En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los cinco días del mes de mayo de dos mil diez, se da a conocer en base a la comunicación recibida por medio de correo electrónico con firma digital, que el Tribunal de la Cámara en lo Penal de esta Circunscripción Judicial, integrado por los Dres. **Martín Roberto MONTENOVO** en su carácter de Presidente, **Mónica RODRÍGUEZ y Silvia Susana MARTOS,** Jueces de Cámara Subrogantes, dicta sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 1.279, carpeta individual n° 1.830,** de la Oficina Judicial local, en la que tuvieron debida participación la Sra. Funcionaria de Fiscalía, Dra. **Stella Maris PRADA,** la Sra. Defensora de Confianza Dra. **L. C. B.,** y el imputado **G. A. M.;**

CONSIDERANDO:

Que el día 27 de abril del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Martín Roberto Montenovo, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Sra. Defensora del imputado M.; por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5° párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones: 1°) ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de M., contra la sentencia condenatoria?; en su caso, 2°) ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5° pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Martín Roberto Montenovo, en segundo lugar la Dra. Mónica Rodríguez y finalmente la Dra. Silvia Susana Martos.-

A la cuestión planteada el Dr. MONTENOVO dijo:

1.- A fs. 28/48 de la carpeta judicial nro. 1279, (Legajo de Investigación Fiscal nro. 1830), obra la Sentencia por la que el Tribunal de Juicio condenó a G. M. a la pena de once años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del

delito de Homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (arts. 41 bis, 45, y 79 del CP).

El hecho ocurrió, conforme lo sostenido por el Ministerio Fiscal, en fecha 25/12/05 en la calle San Martín a la altura de la numeración catastral 3202 de esta ciudad, aproximadamente a las 19:30 hs., y resultó víctima fatal M. A. D.. Conforme la tesis de la Acusación acogida en la Sentencia de grado, ese día el difunto se hallaba en el domicilio de su madre, M. Á., sito en calle Orquídeas nro. *** del Barrio la Floresta, junto a sus hermanos L. A., V. S. y S. A., todos de apellido D., cuando llegaron de visita el acusado y su hermano G. M., luego de trasponer el portón de entrada, el primero comenzó a blandir un arma de fuego, M. salió del interior y le pidió que se calmara, por lo cual los dos M. se retiraron y tomaron por calle San Martín, yendo la víctima detrás, luego su hermana V., y más rezagados, G. M. Y S. D..

Ya a la altura del nro. 3202, el imputado agredió verbalmente a M., extrajo nuevamente el arma y le disparó a la zona abdominal, dándose a la fuga. La bala seccionó la arteria renal, lo cual provocó su muerte.

En la decisión en crisis, especialmente a partir del segundo sufragio, queda en claro que los Jueces atribuyeron credibilidad al testimonio de V. D., tanto por el sustento en las otras declaraciones de los presentes en el hecho, corno por que su versión a lo largo del proceso fue homogénea, ello en función de la deposición de los empleados policiales que a lo largo del mismo la recibieron en diferentes oportunidades.

La Defensa impugnó la decisión básicamente en función de lo que enmarcó como "valoración arbitraria" de la prueba incorporada al Debate, lo cual circunscribió a determinados segmentos del suceso, por caso la razón de la salida de la víctima de su vivienda "acompañando" al acusado; el arma de fuego, la cual no fue hallada, tampoco ninguna vaina, en el lugar ni en el posterior registro domiciliario en la morada de M., más allá que este afirmó no haber accionado una hacia la humanidad del difunto; su supuesta "actitud agresiva" lo cual no se condice con el temperamento adoptado en la vivienda de la flia. D. cuando se le solicitó que guardara el supuesto arma que portaba, lo cual hizo, ello en la versión de los

hermanos del difunto; el tenor de la prueba testimonial cargosa, compuesta por familiares de la víctima y agentes policiales; la consideración como indicio de culpabilidad, de la elusión del acusado luego del hecho, el cual fue hallado tiempo después ei la ciudad santacruceria de Caleta Olivia, a instancias de averiguaciones efectuadas por V. D..

Por último, y en la Audiencia previa a este acto (art. 385 del CPPCh.), introdujo la letrada de confianza un planteo de inconstitucionalidad del art. 41 bis del CP:, al que cabe interpretar como subsidiario de la petición principal de absolución por duda razonable. El mismo se basa, entre otros argumentos, en la violación al principio constitucional del "ne bis in idem", consistente, en el caso, en agravar por violencia mediante el uso de arma de fuego, una acción que consistió, conforme la Sentencia, en poner fin a una vida de manera violenta usando como medio, precisamente, un arma de fuego.

El Ministerio Fiscal al contestar los agravios, se circunscribió a sostener que los testigos fueron contestes en afirmar que M. disparó con un revolver calibre 22, arma que preserva en recámara la cápsula. Reforzó el mérito de los mentados testigos, en cuanto a su coherencia, coincidencia y firmeza, lo cual arrojó un relato unívoco que excluyó por completo la causa de justificación pretendida por la Defensa. También, aseveró que la conducta del acusado posterior al hecho puede ingresar al análisis de los Jueces por la herramienta del art. 41 del CP. Por último, y en cuanto a la constitucionalidad del art. 41 bis del CP. insisto que planteo introducido en la Audiencia del art. 385 del rito, no objetó su oportunidad, interpreto que reduciendo el pronunciamiento pretendido por la Defensa a una cuestión de dosificación en el contexto del art. 41 del código de fondo.

II.- Una correcta intelección del sistema adversarial considero que nos lleva a postular que para lograr la liberación de reproche, la Defensa no debe plantear necesariamente un "caso", sino que es válido que resista la Acusación solo sosteniendo que el Fiscal no podrá demostrar sus términos. En última instancia, el principio de inocencia y/o el beneficio Provincia dcl Chubut de la duda logran el resto, pues, en definitiva, si los Jueces desean saber la "verdad" sobre un

acontecimiento de relevancia penal, los principales encargados de comunicársela no son el Defensor o el acusado.

Pero más allá de ello, también es real que cuando las partes ensayan una explicación sobre lo ocurrido, el poder de convicción de sus argumentos crece.

No concuerdo con el Acusador Público en cuanto que la Defensa pretendió acreditado en autos una causa de justificación, Legítima defensa propia o de terceros. Si se analizan los alegatos de inicio y final del Juicio, la letrada de confianza se limitó a sostener que el Fiscal no podría acreditar su hipótesis, debiendo entenderse la afirmación, a todo evento, sobre la posibilidad de un contexto de aplicación del art. 36 inc. 6to del CP, como un cuadro factible, pero en la medida que conduce también al imperio de la duda.

Incluso la defensa material del imputado consistió en aseverar que no disparó arma de fuego alguna.

Entonces, podemos claramente partir de la base que aquí el Ministerio Fiscal desarrolló un supuesto respecto del hecho, que aunque no contenía la descripción del "móvil", determinaba un autor, M., su voluntad de realizar resultado, la muerte de D., en condiciones de modo, tiempo y lugar fijadas, por un lado, y Defensa e imputado, negaron ello, por otro.

El Acusador se valió, a efecto de acreditar su relato, de testimonios y pericias, estas últimas, la autopsia, más la declaración del forense en Juicio, y la balística, habiendo hecho lo propio el experto también en Debate. Ninguno de estos dos mencionados elementos de convicción mereció crítica alguna por la Defensa en el Recurso, en cuanto al modo en que fueron valorados por el Tribunal.

De allí que la causa de la muerte de la víctima no pueda ser aquí discutida, ni la utilización del medio señalado (disparo de revolver que dejó la munición dentro del occiso), ni la ubicación del tirador de frente al hoy difunto, a una distancia (entre 50 cm. como afirmó V. D., a más de 2 metros, tal lo expuesto por el galeno), que impide concluir en la existencia de un forcejeo entre víctima y victimario.

Entonces, en tanto los agravios resultan el límite del Tribunal revisor, excepto la configuración de un grave menoscabo a garantía constitucional, que el rito denomina "control de constitucionalidad" (art 369), que habilitaría a actuar de

oficio, extremo que aquí no se verifica, aquellos asertos han quedado a salvo de la crítica de la Defensa.

De allí que la persona que se ubicó enfrente de M. D., a corta distancia, y accionó un arma de fuego contra su humanidad, apuntando a su abdomen, al menos, aceptó la posibilidad de su muerte, en atención al medio y al destino del disparo, una modalidad de dolo (eventual) que el tipo del art. 79 del CP. admite.

III.- Hasta allí lo no cuestionado. La parte controvertida del auto en crisis ha radicado en la identificación del autor como M., todo lo cual ha surgido de testigos "interesados" en comprometerlo, conforme la impugnante, ya por policías, ya por ser familiares de D..

Bueno es preguntarse como opera la "sana crítica racional", método de valoración del plexo según el rito vigente (art. 25 del CPPCh.), en los casos en los que se carece de otros testigos que no sean aquellos unidos a alguna de las partes por lazos familiares, conyugales, de amistad, o se trata de funcionarios policiales, situaciones por demás comunes en el proceso penal.

La respuesta consiste en que sin perder de vista tales vínculos, el mérito de tales declaraciones pasa por su respaldo en otros testimonios, indicios, pericias, lo que se ha dado en llamar "coherencia externa", y también en la "interna", es decir en la credibilidad de la deposición en sí misma.

Para comenzar, no estamos en presencia de "testigos de oídas", los que tal como sostiene el maestro Jauchen (Tratado de la prueba en materia penal, Ed. Rubinzal Culzoni, pag. 363), procede estar a su esterilidad invalidante por su carácter de "indirecto".

Sobre todo en el caso de V. D., en menor medida de su hermano S., los Sentenciantes, en particular el segundo sufragio, lo han señalado como un testimonio serio y creíble.

Ahora bien, arriesgo que la víctima no salió de la casa de su madre solo para ver que "quería M.", también que la ingesta alcohólica de todos los protagonistas del hecho era similar, un 25 de diciembre por la tarde, e incluso que V. D. no estaba tan próxima al acusado en el momento culminante del evento como se ubicó en su versión.

Pero todo ello no invalida lo troncal de su declaración: que M. efectuó el disparo mortal contra s hermano, de frente, a corta distancia, estando la víctima desarmada, habiendo introducido el elemento de fuego en la escena, nuevamente, el acusado. Su relato se mantuvo homogéneo a lo largo del tiempo, en función de lo percibido por los funcionarios policiales que lo escucharon, coincide en lo esencial con su hermano S., y no fue desmerecido por G. M., hermano del imputado, quién dijo en Juicio "no recordar", y haber sido "echado" del lugar por el encartado. Ni siquiera este pudo rebatir el relato de V., limitándose a referir que no había disparado.

También cabe apuntar que, además de testigo y derechohabiente, cumplió un rol investigativo exitoso al lograr el dato del paradero del acusado, y resulta difícil imaginar, nada ha propuesto la Defensa en tal sentido, otra razón para tanto esmero que no sea la veracidad de sus dichos.

Tal fue, con otros argumentos, el análisis del Tribunal de Juicio.

El principio "falsus in uno falsus in ómnibus", y su regla inversa, en tanto la deposición que resulta veraz en parte, debe presumirse que lo es en el todo, no se compadece con la sana crítica. Este principio presuntivo constituye una verdad científicamente inverificable, extremista, no se compadece con la realidad y por ende como toda ficción, no sintoniza con el sistema de valoración de las pruebas vigente, ni con el imperativo del proceso penal de reconstruir la verdad real y objetiva (conf. Jauchen, Ob. cit. 365).

Por ello es posible distinguir en un testimonio determinadas parcelas que responden a una regla de veracidad, aspectos que deben ser tomados por el juzgador pues son los que permiten reconstruir lo acontecido, y otros que remiten a una regla de sinceridad, tendencia subjetiva que indica una propensión a decir lo que se sabe y se piensa, aún cuando ello no siempre coincida con lo ocurrido, es decir, no sea verídico.

He aquí la pauta de distinción posible entre deposiciones erróneas y las mendaces (conf. Altavilla Psicología Judicial T. II pags. 791/794).

En tal contexto, el testimonio de V. D., en los sustancial, resultó creíble, tanto interna como externamente, sin perjuicio de determinadas parcelas que quizás no

se correspondan con lo ocurrido, pero que no alteran el mérito que cabe de él hacer, que fue el que determinó el Aquo.

Otro aspecto interesante de la decisión, aspecto en el que la Defensa no profundizo demasiado, consistió en que los dichos de V. D. resultaron la principal, y en determinados tramos única, prueba cargosa.

El razonamiento del Tribunal ha sido considerarlo de tal modo, pero con apoyo sustancial en otros testimonios directos e indicios. En cuanto a tal enfoque, Bentham (citado por Jauchen en Ob. citada pag. 372/373), sostiene que en la práctica es dificultoso que en un caso el único medio probatorio sea un testimonio, sin la existencia siguiera de un indicio, aún mínimo, que lo respalde.

En el sistema vigente de valoración de la prueba, testigo único de cargo no es igual a absolución como regla imperativa, aunque ello no significa que el tradicional axioma "testis unus testis nullus" no sirva como orientador en la ponderación de la prueba.

Y aquí el A-quo ha valorado primordialmente tal testimonio, tanto en sí mismo como en su relación autoconvalidante con otras declaraciones, pericias e indicios.

Tal ha sido la "lógica del fallo", y ciertamente, la crítica esbozada por la impugnante no alcanza a controvertirla, ni desde la identificación de pruebas idóneas para desautorizarla, ni desde lo argumental, pues no existió un planteo de "testigo único" pero sin respaldo en otros elementos de convicción. Tampoco en el contra examen del Debate la Defensa logró comnover el testimonio referido.-

Así las cosas, hemos deliberado y coincidido en que la actividad del Ministerio Fiscal ha permitido acreditar al nivel de certeza mínimo requerido para una condena, su postulado incluido en la Acusación, por lo cual corresponde confirmar el fallo en cuanto a que al acusado le cabe la declaración de responsabilidad penal de la que fue objeto.

IV.- También la Defensa ha impetrado la inconstitucionalidad del art. 41 bis del CP. Pero lo hizo en la audiencia del art. 385 de rito, reitero, no habiendo la petición formado parte de la batería de agravios incluidos en el escrito interpuesto en los términos de los arts. 374 y 382 del CPPCh.

Ahora bien, tampoco el Ministerio Fiscal opuso reparo a la oportunidad de introducción de planteo, por lo cual en orden al resguardo del sistema adversarial vigente, nada podemos resolver al respecto, debiendo introducimos en su tratamiento.-

En un tema asiduamente analizado por voces realmente autorizadas, no me extenderé demasiado, pero menos en lo que hace a la constitucionalidad del dispositivo, en función del sistema de "las penas del catálogo represivo", en lo referente a su proporcionalidad, cuestión sobre la que ya me he expedido (fallos "A." y "F.", de esta Cámara), de manera positiva a la compatibilidad del precepto con la Carta Magna.

Incluso, entiendo zanjada a nivel Provincial la cuestión por el Superior Tribunal, Sala Penal, en el precedente " D.D. A. s / Hom. Simple" Expte. 20083-D-2005, y tomando palabras de la Dra. Rodríguez al deliberar, no es una cuestión menor la tacha por inconstitucional de una norma, resulta una atribución de la Judicatura que debe ser utilizada con suma cautela, pues subyace a ella la forma republicana de gobierno en tanto consagra la división de poderes.

V.- Pero la inaplicabilidad de la norma al caso, petición troncal de la Defensa aunque en principio enderezada por vía de control de constitucionalidad, merece otro análisis.

Y más, si se efectúa con el prisma del respeto al principio del "ne bis in idem" y a la aplicación de la interpretación de las normas más favorable al reo (art 44 último párrafo Constit. Prov.), ambos postulados de envergadura constitucional, nacional (art. 18 CN), y local.

Una nueva dimensión al debate ha traído el fallo "A." (auto nro. 306 de 26/6/09), de la Cámara de Acusación de la Provincia de Córdoba (por mayoría).

Escuetamente, allí se ha dicho que, en tanto el art. 104 del CP., que repele la aplicación del art. 41 bis por ya prever el uso de arma de fuego, resulta subsidiario de los arts. 90, 91 y 79 el CP, ambos extremos, la subsidiariedad y la previsión arrastrarían la inaplicabilidad de la agravante genérica a los mentados dispositivos de Lesiones Graves, Gravísimas u Homicidio simple cometidos mediante armas de tal clase.

La interpretación contraria, la cual es posible observar en el pronunciamiento mayoritario del precedente del STJ de nuestra Provincia, radica en la mayor dosis de culpabilidad que el Legislador ha pretendido atribuir a los hechos cometidos mediante intimidación, violencia y arma de fuego, en la medido que ello no se encuentre expresamente previsto en las figuras de la parte especial.

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

No es irracional agravar la respuesta al que mata con signos evidentes de desmotivación en el mandato que emerge de la norma penal, respetar la vida ajena, en tanto utiliza medios que demuestran una mayor dosis de reprochabilidad en la acción.

Pero allí se ingresa en el campo del art. 80 del CP, donde se combinan dos circunstancias, el resultado muerte y la forma de lograrlo.

Aquí, en tanto el Legislador ha adicionado otra consecuencia al hecho objetivo de matar, el uso de un arma de fuego hace aplicable el art. 79 del Código de fondo, y a su vez, el precepto cuestionado.

Difícil es entonces no hablar de una doble valoración gravosa de la misma circunstancia.

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

VI.- En tal inteligencia, yendo a la dosificación, y conforme a las pautas de los arts. 40 y 41, desde lo subjetivo, la edad (23 años al momento del hecho), formación socio cultural, carencia de antecedentes del acusado, y desde lo objetivo, la ingesta alcohólica que probablemente haya potenciado una reacción de la que no

se han dado mayores explicaciones racionales, me llevan a considerar que el mínimo de la escala del art. 79 del CP, ocho años de prisión, se ajusta a los parámetros a tener en cuenta, y ello cabe imponer a G. M..

Asimismo corresponde regular los honorarios de la profesional a cargo de la Defensa del G. A. M. en la suma de Pesos dos mil ($ 2000), por la labor desarrollada en esta etapa, a cargo del imputado. (art. 5, 7, 44 y ccdtes. de la Ley XIII N° 4, antes Decreto-Ley 2200). Así voto.-

A la cuestión planteada la Dra. RODRIGUEZ dijo:

1. La Defensa impugna la sentencia condenatoria dictada en autos por entender que contiene una fundamentación aparente, en la que el Tribunal del mérito ha partido de premisas falsas, arribando a la conclusión incriminatoria a través de una valoración parcial y errónea de la prueba producida en el debate. También cuestiona la constitucionalidad del art. 41 bis del Código Penal.

No he de reproducir la prolija descripción de las circunstancias fácticas y los antecedentes del caso efectuada por el colega preopinante, a los que me remito a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

2. Anticipo que mi posición respecto al agravio medular de la impugnante —la arbitrariedad de la sentencia- coincide, en lo sustancial, con el voto del colega que me precede en el orden de votación. Un nuevo examen del material probatorio, con el fin de profundizar la crítica que formula la Defensa dentro del marco revisor del recurso, me llevan a idéntica conclusión que la sentada en el fallo por los Jueces del mérito.

Así, dentro del amplio ámbito de apreciación probatoria propio del recurso ordinario contra la condena y luego de un exhaustivo análisis de la prueba introducida al debate, aprecio que en la formulación de los agravios la Defensa se ha limitado a transcribir parcialmente el voto de los Jueces del mérito, introduciendo meras discrepancias valorativas con las que contiene el fallo, pero sin mencionar siquiera las pruebas que permitirían tener por ciertas sus afirmaciones.

Por el contrario, la reevaluación del material probatorio efectuado me llevan a la conclusión de que los Magistrados del juicio han valorado adecuadamente los

elementos probatorios, por lo que el decisorio no sólo exhibe coherencia y logicidad sino que aparece correcto y debidamente fundado el razonamiento que los guía a la conclusión y, por ende, válidamente construida la decisión condenatoria, como se verá. Si bien ciertos aspectos puntuales de la crítica al fallo -segmentados y vinculados a aspectos parciales del pronunciamiento-, resultarían atendibles considerados aisladamente, no alcanzan a conmover — entiendo- la univocidad que surge de su apreciación en conjunto. Ello es así porque cuestionar por separado cada una de las premisas del razonamiento puede dar lugar a erróneas conclusiones dubitativas, cuando el análisis de la totalidad del material probatorio y su correcta interrelación permiten llegar a una certeza positiva acerca de la hipótesis que sustenta. Si bien la Defensa ha ensayado distintas posturas a lo largo del proceso —desde negar la autoría en el hecho hasta colocarse en situación de legítima defensa-, entiendo que las versiones que ha intentado introducir no pasan de ser conjeturas meramente hipotéticas, sin corroboración alguna.

Claro que no es humano acceder a la verdad *absoluta* respecto de los hechos del pasado. Mucho más modesta es la pretensión de un juzgador al exigir a las partes del proceso que demuestren la verdad de sus proposiciones. Así lo ha explicado el Juez Pfleger, reiteradamente, al concluir que "...en *el proceso penal sólo puede hablarse de verdad en términos de grados o niveles; luego, la certeza es el nivel de verdad aceptable después de la ponderación de los opuestos: la dialéctica entre las hipótesis posibles, de la que fluye la más consistente y se traduce en la fórmula: "más allá de toda duda razonable".* "G., J. C. s/ víctima de homicidio" (Expediente N° 21.413-Letra "G"-Ario 2008).

3. Con acierto, en mi opinión, se ha dicho que para poder justificar la certeza final sobre la verdad del hecho atribuido al imputado, el juez deberá superar, mediante su motivación fáctica, un triple filtro: a) justificar por qué existen una pluralidad de confirmaciones de la hipótesis acusatoria, es decir, una pluralidad de elementos probatorios que permitan inferir su verdad, b) explicar por qué ningún elemento probatorio de los producidos en el juicio permiten refutar la verdad de la imputación y c) justificar por qué se han refutado las hipótesis de la defensa y

otras hipótesis acusatorias más favorables al acusado *("El principio in dubio pro reo y su control en casación",* Máximo Langer, Nueva Doctrina Penal, 1998-A). Entiendo que el fallo en crisis supera satisfactoriamente tales filtros o reaseguros, mencionados como presupuestos de una decisión correcta.

Considero que el fallo ha transitado por esos pasos lógicos, no hallándose configurada, respecto a la hipótesis fiscal, una situación que alcance la noción de "duda razonable". Al respecto cabe recordar, como lo he dicho en anteriores pronunciamientos, que quedan excluidas de aquella noción las dudas menores o marginales, como también las dudas imaginarias o meramente hipotéticas. En la primera categoría podrían mencionarse los llamados *"cabos sueltos",* elementos que no aparecen plenamente explicados durante el proceso, pero que no enervan la hipótesis principal sobre los hechos. En la segunda estarían aquellas explicaciones alternativas, pero que nadie ha alegado ni intentado probar en el debate, tal como ocurre en el caso de autos, en que más allá del esfuerzo de la Sra. Defensora en esta instancia y de la hipotética duda que plantea, no se advierte una situación que enerve la valoración conjunta e integral de la totalidad de la prueba producida en la causa.

Así, se ha dicho que una duda razonable es "...una duda articulada, esto es, que a diferencia de los meros cabos sueltos, exista una explicación que sea capaz de estructurar los diversos elementos que no cierran en la versión de la acusación y mostrar cómo todos ellos en conjunto construyen una duda relevante. Muchas veces esta articulación constituirá una versión alternativa que les de sentido. Si esta historia alcanza un margen de credibilidad, aunque sea bajo pero que aparece como relevante, entonces puede constituir una duda razonable..." ("Nuevo estándar de convicción", Informe de Investigación, Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Diego Portales, p.16, Año 2003).

Anticipo pues —y daré razones-, que la prueba introducida válidamente al debate, reexaminada en su totalidad a partir de la fiel reproducción del juicio, me lleva a la convicción de que las cosas pasaron del modo en que lo ha predicado la sentencia y merecen la calificación legal que se ha dado en la causa, a excepción de la agravante del art. 41 bis, a mi criterio inaplicable al caso, como explicaré.

4. Al ingresar al análisis del fallo en crisis advierto que la Jueza que guía el acuerdo, Dra. Pettinari, ha efectuado un racconto pormenorizado de las probanzas producidas en la audiencia de juicio, determinando la materialidad o exterioridad de los hechos en sintonía con el relato que de los mismos formulara el Ministerio Público Fiscal. Tal postura la lleva -si bien lacónicamente- a descartar *causales de inimputabilidad,* así como *atenuantes o eximentes de exculpación.*

Por su parte el Juez del segundo voto, Dr. Pintos, también realiza un recorrido descriptivo y, al mismo tiempo, valorativo de la totalidad de la prueba arrimada al juicio, no advirtiendo —en modo alguno-, que la ponderación sea incompleta o sesgada. Motiva, a mi juicio, adecuadamente los elementos probatorios vinculados a la prueba de autoría y descarta fundada y correctamente la configuración de una pretendida situación de legítima defensa en el obrar del imputado. Si bien la decisión pivotea, básicamente, en la declaración de la hermana del imputado —V. D.-, el votante explica la relevancia que tiene la corroboración periférica de ese relato sustancial por parte de los dichos de otros testimonios directos —madre y hermano del fallecido- y de testigos referenciales, básicamente los funcionarios policiales actuantes en el primer momento de la investigación.

Coincide con la valoración formulada por los dos primeros votantes el Juez del tercer voto, Dr. Caviglia, agregando que no alcanza para enervar su decisión *el intento de la defensa de desacreditar los dichos de la hermana de la víctima, argumentando confusión respecto de los apodos y/o domicilios, como así tampoco la posible agresión de la víctima y hasta la utilización de su propia arma, versión huérfana de prueba alguna que la sustente.*

5. Entrando al tratamiento de los hechos para intentar dar respuesta a las críticas de la recurrente, digo en primer término que ha quedado claro, con diferencia de matices, que el encuentro entre víctima y victimario la tarde del 25 de diciembre de 2005 fue *circunstancial.* Según los D. el acusado y su hermano llegaron a la casa para saludar a A. — uno de los hermanos de la víctima-; el imputado y G. M. sostienen, en cambio, que ellos iban caminando y desde la casa de los D. los llamaron, agregando M. que el "C." D. estaba "muy ebrio, muy drogado", y se pusieron a tomar con él.

Surge claro del relato de los testigos, también, el alto grado de alcoholización que tenían los protagonistas del suceso investigado. En tal sentido es gráfica la expresión de G. M., quien ante una pregunta de la Fiscalía en el debate, contesta: *"estábamos todos amanecidos",* e interrogado sobre el significado de esa expresión, indica que es *"cuando estás tomando toda la noche.., cerveza, de todo, vino"* — agrega-

También resulta acreditado que en un determinado momento se produce una discusión entre "C." D. y el imputado G. M.. Si bien no existen dos versiones contrapuestas acerca del modo en que comienza la pelea -que va a culminar en el fatal desenlace-, tampoco puede afirmarse que haya habido acuerdo de las partes en tal sentido. Por un lado el imputado sostuvo que D. *"empezó como a buscar(le) pelea",* sin brindar mayores precisiones. Su hermano G. dijo, lacónicamente, *"después empezaron a discutir",* en relación al acusado y la víctima, sin dar tampoco detalle alguno. Es probable que la pelea se haya originado cuando, por motivos que se ignoran, el acusado extrae un arma de fuego y la exhibe estando reunidos en el patio de la casa. En este último punto, según entiendo, cuando el acusado y su hermano dicen "no haber entrado" se refieren a la vivienda en sí, no al patio; eso explicaría por qué G. dijo "no entramos".

A partir de allí cobra relevancia el relato de la testigo V. D., quien nana que el acusado *saca un arma como bardeando a M.,* quien comienza a tratar de sacarlo del patio, pidiéndole que guarde el revólver, cosa que también le dice su hermano G.. La testigo supone que M. pudo haberse ofendido al decirle que su hermano A. estaba durmiendo, tal vez por creer aquél que era mentira o bien por pensar sólo que querían que se fuera. Continúa narrando V. que *"...salieron para el portón y yo salí atrás de mi hermano M....Se fueron hacia la esquina, este pibe guardó el revólver y después lo sacó de vuelta, mi hermano andaba ahí al lado y yo andaba entre medio de ellos dos para que no le dispare a mi hermano, doblaron sobre la San Martín y este pibe volvió a putear a mi hermano, "te voy a mete un tiro puto de mierda," y en ese momento, cuando levantó el brazo para disparar yo le quise correr el brazo y me empujó para este lado y ahí habrá dado como tres pasos y le disparó a mi hermano, lo vi que cayó y me dijo "me la dio V.".*

Ante reiteradas preguntas de la Defensa para que explique la testigo por qué razón deciden seguir a los M. una vez que el imputado salió del patio, V. D. explica que la discusión continuaba y que su hermano M. lo iba *llevando* al acusado hacia el portón para que se fuera, pero que el patio es largo y, a su vez, el *pibe lo seguía puteando y quería volver y* así se fueron hasta la calle San Martín que queda *en la esquina nomás.*

Esta versión resulta coincidente, a su vez, con el testimonio de su hermano, S. D., quien también fuera testigo presencial del desenlace. Concuerda en decir que estaban el patio de la casa de la mamá, él, su hermano C., V. y sus dos sobrinas, aclarando que su hermano L. A. estaba durmiendo. Agrega que llegaron el acusado y su hermano adentro del patio, lo buscaban a A. y ahí, no sabe por qué, G. M. *sacó un arma de fuego y la empezó a revolear y a apuntar para adentro de mi casa.* Explica una situación similar a la narrada por su hermana V. en cuanto el momento en que comienzan a discutir y M. extrae un arma, lo van llevando hacia fuera, el testigo se queda *un toque* más atrás con M. (G., hermano del acusado) y agrega: *"cuando miré G. le pegó un manotazo a V., el arma la tenía preparada, no la guardó, la guardó pero la tenía en la mano, y le metió un manotazo a mi hermana sacó el revolver y le pegó el tiro a mi hermano".*

Relevante también resulta, a los fines probatorios, los dichos de la madre de los testigos referidos, la Sra. M. G. A., quien recuerda que esa tarde *llegaron dos pibes preguntando por A. y V. le dijo que estaba durmiendo y ahí sacó ese pibe un revólver apuntando para la casa y haciendo así, y andaba de sombrero. Lo que digo es eso, le digo a mi pibe C. "no salgas que está armado", pero salieron C., S. y V. para el portón y se ganaron para allá por San Martín.* Respecto de la identidad de los que llegaron dijo *yo vi al pibe G., hermano de la L., el otro pibe no sé, no lo conozco. G. tenía el arma, era el que tenía sombrero.*

Como viene de verse, no se advierten contradicciones sustanciales en los dichos de los familiares de D. que permitan descartar la versión que brindan. Si bien conocían al imputado por ser hermano de una joven amiga de V. D. —de nombre L.- y antiguamente vecinos, nada hace sospechar que tuvieren algún motivo de enemistad, discordia o rivalidad con aquél. Por su parte ni el imputado ni su

hermano, G., han expuesto un relato contrapuesto y plausible, ya que sólo refieren coincidentemente con lo anterior- que en un momento se inicia una discusión, pero el acusado se coloca en situación de víctima y su hermano dice que cuando empieza la pelea el acusado le dice que se retire, por lo cual no agrega ningún dato sobre el episodio que desencadena el resultado.

6. He de discrepar con la Defensa en cuanto considera que existieron dos momentos conceptualmente diferenciables: uno primero en la vivienda de los D. y un segundo episodio cuando se produce el desenlace. En mi opinión se trata de una continuidad en la discusión iniciada en la vivienda, que se prolonga ininterrumpidamente, sin solución de continuidad, por varios metros afuera de la casa y que culmina cuando el acusado extrae —nuevamente- el arma de fuego que portaba y produce un único disparo sobre la humanidad de la víctima, provocando su muerte inmediata.

Coincido con la valoración que han hecho los Jueces del mérito en cuanto a la particular relevancia que tiene en el caso el testimonio de V. D.. Si bien tengo presente que se trata de la hermana del fallecido —por lo cual es dable pensar que su objetividad no es la misma que la de un testigo afectivamente neutral-, no encuentro motivos para presumir un intento de atribuir falsamente responsabilidad penal al acusado. Además, no se trata del caso del *testigo único* pues se ha demostrado que se hallaba presente en el lugar tanto el hermano del imputado, G., como otro hermano de la víctima, S..

Otro indicio de credibilidad en los testimonios de los hermanos D. lo brinda la circunstancia de que cuando se refieren al hermano del acusado, G., tanto V. como S. se expresan sin animadversión alguna, resultando coincidentes en describir una actitud totalmente pasiva de su parte. Por otro lado son concordantes cuando explican que V. estaba junto a "C." mientras S. iba junto a G., un poco más atrás *("mi hermana estaba al lado (de C.) y yo estaba un poco más atrás pidiéndole que se lo lleve"* sostuvo S.).

V. fue categórica al señalar: *G. se quedo en 1ª esquina, él vio todo lo que pasó.* Más adelante va a referir que luego de la persecución que inicia junto a su hermano contra el imputado, vuelven a encontrarlo. Así, señala: *Después*

cruzamos a G., que iba atrás de su hermano, nosotros no le dimos importancia porque íbamos a ver a mi hermano. La referida alusión —verosímil como se verá- pone en crisis la sinceridad de G. M. de haberse retirado del lugar antes del desenlace, máxime teniendo en cuenta, para abonar la credibilidad que afirmo, que en todo momento los D. han dejado en claro que G. M. no asumió ningún tipo de conducta agresiva en el evento sino más bien al contrario, pidiéndole al hermano que guarde el arma y yendo, incluso, alejado de él en la retirada.

Acerca de la actitud tomada por G. luego de iniciada la discusión resulta mucho más creíble, insisto, el relato de los hermanos D., quienes sostienen que G. *se queda ahí,* es decir, en el lugar del hecho. El testimonio de G. M. en este aspecto —sea por la ebriedad padecida o para no comprometer la situación de su hermano- no trasunta la actitud que de ordinario se adopta en una situación como la que narra, pues si el acusado había comenzado una discusión con D., no resulta verosímil pensar que haya interrumpido su pelea para decirle al hermano que se retire y, menos aún, que este lo haya hecho.

7. En relación al momento mismo en que se produce el disparo, he de coincidir con la valoración que realiza el Juez Pintos en su voto. Es relevante, para la reconstrucción fáctica de ese momento crucial del hecho, volver sobre el testimonio de V. D.. La testigo afirmó en el debate que *"salieron para el portón y yo salí atrás de mi hermano M. y este pibe (G. M.), en el portón le gatilló a mí hermano pero no le salió la bala, y ahí su hermano (del imputado), G., le dijo que guarde eso, "G. guarda eso, qué haces! ", y este pibe lo siguió jodiendo a mi hermano, puteándolo, amenazándolo, y yo iba atrás y se fueron hacia la esquina de la San Martín, Las orquídeas y San Martín, se fueron hacia la esquina, este pibe guardó el revólver y después lo sacó de vuelta, mi hermano andaba ahí al lado y yo andaba entre medio de ellos dos para que no le dispare a mi hermano, doblaron sobre la San Martín y este pibe volvió a putear a mi hermano "te voy a mete un tiro, puto de mierda," y en ese momento, cuando levantó el brazo para disparar yo le quise correr el brazo para que no le dispare y me empujó para este lado y ahí habrá dado como tres pasos y le disparó a mi hermano, lo vi que cayó y me dijo "me la dio, V. .* Interrogada la testigo para que diga, una vez que M. salió

del patio, por qué razón lo siguieron, la testigo agregó *"él lo estaba puteando a mi hermano y mi hermano lo llevó hasta el portón para fuera, para que se vaya, y este pibe como que quería volver igual así así que mi hermano iba ahí al lado de M., se fueron hasta la esquina de la San Martín para que se fuera, se fuera y este pibe como que quería volver así y él por las nenas, igual, todo".*

Por su parte, concordante con lo anterior, S. D. indicó "cuando miré a G. veo que le pegó un manotazo a V., el arma la tenía preparada, no la guardó, la guardó pero la tenía en la mano, y le metió un manotazo a mi hermana sacó el revolver y le pegó el tiro a mi hermano".

Si bien es altamente probable, a favor de lo argumentado por la Defensa, que los testigos, familiares de la víctima, hayan minimizado las actitudes descomedidas o violentas, incluso, de su fallecido hermano, no encuentro razones que me lleven a descartar, esencialmente, los testimonios 1 cargosos como tampoco a considerar la concurrencia de una causal de justificación, que ni siquiera ha sido planteada por el propio imputado en su defensa material. Ello así, toda vez que el propio G. M. se coloca en situación de víctima y niega haber portado arma de fuego, aunque tal circunstancia se contrapone con el fatal resultado, así como con la —indiscutida- persecución emprendida por los hermanos D. después de la detonación y la agresión que sufriera la vivienda del acusado la misma noche del hecho. Es decir, no se compadecen tales extremos si es que acaso el acusado hubiese resultado ser una víctima de la agresión de los D., sin respuesta o reacción alguna de su parte, como lo pretende.

Cierto es, como dice la recurrente, que ha quedado demostrado —contrariamente a lo que surge del fallo en crisis-, que hubo un momento en el que el acusado guardó el arma que había esgrimido en la vivienda de la familia D.. Pero no menos cierto es, pues resulta de los coincidentes dichos de los testigos presenciales V. y S. D., que persistió en su actitud agresiva y su pertinaz actitud amenazante culmina cuando extrae nuevamente el arma de fuego que portaba, efectuando un disparo sobre la víctima que resultó, lamentablemente, de consecuencias mortales.

En modo alguno puede decirse, como se ve, que la conclusión a la que arriban los Jueces del mérito resulte irrazonable o carente de fundamento. Si bien es cierto que no ha sido profusa la prueba de la parte acusadora, considero que ha logrado demostrar la hipótesis inicial no pudiendo afirmarse lo mismo de las confusas conjeturas defensistas, que comienzan negando que el imputado haya portado el arma y concluyen invocando una situación de legítima defensa, sin apoyatura alguna en las probanzas de la causa.

No es legalmente permitido disparar con un arma de fuego a un contrincante, aún dentro del contexto de una discusión o pelea de momento, cuando dicha conducta no aparezca como la repulsa necesaria y razonablemente adecuada para preservar la propia vida o la de un tercero.

Sabido es que la legítima defensa es un permiso limitado, una excepción al ejercicio monopólico de la fuerza por parte del Estado, que sólo procede bajo las estrictas condiciones que fija la ley. En este punto debo dar razón a la representante de la Fiscalía en cuanto señala que en el caso no se han acreditado los presupuestos para que prospere la causal de justificación que —*ad eventualiter*- postulara la Defensa.

Insisto, aún teniendo por cierto que ambos contendientes en la discusión mostraran actitudes, gestos y/o palabras agresivas —para colocarnos en la mejor posición para el acusado-, y asumiendo que no se trataba de una especie de guarda pretoriana el acompañamiento, por parte de la víctima y su hermana V., al acusado cuando se alejaba del domicilio de la familia D.; considerando, también, que pudieran hallarse todos fuertemente alcoholizados, mal podríamos decir que la conducta de M. de extraer el arma y disparar contra la víctima haya sido "una reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada", en términos del maestro Soler, o "la acción típica realizada por el autor con el fin de rechazar la agresión ilegítima, cuando aquélla es el medio racionalmente adecuado para evitar la destrucción o menoscabo de los bienes jurídicos a los que ésta amenaza", como enseria Creus.

Siendo así las cosas, considero que la mínima actividad probatoria de cargo desarrollada en el proceso resulta suficiente para destruir el estado de inocencia

que, legal y constitucionalmente, ampara al imputado. Entiendo razonable que los Jueces del mérito hayan considerado que la postura asumida por la Defensa no alcanza a erosionar el cuadro probatorio cargoso acumulado en autos, el cual resulta, a mi criterio, *suficiente* como para destruir el estado de inocencia que ampara al sometido a proceso y tener al acusado como autor, material y responsable, del delito de Homicidio Simple (art. 79 del Código Penal Argentino) en perjuicio de M. A. D.. Así lo voto.

8. En cuanto a la agravante aplicada al caso en el fallo impugnado, esto es, la prevista en el art. 41 bis del Código Penal, he de coincidir, también, con el colega que guía la decisión, tanto respecto a la cuestión vinculada con la oportunidad de planteamiento del agravio, como a la solución sustancial que propone, esto es, la inaplicabilidad al caso de la citada norma legal.

Tengo en cuenta que la Defensa ha planteado la inconstitucionalidad de la norma en cuestión. No ignoro, por otra parte, que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia se ha pronunciado por la constitucionalidad de la aludida previsión legal en numerosos pronunciamientos (caso "D.,D.A s/ homicidio simple —Expte. N° 20.083-D- 1 2005; "A., C. M. s/ homicidio simple —Expte. N 20.064-A- 2005, entre otros).

Tengo certeza, a su vez, que el enorme poder -contramayoritario- de los jueces de controlar la constitucionalidad de las leyes es una atribución que debe ejercerse con máxima prudencia, por el riesgo de lesión que conlleva al principio republicano básico de división de poderes.

No obstante, constituye un deber esencial de la función del juez *interpretar* las normas legales implicadas y determinar su aplicación en cada caso concreto, so riesgo de caer en una indebida utilización mecánica o automática de aquéllas.

Sabido es que la regla del art. 41 bis del Código Penal, como agravante genérica, se aplica a aquellas figuras de la parte especial cometidas con violencia o intimidación contra las personas mediante el uso de un arma de fuego.

Serias y fundadas críticas ha merecido en la doctrina la introducción de la norma al digesto penal sustantivo. Oscilante es la jurisprudencia al respecto y también la práctica operativa del sistema penal, ya que en innumerables ocasiones los

propios operadores fluctúan en la decisión de aplicar la norma o no, según el caso. Ello implica que un imputado por la comisión de algunos de los delitos cometidos por el medio descripto —violencia o intimidación con arma de fuego-, se hallará ante la incierta situación de no saber cuál será la interpretación que realizará quien deba decidir el asunto. Al panorama anterior se suma el hecho de que en muchos casos es la propia parte acusadora la que, haciéndose eco de los consistentes cuestionamientos constitucionales que merece la n por no requerir su aplicación en los casos concretos.

Se ha dicho que la agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal afecta al principio de *igualdad ante la ley,* toda vez que 1 contempla diferente trato jurídico a situaciones iguales. Que afecta, también, el principio de *proporcionalidad de las penas* ya que, por ejemplo, una tentativa de homicidio calificado tiene un máximo de pena menor que homicidio tentado cometido con un arma de fuego. Idéntica situación se produce con el instituto de la libertad condicional, pues un condenado en la primera situación podría obtener el beneficio antes que quien se encontrara en la segunda. Asimismo se sostiene, no sin razón, que lesiona el principio *ne bis in idem,* pues impone una doble valoración de la misma circunstancia o elemento: por un lado al realizar el juicio de culpabilidad y, por otro, al momento de fijar el monto punitivo.

Las situaciones descriptas en los puntos antecedentes resultan gravemente cuestionables en términos de política criminal, erigiéndose en ejemplos válidos para sostener que esta reforma introducida a nuestro Código Penal carece de coherencia sistemática, pues no ha respetado el juego armónico que deben tener todas sus previsiones.

9. Sin embargo, considero que en el caso no es preciso entrar a analizar la constitucionalidad de la norma -de manera general para todos los tipos penales en juego-, pues entiendo que la agravante que contiene no resulta aplicable al caso de autos.

Mi postura, favorable sustancialmente a la pretensión de la recurrente, propicia una interpretación legal que compatibiliza una respuesta punitiva respetuosa del postulado constitucional de proporcionalidad de la pena en el caso concreto -más

allá de opinar de modo coincidente con la posición sentada por quienes han cuestionado, con sólidos fundamentos, la legitimidad de la agravante genérica incorporada como art. 41 bis C.P.-, en el que se trata, particularmente, del delito de homicidio.

La solución a la que adhiero —claramente justificada en el voto que antecede-, ha sido la posición adoptada por el Juez Cortelezzi en el citado caso "D.,D.A, s/ homicidio simple". El citado Magistrado entiende que al referir la norma -como elementos configurativos de la agravante- a *"violencia"* o *"intimidación",* descarta su aplicación cuando el bien jurídicamente afectado es la vida pues, por un lado, la intimidación no lo afecta y, por otro, la violencia está *ínsita* en la acción de matar. Si a tal razonamiento se suma la circunstancia de que el Código Penal prevé en forma expresa las circunstancias agravantes de un homicidio por el *medio* empleado para cometerlo —art. 80 inc.-, la aplicación de la norma al caso deviene, desde todo punto de vista, improcedente.

Así lo explica el Magistrado en el fallo de referencia: *"La intimidación queda naturalmente excluida y la violencia sólo será atendida en el caso en que se dé alguna de las situaciones previstas en el artículo 80, incisos 2° y 5°, únicos supuestos en que el homicidio tiene en cuenta a ella para promover el agravamiento, dicho en otras palabras, cuando el medio empleado genera la aludida violencia. Y siendo que se encuentra ya advertida por el legislador en los casos apuntados, ningún otro modo de producir la muerte puede ser entonces recalificado por el uso del arma de fuego, ya que aquél se ha desentendido de o consumar el homicidio. Hay que tener en cuenta que el propio acto de causar la muerte a otro es de por sí violento, sin importar el instrumento que se utiliza para consumarlo. Reitero que sólo en los caso previstos por el artículo 80 es que el legislador ha tenido en cuenta un especial modo de acometimiento que lo vuelve particularmente violento. El crear un peligro común por el medio utilizado, el ensañamiento, la alevosía, la utilización de veneno u otro procedimiento insidioso, repotencian de particular modo la violencia propia del homicidio. No hay por tanto inconstitucionalidad de la norma sino ausencia de razón válida para aplicarla al caso.".*

Postulo, pues, la inaplicabilidad de la agravante del 41 bis del Código Penal al caso, debiendo adecuarse la pena a tal decisión.

Teniendo en cuenta que el Tribunal la fijó muy por encima del mínimo legal, así como que resulta atendible la justificación dada por la recurrente acerca del no sometimiento a proceso del imputado en razón de los riesgos que pretendió aventar, no cabe computar tal circunstancia como agravante.

Por ello, adhiero a la determinación punitiva que propone el colega que me precede en el orden de votación, fijándola en Ocho años de prisión, con costas. Así lo voto.

10. Entiendo adecuado regular los honorarios de la profesional a cargo de la Defensa de G. A. M. en la suma de Pesos Dos Mil ($ 2000), por la labor desarrollada en esta etapa, a cargo del imputado. (art. 5, 7, 44 y ccdtes. de la Ley XIII N° 4, antes Decreto-Ley 2200).

A la cuestión planteada la Dra. MARTOS dijo:

1.- En el inicio de mis fundamentos he de señalar que no expondré los antecedentes que motivan el recurso contra la sentencia de condena, pues la completa relación de los hechos efectuada por mi colega preopinante resulta lo suficientemente explicita como para poder remitirme a ella.

2.- En el ámbito del recurso del condenado, regulado con amplitud en el Código vigente — art. 374 C.P.P. — al punto que el legislador le ha llamado "impugnación ordinaria", el Tribunal debe entender sin las limitaciones que son propias de los remedios extraordinarios, como el recurso de casación al que se ha referido la Corte Suprema en "CASAL", para exigir el máximo esfuerzo de revisión. Esta impugnación ordinaria permite la fiscalización amplia de todos los puntos de agravio verosímilmente hechos valer por el condenado en su recurso.

3.- Así, señalaré, siguiendo las mandas procesales, que se celebró la audiencia oral y pública legislada en el art. 385 del C.P.P., debatiéndose los argumentos de la impugnación. Luego de la deliberación realizada, los miembros del tribunal alcanzamos coincidencia en la solución del caso respecto de la materialidad del hecho y la autoría de G. M.. Luego, con disidencia de la suscripta, por mayoría se

decidió no dar curso a la agravante genérica por el uso de arma y readecuar el monto de la pena impuesta.

4.- La sentencia tuvo por acreditado el hecho atribuido a G. M. ocurrido el día 25 de diciembre del ario 2005, siendo las 19,30 horas aproximadamente, en circunstancias en M. A. D. se encontraba en la casa de su madre M. G. A., sita en calle Las Orquídeas ** del Barro La Floresta, compartiendo la víspera junto con sus hermanos L. A. D., V. S. D. y S. A. D.. Luego llegaron de visita al mencionado domicilio G. M. y su hermano G. M.; pasaron el portón de entrada y se quedaron parados cerca del mismo, G. M. sacó un arma de fuego y empezó a revolearla con su mano, M. le pidió que se calmara, G. y G. salieron del lugar tomando por calle San Martín; M. los siguió para hablar con G.; V. los alcanzó quedando G. y S. unos pocos metros atrás. G. agredió verbalmente a M. hasta que sacó de nuevo el arma y le disparó en la zona abdominal, cayendo herido a la altura de la calle San Martín al 3202, entre Las Orquídeas y Margaritas, mientras el imputado salió corriendo del lugar del hecho. A consecuencia del disparo recibido se produjo el fallecimiento de M. D., surgiendo del informe de autopsia, quedó acreditada que la causa de la muerte fue provocada por herida de arma de fuego con orificio de entrada a nivel del abdomen y que la lesión provocó la muerte en forma casi instantánea fue la sección de la arteria renal que provocó una hemorragia muy importante.

5.- Cabe ahora analizar cuáles han sido los criterios intelectivos y el juicio lógico que condujo a los jueces en la construcción de la sentencia final, cuestionados por la defensa técnica del condenado.

Adentrándome en el tratamiento de los agravios, diré que el recurso se ajustó a puntualizar que su pupilo no llevaba ningún arma; que se trató de un forcejeo entre "C. D." y G. M. y en ese forcejeo "aparece una arma que se dispara y provoca la muerte de C. D.". Afirma que después del suceso se procedió a la inspección ocular del lugar en busca de proyectiles y/o vainas así como el arma homicida, nada de lo cual fue habido. Igual fortuna tuvo el allanamiento en el domicilio de la familia M. donde no se encontró arma alguna. A partir de este señalamiento, cuestiona que los jueces tengan por no cuestionada la materialidad del hecho

traído a debate y que se haya descartado la legítima defensa esgrimida por la Defensa. Pone en crisis las declaraciones de los testigos parientes de la víctima, criticando la sentencia por parcializada y con fundamentación aparente, formulando impugnación por falta de congruencia y falta de fundamentación.

En orden a la verosimilitud, consistencia y credibilidad de los testimonios hemos coincidido los jueces, que la sentencia merece confirmarse en este punto, desde que los agravios no han podido rebatir adecuadamente las conclusiones de los magistrados del juicio.

Respecto de los testigos que resultan familiares del occiso - los dos hermanos y la madre-, resultan ser testigos hábiles pues se encontraban en el lugar de los hechos y pudieron observar desde el inicio, como se iban desarrollando los acontecimientos, desde la llegada del imputado M. con su hermano G. a la casa de la familia D. y la discusión entre "el C." D. y M.. Hasta allí el propio imputado, su hermano y los familiares, son contestes.

El imputado adujo que allí D. "empezó como a buscar pelea" y su hermano, G. M. declaró "después empezaron a discutir" y a partir de allí afirmó no recordar nada más, dado el grado de alcoholización que presentaba. Sin embargo, resultan concordantes los testimonios de V. D., S. D. y la madre de éstos que dan cuenta que se produce un altercado pues M. comenzó a insultar y "bardear" a D. y saca un arma exhibiéndola. Respecto de esta versión, no se advierten contradicciones entre los testigos y ello explica por qué la víctima lleva hacia el portón de salida a M. y lo saca del lugar, dado peligro que ocasionaba su presencia en ese sitio donde se encontraban también niños.

El Dr. Pintos en su voto resalta que la testigo V. D., desde un primer momento sostuvo esta versión, la que mantuvo a través del tiempo Es más, pudo dar razones de por qué, si el Sr. M. ya se había retirado de la casa de los D., guardando su revolver, aparece la víctima con él en la esquina. Afirma la testigo que en el domicilio el imputado saca el arma "bardeando a M.", quien comienza a tratar de sacarlo del patio, pidiéndole que guarde el revólver y que si bien salieron para el portón, la discusión continuaba y que su hermano M. iba llevando al acusado hacia fuera, retirándolo del lugar, pero "el pibe lo seguía puteando y

quería volver y así se fueron hasta la calle San Martín. El Juez Pintos pondera la declaración de la mujer resaltando que ésta mantuvo su versión de manera "sostenida, coherente y sólida a lo largo del tiempo, ratificando en el juicio oral su imputación a M.". El testigo S. D. corrobora los dichos de su hermana al decir que en el domicilio M. saca el arma de fuego y la empezó a "revolear" y a apuntar para adentro de la casa, por lo que comienza una discusión y lo van llevando hacia fuera a M.. La madre de la víctima es coincidente en cuanto a la situación vivida dentro de la casa cuando M. saca el arma y lo llevan hacia fuera. Declaró la mujer "yo le digo a mi pibe C., no salgas que está armado", pero salieron C.. S. y V. para el portón....".

Por otra parte no se observa en la declaraciones de los familiares, animadversión hacia el imputado que pueda disminuir su credibilidad. Sus relatos son contundentes respecto de la actuación de los hermanos M., atribuyendo toda la responsabilidad en el evento a G. afirmando que su hermano G., trataba de llevárselo.

La diferencia sustancial con el relato del imputado, es que éste se coloca en situación de víctima, negando que desde un comienzo, en el domicilio de la familia D., blandiera un arma.

Ubicados en el lugar del desenlace, valoran los jueces el testimonio de V. D., quien relata " que el grupo venía desplazándose desde la casa rumbo a la esquina de calle Orquídeas y San Martín, adelante M. y "C.", un poco más atrás V., y por último G. M. y S. D., siempre con el acusado sumamente irritado por la situación, quien "puteaba" y amenazaba a "C." con "meterle un tiro". Todo ello hasta que en el momento final, encontrándose M. con su brazo extendido apuntado a su hermano "C.", V. intenta "correrle el brazo", pero el acusado logra quitarla del medio, empujándola, para disparar al cuerpo de D., quien cae al suelo y le manifiesta a su hermana "me la dio V.".

También se desprende de los dichos de V. y S. D. que, creyendo en un primer momento que la lesión de su hermano no era de gravedad, optaron por salir corriendo atrás del autor del hecho, por las calles Las Rosas, Huergo, los Claveles, etc., hasta que lo perdieron de vista" (del voto del Dr. Pintos).

Se advierte que la defensa en su escrito de impugnación de la sentencia, como en el desarrollo de los argumentos en la audiencia , se ha limitado discrepar con los fundamentos dados por los jueces, parcializando los párrafos de sus votos, abstrayéndolos de la valoración del conjunto. Afirma por ejemplo que al no encontrarse en el lugar del hecho una segunda vaina, ello da por tierra la versión de los testigos de que M. en su huida volvió a disparar contra los hermanos D. que lo perseguían para darle alcance y de allí criticar la sentencia en cuanto tiene por probada la materialidad del hecho.

Se vislumbra también que la defensora va utilizando distintas posturas defensistas, las que no se presentan con coherencia argumentativa. En mi opinión, no se puede introducir la causal de legítima defensa sin apoyo en prueba que la sustente. La Defensora niega que el imputado haya portado un arma desde el inicio de la situación, lo que ha sido desmentido por los testigos presenciales; afirma que en el desenlace fatal, encontrándose M. y D. forcejeando, aparece un arma y se produce un disparo, el que da en la humanidad de D. para luego afirmar que su pupilo actuó en legítima defensa. Más allá del loable esfuerzo de la defensa, la conclusión a la que arriban los jueces, en base a la prueba colectada no adolece de falta de fundamentación ni resulta irrazonable cuando rechazan in límine dicha causal de justificación, dado que, tal como se pondera en los votos, en el caso no se dio ninguna de las condiciones que establece la norma para poder actuar en legítima defensa.

Por las razones que vengo exponiendo, voy a propiciar la confirmación de la sentencia venida a estudio en lo referente a la 1 materialidad del hecho y la autoría que le cupo a G. M., dado que los jueces han seleccionado y ponderado todas las circunstancias fácticas de acuerdo a las reglas de la sana crítica para llegar a acreditar con certeza la existencia del hecho atribuido y la autoría del imputado.

6.- Calificación legal. Tal como voté en los autos: "P. O. y otro p.s.a. Robo agravado seguido de muerte", (expte nro 16/07 CCPM), considero que corresponde aplicar al caso la agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal, dado que el tipo penal endilgado no incluye el empleo de armas y matar con una

arma de fuego, implica para el agente una mayor medida de culpabilidad que hacerla sin ella aún cuando el bien jurídico protegido sea el mismo. En igual sentido el Superior Tribunal de Justicia provincial se ha expedido por la constitucionalidad de la agravante dado que el bien jurídico protegido puede afectarse por acciones muy diversas en las que la culpabilidad es de mayor o menor intensidad. "

Se trata de una agravante genérica aplicable a todas las figuras de la parte especial, con excepción de aquellas que contemplen como parte constitutiva o calificante los elementos propios de esa norma, corno es la comisión de un delito con violencia sobre las personas mediante el uso de un arma de fuego, de allí que no lesione el principio de igualdad, que implica paridad de iguales" (del voto del Dr. Pfleger en autos "D. D. A. s/ Homicidio Simple" (Expte. nro. 20.083-154-2005).-

Tal como lo adelantara en el inicio del voto, si bien existió acuerdo entre los magistrados de la Cámara Penal en que la agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal no resulta inconstitucional, tal como lo planteara la defensa, los Dres. Montenovo y Rodríguez formaron mayoría en cuanto a la inaplicabilidad al caso de la citada norma.

7.- En relación a la impugnación efectuada respecto de la agravación de la pena, por la conducta procesal posterior al delito, en este caso, por encontrarse el imputado rebelde al momento de su detención, diré siguiendo en lo troncal a Patricia Ziffer que todo lo acontecido con posterioridad al hecho en cuanto a la relevancia de la conducta del imputado, no se encuentra especialmente mencionado en el art. 41 del C.P. y que la cuestión ingresa en el tratamiento de la "extensión del daño " y la "peligrosidad" del autor. Señala la doctrinaria la conveniencia de plantear la cuestión referida a en qué medida puede influir en la pena la conducta del autor posterior al delito. "La conducta posterior al hecho implica, aún más claramente, incorporar al análisis una circunstancia independiente del mismo hecho..." "Vincular la reparación del daño o la conducta procesal al grado de culpabilidad, no sólo es ficticio, sino que puede distorsionar y eventualmente, anular, garantías procesales fundamentales". (Patricia Ziffer. Lineamientos de la Determinación de la Pena, Ed. Ad-hoc, 1996, pag. 164).

Atendiendo a estos argumentos, considero que en el caso deberá prosperar el agravio, teniendo en cuenta además que resultó comprobado que luego de los sucesos, los familiares de la víctima se dirigieron al domicilio del imputado y provocaron serios desmanes, por lo que todos sus ocupantes debieron abandonar el inmueble. No encontrando otras causales de agravación de la pena, propicié en el acuerdo se lo condene a la pena establecida por el mínimo legal de los arts. 79 y 41 bis del Código Penal.

Ahora bien, dado que por mayoría se decidió no aplicar la agravante del art. 41 bis del Código Penal, y no advirtiendo causales de agravación de la pena, corresponde hacer lugar parcialmente a la sentencia impugnada y condenar a G. M., a la pena de OCHO AÑOS de PRISION, accesorias legales y costas como autor del delito de Homicidio Simple, art. 79 del CP.

8.- Honorarios. Por último, encuentro adecuado el monto que el colega preopinante ha fijado respecto de los honorarios de la Defensa, esto es, dos mil Pesos ($ 2.000.-).

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal:

RESUELVE:

1°) HACER LUGAR PARCIALMENTE a la impugnación deducida por la Defensa del acusado G. A. M., contra la sentencia n° 56/08 de fecha 9 de diciembre de 2008, declarando inaplicable al caso el art. 41 bis del CP (arts. 374, 382 y ss. y cc. del CPP).

2°) CONFIRMAR la sentencia en cuanto condena a G. A. M., por el hecho ocurrido el día 25 de diciembre de 2005, en orden al delito de Homicidio simple (art. 79 CP), readuecuando la pena impuesta en ocho (8) arios de prisión, con accesorias legales y costas del proceso.

3°) REGULAR los honorarios profesionales de la Defensora de Confianza del imputado M., Dra. L. B., por la labor desarrollada en la etapa de impugnación, en la suma de pesos dos mil ($2.000) (art. 5, 7, 44 y ccdtes. de la Ley XIII N° 4, antes Decreto-Ley 2200).

4°) Cópiese, protocolícese y notifíquese.