En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los dos días del mes de julio 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 Subrogante de la Cámara en lo Penal de esta Circunscripción Judicial, integrado por los Dres. **Rafael LUCCHELLI** en su carácter de Presidente, **Leonardo Marcelo PITCOVSKY y Mónica RODRÍGUEZ**, Jueces de Cámara, dicta sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 15.056**, **carpeta individual n° 1.172**, de la Oficina Judicial local, en la que tuvieron debida participación el Sr. Fiscal General, Dr. **Carlos Adrián CABRAL**, el Sr. Defensor de Confianza Dr. **J. C. S.**, la Sra. Patrocinante Letrada del Querellante Sr. A. E. A., Dra. **L. C. B.** y el imputado, **L. R. N. F.**, presente en la audiencia, sin sobrenombres ni apodos, argentino naturalizado, divorciado, nacido en Montevideo, República de Uruguay, el día 21 de septiembre de 1957, instruido, empleado, hijo de L. E. N. y D. F., último domicilio en calle G. C. nº ****, DNI nº **.***.***; y

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

Que el día 24 de junio del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Rafael Lucchelli, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por el Sr. Defensor del imputado L. R. N. F.; por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el

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

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Leonardo Marcelo Pitcovsky en segundo lugar el Dr. Rafael Lucchelli, y finalmente la Dra. Gladis Mónica Rodríguez.-

A la cuestión planteada el Juez **PITCOVSKY** dijo:

Llega el caso a esta instancia de revisión, para resolver la impugnación ordinaria (art. 374 del C.P.P.) deducida por la Defensa particular de L. R. N. F., contra la sentencia dictada en su contra por el Tribunal de Juicio Colegiado de la ciudad de Comodoro Rivadavia, el 5 de Noviembre de 2008 y que condenara al nombrado como autor penalmente responsable del delito de Homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (arts. 79, 41 bis del C. Penal) a la pena de Quince años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12, 29 inc 3º, 40 y 41 del C. Penal), por los hechos ocurridos en Comodoro Rivadavia el 9 de Abril de 2008, en perjuicio de M. S. A..-

El Dr. J. C. S., en su carácter de defensor de L. R. N. F., interpuso recurso contra el fallo condenatorio N° 49/2008 solicitando se anule el fallo dictado y absuelva a su defendido por el delito Homicidio simple agravado por el uso de arma (art. 86 y 41 bis del C.P.) y subsidiariamente para el caso de no acoger la petición anterior, se reduzca la pena que le fuera aplicada.-

Motivó la impugnación en 1) Inobservancia o errónea aplicación de la ley que funda la solución del caso, ya que – señaló – con la

prueba producida por la parte acusadora el sentenciante debió aplicar una normativa diferente para fundar la solución del caso y en ese entendimiento catalogó a la decisión de arbitraria. Citó doctrina y jurisprudencia que definen los conceptos vertidos en forma genérica.-

Refirió que el voto que lidera el acuerdo -de la Dra. NIEVA de PETTINARI- es concordante con lo sostenido por el Dr. PINTOS, quien votó en segundo término en lo que hace a la materialidad y la autoría responsable en cabeza de su pupilo. Y dijo al respecto: para arribar a la conclusión del fallo V.E. no ha valorado el material probatorio de descargo producido en el debate, que demuestran que los hechos no ocurrieron en la forma como lo han afirmado las partes acusadoras y como se indica en los presentes actuados, restando valor probatorio a las conclusiones de las pruebas periciales.

Sostuvo que su defendido N. F. debió ser absuelto por haber actuado con legítima defensa (art. 34 inc. 6º del C.P.) o en su caso ser condenado a una pena inferior a la impuesta por aplicación del art. 35 del C.P., es decir por haber actuado con exceso en la legítima defensa.-

Citó pasajes del voto de la Dra. NIEVA de PETTINARI al rechazar el argumento defensista al igual que luego hizo con el voto del Dr. PINTOS y también del Dr. MONTENOVO. Al ingresar a la valoración de los testimonios por parte de Aquo, destacó lo referido por la primer votante respecto de lo manifestado por el padre de la víctima, luego hizo lo propio con lo vertido por el médico policial y el médico forense, quien efectuara la autopsia del occiso, describiendo para ello detalles de la experticia. Seguidamente citó la valoración del testimonio de la pareja del damnificado,

el que dijo, coincide con lo afirmado por los acusadores y después se refirió a lo declarado por las transeúntes N. O. y T. G. en el debate y los vecinos del lugar M. T. M. y J. L. D. como asimismo de la Sra. Y. G. y de E. M. M. F.. Por último refirió a la valoración del testimonio de R. W. A., otro transeúnte que pasaba por el lugar en ese momento. quienes desde diferentes ópticas observaron el desarrollo de los hechos o parte de ellos.-

Continuó detallando pasajes del voto del Dr. PINTOS en referencia a la valoración efectuada de los testigos ya señalados.-

Por último ingresó a la valoración de la prueba, reiterando que no se debería haber valorado los elementos de juicio en la forma que se hizo, y bajo ese lineamiento expresó que los dichos de su defendido son contestes con lo vertido por la testigo de esa parte, R. P. B., quien también estuvo en el lugar de los hechos, demostrando con su declaración que los hechos realmente ocurrieron como N. y su novia lo expusieron en audiencia.-

Ponderó la declaración de su pupilo como clara, convincente y sostenida en el tiempo desde instantes después de cometido el suceso, la que fue descalificada por el tribunal actuante. Así, recalcó que ha quedado acreditado en autos que los vehículos estaban estacionados a la altura del edificio “La Muñeca” y que luego, el que primero salió del lugar fue la camioneta Ford Ranger conducida por su defendido; sin embargo, la testigo O. manifestó en el debate que primero salió el Peugeot 504 de A. y luego lo hizo la camioneta, lo que – afirma – no fue así, con lo cual descalifica lo valorado en forma contraria en la sentencia de acuerdo a los dichos E. y O., testimonios que a su criterio no obedecen a la verdad.-

Aseveró que no quedó probado que su defendido haya

extraído de la gaveta de la camioneta un cuchillo y tras ello lo haya guardado en la cintura, lo que no fue valorado en la sentencia. Cuestionó el testimonio de O. en ese punto, sosteniendo que nunca pudo la testigo apreciar qué era lo que se colocaba N. F. en la cintura, calificando de endeble su relato. Asimismo señaló que el testimonio de E. carece de sustento y trascribió lo valorado por el Juez MONTENOVO al respecto.-

Ingresando a la valoración efectuada por el Tribunal de juicio dijo que la Excma. Cámara al dictar el resolutorio cuestionado no tuvo en cuenta que su defendido evidenció una conducta que en nada se asemeja a quien ha obrado con el deliberado propósito de asesinar a una persona y en la creencia que la víctima podía ser atendido en forma inmediata para salvar su vida, intentó llamar a la ambulancia y a la policía para que tomaran la intervención correspondiente, lo que surge de la declaración del propio N., de B. y del Cabo M., a quien hizo entrega en forma voluntaria del arma de fuego, haciéndole un relato al preventor de los hechos, como así también el señalamiento de la masa que fuera utilizada por el damnificado, siendo que podía haber huido del lugar. Dijo que evidentemente su pupilo no tuvo otra salida que defenderse de un ataque ilegítimo que no había provocado previamente, utilizando para ello el único medio racional a su alcance ante la inminencia de sufrir un daño grave, circunstancias que fueron desconocidas por los judicantes, sin poder comprender cual fue el análisis efectuado por éstos, al negar la relevancia probatoria, lo que sin dudas, genera una interpretación arbitraria y antojadiza de los hechos, que ocasiona un enorme perjuicio a su defendido, afectando con ello la garantía constitucional de presunción de inocencia (Arts. 18, 77 inc. 22, 2º párrafo de la C.N., 8,2 del

Pacto de San José de Costa Rica; 43 de la C. Prov.).-

Apuntó que los testigos M. D., M. M. F., T. M., D. y A. fueron contestes en afirmar que N. levantó del suelo una maza para luego guardarla en su camioneta, por lo que no existió duda acerca de la existencia del tal elemento que tenía A. con la clara intención de agredir a su pupilo, no siendo aceptable por lo tanto el criterio expuesto por los sentenciantes. Citó nuevamente pasajes de los votantes al respecto. Advirtió que no es esa parte quien tiene que demostrar que los hechos han sido de una determinada manera, sino que tal tarea corresponde a las partes acusadoras y ello no fue logrado en el debate con la certeza necesaria en esta etapa para fundar la sentencia de condena y pretender que se invierta la carga de la prueba, resulta inaceptable en el proceso penal, afectando con ello el principio de inocencia. Citó jurisprudencia. Luego, se remitió al protocolo de autopsia para colegir que de acuerdo a las conclusiones del facultativo forense -orificio de proyectil, con signos de ahumaniento, con anillo de Fish completo, ingresando el proyectil de izquierda a derecha y de abajo hacia arriba y de atrás hacia delante sin orificio de salida- se deduce que no es posible que N. haya efectuado el disparo de frente y de pie como ha sido consignado en el fallo dictado. Dio sus razones.-

Encontró contradicciones entre las declaraciones de los testigos E., G. y G.; también dijo que no son coincidentes las declaraciones prestadas por las testigos G. y G. entre sí, ni con relación a los dichos de E. y a su vez no son estos testimonios concordantes con lo dicho por M. M. F., T. M., D., A. y M. D. en cuanto a la hora del suceso.-

Esa parte refirió que no puede explicarse cuál es la razón

por la que el Aquo ha ponderado solamente los elementos de juicio aportados por la Fiscalía y Querella, desechando al mismo tiempo el material ofrecido por la Defensa, considerándolos como irrelevantes y carente de sentido probatorio.-

En segundo lugar dijo entender que no debió aplicarse al caso la figura del art. 79 del C.P. ni tampoco la agravante genérica del art. 41 bis, la que no debe aplicarse, de acuerdo a lo dicho por abundante doctrina y jurisprudencia, cuando del hecho resulta la muerte de una persona. En ese orden de ideas, postuló la subsunción de la conducta de su pupilo en lo prescripto por el art. 34 inc. 6º, esto es, la legítima defensa, de acuerdo a como se produjo la mecánica de los hechos. Explicó que A., el damnificado en autos, intentó agredir de manera ilegítima a su defendido cuando se encontraba dentro de la camioneta de su propiedad, ya que portaba una maza con la que, de manera inminente tenía la evidente intención de quitarle la vida, por lo que N. utilizó en ese instante el único medio del que disponía para repelar la agresión, no habiéndose probando de manera alguna que éste haya previamente provocado al occiso.-

A continuación, afirmó que a su criterio, los judicantes no valoraron la posibilidad de que la conducta se hubiera ejecutado con exceso de la legítima defensa, variando así considerablemente la pena impuesta ni tampoco consideraron la atenuante prevista por el art. 189 bis inciso 2º, párrafo quinto del C.P., la que se refiere a la calidad de legítimo usuario de arma de fuego y ello solicitó al Tribunal en forma subsidiaria.-

Hizo reserva de caso federal.-

A su turno, quien era entonces Fiscal General, Dra.

Raquel Susana TASSELLO, ofreció el audio del debate oral llevado a cabo, a fin de que se corrobore lo sostenido por ese Ministerio, por entender que la sentencia impugnada no adolece de las falencias indicadas por la contraparte, la que obedece a las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, tal como lo exige el art. 25 del C.P.P., habiéndose valorado la posición exculpatoria del imputado, descartando la misma con el material probatorio producido en audiencia, debiendo en todo caso, N. F. probar la hipótesis de legítima defensa en la que se colocara.-

Negó contradicciones en el fallo en crisis y dijo no advertir que tampoco hayan sido específicamente apuntadas por el impugnante y concluyó peticionando al Tribunal se confirme la sentencia condenatoria al igual que la pena impuesta a N. F..-

El querellante A. E. A., padre de la víctima, con el patrocinio legrado de la Dra. C. G. N. Z., también contestó el emplazamiento y lo hizo solicitando se rechace la impugnación articulada por el imputado con costas, por ser inexacta, en referencia a que el Tribunal de Juicio hubiese aplicado erróneamente la ley penal que funda la solución del caso y se mantenga la condena impuesta pues no se ha incurrido en error evidente alguno.-

En tal sentido, consideró que el Tribunal ha sentenciado a N. F. al tener la certeza requerida para fundar el resolutorio, tal como quedó fijada la plataforma fáctica por las partes acusadoras, siendo inexistente la pretendida arbitrariedad a la que refiriera la Defensa, junto a consideraciones sin probanzas que permitan conmover el decisorio bajo análisis. Citó doctrina

que avala su postura.-

Analizó lo considerado por la primer votante, sosteniendo que ha examinado cada conclusión pericial y los testimonios vertidos en el juicio al igual que lo hicieran los restantes miembros del tribunal. Resaltó que ninguno de los testigos ha visto que los hechos se hayan suscitado tal como se encargó de proclamar el imputado, es decir, en legítima defensa y que respecto de la única testigo que discrepa de la mayoría, debía tenerse presente la parcialidad del mismo por el vínculo sentimental que la liga con el encartado, habiendo reconocido su interés en el proceso y en particular en la absolución de su novio, por lo que su declaración no debe ser tenida en cuenta.-

Por otra parte y en relación a la prueba pericial rendida en autos, puso de manifiesto que el juez al momento de valorarla no está obligado a acoger su resultado, pero sin perjuicio de ello, en el caso, los jueces han atendido a su valor probatorio, logrando establecer la consumación del delito de Homicidio por la forma como se produjo y las maniobras desplegadas por N. y la situación de la víctima de indefensión ante el arma de fuego con aptitud para disparo comprobada, cuestión que dio cuenta de la maniobra defensiva de la víctima, distancia de disparo (pericia balística) que no coincidió con la coartada de la Defensa.-

Descartó con el aporte de doctrina y jurisprudencia alusiva que el imputado haya actuado en legítima defensa o se haya excedido en la misma conducta, solicitando al Tribunal la confirmación del fallo dictado.-

Respecto de la petición de reducción de penas aportó lo

resuelto por el Tribunal en sentencia 36/04 y 57/05 en cuanto sostuvo el agravante genérico del uso de arma de fuego. Y además ponderó que no haberse utilizado dicha arma, jamás se hubiese conocido que el acusado circulaba en franca violación al supuesto legal que regula la portación de armas de fuego, por lo que no corresponde tal petición y así lo solicitó.-

En la audiencia celebrada conforme lo dispuesto por el art. 385 del C.P.P. las partes mantuvieron sus posturas, dando detalles de sus respectivas formulaciones.-

Volcados los puntos de impugnación antes, principiaré mi voto por expresar, luego de leído el agravio de la defensa, el responde de la fiscalía y la querella, la sentencia y oído el audio del debate correspondiente, que he de compartir y confirmar las conclusiones a la que arribaran los jueces del juicio, en razón de la prueba que han analizado donde ubican a N. y A. en la calzada, ambos de pie y de frente en el momento del disparo letal, rechazando en consecuencia la legítima defensa esgrimida por N., como también el posible exceso en la misma; por el complexo de prueba que fue evaluado en el decisorio, que me convencen que el hecho ocurrió tal como fuera traído a juicio el imputado, acusado en el mismo y luego condenado.

Entiendo, como cuestión significativa a atender en el curso del voto, la ubicación que tuvieron víctima y victimario en el sitio del fatal evento, más la forma en que el imputado descerrajó los disparos, circunstancia esta crucial para desentrañar la cuestión, esto es, si el encartado actuó o no preservándose de una agresión (art. 34 inc. 6º del C.P.), o si acaso se excedió en esta defensa, en los términos del artículo 35 del mismo texto legal.

A estar a los dichos de la Defensa, esto es, si ocurrió el hecho según su enfoque -traslado de los dichos de su defendido-, debería comenzar el análisis del asunto como la ocurrencia de una legitima defensa o acaso de un exceso, ante el ataque de la víctima con una maza, estando el inculpado aún dentro de la camioneta, sitio desde donde realiza dos disparos de repulsa.

Esta posición se sostiene, como dije, con los dichos de N., quien dice rechazar la agresión estando en el interior de su camioneta, previo realizar un disparo al aire, expresiones que ratifica su pareja, quien también se encontraba dentro de este rodado.

Desde esta perspectiva, atinada es la traza que toma el Sr. Defensor al plantear la legítima defensa en los términos del inciso 6º del artículo 34 del Código de fondo, y también, si se apreciara que se excedió N. en este legítimo ejercicio, que la pena lo fuera según la figura culposa.-

En cambio, la posición que adoptan los jueces del juicio colocando a víctima y victimario en el exterior de los vehículos, a una distancia en la cuál A. no pudo haber llegado a agredir a N., aún teniendo la maza en la mano, juzgo que es la correcta, puesto que, como más adelante lo desarrollaré, con mención claro de los votos de los jueces de sentencia, no habiendo ni aún comenzado una maniobra de agresión que pusiera en peligro la vida de N., ni en vilo sus derechos o de terceros, no puede tomarse su acción como una defensa a un ataque que nunca existió, más que surge que el imputado sólo atinó a disparar con su arma de fuego sobre el cuerpo de A., a una distancia superior a un metro, tal lo informa la pericia del idóneo en criminalística y criminología, subcomisario Ansaldo.-

Esta última apreciación que hago, viene a cuento de las expresiones que en varios pasajes de su defensa, el Dr. S. hace de las conclusiones periciales sobre la distancia de disparo, que aparecen en el legajo de prueba. El análisis que sigue, no trata de agregar o completar algún aspecto de la sentencia, sino de acompañar la decisión que he adoptado, tomando claro está, uno de los aspectos que prevé la revisión amplia de la sentencia puesta en crisis, esto es, el control de aquellos aspectos de hecho y derecho que se han tenido en cuenta en la fundamentación para condenar, que nos compete como Cámara de Impugnación, según fallo de la Corte Nacional conocido.

Se observa del informe pericial del Dr. C. G., que además del detalle que realiza de las lesiones que produjo la bala y la causa de muerte –propio de su materia-, ingresa en el análisis en la impronta que dejó el proyectil en la piel a su ingreso, utilizando expresiones tales como halo de Fisch completo y signos de ahumamiento. De estas identificaciones no dio mayores precisiones en el escrito, y en la audiencia, a preguntas que se le hicieron, dijo que el halo de Fisch lo produce cualquier ingreso de proyectil, dejando restos de pólvora o suciedad que trae, que es un anillo contusivo por dentro y anillo de enjugamiento por fuera, que era completo porque el círculo o redondel era completo, e hipotizó que, cuando la ropa era de cuero, se puede dar que el proyectil deje allí los restos de pólvora y suciedad y no se da el segundo halo (externo) de enjugamiento en la piel, agregando que cuando escribió consistencia apergaminada, es por el paso del proyectil acompañado de aire muy caliente; que no se trata de la llama que está cerca del arma que dispara, y que la palabra ahumamiento se debe a que queda la impronta de

las partículas y la pólvora que sale del cañón, que cuando que da en la dermis y no sale se produce el tatuaje y cuando es de color gris, sale con sólo lavar el lugar, no dando más detalles sobre este tópico en la propia la audiencia y sobre este caso, aclarando que al no conocer la calidad de la pólvora no puede ahondar más sobre el tema de distancia de disparo, aunque reiteró que a su juicio fue a más de un metro, entre media y corta distancia, esto es, menor a 10 metros, sin dar mayores precisiones.-

Acudí entonces a material autorizado, de escritor reconocido sobre la materia, Raffo, “La muerte violenta”. Dice este autor: “Ya se ha dicho que el proyectil al chocar contra la piel, la deprime, la estira y la perfora, de ahí el aspecto infundibuliforme del orificio de entrada, cuyos bordes introvertidos presentan, en la parte correspondiente al hundimiento, una zona circular; es la zona o anillo, o halo de Fisch, signo de certeza que caracteriza al orificio de entrada. La causa de su producción se debe exclusivamente a la acción contusiva del proyectil (para nada interviene la pólvora ni el fogonazo en su producción) que raspa y fricciona la piel, es decir, “se enjuga y erosiona”, denudando la dermis y depositando partículas de suciedad y lubricantes, arrastrados del ánima del cañón. Ambas zonas de superponen, y conjuntamente determinan el halo de Fisch, pero su importancia jerárquica es distinta. La erosión es siempre constante, incluso para distancias ubicadas en el límite de acción de las balas; en cambio en el enjugamiento no; puede faltar por haberse depositado en las ropas, o cuando el proyectil atraviesa a más de una persona.” Página 63.

Rescato sobre ello lo expresado por el perito Ansaldo en su informe pericial: “Teniendo en cuenta los orificios hallados en las prendas

(**remera y pullover) –**la negrilla me pertenece-, se procede a examinar las mismas con instrumental óptico y lumínico adecuado a los fines de poder apreciar las características de los orificios, con la finalidad de establecer la distancia de disparo". Luego, habiendo hecho la esperticia, informó que constató la ausencia de restos de deflagración, ahumamiento, quemaduras y si la presencia de una coloración sobre el orificio de la manga izquierda del pulóver que usaba la víctima, correspondiente al enjugamiento del proyectil al atravesar la prenda, dejando restos de suciedad, pólvora combusta e incombusta, grasa, aceites, etc., estableciendo por ello que el disparo fue realizado a una distancia superior al metro.-

Consultado en el debate sobre esta cuestión, el perito, licenciado en criminalística y criminológia, sentó los mismos términos, según audio escuchado y aún fue más preciso y contundente, por su propia especialidad entiendo y por contar además con el instrumental adecuado, tal como lo dejara sentado en la pericia, sobre la distancia de disparo, agregando Ansaldo en la audiencia, a preguntas de la Defensa, que hizo pruebas disparando el propio arma colocando una hojita por delante, advirtiendo la deflagración de pólvora que provocaba, lo que lo llevó a determinar también la distancia de disparo (superior a un metro).-

Despejado este asunto, y como lo anuncié al principio, resta decir porqué la argumentación que utilizan los Sres. Jueces del juicio para declarar responsable a N. del homicidio simple, cometido sin justificación alguna, es correcta.-

Sin perjuicio de los reparos que tuvo la Defensa hacia los jueces al entender arbitrarios los fundamentos que tuvieron para achacarle el

hecho a N. en las circunstancias de modo y lugar que lo hicieron, sustancialmente por tener por válidos algunos testimonios y otros no, cabe la mención de las expresiones de los magistrados sobre el asunto y luego el examen correspondiente.-

Dijo en el punto la jueza Pettinari: “Los testimonios escuchados principalmente de T. G. y Y. S. G. habla a las claras del designio doloso del incuso disparando contra M. A., ...la primera vio con claridad que N. portaba el arma de fuego en su mano (hasta llegó a pensar que era de juguete), y la segunda lo ve realizar los dos disparos, remarcando que a A. no le ve nada en sus manos, desde su posición sentada en el asiento de atrás del automóvil de su amiga, ubicada en el centro, tirándose un poco hacia el costado derecho del vehículo ante el súbito suceso pero sin dejar de mirar a A. a quien ve caer. También resulta importante el testimonio de I. V. M. D. que demuestra que quien quería protegerse ante una inminente agresión fue la victima fatal que apenar alcanzo a abrir el baúl de su auto, tomar una maza y volver a cerrarlo, para posteriormente ser abatido de un certero disparo al corazón y como describiera la misma se le cae la herramienta y las llaves del auto de sus manos y alguien le da las mismas a la señora.... Quedo claramente acreditado que N. nunca permaneció dentro de su camioneta como lo ha contado, se bajó decidido con el arma de fuego en la mano y accionó contra la humanidad de M. S. A....”.-

El Juez Pintos, en relación a esta cuestión dijo: “en un sitio que puede fijarse sobre el costado del automotor Peugeot, del lado del conductor, muy cerca de la puerta, fue donde la victima ha sido ultimada de un certero disparo de arma de fuego por parte del acusado. Pero antes de

entrar de lleno en el análisis del resultado fatal, y la prueba sobre la mecánica de este desenlace, debemos verificar si existe mas prueba independiente que corrobore los dichos de E., en torno a la ubicación de N. F. fuera de su camioneta -disparando desde la calzada-, toda vez que en la defensa material el encartado sostiene que lo hizo en el interior del vehículo, y también por consiguiente, que hasta la ventanilla del conductor de la Ford Ranger llegó A. en su recorrido “agresivo” maza en mano.”. Para ello, el magistrado trajo el relato de T. G. testigo de cargo, transeúnte que pasaba por el lugar, y en la cita, en lo sustancial sobre este testimonio manifestó: “ ... que pudo ver desde corta distancia dos autos estacionados en doble fila, uno de estos la camioneta de N. F., la cual se hallaba parada con la puerta abierta, y de donde su conductor saca un arma chiquita de color negro, con la que dispara dos veces en dirección a la calle España, agregando esta testigo en respuesta a una pregunta, si el autor del hecho caminó unos metros, respondió me parece que sí hacia atrás (parte trasera de la camioneta), ... ”.-

Y agregó el Juez, sin duda seleccionando y destacando una situación propia del debate, cual es el favor que da la inmediatez, que la testigo G., a pedido de la parte acusadora, se incorporó de su asiento e imitó el gesto del imputado en el hecho, a quien ubicó apuntando y disparando con el arma a la altura de la mitad de su cuerpo, hacia adelante, de pie, fuera del vehículo.-

En igual sentido mencionó a la testigo G., quien viera a N. -tirador-, parado, que si bien en la vereda -desde su perspectiva, sentada en otro automotor, en forma oblicua-, debajo de la camioneta en el momento del hecho; destacando el juez sobre esta particular situación, que esta testigo

vio a víctima y victimario muy cerca al momento de los disparos, de pie N., en dirección hacia A., siempre mirando de frente.-

Esta perspectiva de análisis de los testigos G., G. y M. D. y sus visiones del hecho, la adopta también el tercer votante, Juez Montenovo, quien concluye, al igual que sus colegas del tribunal, que el hecho sucedió tal como lo formulara la acusación, y no dentro de la camioneta, como lo indica el imputado.-

Entiendo razonable, que los jueces hayan desechado las manifestaciones de la pareja del imputado, corroborantes de los dichos de éste, pues, sin otra prueba independiente que los acompañe en ese sentido, cobra sin dudas valor plenamente convictivo para llegar a la certeza que la etapa requiere, aquélla prueba que por ajena a las propias circunstancias que rodearon el hecho, se transforman en objetivamente aceptables y por ello verosímiles, digo esto de las testimoniales mencionadas –G., G. y M. D.- y de la prueba técnica pericial antes citada.

Y en este escenario, también los jueces han desechado la existencia de una legítima defensa en la conducta homicida de N.. La cita doctrinal que realizó la Jueza Pettinari ha sido amplia, dirigida al asunto y en rechazo a la postulación del Defensor, tanto desde la justificación completa -artículo 34 inciso 6º del C. Penal-, como a la posible aplicación del exceso -artículo 35 del mismo texto legal-.-

El Juez Pintos, en la misma línea de pensamiento, con sólida argumentación lógica y jurídica, descarta la aplicación en la especie de la justificante, por entender que no concurrió en el hecho agresión alguna por parte de A., traducido ello como acometimiento físico, acto de fuerza o de

carácter violento en contra del imputado. Cita doctrina a favor de su posición, agregando que: “En el presente caso, ausente la comprobación de que A. pudo haber dado comienzo de modo decidido e irrevocable a una agresión en perjuicio de N. F., en la forma de una “tentativa idónea de lesión”, se impone concluir que no concurre la justificante, ni el exceso del art. 35 C.P.”. Ilustra de seguido su voto con cita de fallos del S.T.J. local, expresando finalmente que el rechazo a la petición defensista deviene además porque por principio no existe legítima defensa contra una legítima defensa, en razón de que A., al decir de su pareja E., al bajar del auto en busca de la maza, dijo “este se viene”, como primer acción de defensa ante un posible ataque de N..-

Sobre el tema, el Juez Montenovo fue concluyente: “Si los autos quedaron uno detrás del otro, a tres metros de distancia aproximadamente, conforme la autopsia y examen balístico el disparo letal fue efectuado a más de un metro; la maza que portaba A. quedó a la altura de la puerta del conductor del Peugeot donde recibiera el proyectil, pues la lógica como uno de los principios de la sana crítica racional nos indica que por tal razón la víctima perdió la capacidad de retenerla en su mano, dos extremos emergen con claridad: N. efectuó los disparos fuera de su rodado y A. no estaba desarrollando aún una agresión con el instrumento aludido.” Y agregó el Juez: “ya en el sitio culminante ambos “contendientes” bajaron de sus rodados munidos de un instrumento que aumentaba su poder de agresión, A. de la maza y N. de un arma de fuego cargada. Pero éste último, antes que el primero comenzara a desarrollar una acción, efectuó dos disparos, uno a una zona vital del cuerpo, ultimándolo. ... Nunca sabremos que habría ocurrido si A. continuaba su camino hacia el acusado. Lo concreto es que éste cortó “de

cuajo” toda posibilidad”. Finalizó el magistrado, concretando su idea, que este extremo obturó la existencia de una agresión ilegítima y con ello uno de los elementos de la causa de justificación que pretendía la defensa, agregando que tampoco procede un exceso en la legítima por vía del exceso intensivo.-

Ninguna dificultad hay en la doctrina y jurisprudencia argentina para admitir que la agresión, para configurar el primer paso de la justificación, debe ser actual, real e inminente y que la defensa debe ser necesaria para impedir la agresión o repelerla. Tal como los jueces dijeran, fue bien rechazada la justificante, pues no aparece desde el principio de las acciones un embate por parte de A. hacia N., sino sólo que la víctima tomó la maza en su resguardo ante el posible ataque del imputado y luego, según los dichos de los testigos G., G. y M. D., estando N. debajo de la camioneta, de frente, a una distancia superior a un metro, disparó su revólver contra A.. La muerte entonces, fue la resultante de la conducta homicida dolosa de N., por cierto, no justificada de ninguna manera.-

Dicho esto, es que entiendo que la sentencia recurrida debe confirmarse, en aquel aspecto que tiene como autor material y responsable del delito de Homicidio simple (Art. 79 del C.P.) a L. R. N. F..-

En relación a la nulidad de la pena impuesta por no haberse llevado a cabo la audiencia de cesura correspondiente, tal como lo prevé el artículo 304 del C.P.P., le asiste razón al impugnante, más las partes acusadoras concordaron también en el pedido.-

En efecto, el artículo de mención establece que **luego** de la lectura del veredicto, o de la lectura de la parte dispositiva del fallo con sus fundamentos, podrán las partes solicitar un plazo máximo de cinco días para

ofrecer **nuevas** pruebas a fin de fijar la pena. En el mismo sentido lo enuncia el artículo 329, cuando expresa que el tribunal pronunciará sentencia, sin resolver la cuestión de la pena. El propio artículo 343 del rito fija las pautas del desarrollo en dos etapas para la fijación de la pena. En ese sentido me manifesté en Carpeta “M. p.s.a. de Homicidio. C. Rivadavia-”, y agregué en aquella sentencia que trascribo, pues se trata de la misma cuestión: “Sin perjuicio de la letra del articulado de mención, la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, sentó su posición sobre el tópico en tratamiento, en causa “A., J. E. s/ Homicidio”, el 4/2/2009. El Ministro Jorge Pfleger dijo, entre otras consideraciones: “Es así como la Ley vigente manda a fundar el juicio de culpabilidad y a la par estructura el procedimiento para fundamentar la pena, distinguiendo esas dos fases”. Cita a Maier, Derecho Procesal Penal; y continuó: “Así, considero que el art. 304 del C.P.P. brinda, al imputado y a su defensor técnico, la posibilidad de ofrecer prueba para que luego del necesario proceso dialéctico los jueces se pronuncien”; declarando finalmente la nulidad de la pena impuesta en ese juicio, por no haberse discutido en debate independiente. En el mismo sentido los Ministros Alejandro Panizzi y José Luis Passutti expresaron: “Esta división tiene su razón de ser en que debe dotarse a los jueces de mayor conocimiento sobre el instituto de la pena y despojarlo de criterios meramente discrecionales. El juicio de cesura es un verdadero enjuiciamiento y no es lícito privar al imputado de él”, dijo el primero; y “..La letra es muy clara cuando establece que el juicio se divide en dos etapas, que tiene objetos procesales diferentes. En autos esta segunda etapa se ha omitido, afectándose palmariamente el derecho de defensa en juicio.”, señaló el segundo de los magistrados. Entiendo que el nuevo modelo

de enjuiciamiento que ha adoptado la Provincia se inscribe -sobre el tratamiento de la pena-, en una ponderación más razonada y acorde a la recopilación de datos que no necesariamente se asocian a las necesidades de inmediación y continuidad de la etapa anterior –declaración de responsabilidad y calificación legal-, pues es otra la lógica que deriva del propio debate para establecer la sanción. Es conveniente y más favorable a los intereses del condenado, que en términos de precisión, la consideración sobre la pena se trate fuera de los límites del proceso de responsabilidad, encarando la justificación de la sanción como cuestión medular del proceso, no sujeta al corto plazo, perentorio, de la emisión de la decisión sobre la existencia del hecho delictivo, autoría y tipo penal a aplicar. La necesidad de una mayor ponderación al tiempo de imponer la pena se debe al amplio abanico de cuestiones a atender, ya sea por las causas, ya sea por los fines y sus consecuencias en la vida de quien la tiene que cumplir. Por último, no puedo dejar de observar la premisa que surge del artículo 44 de la Constitucional Provincial, cuando manda que las facultades procesales en juicio penal no deben coartarse por disposición legal –mucho menos por decisión judicial, aun con acuerdo de las partes-, y de serlo, debe ser interpretada restrictivamente. “La progresividad de los derechos humanos como principio de interpretación *pro homine* ha significado el abandono de las imbrincadas teorías interpretativas del derecho, y su sustitución por una regla sencilla: la aplicación preferente de la norma más favorable a la persona humana...” (Reflexiones a propósito del nuevo Código Procesal Penal del Chubut, por José Raúl Heredia, con cita de Carlos M. Ayala –ex Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos- “La recepción de la

jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional".-

Agrego en esta oportunidad, que si el artículo 41 bis del C. Penal agrava las penas cuando el delito se comete con arma de fuego, por el lugar que ocupa dentro de la propia sistemática del texto -parte general-, entiendo que mal puede expresarse, como en el caso, que se trata de un homicidio calificado por el uso de armas, sino que, en todo caso, debe apuntarse que es la pena lo que se agrava, atendiendo el propio injusto y no el tipo penal, el que, como los varios que se suceden, se encuentra en la parte especial del código penal.-

Por las consideraciones que vengo de realizar, entiendo que la pena a imponer en razón de las prescripciones que resultan de los artículos 40 y 41 del C. Penal, y, en su caso, por aplicación de la agravante genérica que prevé el artículo 41 bis del mismo cuerpo legal, debe discutirse en la etapa procesal correspondiente, por lo que voto se declare la nulidad de la pena impuesta y que otro Tribunal debidamente constituido, en pronto tiempo y debate por medio, se pronuncie al efecto.

Corresponde regular los honorarios de la Defensa y la Parte Querellante en la suma de pesos dos mil ($2.000), con cargo al imputado.-

A la cuestión planteada el Juez **LUCCHELLI** dijo:

1.- Comenzare mi sufragio, omitiendo exponer los antecedentes que motivan el recurso, en atención a la prolija enunciación realizada en el primer voto, a cuyos términos me remitiré.

2.- En cuanto a la solución del caso adelantaré que,

siguiendo el voto del Juez Pitcovsky, considero ajustado a derecho declarar la nulidad parcial de la sentencia recurrida, confirmando la autoria y responsabilidad penal que le cupo a L. R. N. F. en el hecho por el cual fuera condenado, por los fundamentos que a continuación expondré.-

3.- El hecho que se le imputara a L. R. N. F. es el ocurrido el día 9 de Abril de 2008, aproximadamente a las 19:45 horas en calle San Martín entre calles Italia y España de la ciudad de Comodoro Rivadavia, sobre el lado izquierdo en el sentido de circulación, a la altura del comercio “Árbol” se encontraba estacionado el vehículo marca Peugeot 504 dominio ---*** y en su interior el conductor M. S. A. acompañado de su pareja A. E. y su pequeña hija Y. M. A., cuando se disponía a salir con el automóvil, abruptamente N. F. estacionó adelante la camioneta marca Ford Ranger dominio ---***, mediante maniobras en marcha atrás con las cuales tocó y movió al automotor Peugeot. Ante ello, descendieron los conductores, A. le pidió que corriera la camioneta y N. exaltado se dirigió a su vehículo por la puerta delantera del lado del acompañante y del interior sacó un cuchillo con mango blanco, lo ocultó y una vez en la vereda se lo exhibió a A. en forma amenazante por lo que A. se asustó y subió a su vehículo. Seguidamente N. se retiró con la camioneta del estacionamiento y detrás salió A. en el Peugeot. Unos metros más adelante, encontrándose ambos vehículos transitando uno detrás del otro por calle San Martín, frente al comercio “Isidorito”, aproximadamente a la altura catastral Nro. 751, el semáforo ubicado en la intersección de San Martín y Belgrano se puso en rojo, N. detuvo la camioneta y detrás frenó el vehículo A., en el lugar; N. abrió la puerta del rodado; al observar esto A. sintió temor, se bajó, sacó una maza

del baúl y cuando fue a ascender al Peugeot con la maza, N. descendió de la camioneta, se acercó rápidamente hasta el Peugeot y empuñando un arma de fuego cargada tipo calibre 32 largo marca Taurus serie Nº KB82152 color negro con cachas de madera color marrón, sobre el cual no tenía autorización legal para portar, efectuó un disparo contra el cuerpo de A. provocándole una herida en la zona lateral izquierda del tórax habiendo el proyectil seccionado el ventrículo cardíaco izquierdo y lesionado el pulmón derecho que le produjo la muerte. La víctima herida se retiró unos pocos metros hasta la vereda donde finalmente cayó. Entre tanto, el imputado guardó el arma de fuego en su camioneta, recogió la maza y la dejó también en su rodado. La intervención policial permitió la detención de N. en el lugar, que hizo entrega del arma de fuego utilizada y se procedió al secuestro en el interior de la camioneta de una maza y dos cuchillos. La víctima fue trasladada hasta el Hospital Regional en un vehículo particular por su padre A. E. A. donde le informaron que había fallecido a raíz de la lesión sufrida. Por este suceso N. ha sido condenado a la pena de quince años de prisión, accesorias legales y costas del proceso (arts. 12 y 29 inc. 3º del C.P.) , por hallarlo autor penalmente responsable del delito de Homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (arts. 79 y 41 bis del C.P.).-

4.- El recurso se funda en los siguientes agravios: Inobservancia o errónea aplicación de ley que funda la solución del caso, habiendo a juicio del recurrente dictado el Tribunal del juicio una sentencia arbitraria, dado que a su entender no se ha llegado al estadio de plena prueba a fin de poder, de ese modo, arribar a una sentencia de condena.-

4.- Llevada a cabo la audiencia prevista por el art. 385 del

Código Procesal Penal, El Dr. J. C. S., por la Defensa técnica, mantiene y amplía los fundamentos del recurso contra el fallo condenatorio, solicitando además que se sancione de nula la presente sentencia toda vez que se ha inobservado la regla que establece la cesura del debate, habiendo impedido a la defensa ofrecer prueba a fin de poder, una vez declarada la responsabilidad de su pupilo, establecer la pena que le fuera dada. Esta sanción procesal solicitada, tuvo dictamen favorable del Ministerio Público, habiendo el Querellante acompañado el mismo.-

5.- Pasaré a analizar los agravios deducidos por la defensa. El Sr. Defensor concibe que los hechos no han quedado claramente establecidos, como se da por sentado en el decisorio, entendiendo que el Fallo debió ser diferente al que se arribó. En ese sentido, el Dr. S. piensa que su defendido debió ser absuelto por haber actuado en legítima defensa (art. 34 inc. 6º del C.P.); o en su caso, ser condenado por haberse excedido en la misma (art. 35 del C.P.).-

En esa senda, el Defensor se agravia porque los Jueces del juicio han formado convicción sin tener en cuenta lo que él entiende como “contundentes elementos probatorios” que habría aportado al debate. En especial, hace hincapié en el testimonio de R. P. B., novia del imputado, quien se encontraba presente dentro de la camioneta al momento del hecho y los dichos que fueran expresados de modo concordante por el condenado L. R. N. F. al momento de realizar su defensa material.-

Lo cierto es que es una facultad de la instancia de mérito seleccionar el material probatorio, prefiriendo algunos elementos y descartando otros, siempre y cuando se dé razón suficiente de los motivos de

dicha opción. Resulta por demás claro que los dichos de la testigo R. P. B. y lo expresado por el imputado en su declaración ponen en crisis el principio lógico de no contradicción cuando confrontamos estos aportes con la demás prueba rendida.-

En ese sentido abona la tesis traída por la Fiscalía y el querellante lo expresado por la esposa de la víctima, Sra. E. A. E. , quien señala que ya había sido amenazada la víctima con un cuchillo por parte del imputado, en el primer altercado que tuvieron, lo que lo lleva a armarse con una maza, siendo ultimado por N. F. cuando se encontraba a la altura de la caja de la camioneta lo que hace inverosímil que la víctima hubiera podido intentar agredir con dicho elemento contundente a N. F..-

Corrobora la versión brindada por E., con relación al primer altercado, la testigo N. B. O., quien señala que la víctima le pedía por favor al imputado que corriera la camioneta porque no podía salir y éste le decía que no –y ve que saca algo y se lo mete a la cintura- corroborando de ese modo lo vertido en ese sentido por la nombrada.

Resulta por demás importante para descartar la versión el imputado y su novia, con relación a que recién descendió de la camioneta luego de realizar los disparos, lo testimoniado por T. G. quien expresó que: "…iba al comercio "Isidorito" y observa que había autos en doble fila, nunca llegó al comercio, ve un hombre que saca un revólver. El hombre sale como mirando para España, efectúa dos disparos, lo ve cuando llega a la camioneta y hablaba por teléfono y dice que le había pegado dos tiros a un chico que lo había atacado con una maza" La testigo señala que "no vio cuando el imputado baja de la camioneta, a ella le parece que ya estaba

abajo y que vuelve a la camioneta que estaba con la puerta abierta y hace un giro y ve un arma en la mano, negra, chiquita, le pareció un arma de juguete. El arma la llevaba en la mano, la ve portándola, muy claro".-

Abona también esta hipótesis la testigo Y. S. G., quien dice haber visto al encartado hacer dos disparos y ve a la víctima cuando cae. Ella observó a N. y a A. fuera de sus vehículos.-

También en esa senda, se puede deducir sin mucho esfuerzo de lo expresado por la testigo I. V. M. D., que apenas alcanzó A. a abrir el baúl de su auto, tomar una maza y volver a cerrarlo, para posteriormente ser abatido de un certero disparo, describiendo como en ese instante se le cae la herramienta y las llaves del auto de sus manos.-

Entonces, si el imputado se encontraba dentro de la camioneta cuando realizó los disparos –como lo afirmara él y su novia- no se pude comprender –dejando de lado lo testimoniado por la esposa de la víctima- por qué varios testigos presenciales han sostenido la postura contraria.-

Estos testigos, no sólo indican que el imputado había descendido del rodado y no se encontraba en el interior del mismo, como pretende, sino que además no llegó a realizar agresión alguna contra el condenado.-

Por ello la Magistrada María Elena Nieva de Pettinari, señalo en su sufragio que: "…Quedó plenamente acreditado que N. nunca permaneció dentro de su camioneta como lo ha contado, se bajó decidido con el arma de fuego en la mano y accionó contra la humanidad de M. S. A. y terminó con su vida, múltiples testimonios escuchados han visto como el

encartado fue luego en busca de la maza de albañil que quedó en escasos centímetros de la puerta del Peugeot previo a guardar el revólver en su vehículo…".-

En el mismo camino, luego de realizar un pormenorizado análisis la prueba rendida en el transcurso del debate, el Juez Luis María Pintos señala su rechazo: "… al argumento de que el imputado pudo haber actuado en legítima defensa, o en exceso de ésta, por cuanto como vimos precedente quien comenzó a comportarse al amparo de la justificante fue su víctima (recordemos el testimonio de E.: "este se viene", le manifestó A., sumado al incidente anterior ya descripto; y sabemos que por principio, no existe legítima defensa contra una legítima defensa…".-

Queda acreditado, luego de haber ponderado la prueba de la que se valiera el Tribunal de mérito para condenar al imputado, que no sólo A. no realizó agresión ilegítima alguna A., sino que entiendo que el imputado fue en busca de éste a fin de ultimarlo.-

Así el Juez Montenovo señaló en su sufragio que: "… ya en el sitio culminante ambos "contendientes" bajaron de sus rodados munidos de un instrumento que aumentaba su poder de agresión, A. de la maza y N. de un arma de fuego cargada. Pero este último antes que el primero comenzara a desarrollar una acción, efectuó dos disparos, uno a una zona vital del cuerpo, ultimándolo…". Con particular agudeza el Magistrado continúa su análisis afirmando que: "…Nunca sabremos qué habría ocurrido si A. continuaba su camino hacia el acusado. Lo concreto es que este cortó "de cuajo" toda posibilidad. Este extremo, en tanto debidamente acreditado obtura la existencia de una agresión ilegítima, y con ello de uno de los

elementos de la causa de justificación pretendida, con lo que , un exceso via “exceso intensivo” tampoco es posible…”.-

La Jurisprudencia ha señalado que: “La reacción defensiva no es legítima si no es racionalmente necesaria, tanto en punto al medio empleado en la defensa cuanto a la oportunidad en que ésta se realiza, puesto que sólo se justifica ante la existencia de un peligro actual o inminente (TS Córdoba, Sala Crim. y Corr., 24/7/63).-

Por otra parte, entiendo que no se puede aducir un exceso en la legítima defensa cuando N. nunca se encontró obrando justificadamente, única posibilidad válida a mi entender, para poder sobrepasar los límites impuestos por la necesidad como lo preceptúa el art. 35 del C.P.-

6.- Luego de haber escuchado los testimonios vertidos en el debate, haber seguido el derrotero lógico seguido por los Señores Jueces del Juicio en la apreciación de la prueba rendida, no me cabe duda alguna, que los nombrados han llegado a la Justicia del caso con la condena de L. R. N. F. por considerarlo autor, penalmente responsable en orden al delito de Homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (Arts. 79 y 41 bis del C.P.), por el hecho ocurrido en la ciudad de Comodoro Rivadavia, en la calle San Martin (frente al kiosco “Isidorito”), entre las calles España y Belgrano, el 9 de abril de 2008, en perjuicio de M. S. A..-

7.- Con relación a la sanción de nulidad solicitada por el Defensor por no haberse respetado las reglas de Cesura del juicio, la misma tendrá acogida favorable. Esto es así ya que conforme lo preceptúa nuestro novel Código Procesal Penal en su art. 304, en los casos de tribunal

colegiado el juicio se divide en dos etapas. Es decir, luego de dictado el interlocutorio de culpabilidad, se desarrollará otra etapa del juicio donde las partes podrán ofrecer prueba a fin de determinar la pena a imponer.

Es bueno recordar que la cesura del debate ha sido establecida como una garantía en beneficio del imputado. Para garantizar un mayor grado de “asepsia” con el tratamiento de las condiciones personales del imputado, a fin que las mismas no influyan de manera alguna al momento de establecer la materialidad del hecho y la participación en el mismo, ya que resultan de vital importancia cuando se establece la pena a imponer conforme lo establece el art. 41 inc. 2° del C.P., teniendo en miras el Art. 5 inc. 6° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Asi las cosas, corresponde dictar la nulidad parcial de la sentencia recurrida, a fin que se desarrolle el debate sobre la pena, a la mayor brevedad posible, momento en el cual las partes podrán ofrecer prueba para poder ajustar la misma conforme la culpabilidad mostrada por el autor.-

8.-Con relación a la agravante del Artículo 41 bis del C.P. corresponde, en la instancia de la cesura de la pena plantear su validez para el caso, vale decir si se puede aplicar en un Homicidio o no, ya que es en esa etapa del juicio donde en definitiva se establecerá el monto punitivo y los jueces deberán evaluar si atañe o no su aplicación al caso teniendo en miras los fines asignados a la pena.-

9.-Por todo lo expuesto entiendo que se debe confirmar la sentencia en orden al hecho calificado como Homicidio simple, debiéndose declarar la nulidad de todo lo referente al monto punitivo –junto con la

agravante del art. 41 bis- que deberá ser debatido ante un Tribunal que decidirá sobre el asunto. Y adhiero a los dichos del primer votante en lo que respecta a la regulación de honorarios. Asi lo voto.-

A la cuestión planteada la Juez **RODRIGUEZ** dijo:

1. Por razones de brevedad he de dar por reproducidos los antecedentes del caso a fin de ingresar, derechamente, en aquellos puntos que han sido motivo de agravio por parte de la recurrente.

La Defensa sostiene que el Tribunal de juicio ha efectuado una incorrecta aplicación de la ley penal, al no admitir la existencia de un conducta menos grave por parte de su representado, encuadrable en una legítima defensa o, subsidiariamente, en un exceso en la legítima defensa. Critica, asimismo, la aplicación al caso del art. 41 bis del Código Penal.

Por otra parte cuestiona la inobservancia de la norma procesal –art. 304 CPP- que impone la realización de un juicio de cesura para la determinación de la pena.

2. Entrando a la cuestión medular que da sustento a la impugnación anticipo mi coincidencia parcial con la postura del recurrente pues, en mi opinión, la conducta atribuida al acusado encuentra correcto encuadramiento legal en las previsiones del art. 35 del Código Penal, esto es en el caso, en la figura de homicidio simple cometido con exceso en la legítima defensa.

Pero discurrir acerca de esa posible subsunción legal exige una reevaluación completa del material probatorio colectado, tal como lo propone la Defensa, con incidencia en la reconstrucción de la *mecánica de los hechos*. Si bien ello es así y tal será el camino que intentaré transitar, dejo

aclarado desde el inicio que una primera aproximación al material probatorio en su conjunto –intuitiva, pero no por ello inválida-, me persuade por un lado de la imposibilidad de recrear, con tanto detalle como certeza absoluta, el exacto modo en que ocurrieron los hechos y, por otro, de la conveniencia de privilegiar el “contexto situacional” por sobre una pretendida minuciosidad reconstructiva que pierda de vista el escenario en lo sustancial.

Así analizado el suceso, estoy convencida de que la reacción homicida del acusado no puede ser equiparada a la de quien comete un homicidio simple sino que debe tenerse en cuenta que su obrar estuvo movido por una intención defensiva, aunque excediendo los límites de la necesidad, como analizaré.

3. He de comenzar el examen de los hechos recordando la aguda advertencia que formula el magistrado Montenovo en el fallo, cuando propone abandonar los estereotipos que se activan frente a tan lamentable resultado pues, sabemos, un *crescendo* en este tipo de peleas originadas en el tránsito requiere un despliegue conductual raramente atribuible a uno solo de los protagonistas. Al mismo tiempo, conociendo el resultado fatal que deriva de tan insignificantes motivos, el intérprete puede sentirse inclinado a pensar que la víctima asumió esa posición desde el inicio de los hechos cuando, como veremos, no ha sido así.

Repuesta del impacto emocional que causa la irracionalidad del episodio juzgado, que comienza con la discusión por un estacionamiento y culmina con ambos pleiteantes munidos con armas de importante poder destructor en desenlace fatal, he de comenzar el desarrollo del voto, consciente de que una opinión minoritaria exige una mayor

fundamentación frente, cuando menos, a la desventaja numérica que implica una posición disidente.

En ese marco, pues, anticipo mi discrepancia con la postura de los colegas preopinantes pues, según entiendo, la solución que contiene el fallo en crisis *minimiza* la incidencia que tuvo el accionar de la víctima en el desarrollo de los hechos, determinante de la necesidad de asumir su defensa el imputado -aunque lo haya hecho de manera imperfecta o excesiva- y *omite conferir valor probatorio a dirimentes indicios objetivos*, a saber, la distancia a la que se produce el disparo mortal, la trayectoria seguida por el proyectil y, por último, el impacto de bala hallado en el toldo ubicado en el quiosco frente al cual estaba estacionada la camioneta del acusado.

4. Coincido en que *dos* son los momentos que deben diferenciarse en el devenir del altercado entre víctima y acusado: el primero ocurrido en calle San Martín casi Italia, justo enfrente del edificio de La Muñeca y el segundo en la cuadra siguiente, sobre San Martín, entre España y Belgrano, frente al kiosco denominado Isidorito.

Pero si bien los episodios se distinguen nítidamente, ambos reconocen, como común denominador, que es A. quien toma la iniciativa de bajar de su automóvil e ir hacia el vehículo del acusado: la primera vez, procediendo a golpear enérgicamente la ventanilla de la Ranger del imputado y la segunda vez sacando de su baúl una maza para luego dirigirse hacia la camioneta de N., según la versión que entiendo acreditada.

Insisto, no cabe perder de vista que lo que se transforma en una fuerte discusión, con insultos y amenazas, en el primer sitio, y en un acometimiento violento recíproco –uno con una maza y el otro con un revólver-

en el segundo lugar, principia en ambos casos con la actitud de la víctima de abandonar su rodado para dirigirse hacia el vehículo del acusado.

Digo esto pues si comparáramos el hecho investigado con una pelea callejera, de aquellas que ocurren con frecuencia, determinar quién inicia la agresión suele ser dirimente en la atribución de responsabilidad penal por la producción de resultados dañosos.

5. En cuanto al primer momento no hay discrepancia en cuanto a que es A. quien desciende de su auto para ir a golpear la ventanilla de la camioneta de N., increpándolo por haberlo chocado y encerrado. En ello coincide la mujer de la víctima con los dichos del acusado y de su acompañante.

Un paréntesis. Conviene aclarar que el hecho que da base a un proceso penal, como cualquier otro del pasado que se intente recrear, nunca viene *dado* sino que debe ser reconstruido y en esa tarea el intérprete tiene que utilizar el lenguaje. La propia condición anfibológica de las palabras, sumada a su utilización cargada de sentido no siempre sirven al propósito de arribar a la verdad de lo realmente acontecido. A modo de ejemplo, si al describir los hechos se comienza diciendo que el imputado estaciona “abruptamente” su vehículo delante del de la víctima, el empleo de ese adverbio que indica “de modo violento, áspero, destemplado”, lleva una carga connotativa que probablemente mueva al intérprete a posicionarse en contra de quien adopta una actitud de esa naturaleza cuando, como en el caso, tal aserto no tenga fundamento suficiente. Y si bien las partes suelen apelar a este tipo de recursos para fortalecer sus posiciones, la perspectiva de neutralidad impuesta al sentenciante exige ser precavido a la hora de fijar el relato final del suceso,

debiendo circunscribirlo sólo a aquellos extremos que hayan quedado demostrados más allá de toda duda o que, por imperio del in dubio pro reo, deban fijarse a favor del imputado aún de modo ficticio.

Volviendo al punto, el primer incidente se origina cuando N. estaciona adelante del peugeot de A.. Es probable que en la maniobra la camioneta haya “tocado” al peugeot (muy posiblemente no haya advertido N. la presencia de ocupantes en el auto, inadvertencia que resultaría fatal a la postre). Luego ambos protagonistas mantienen una fuerte discusión que, a estar a los dichos de las testigos E., B. y O., se prolongó por varios minutos y fue subiendo de tono hasta llegar a los gritos e insultos.

Si bien no hay prueba suficiente que permita afirmar que el acusado se haya armado con un cuchillo en la ocasión y amenazado con el mismo, es claro que eso fue, cuando menos, lo que A. y E. creyeron pues en el segundo episodio, después de los disparos, los testigos refieren que la mujer gritaba “sáquenle el cuchillo”. También señala la mujer de A. que éste al salir del primer estacionamiento le menciona haber sido amenazado y le pide que tome el número de patente.

He de coincidir con el Dr. Pintos cuando valora como de envergadura este primer incidente. Pero en ese sentido creo que de haber existido el supuesto gesto amenazante con cuchillo, ello hablaría más bien de que N. se retiró airosamente del lugar cuando quiso, dando por finiquitado el entuerto.

Comparto, asimismo, el razonamiento seguido en el fallo por el juez Montenovo en cuanto a tener por cierto que N. es quien primero se retira del sitio del episodio inicial. Ello mueve a pensar que si A. hubiese

considerado superada la disputa otro podría haber sido su derrotero, sin embargo recorre más de cien metros, atraviesa una bocacalle que podría haberlo alejado del entuerto, y estaciona su rodado varios metros detrás del acusado (pese a que eran varias las filas de vehículos estacionados en paralelo esperando el semáforo).

Si bien no era exigible a A. adoptar una conducta que rehuyera toda posibilidad de un nuevo encuentro, cuando menos lo actuado por él es indicativo de que el segundo episodio se produce por su decisión. En ese sentido, en cambio, es dable objetivamente suponer que N. había considerado superado el altercado cuando retoma su camino, pues no podía conocer si A. iba a seguirlo o no. Este es uno de los motivos, junto a otros que analizaré, que me llevan a dudar de que N. haya abierto la puerta de la camioneta al ver a A. estacionado atrás.

Tengo presente, en el sentido indicado, que es la mujer de A. quien recuerda, en forma casi textual, que al ir saliendo del estacionamiento su marido le dice “Este no va a venir a amenazarme a mí y a toda mi familia”, como quien señala que las cosas no van a quedar así y si bien podría decirse que lo que auguraba era que denunciaría el hecho, su conducta inmediata da la pauta de que quiso arreglar cuentas en forma inmediata.

6. Las partes han asumido en el proceso relatos contrapuestos respecto al culminante momento en que se producen los disparos. Por un lado el imputado, apuntalada su versión por la que brinda su acompañante P. B., quien sostiene que A. lo ataca con un maza y él efectúa dos disparos desde el interior de la camioneta (sentado N. al volante de la misma). Por otro el relato fiscal, asumido jurisdiccionalmente en el fallo, que

entiende que al momento de disparar N. se hallaba debajo de la camioneta, enfrentado a la víctima (más precisamente junto al peugeot, en el voto del Dr. Pintos).

Cabe en este punto, respondiendo a un planteo de las partes en la audiencia, recordar que cuando existen dos relatos encontrados sobre el posible modo en que ocurrieron los hechos, el de la parte acusadora y el del imputado, no corresponde establecer reglas de carga probatoria, como si se tratara de un proceso civil; tampoco puede válidamente sostenerse que quien afirma una causa de justificación o una eximente debe probarla, pues en el marco de un proceso penal opera el principio constitucional de inocencia que funciona como una regla de juicio para el juez, obligándolo a inclinarse por aquel relato que no haya sido contradicho en forma contundente por la versión acusatoria. Al decir de Ferrajoli, la versión del imputado debe rechazarse *si y sólo si* resulta totalmente implausible por incompatibilidad con alguno de los datos probatorios recogidos (cfr. Ferrajoli, Luigi, “Derecho y Razón”, Ed. Trotta, España, 1995, pág. 151/155).

7. La Fiscalía sostiene que A. baja de su auto al ver a N. abrir la puerta de la camioneta, explicando que sintió temor y que su propósito habría sido armarse con una maza de modo preventivo y volver a subir a su rodado. N. habría avanzado, produciendo los disparos a más de un metro de distancia, en cercanía de la puerta del peugeot de la víctima.

Más allá de entender que esta versión no se sostiene ni siquiera en los dichos de la propia esposa de A., como se verá, soy de opinión que no hay prueba que permita ubicar el lugar de los disparos en las proximidades del vehículo peugeot. Esto es así porque en modo alguno cabe

confundir el lugar del hecho con aquél en que los testigos ubican a A., ya herido, caer y soltar la maza. Así, quienes observaron la escena –T. M. y M. D., particularmente detallista la última, coincido con el juez Pintos-, se encargan en aclarar que ellos salen a mirar por la ventana del primer piso instantes después de producidos los disparos. Es más, la testigo M. D. aclara que le dice a su profesora que “esperaran a que terminen los tiros”.

En este punto tengo presente que la testigo B., en dato que pondero relevante porque refiere una circunstancia que parece menor en su deposición y que fue dicha como al pasar, ve a A. irse hacia atrás (o sea en dirección a su auto) tomándose el hombro. Es claro que la víctima no cae inmediatamente desplomada, a estar a los dichos de quienes luego de instantes aún lo ven parado cerca del peugeot, sino que en ese momento pierde sus fuerzas por efecto de la herida y suelta la maza y las llaves que sostenía en sus manos.

8. En el caso lo que interpreto como “implausible”, recordando a Ferrajoli, es la versión que se ha tenido por acreditada por cuanto describe, en mi opinión, un accionar inexplicablemente fragmentado entre el momento en que estaciona A. detrás de la camioneta y aquel en que se producen los disparos. Es que si se parte de que el segundo episodio se inicia -como pretende explicarlo la testigo E.-, a partir de que A. ve que N. abre la puerta de la camioneta y saca un pie hacia fuera, la actitud que en lo inmediato asume el acusado no encuentra una explicación lógica, porque implicaría afirmar que avanza, arma de fuego en mano, hacia el peugeot (sin ser visto por E.), espera que A. abra el baúl y se arme con una maza, sigue esperándolo hasta que cierra y vuelve sobre sus pasos, allí se da vuelta y dispara al aire

(hacia el toldo de Isidorito) y luego dispara a quemarropa, previo agacharse para lograr que la trayectoria sea de abajo hacia arriba.

Pero aunque así lo afirmáramos, nos encontraríamos con el problema de que la propia mujer de A. dice que ve a su esposo caminar hasta atrás de la camioneta. Por ende es claro que el lugar de los disparos no pudo ser el señalado en el fallo.

9. Antes de avanzar en el análisis viene al caso recordar la versión que del hecho ha dado el acusado. N. dice que luego del primer incidente él sale y estaciona frente al quiosco pues el semáforo estaba en rojo. Aclara que había varias filas y él toma la de la izquierda. Venía con el vidrio de su ventanilla bajo y de pronto siente un movimiento que lo hace mirar hacia atrás y ve a la altura del vidrio trasero a A. que venía con una maza. Saca inmediatamente el revólver que tenía debajo de la alfombra y cuando tenía a A. a la altura de su hombro hace un disparo al aire, luego ve que esta persona levanta los brazos y dice “te voy a hacer mierda”, entonces mete su cabeza entre el parante y el apoyacabezas, se contrae tratando de escapar al golpe y efectúa un nuevo disparo, casi reflejo, y escucha que A. dice “me diste, me diste”.

Coincide en su relato la testigo P. B., quien recuerda que la camioneta detiene su marcha en el semáforo y en un momento el imputado grita “se viene el pibe con una maza”, mira y lo ve a A. a la altura de la puerta de N. con una maza en alto. Recuerda que ella gritó, al igual que el acusado y A. dice “te voy a hacer mierda” y en ese momento escucha un estruendo muy fuerte, a los segundos otro estruendo; escucha a A. decir “me diste” mientras se agarraba el hombro, ve que él se va caminando hacia su auto, R. le dice a la

testigo “le disparé, no me quedaba otra, me reventaba la cabeza, llamá a la ambulancia y a la policía”. Inmediatamente se baja del vehículo y camina hacia la punta de atrás de la camioneta y regresa; agrega que en un segundo era un mundo de gente. Señala que al momento de los disparos además del ruido se vio dentro de la cabina como relámpagos.

10. Esta versión ha sido descartada por el Tribunal de juicio, considerando dirimente para decidir la cuestión, básicamente, la prueba testimonial producida en el debate. Sin perjuicio de la ponderación integral que cabe en esta instancia realizar de los dichos de los testigos, anticipo que he de privilegiar las conclusiones periciales objetivas –siempre que aparezcan fundadas-, tratando de armonizar el plexo probatorio así integrado para, recién entonces, volver sobre las versiones de las partes.

He de reivindicar en este punto la importancia de la reevaluación en “clave verbal” (a través del audio) de las declaraciones testimoniales. Habiendo escuchado detenidamente los dichos de cada uno de los testigos, encuentro que aquellos relatos que en un primer momento aparecen como contrapuestos e inconciliables, por ejemplo entre las testigos E. y B., o como entre la versión del imputado y los dichos de la testigo G., en realidad guardan más similitudes de las que pudiera parecer. Según observo, las discrepancias que en un primer momento parecen inconciliables se van superando luego del pormenorizado interrogatorio. Así también, en muchas ocasiones, un aspecto del relato que aparecía claro en un primer momento, con el devenir de las preguntas se va modificando.

Desde antiguo la mejor doctrina ha advertido acerca de los riesgos que conlleva la prueba de los hechos a través de testimonios, por los

errores que se constatan en la captación de datos fácticos. Se ha dicho "...mientras la literatura jurisprudencial, en el caso de las pruebas personales, habla de la percepción como un fenómeno lineal, que se produce casi *por contacto,* como efecto mecánico de la inmediación, los expertos en psicología del testimonio presentan un universo problemático donde se encuentren, invirtiendo realmente el planteamiento. Así, Stern, uno de los primeros estudiosos de la materia, ya a primeros del siglo pasado, escribía que "el recuerdo defectuoso no es la excepción sino la regla"...Quien presencia un hecho delictivo, más cuando consiste en una grave agresión, y, más aún, si se ve forzado a hacerlo desde la posición de víctima, por razón de la implicación emocional en el suceso, que puede ser extrema, estará normalmente en la peor de las situaciones para crear respecto de él la distancia que le permitiría *registrar* con la objetividad necesaria las particularidades de la acción y de su autor." (En torno a la jurisdicción, Andrés P. Ibáñez, Ed. Del Puerto, p.163).-

11. Retomando, las partes acusadoras plantean la hipótesis que en el segundo episodio es N. F. quien toma la iniciativa, bajando de su rodado, como si intentara continuar con la pelea mantenida antes. Para hacerlo dan pábulo a la versión de la mujer de la víctima, cuando explica en el debate que su marido decide bajar y buscar la maza porque sintió miedo al ver a N. abrir la puerta de su camioneta, observándolo sacar un pie hacia fuera.

A su vez los jueces, intentando preservar su neutralidad, han tratado de prescindir de los dichos de las mujeres que acompañaban a los protagonistas del incidente –A. E. y P. B.-, por el evidente interés afectivo puesto en juego para ambas en el asunto.

Sin embargo, tratándose de las personas que mayor y más exacto conocimiento han tenido de los hechos, he partido del análisis de ambos testimonios, intentando compatibilizar, si acaso fuera posible, sus relatos. Para ello es preciso interpretar aquellos componentes que no cierran en cada una de las versiones, esto es, depurar los datos que aparecen disonantes o contradictorios para, finalmente, arribar a un relato que de modo plausible permita recrear lo ocurrido. Ello sin dejar de tener en cuenta el interés de ambas testigos, por su vinculación emocional con los protagonistas, en dar una versión diluida de todo componente agresivo en el accionar de sus respectivos compañeros.

Así, la testigo E., si bien refiere que en todo momento centra su atención en el marido, dice que A. baja del peugeot, va hacia atrás a buscar una maza y vuelve de atrás del vehículo, viéndolo ella pasar por al lado de la ventanilla y, luego de varias preguntas de las partes que no lograban entender la mecánica que describía la testigo, ubica a A. desplazándose *hasta la parte posterior de la camioneta.* Si bien al principio de su declaración dice haber visto a N. frente a A., cuando se profundiza el interrogatorio esto ya aparece difuso para admitir, luego, que su marido llega hasta la camioneta con la maza en la mano.

En tal sentido creo ilustrativo transcribir una parte sustancial del interrogatorio al que fuera sometida la testigo, para demostrar que las aludidas diferencias con la versión del imputado no son tantas ni tan sustanciales. Así dijo la testigo: *“Antes de que M. se bajara se abrió la puerta de la camioneta y vimos un pie abajo, después yo fijé la vista todo el tiempo en M. y ví que pasó por al lado mío, pasó por la puerta del auto y ahí es cuando*

escucho los dos tiros, estaba parado un poquito más adelante cuando escucho los disparos. ¿Vio a N. caminar hacia atrás? Yo fijé la mirada todo el tiempo en M.. ¿Cuando agarró la maza, dónde estaba M.? El estaba en la parte de adelante de nuestro auto. ¿Vio Ud. que M. haya levantado la maza para agredir a N.? No, eso no lo vi. ¿Vio Ud. que se haya acercado hasta la puerta de la camioneta? Hasta la puerta no, puede ser que se haya acercado a la parte de atrás de la camioneta porque estaban cerca la camioneta y el auto, pero hasta la puerta no". (minutos 25.15 a 27.25 pista de audio respectiva). Como se ve, ante la insistencia del interrogatorio –llamativamente de la querellante, cuya objetividad es digna de elogio- la testigo finalmente reconoce que su marido, una vez que toma la maza, va hasta la parte de atrás de la camioneta del acusado.

No es menor el referido dato y permite arrojar luz sobre lo acontecido pues, de otro modo no se explica la discontinuidad que muestra la versión fiscal y la sentencia, en tanto no indican cuál fue la conducta que asume el acusado durante el tiempo que insume la recorrida de A. primero hasta el baúl de su auto y después en su avance hacia la camioneta. Pensar que N. esperara a A. debajo del rodado y que, viendo éste al acusado esgrimir un arma de fuego, igualmente avanzara en actitud beligerante, no resulta para nada verosímil. Tanto es así que ni la propia mujer de la víctima lo afirma en ese sentido.

Sumado a lo dicho, interpreto que la posición en que se hallaba la testigo -sentada en el asiento del acompañante del peugeot-, no pareciera un lugar desde donde fuera observable al imputado sacando un pie hacia fuera. Así, resulta cuando menos llamativo que, teniendo en cuenta la

violencia de la reciente discusión anterior, la testigo diga que sólo sigue con la mirada hacia atrás a su marido. Más bien se me aparece como un intento de extirpar de su declaración cualquier elemento que pudiera colocar a A. como agresor en la ocasión.

12. Pero confrontando nuevamente los relatos, aquello que en modo alguno aparece verosímil, en mi opinión, es que quien se aleja de la primera discusión –el imputado-, abandonando el lugar escogido inicialmente para estacionar, decida bajar de manera espontánea de su rodado -parado en el medio de la calle, en segunda fila-, e ir al encuentro de A., cuya presencia era inesperada para él pues no dependió de su accionar sino, exclusivamente, de la decisión de A. ubicarse atrás de la camioneta del acusado.

13. Lo expuesto exige poner en crisis los testimonios de T. G. y de Y. S. G., quienes en el debate afirman que ven a N. efectuar los disparos desde abajo de la camioneta. Me apresuro a aclarar que en modo alguno sospecho de la sinceridad de ambas testigos –cuyo absoluta imparcialidad está fuera de duda-, sino que me permito poner en cuestión la verosimilitud de los datos que brindan por entender que el registro que trasmiten es, por instantes, posterior al momento en que ocurren los disparos.

Así, entiendo, por las particularidades del momento y el lugar en que se produjo la agresión, absolutamente inesperada en un ámbito poblado de gente y vehículos transitando, lo que indica la experiencia común es que primero se produce el estruendo que impacta en la atención para que, después de unos instantes, recién pueda el testigo fijar la vista en el lugar de donde proviene el ruido. Si esto es así, es altamente probable que cuando la testigo G. logra identificar el lugar aproximado desde donde se realizaron los

disparos la víctima, herida, ya se hubiera alejado de la camioneta en dirección al peugeot, y el imputado ya hubiese bajado de la camioneta, aunque aún apuntando su arma en dirección a aquél. Tengo en cuenta aquí que la testigo B. dice que luego de los disparos N. se baja de la camioneta y va hacia atrás, movimiento que también refiere la testigo G..

Digo esto pues si, como explicaré, el disparo fue a quemarropa (distancia aproximada entre 5 y 10 cm), no se explica, en la versión de la testigo, cómo es que observa al acusado disparar y no ve a la víctima.

En este punto tengo particularmente en cuenta que si bien en un primer momento de su relato G. dice que llegando a la altura de la sedería Costa ve a una persona bajar de una camioneta y efectuar disparos de arma de fuego, viéndolo luego regresar al vehículo, ante preguntas aclaratorias de la parte querellante esa circunstancia ya no surge con la claridad del comienzo. Así, textualmente, se produce el interrogatorio “Querella: ¿Ud., vio cuando la persona de la camioneta se baja? G.: no Querella: Ud., mencionó ahí que se... G.: a mi me parece como que él ya estaba abajo y como que vuelve a la camioneta, porque lo veo abajo, como al lado de la camioneta yo llego justo en ese momento como que saliendo de la camioneta pero ya parado, o sea, con la puerta abierta, como que está parado ahí, hace un giro y yo le veo el arma en la mano.”

Tengo en cuenta, asimismo, que la testigo dice observar a una persona tirada en la vereda; sin embargo transcurrieron unos instantes, según la versión que tengo por acreditada, hasta que la víctima, como dije, suelta la maza -que cae a 30 o 40 cm hacia delante de la puerta del conductor

(según versión del testigo T. M.)- y cae, arrastrándose con dificultad hasta la vereda.

La misma consideración efectuada cabe para la testigo G., con la diferencia que la mayor distancia y el hecho de encontrarse en el interior de un vehículo estacionado tres o cuatro autos más atrás que el automóvil de la víctima, más la errónea percepción de ubicar al acusado y a la víctima sobre la vereda, cuestiona aún más su fiabilidad como prueba de una mecánica detallada del suceso.

14. Además de lo dicho, tengo en cuenta que instantes después de ocurrido el hecho el imputado narra lo sucedido de un mismo e idéntico modo, describiendo su conducta como una reacción ante la agresión sufrida por una persona que lo atacaba con una maza; esto no sólo lo manifiesta frente al policía que llega sino que también lo escucha la testigo G. cuando el acusado conversa por teléfono celular.

Así, el policía M. refiere que al llegar al lugar del hecho le indican quién había sido el autor de los disparos, agregando que ve *una persona parada como si recién hubiese bajado del auto y me dice, no recuerdo bien las palabras, que lo quisieron agredir y que él disparó;* el acusado le muestra, añade el testigo, una maza que estaba en el interior del vehículo y le indica que con ese elemento lo habían querido agredir, entregándole a su requerimiento el arma de fuego.

Resulta significativa, asimismo, la referencia que hace el testigo cuando indica que en el lugar había una mujer acompañando al autor de los disparos, recordando en el debate: *“ella me hizo un comentario: que no había entendido bien lo que había pasado porque había sido todo muy rápido”*,

observación que se corresponde con el relato que hace la testigo B. en el debate, en cuanto dice haber escuchado unos gritos e inmediatamente dos disparos como relámpagos dentro de la camioneta.

La testigo T. G. también refiere haber visto que el acusado “agarra su teléfono, se pone a hablar con alguien y le dice que estaba en un problema en el centro, que le había pegado dos tiros a un chico que lo había venido a atacar con una maza”.

Por su parte la testigo P., empleada policial que llega junto a M., sostiene que en el lugar la mujer de la víctima le dice que “se bajó el marido del auto y el tipo ese le disparó”. También refiere la testigo que había un hombre en el lugar que habría presenciado el momento exacto de la agresión y dijo: “el muchacho se bajó y el otro le tiró así nomás, a quemarropa”, agregando que luego trató de ubicarlo para su identificación pero no pudo hallarlo.

Otro dato coincidente con la versión que brinda el acusado y también B. lo arrima el testigo T. M., quien manifiesta que antes de escuchar las dos detonaciones escucha una discusión a los gritos, coincidente con el cruce de palabras que dicen haber intercambiado con A..

15. Dije que al decidir el caso habría de inclinarme por la prueba objetiva, los mudos testigos constituidos por los rastros o improntas que ha dejado el hecho en el mundo exterior, siempre y cuando su constatación e interpretación sea el producto de un análisis suficientemente fundado.

La evidencia material en el caso, según entiendo, no sólo favorece la versión del imputado sino que la convierte en unaa explicación más plausible, es decir, aquella que aclara los puntos que han quedado sin dilucidar en el relato fijado en el fallo en crisis. Una de ellas, particularmente la que se

refiere a la distancia del disparo, que ha sido valorada como prueba dirimente por los Jueces del mérito, muestra un error sustancial, según intentaré explicar, que incide de manera trascendente en la decisión.

He de enumerar las evidencias que, según entiendo, *hablan* a favor del relato del imputado:

a) Distancia del disparo: los signos exteriores constatados tanto en la prenda que portaba la víctima como en su piel dan cuenta de que la distancia del disparo no sólo ha sido inferior al metro –al contrario de la conclusión del perito médico y el balístico- sino que se habría tratado de un disparo de los denominados “a quemarropa”, es decir, provocado a menos de 10 cm. de distancia entre la boca del cañón y el lugar de ingreso del proyectil.

No se trata aquí de reemplazar la tarea pericial por la jurisdiccional, pero el simple expediente de repasar las enseñanzas de la bibliografía médica y criminalística (tanto de la medicina legal, que estudia las lesiones por disparos de arma de fuego como la balística exterior, particularmente cuando analiza los efectos que los proyectiles producen en el cuerpo y en las prendas de vestir) y compararlas con aquellos datos empíricamente constatados por los peritos, surge nítido el desacierto de concluir en que el disparo fue ocasionado a más de un metro de distancia.

Así, analizadas detenidamente las explicaciones que brindan en el debate los peritos del caso surge que respecto de la lesión provocada por el ingreso del proyectil en el torso de la víctima el Dr. G. refiere haber constatado un halo contusivo por dentro y un halo de enjugamiento (incrustación de partículas de pólvora) por fuera, así como una zona apergaminada en la piel que indica la presencia de una *quemadura*. En punto a

la distancia a la que una lesión semejante pudo ser producida, dijo textualmente “eso puede diferir, yo acá en este caso hice una evaluación de más de un metro pero eso puede diferir, porque hay distintos tipos de pólvora, hoy en día hay pólvoras más refinadas, con lo cual cambia la distancia, en este caso yo estimé más de un metro”.

Por su parte el perito Ansaldo –más allá de repetir idéntica conclusión sin dar fundamento alguno- sostiene que habiéndose fotografiado las prendas pudo observar *nódulos de quemadura* en las fibras del orificio de entrada existente en una de las mangas del sweater que vestía el joven A.. Así, en la lámina fotográfica Nº 7 de la pericia criminalística 060/08, agregada al legajo fiscal, se observan dos microfotografías que muestran claramente *“...fibras con chamuscamiento (botones) de sus puntas con presencia negrusca (sic) observables en los bordes del orificio, dejadas por el proyectil en su paso”.* Asimismo, en la lámina fotográfica Nº 6 se observa un tenue halo de enjugamiento alrededor del orificio de entrada.

La química forense enseña que cuando el arma se halla a unos 5 cm del blanco aproximadamente, la lengua de fuego alcanza la tela y produce chamuscamiento de los bordes (disparo a quemarropa), en cambio cuando se realiza a unos 10-20 cm (dependiendo del arma), el blanco ya no es alcanzado por la lengua de fuego, por lo que los bordes de las fibras no presentan chamuscamiento. (Manual de Química Forense, Coordinadora Patricia M. Caro, Colaboradores Sonia Aversa- Raúl Cerolini- Gabriel Doro, Ediciones La Rocca, p.106).

La medicina legal –en posición coincidente de los autores-, resulta categórica en cuanto señala que la *quemadura, chamuscamiento o*

fogonazo se produce cuando el arma está próxima al cuerpo o a la ropa en el momento de producirse el disparo, que quema porque salen con el proyectil gases a una alta temperatura y residuos sólidos que forman llama. Es por esto por lo que se dice también que el disparo ha sido hecho “a quemarropa” pues quema piel, pelos y tejidos de ropas. (Cfr. Medicina Legal, Bonnet, segunda edición, Libreros López editorial, p. 670 y sgts).

Las conclusiones que anteceden son terminantes en el caso y brindan certeza acerca de que víctima y victimario estaban sólo a unos pocos centímetros de distancia. Es claro que quien ve al tirador disparar tiene, necesariamente que ver a la víctima con tan mínima separación entre ambos.

b) Trayectoria del proyectil en el cuerpo de la víctima: lo anterior debe sumarse al hecho irrefutable de que la trayectoria del disparo, que impacta en el lateral izquierdo del torso de la víctima, es de *abajo hacia arriba*.

Si bien no surge de la autopsia la estatura del joven A. la misma puede deducirse de las prendas de vestir examinadas. La comparación con la estatura del acusado, presente en la audiencia, no arroja una diferencia sustancial, circunstancia que aleja la posibilidad de que el disparo haya sido efectuado estando víctima y victimario de pie y enfrentados,

Por el contrario la referida trayectoria sí resultaría compatible –lo cual hemos constatado los jueces haciendo la comparación con un vehículo similar-, de acuerdo a la altura de la víctima, si la posición del tirador es la que afirma N., por lo que también en este punto he de dar razón a la Defensa.

c) Impacto en el toldo de Isidorito. Otro mudo testigo, cuya presencia se me aparece como sustancial para la decisión, es el hallazgo de un

impacto de proyectil, superior al calibre 22, en el toldo del quiosco frente al cual estaba estacionada la camioneta del imputado. Las pericias constataron que se trató de un impacto reciente –compatible con el calibre 32 del arma empleada-, cuya trayectoria es de atrás hacia delante, de abajo hacia arriba y levemente de derecha a izquierda.

Así, observando la Lámina Nº 1 del informe balístico Nº 232 y comparándola con la Foto Nº 9 de la pericia, que muestra la exacta ubicación en que se hallaba la ford ranger en el momento del hecho, puede vincularse el hallazgo con la posición en que se hallaba el acusado al momento de efectuar un primer disparo al aire. Cuando menos no se ha ensayado siquiera una explicación opuesta respecto de este singular indicio.

16. Los referidos datos probatorios me llevan a considerar como más probable la versión del acusado en el sentido de que fue A. quien se acerca a la puerta de la camioneta –y no a la inversa, yendo N. a su encuentro- y que en tal circunstancia el acusado efectúa un primer disparo al aire, que da en el toldo del quiosco Isidorito y un segundo disparo que impacta el cuerpo de la víctima, ubicada a centímetros del cañón del revólver, quien, herido, retorna hacia su vehículo cayendo a la altura de la parte de adelante del peugeot, donde suelta la maza que llevaba en su mano, arrastrándose hasta la vereda donde queda tendido.

Un argumento más que me persuade de que ese fue el modo en que se desarrolló el suceso es que la testigo M. D., con precisión señala que los disparos si bien no fueron distanciados tampoco fueron tan seguidos, circunstancia compatible con lo que afirma N., al decir que efectúa un

primer disparo disuasivo y al no lograr tal efecto recién entonces vuelve a disparar.

Por último, insisto, aunque se considerara que en el instante en que llega A. hasta la camioneta con la maza en la mano –arma cuyo poder destructor es evidente- el acusado hubiese abierto la puerta de su vehículo y en esa posición disparado, encontraría también que su accionar enmarca en un ámbito de justificación, por todos los argumentos más arriba expuestos.

17. Así fijados los hechos y entrando a la calificación legal, entiendo que el accionar del imputado debe calificarse como homicidio simple con exceso en la legítima defensa (art. 35 y 79 del Código Penal), por cuanto su conducta a extralimitado el ámbito de la justificación plena.-

Si bien no tengo duda de que el autor se representó una situación que objetivamente implicó un riesgo para su integridad física (por el enorme poder de impacto de la maza), no estando en situación de emprender la marcha (había vehículos adelante), se encontraba con cierta ventaja al hallarse dentro de un habitáculo cubierto, alertado de que se acercaba A. y munido de un arma de enorme poder destructor. Si bien no ha quedado establecido cuál fue el disparo inicial, teniendo por cierto, como dice el acusado, que el primero fue al aire, no resulta verosímil pensar que ante semejante detonación A. haya acometido nuevamente con la maza. Considero, en cambio, que la trayectoria del proyectil, recreada por el perito Ansaldo –cfr. Láminas fotográficas Nº 8 y 9 del legajo fiscal-, permite presumir razonablemente que al momento del segundo disparo A. se estaba retirando, alcanzando a colocar el brazo izquierdo

en maniobra de protección, y esa demasía en la respuesta defensiva, según entiendo, sobrepasa los límites de la justificación.

He sostenido en anteriores pronunciamientos que “el art. 35 del Código Penal es una de las normas que mayores dificultades interpretativas ha presentado en la doctrina. En el punto, me inclino por seguir las enseñanzas del profesor Carlos Santiago Nino quien, con singular consistencia teórica, arroja luz en un ámbito teórico tan oscuro. Así, afirma *“...la antijuridicidad no es una propiedad del tipo “todo o nada”, sino que puede darse en diferentes grados...la acción es antijurídica, pero en grado menor (que) cuando se trata de una acción que, causando el mismo daño, no previene ningún mal...”.* (La Legítima Defensa, Carlos Santiago Nino, Editorial Astrea, 1982, p. 168).

Por otra parte, siendo que la ley no distingue si el *exceso* debe obedecer a una perturbación del ánimo, al miedo, a un error en la ponderación del peligro corrido, o a cualquier otro aspecto subjetivo del obrar penalmente típico, considero que no debe el intérprete efectuar tal diferencia y, menos aún, en perjuicio de la posición del inculpado. Es claro que una conducta como la juzgada exhibe un menor contenido de injusto y, por tanto, si bien se trata de un homicidio doloso cabe encuadrarlo en la norma del art. 35 del Código Penal.

18. Agravante genérica del 41 bis del Código Penal. Soy de opinión que se trata de un asunto que, habiendo sido sometido a contradicción, debe resolverse en esta instancia, esto es, al momento de decidirse lo atinente al juicio de culpabilidad, para que la cesura de pena pueda limitarse estrictamente a la individualización de la sanción dentro de una escala penal previamente delimitada.

Por otra parte así lo aconseja, entiendo, un mayor resguardo a los principios de celeridad y concentración, consagrados en el art. 3 del CPP, ya que se trata de una cuestión que fuera debatida en la instancia de mérito como ante este Tribunal dentro del marco de la responsabilidad penal del acusado.

Entrando a la cuestión viene al caso recordar las serias y fundadas críticas ha merecido en doctrina la introducción de la norma del art. 41 bis 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 norma, opta 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 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.

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 en tanto se trata, particularmente, del delito de homicidio.

La solución a la que adhiero ha sido la posición adoptada por el Juez Cortelezzi en el caso “”D.,D.A. s/ homicidio simple”. El 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*

2º y 5º, 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 otros modos de 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. Así lo voto.-

19. Tal como han quedado resueltas las demás cuestiones he de pronunciarme acerca del planteo de nulidad propuesto por la Defensa, al que adhirieron sin reserva alguna las partes acusadoras, respecto a la omisión de realizar la audiencia de la cesura de pena en la primera instancia del proceso.-

Entiendo que la cuestión ha sido resuelta por la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, sentando posición sobre el asunto en la causa "A., J. E. s/ Homicidio", del 4/2/2009, cuyos fundamentos comparto, haciendo

míos a su vez los argumentos dados por los colegas preopinantes, a los que en honor a la brevedad me remito.

20. Comparto la decisión de mis colegas preopinantes en cuanto imponen las costas del proceso al imputado, debiendo regularse los honorarios profesionales en la suma que propone el Magistrado que guía el acuerdo (art. 242, inc. 3º CPP).-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal, con la disidencia parcial de la Dra. Rodríguez,

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

1°) CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia Nº 49/08, de fecha 5 de noviembre de 2008, obrante a fs. 184/220vta., de la carpeta nro. 1.172, Legajo Nº 15.056.----------

2°) DECLARAR la nulidad de la imposición de la pena y disponer la realización de la audiencia de la cesura de pena, art. 304, 3er. párrafo del C.P.P., por el Tribunal que corresponda intervenir.----------

3º) REGULAR los honorarios profesionales del Sr. Defensor de Confianza, Dr. J. C. S. por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma de pesos dos mil ($ 2.000) (ley 2.200 t.o. ley 4335, art. 8).----------

4º) REGULAR los honorarios profesionales de la Sra. Representante del Querellante, Dra. L. B. por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma de pesos dos mil ($ 2.000) (ley 2.200 t.o. ley 4335, art. 8).----------

---

5º) Cópiese, protocolícese y remítase la misma a la Oficina Judicial de esta Circunscripción.----------