido en forma deficiente lo declarado por un testigo o un perito o, respecto al segundo tipo de error, que la decisión judicial impugnada patentiza algún quiebre en el razonamiento mismo de quién vota. Al contrario, en

esta ocasión se observa una sentencia que ha descripto la prueba producida en el juicio, luego ha individualizado aquella información que tuvo incidencia definitiva en el sentido adoptado (la absolución de F..... J.....) pero sin dejar de efectuar una apreciación conjunta de toda la prueba recibida. El razonamiento justificatorio de la conclusión sobre los hechos realizada por el Dr. Chavarría Ruiz (lo medular fue transcripto precedentemente) se apoya en el contenido de las referidas declaraciones vertidas durante el juicio y que surgen de la sentencia (p.13/77).

El voto del juez mencionado fue complementado por el de las dos magistradas, la Dra. Ojeda que argumentó suficientemente sobre por qué no tenía andamiaje la teoría jurídica de la Defensa. Por su parte la Dra. González desgranó meticulosamente cada información recibida en el juicio sobre la violencia ejercida durante décadas por O..... J.... a su familia, describiendo con crudeza la misma (p.107/116), explicando en forma contundente por qué se trató de "violencia de género" a pesar que tanto F..... como su padre fallecido son varones (p.117/120). Sobre esto último, el Dr. Jofré expresó repetidamente su disconformidad pero no superó ese límite pues él comenta una fotografía (la muerte de O..... J..., por lo tanto solo observa violencia de varón a varón,

ni siquiera habría violencia de género transversal), mientras que la jueza contó sintéticamente la película que tuvo más de veinte años de duración apoyando con sólidas inferencias por qué la violencia mencionada, continua, cotidiana, constituyó un catálogo de violencia inusitada y extraordinaria (p. 107 y 117). Contradeciría la lógica y las máximas de la experiencia dar la derecha al Fiscal del caso en este punto: el acusador reconoce que existió violencia de género y violencia de género transversal pero no ese día, esto es, en su temperamento lo que aconteció durante más de veinte años habría desaparecido el día de la muerte de O..... J..., a pesar que prueba no refutada en el juicio acreditó que el regreso del casino a la vivienda por parte de O..... J.... inició un nuevo episodio de violencia contra los integrantes de la familia, esta vez agresiones de palabra y de hecho contra F..... y M..... J... y luego amenazas hacia H.... A.... y sus hijos.

El tratamiento dado a la violencia de género, en la decisión judicial en cuestión, impone también rechazar la queja del Dr. Jofré -expresada puntualmente por escrito y en forma oral ante esta Sala- sobre una aseveración del Dr. Chavarría Ruiz, cuando en ocasión de enumerar los requisitos legales de la legítima defensa escribió: "...a) Agresión ilegítima: La cual debe ser una

conducta real, actual e inminente (**el agresor puede llevarla a cabo cuando quiera**)..." (p.95). Por supuesto que leyendo lo transcrito sin contextualizarlo con la situación lo remarcado en negrita sería erróneo, dado que para defenderse legítimamente la agresión debe ser actual o inminente. Pero sucede que la sentencia (sobre todo la Dra. González) explicó claramente que las agresiones de O..... J... fueron cotidianas y continuas y el mismo día, previo a su muerte, aconteció otro episodio que confirmó esa continuación. Entonces, tal vez el juez debió agregar "mientras duraran las agresiones" pero, no haberlo hecho, es inocuo y no modifica en absoluto el tratamiento dado al instituto. Igualmente cuando la Dra. González afirma: "... **Había una agresión latente o, con más precisión, continua frente a la que cabría, incluso, una defensa en cualquier momento que la víctima la creyera como posible, como su única posibilidad de defenderse con éxito sin perder su vida...**" (p.124 segundo párrafo).

El sentido absolutorio de la sentencia impugnada se construyó sobre la convicción creada a partir de lo acontecido esa trágica mañana, a partir de la llegada de la víctima a la vivienda familiar proveniente del casino. La información que recibieron los integrantes del Tribunal sobre la amenaza y agresión de O..... J.... a sus

hijos con el arma blanca, las amenazas proferidas a toda la familia y el desenlace final fueron aportes de la misma familia J... (H... A....: p.29/33; M.... J.....: p.46/53); los vecinos (C..... R.....: p.33/37; L..... B.....: p.39/41; M..... R.....: p.17/21) y uniformados (Cristian L Laytuqueo: p.21/22; Pablo Encina: p.25/29 y Héctor Garrido: p.76/77), y el varias veces mencionado H... T..... (p.13/17). El fiscal del caso no pudo - mediante las facultades del interrogatorio o contrainterrogatorio- lograr que el sentido de las declaraciones fuera diferente y abonar su teoría del caso. Asimismo, tampoco logró desvirtuar las conclusiones de los peritos Méndez y Mamani que apoyan la existencia de ese estímulo externo que afectó sin anular la capacidad de comprensión de F..... J....., lo cual tuvo importancia capital en la producción del error sobre la provisión del arma a la víctima.

Resta responder lo atinente a la inevitabilidad del error. Afirma Bacigalupo que **"... el error sobre los elementos del tipo es evitable cuando el autor, observando el cuidado exigido, hubiera podido conocer correctamente las circunstancias ignoradas o falsamente representadas. La relación entre observancia del cuidado y conocimiento o correcto conocimiento debe ser prácticamente segura..."** (en Edgardo Alberto Donna, "Derecho

Penal. Parte General. Teoría General del Delito", Tomo IV, edic.2009, p.252). Con otras palabras, el Fiscal del caso entiende que J... pudo haber salido del estado de duda si la tenía, pudiendo haber tomado las precauciones del caso. De lo transcripto más arriba sobre la sentencia (principalmente p.100/101) se desprende que tampoco se registra ni arbitrariedad en la aplicación del art.34 inc.1 del Código Penal ni absurda apreciación de las pruebas rendidas en el juicio directamente relacionadas con ello. Así, de la decisión judicial mencionada surge que dijo el Dr. Méndez: **"... La secuencia se da por lo vivido en su domicilio y la amenaza de muerte de su padre con el arma blanca que logro ser repelida y seguida de la amenaza del uso de un arma para darles muerte, género en F..... la sensación de que algo muy grave iba a suceder. Ese estímulo del exterior que irrumpe en ese momento tuvo en ese momento una entidad suficiente para descaderar una gran afectación emocional, una conmoción afectiva de miedo que provoca una conducta impulsiva..."** (p.70 último párrafo y 71 primer párrafo) y también la licenciada Mamani que completó el análisis psiquiátrico-psicológico del imputado: **"...en ese momento de riesgo de vida, F..... considero que estaba en riesgo su vida y por eso sus emociones gobernaron la conducta..."** (p.75 segundo párrafo).

De lo reseñado en el párrafo anterior sobre lo que declararon los peritos, más lo dicho por los testigos presenciales sobre cómo se encontraba el imputado al momento de cometer el hecho ("desconocido", reseñado también en la sentencia), se desprende que tampoco resulta posible hallar errores inferenciales o de percepción, del tipo de los mencionados más arriba. El acusador parece reducir la cuestión de la evitabilidad o inevitabilidad del error a una cuestión de tiempo transcurrido (es decir, como pasaron horas entre la agresión inicial y la muerte de J... pudo haberse evitado el resultado luctuoso) pero la explicación de los peritos mencionados, más el contexto de violencia crónica sufrido por la familia J... (incluido F.....), más el suceso grave acontecido previamente en perjuicio del imputado y su hermano M..... de manos de la víctima, conformaron un cuadro mucho más amplio que el mero aspecto temporal y condujeron a los sentenciantes a tener por existido el error de tipo o de hecho inevitable y ello no ha sido puesto en crisis por los argumentos de la Fiscalía.

Tampoco puede perderse de vista el deber de este Tribunal en el tratamiento de las impugnaciones, varias veces señalado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, por ejemplo parte de lo resuelto en

Acuerdo Nro.33/2015, del 16/10/15 (caso "Palavecino Pablo Esteban s/ Homicidio Doloso Agravado por el uso de arma") donde el Dr. Evaldo Moya expresa: "...el recurso de impugnación no es un cauce destinado a suplantar la valoración que realice el tribunal de juicio en torno a las pruebas que fueron apreciadas de manera directa ante su vista, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración de aquel por la del recurrente o por la del órgano revisor. Dicho de otro modo, no le corresponde al Tribunal de Impugnación formar su personal convicción de unas pruebas que no presencié, sino antes bien, controlar que el tribunal de juicio haya dispuesto de prueba de cargo suficiente, que haya sido válida y que hubiere sido valorada razonablemente...". Todas estas pautas han sido cumplidas y con creces en la revisión de la sentencia en que se absolvió a F..... F.... J..... -

Por todo lo expuesto corresponde rechazar los planteos del Dr. Marcelo Jofré y confirmar la sentencia impugnada que absolvió a F..... F..... J.....- Es mi voto.

El Dr. Andrés Repetto, dijo: me pronuncio igual que el colega preopinante por coincidir con sus argumentos. Mi voto.

El **Dr. Daniel Varessio**, dijo: adhiero a la solución propuesta por el vocal que principiara en la votación. Así voto.

III. A la Tercera Cuestión el Dr. Richard Trincheri, dijo:

No existió oposición del Ministerio Público Fiscal ni de la Fiscalía de Estado en cuanto a la admisibilidad formal de la impugnación de la Defensa. Además de lo anterior, se cumplen en el caso con los requisitos exigidos sobre la legitimación objetiva y subjetiva y en virtud de ello procede la admisibilidad formal del recurso, resultando la decisión judicial impugnada una sentencia definitiva alegando la Defensa que su firmeza causaría perjuicio al imputado. (art.227, 233,239 y 242 del CPP). Es mi voto.

El **Dr. Andrés Repetto**, manifestó: Adhiero a lo manifestado por mi colega precedentemente. Mi voto.

El **Dr. Daniel Varessio**, expresó: Comparto lo expuesto en el primer vocal opinante. Así voto.

IV. A la Cuarta Cuestión el Dr. Richard Trincheri, dijo:

Adelanto que no tendrá respuesta favorable la impugnación de la Defensa, correspondiendo

confirmar lo resuelto por la mayoría del Tribunal, esto es, la imposición de las costas del proceso por su orden.

F.... F..... J....., como todo imputado, tiene el derecho de contar con un abogado defensor, cuente o no con recursos. Si bien esta garantía no tiene una previsión expresa en la Constitución Nacional es otra derivación necesaria de la "inviolabilidad de la Defensa" del art.18 CN (Alejandro Carrió, "Garantías Constitucionales en el proceso penal" Hammurabi, sexta edición actualizada y ampliada, 2015, p.559). En cambio Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (art.75 inc.22 CN) contienen formulaciones puntuales sobre la cuestión: la CADH (art.8 inc.2 e) y el PIDCP (art.14 inc.3, b) y d). Toda esta normativa de acatamiento obligatorio asegura el derecho a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección y de contar con medios adecuados para la preparación de su defensa. Nuestra Constitución Provincial (art.58) prevé la gratuidad en los trámites y asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes, la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo proceso administrativo y judicial.

El ordenamiento procesal penal neuquino recepta el mismo derecho y lo establece como uno de los

principios generales (art.10 in fine CPP). A su vez, el art.1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa establece como misión garantizar **"...a través de la asistencia técnico-jurídica, el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. De igual forma asume la defensa de las personas imputadas en causa penal..."**. Nuestro Código -en sintonía con los mismos Tratados de DD.HH mencionados- otorga cierta libertad al imputado a optar por la autodefensa (art.55 CPP) aunque desde el ángulo de la efectividad que impone el efectivo ejercicio del derecho de Defensa y, dentro de él, el principio de igualdad de armas, se orienta el desempeño de la asistencia del imputado a manos idóneas, lo cual no puede sino entenderse con la indispensable concurrencia de abogados (Abel Fleming-Pablo López Viñals, "Garantías del Imputado", Rubinzal-Culzoni, edición 2008, p.300).

Es obligación de los jueces neuquinos escrutar diariamente que la Defensa suministrada por los abogados defensores sea efectiva, llevada adelante por letrados idóneos y capacitados, los cuales son controlados a fin que la participación del profesional no resulte meramente formal. La Corte IDH ha recordado en varios precedentes que la CADH es violada si la defensa es solo

aparente (por ejemplo en el "Caso Cabrera García y Montiel Flores, S. del 26/11/2010, C.Nro.220).

Por todo lo dicho hasta aquí el Estado neuquino garantiza a todos los ciudadanos -imputados en un proceso penal- asistencia letrada, efectiva y eficaz, sin importar cuando lo verifica si es gratuita u onerosa para el imputado. Esto ya sirve para descartar algunos perjuicios que traería aparejado para J... la decisión impugnada según la defensa: el Derecho de Defensa y el modelo adversarial porque en su visión se violentaría la igualdad de armas. En efecto, los defensores no han podido demostrar cómo sufrirían siquiera alguna mengua tales garantías del imputado producto de la decisión que impugnan.

El escrito impugnatorio refiere además a diversas situaciones, todas supuestamente afectadas por la misma sentencia cuando dispuso las "costas por su orden": privilegio para la parte acusadora, desatención del deber de rendición de cuentas de los funcionarios públicos y del principio republicano de responsabilidad de los actos de gobierno, la afectación de la correcta administración de justicia, la inaplicación de una mirada con perspectiva de género, la ignorancia de la existencia de violencia pública en el núcleo del conflicto. Todos estos temas tienen

obviamente un sentido efectista pero -así planteados- no dejan de ser títulos interesantes contenidos en una suerte de retórica pero, al mismo tiempo, sin cumplir su utilizador con la carga argumentativa de desarrollarlos y relacionarlos con las circunstancias del caso y demostrar el perjuicio que supuestamente deviene para el imputado si la decisión judicial en cuestión quedara firme.

En el caso que nos ocupa F.... J....., haciendo uso de la opción prevista en los art.49 inc.2 y 55 CPP, designó un abogado y una abogada que ejercen su profesión en forma liberal. Fue absuelto pero, la imposición "costas por su orden", como lo explica el Dr. Chavarría Ruiz (p.140/141), implica que J... deberá pagar los Honorarios de sus abogados y el Estado no percibirá lo que habría correspondido si las costas se tuvieran que afrontar enteramente por el imputado. Dos cuestiones deben quedar claras de inicio: la primera, y como lo explica Javier Llobet Rodríguez al comentar el Código Procesal Penal de Costa Rica, es que el imputado tiene libertad de nombrar a un defensor de su confianza entre los profesionales que integran el respectivo Colegio. El abogado designado no tiene la obligación de aceptar o rechazar, sin necesidad incluso de dar razones, pero si acepta los Honorarios deben ser convenidos entre el

imputado y el abogado defensor designado, rigiendo a su respecto la libertad contractual (Sexta edición, Editora Jurídica Continental, edic.2017, p.76 y 249). Es decir, el Estado no interviene en ese trato (contrato) inicial. La segunda es que aun "ganando" el caso puede excepcionalmente quedar obligado a realizar tal erogación, conforme ha sido resuelto en esta ocasión donde se resolvió que la eximición al "vencido" en esta oportunidad sería parcial (art.268 segundo párrafo in fine). Ello ha sido fundado por los jueces que hicieron mayoría en que el Ministerio Público Fiscal tenía la obligación de representar al Estado en la dilucidación de este caso tan violento, y que dicho organismo no había ido más allá del deber de objetividad (votos de los jueces Chavarría Ruiz p.140/142 y Ojeda p.148/153).

Como se describió más arriba, la Fiscalía de Estado defendió la sentencia encontrándola razonable y fundada, en tanto el Fiscal del caso entendió que la eximición debía ser total (otra variante que surge como excepción en el art.268 segundo párrafo in fine del CPP). Sin embargo, la posición del Dr. Jofré no ha de ser considerada debido a que no recurrió el punto de la sentencia que resolvió sobre las costas, solo impugnó la absolución de J... y sobre cómo se resolvieron las costas

solo impugnó la contraparte. Entonces, el marco a decidir por esta Sala oscila entre la pretensión de la Fiscalía de Estado que postula la confirmación de lo resuelto en su relación y la petición de la Defensa que solicita se invalide ese punto y se condene al Estado a pagar las costas.

El Tribunal de juicio por mayoría ha valorado que en el caso se registraban aristas que permitían traer en respaldo el precedente "Castillo" del TSJ, el cual entrega pautas para tener en cuenta al momento de evaluar la cuestión cuando "los vencidos" son los Ministerios Públicos (Fiscalía o Defensa). En abstracto, y en cualquier tipo de proceso, puede señalarse que se imponen las "costas por su orden" cuando los magistrados han considerado que el resultado final del proceso pudo haber tenido un resultado distinto, incluso favorable a las pretensiones de la parte que "perdió" el pleito, en este caso el Ministerio Público Fiscal.

El Tribunal de juicio decidió apartarse del principio establecido al principio del segundo párrafo del art.268 CPP y ha dado razones justas y suficientes para encuadrar el caso en la excepción a tal principio (igual artículo y párrafo in fine) el cual permite eximir parcialmente al perdidoso de las costas. Según el

impugnante, el caso nunca debió llegar a juicio y por ello carga contra el Ministerio Público Fiscal, órgano que- de tal manera- habría incumplido el deber de objetividad. Sin embargo, a poco de analizarse las circunstancias que rodearon al caso, las posturas asumidas por las partes durante el proceso y, muy especialmente el temperamento de la defensa en el alegato final, se concluye que la realización del juicio no estuvo desprovista de ninguna irracionalidad y que, además, no se llegó a esa instancia por voluntad exclusiva del acusador público.

Nuestro sistema procesal no otorga al Ministerio Público Fiscal una carta blanca para llevar a juicio lo que lleve en ganas. Por el contrario -y a diferencia de lo que ocurría con el sistema inquisitivo anterior- en la etapa intermedia, una vez que el acusador considera concluida su investigación, existe un riguroso control del mérito de la acusación como asimismo del ofrecimiento probatorio, y es un juez o jueza (y solamente un juez o jueza) quien decidirá si la investigación del fiscal proporciona fundamentos para someter o no a juicio al imputado. Va de suyo que el Código le otorga también a la Defensa herramientas para oponerse e instar el sobreseimiento (art.168 CPP). En síntesis, se arribó a juicio porque antes (en el Control de Acusación) el Fiscal

del caso demostró ante un magistrado o magistrada la probable participación punible de F..... J..... sobre la base de evidencias que propuso para el futuro debate, es decir una sospecha debidamente fundada, cuya verosimilitud fue resuelta por la judicatura y controlada por la Defensa. De ahí que carece de fundamentos la atribución de falta del acusador al deber de objetividad.

Sostener la existencia de un estado de necesidad exculpante (teoría jurídica del impugnante) es asumir que el accionar del imputado es inculpable pero, al mismo tiempo, es también típicamente antijurídico. Esto significa que como causal que excluye la culpabilidad el estado de necesidad exculpante excluye la pena pero deja incólume el acto típicamente antijurídico y este último, entre sus efectos, registra uno de consideración no menor para el tema que nos ocupa: el acto de F..... J..... si bien no culpable puede originar responsabilidades no penales, por ejemplo de orden civil referente a la reparación o resarcimiento del daño (Jorge Frías Caballero-Diego Codino/Rodrigo Codino, "Teoría del Delito", Hammurabi, edición 1992, p.398/399). Da toda la impresión que la misma Defensa, por la posición adoptada en el Control de Acusación y por su petición en el alegato final,

aceptó tempranamente que había fundamentos suficientes para la realización del juicio.

Igualmente, y prescindiendo ya de la opinión del impugnante, no hubiera sido posible (sin la realización del juicio) visibilizar a través de prueba directa toda la cuestión de la violencia de género, central en el razonamiento probatorio y en la conclusión a la que arribaron los sentenciantes, sobre los fundamentos para concluir con la aplicación de la legítima defensa por resultar la agresión de O..... J.... a su familia, además de ilegítima, "contínua", que fue argumento dirimente para absolver al imputado (voto de la Dra. Carolina González, principalmente entre p.120/122).

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la Defensa no ha planteado eximir a J... de pagar sus Honorarios a partir de los efectos de la causal de justificación declarada. Tampoco lo advirtió en su disidencia la jueza Carolina González, que erróneamente considera que la acción de J... fue "ilegitima" ("**...que la acción de F..... J.... fue ilegítima, contraria al derecho penal no cabe duda...p.127**"), cuando precisamente-de acuerdo a lo resuelto- la legítima defensa torna "legítima" tal acción, operando una justificación formal establecida en el mismo Código Penal (art.34 inc.6) sin necesidad siquiera de

acudir a otra parte del ordenamiento jurídico. Ahora bien, más allá que no fue objeto de litigio en la audiencia ante esta Sala, lo cierto es que, aun planteada la cuestión de los efectos, la competencia correspondería a otro ámbito (extrapenal), el mismo fuero en dónde se deberían plantear los incumplimientos estatales para con la familia J... mencionados y alegados por la Defensa, incompetencia que fuera también advertida por los letrados representantes de la Fiscalía de Estado, que obviamente también es merecedor del derecho de Defensa y el Debido Proceso.

Por lo expuesto debe confirmarse la decisión del Tribunal de imponer las costas por su orden. Es mi Voto.

El **Dr. Andrés Repetto**, manifestó: Adhiero a lo manifestado por mi colega precedentemente. Mi voto.

El **Dr. Daniel Varessio**, expresó: Comparto lo expuesto en el primer vocal opinante. Así voto.

V. A la Quinta Cuestión el Dr. Richard Trincheri, dijo:

Teniendo en cuenta los resultados obtenidos en las distintas impugnaciones, y debiendo guardar necesaria coherencia con lo resuelto en el punto anterior, las costas deben imponerse por su orden. Es mi voto.

El **Dr. Andrés Repetto**, manifestó: Adhiero a lo manifestado por mi colega precedentemente. Mi voto.

El **Dr. Daniel Varessio**, expresó: Comparto lo expuesto en el primer vocal opinante. Así voto.

De lo que surge del Acuerdo, por **unanimidad** se

RESUELVE:

I.- DECLARAR ADMISIBLE desde el plano estrictamente formal la impugnación ordinaria deducida por el Fiscal del Caso, Dr. Marcelo Jofré (arts. 227, 233, 237, 241 y 242 del CPP).

II.- NO HACER LUGAR a la impugnación ordinaria deducida por el Fiscal del Caso Dr. Marcelo Jofré y, en su consecuencia, **CONFIRMAR** en todos sus términos el Punto I de la **sentencia** dictada el día 26 de febrero de 2021 que **ABSOLVIÓ** a **F..... F..... J.....** en relación al delito de Homicidio agravado por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación (art.80 inc.1 en relación al último párrafo y art.45 del Código Penal).

III.- DECLARAR ADMISIBLE desde el plano estrictamente formal la impugnación ordinaria deducida por la Defensa técnica del imputado **F.... F..... J.....** (arts. 227, 233, 239, y 242 del CPP).

IV.- **NO HACER LUGAR** a la impugnación ordinaria deducida por la Defensa técnica de F..... F..... J... y **CONFIRMAR** en todos sus términos el Punto II de la **sentencia** dictada el día 26 de febrero de 2021 que imputó las **COSTAS POR SU ORDEN**. Téngase presente la reserva del **CASO FEDERAL**.

V.- **IMPONER LAS COSTAS POR SU ORDEN** en esta instancia (cfr. art. 268 CPP).

VI.- **LOS JUECES ANDRES REPETTO Y DANIEL VARESSIO NO FIRMAN POR ENCONTRARSE EN USO DE LICENCIA PERO SE DEJA CONSTANCIA QUE PARTICIPARON EN LA DELIBERACION Y RESOLUCION DE LA PRESENTE SENTENCIA.**

VII.- Regístrese y notifíquese por medio de la Dirección de Asistencia a la Impugnación, en la forma de rigor.

Reg. Sentencia Nro. 12 Año 2021.-