En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los veintitrés días del mes de agosto de dos mil diez, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres. **María Elena Nieva de PETTINARI**, en su carácter de Presidente, **Martín Roberto MONTENOVO y Daniel Luis María PINTOS**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 20.755**, **carpeta individual n° 2.088**, de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación el Sr. Fiscal General, Dr. **Marcelo CRETTON**, el Sr. Defensor de Confianza Dr. **M. A. D.** y el imputado **F. A. B.,** apodado “P.”, nacido en esta ciudad el día 5 de agosto de 1974, hijo de N. G. y de NN, DNI. 24.096.154, con último domicilio conocido en calle A. nº *** del Bo. C., vive en concubinato, empleado de la empresa “C.”, alojado actualmente en la Alcaidía Policial; y

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

Que los días 3 y 9 de agosto del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por la Dra. María Elena Nieva de Pettinari, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de F. A. B. como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, 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 ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de B. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿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. Daniel Luis María Pintos, en segundo lugar el Dr. Martín Roberto Montenovo y finalmente la Dra. María Elena Nieva de Pettinari.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

I.- Llegan las actuaciones a conocimiento del Tribunal en virtud de la impugnación ordinaria deducida por la Defensa del imputado **F. A. B.**, en contra de la sentencia Nº 01/10 del 15 de febrero de 2010, por la que se lo condenara a la pena de diez años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas, al declararlo autor penalmente responsable del delito de Homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (arts. 12, 29 inciso 3º, 79 y 41 bis del C. Penal), por el hecho ocurrido en esta ciudad el 20 de marzo de 2009, en perjuicio de C. E. H..-

El recurrente esgrime como agravios los siguientes:

1.- Errónea aplicación de la ley penal. Cuestiona la conclusión en la que la Dra. Tassello -Juez del Tribunal colegiado sentenciante- afirma su conclusión de que el testimonio de J. C. H., constituye prueba directa de la presencia en el lugar del hecho del acusado B. al momento de producirse el disparo que terminó con la vida de H.. Señaló el Defensor que, según la Dra. Tassello, el testigo relató en la audiencia que “estaba adentro del patio detrás del portón cuando vio bajar a C. (víctima) con dos más y el tío M. H., más atrás; que en ese momento sintió un cuete o un disparo; explica que vio pasar el

vehículo que era de B., luego escuchó el disparo; agrega que iba solo (B.) con la ventanilla baja y que fue el único vehículo que pasó.-

Sostiene que analizando todo el contexto del relato de H., más las constancias del audio, arroja una errónea, ilógica y arbitraria conclusión de la Magistrada, por cuanto H. no presenció ni estuvo en el lugar del hecho.-

Por lo tanto entiende que la afirmación de la magistrada que vio pasar el vehículo que era de B., luego escuchó el disparo "… ES FALSO".-

"H. no vio NADA, no es testigo presencial y la reproducción de la Juez del relato de H. es elocuentemente ilógica". En definitiva H. no dijo lo que la Dra. Tassello dice haber oído de su testimonio.-

Luego también pone en crisis el valor que se le dio a los dichos del testigo M. A. H.. Transcribe lo expresado por la Jueza -el testimonio del nombrado-, para luego señalar que ha omitido destacar en su voto que el recurrente fundó su decisión de no efectuar preguntas a H. no sólo por su evidente incoherencia con lo que expresaba, sino además por su dicción inentendible que respondía a una defección en su hablar o porque su estado de lucidez no era la de una persona normal o su testimonio era de la propia característica de un mendaz encubridor.-

Se agravia también por la valor que la Juez le asigna al testimonio de J. del C. P., transcribiendo los puntos pertinentes de su deposición. En relación a ello, señala que sus dichos no concuerdan con los de M. A. H., ya que éste dice que estaba en el kiosco "La Estrella", mientras que P. afirma que quien estaba en el negocio era ella y M. caminaba delante de la

víctima, omitiendo decir quiénes eran las dos personas desconocidas que acompañaban a ésta.-

Asigna el Defensor mayor relevancia a la manifestación de esta testigo en cuanto señala que es ella quien da aviso a la madre de la víctima, y del acta policial inicial de fs. 1/3 surge que quien da detalles del hecho a la Policía es la madre, por lo que, señala, o miente la madre sobre la identidad de los desconocidos o miente la testigo y encubre a los verdaderos y reales ejecutores de C. H. cargando a B. una muerte que no ejecutó, y encubriendo a los ejecutores y reales autores del homicidio.-

Hace referencia a las anormalidades en que se desenvolvió el debate, cargado de hechos delictivos, testigos con captura recomendada y detenidos luego de rendir testimonio -sin que fuera ello advertido por el Ministerio Público Fiscal ni por los magistrados del Tribunal enjuiciante-, a lo que debe agregarse el desistimiento de testigos ofrecidos por el recurrente por las amenazas padecidas -sin la menor muestra de preocupación por parte de los Jueces-.-

Sostiene que, según se desprende del voto en cuestión, los únicos que vieron que B. fue el autor del disparo, fueron el tío -testigo con captura recomendada- y la cuñada. Citó, en apoyo de su postura, el artículo doctrinario “El discutido valor de las diligencias policiales…”, de Jordi Nieva Fenoli, publicado en “La prueba en el proceso penal”, Donna, pág. 159.-

Alega que en el punto V de su sufragio, la Señora Jueza desdeña el testimonio de M. E. H. -testigo de la Defensa-, cuñada del imputado que vivía en la zona de los hechos y hoy debió irse del barrio, amenazada, por sólo decir “que vio a C. (víctima) y dos más que venían bajando … que C.

forcejeaba, peleaba, con los otros dos chicos que no conoce, con un arma de fuego y ahí, la testigo se metió para adentro …".-

Señala que, en contraposición a lo que afirma la Jueza en su voto, no se limitó a alegar la ausencia de positividad en el examen dermo nitro test y la ausencia total de manchas hemáticas en el lugar del hecho sino en la ausencia total y definitiva de pruebas de cargo contra B., para sostener su autoría y responsabilidad penal. Luego de reiterarse en los argumentos en los que hace reposar su impugnación, concluye señalando que nada prueba la autoría material y responsabilidad penal de F. A. B. a en la muerte de C. E. H..-

En lo atinente al sufragio del Dr. Hugo Américo Juárez, le endilga los mismos déficits que ostenta el ya analizado, destacando que nada aporta de las restantes pruebas carentes de coordinación indiciaria.-

Denuncia que el fallo por el que se dicta una condena de diez años y ocho meses de prisión, se funda otorgando credibilidad al testimonio rendido por un copartícipe de otros hechos delictivos. Sobre este tópico, trae a colación citas doctrinarias extraídas de la obra "La Prueba en el proceso penal", de la revista dirigida por Edgardo Donna, pág. 37, y "La Prueba en Materia Penal", de Eduardo Jauchen, pág. 118.-

Con relación al voto emitido por el Doctor José Rago, en primer término transcribe un fragmento contenido en el punto 2°, para luego cuestionar también el valor probatorio otorgado a los anómicos testimonios de M. A. H. y J. P. y los imprecisos dichos de J. C. H.. Por tal motivo, se limita a dar por reproducidos los agravios y consideraciones ya efectuadas.-

Descalifica las justificaciones a través de las cuales el Juez ampara la defectuosa e inconsistente labor investigativa del Ministerio Público

Fiscal. Puntualiza que la autoría y responsabilidad penal no fue probada, y las únicas pruebas que se consideran directas son la de los tres testimonios de la Fiscalía, que no fueron correspondidos por el resto del plexo probatorio, más aun fueron visiblemente testimonios parciales y mendaces.-

Abona su conclusión citando dos fallos jurisprudenciales: C.Fed.CCorr, sala II, 9-3-2004, “C., C. O. s/ Procesamiento”, c. 20.984, Luraschi - Irirzum; y TCPBA, sala II, 7-7-2005 “C. O. s/ Recurso de casación”, c. 14.909, Jueces: Celesia, Mahiques, Mancini.-

En lo que atañe a la segunda cuestión, rechazó de plano la figura coincidentemente enrostrada por el Tribunal al imputado B. -Homicidio agravado por el uso de arma (arts. 79 y 41 bis del C.P.)-, por las mismas razones por la que no aceptó ni la autoría ni la consecuente responsabilidad penal de su asistido, agregando que los magistrados no valoraron la conflictiva relación familiar de ambos grupos familiares, los antecedentes penales de la víctima y testigos.-

2) Procedimiento defectuoso e irregular.-

Denuncia que desde el inicio mismo del debate, el 3 de febrero de 2010 y previo a él, se fueron suscitando hechos delictivos por parte de familiares de la víctima, llegando a la intervención policial y al desistimiento de testigos por parte de la Defensa, vista la violencia moral y psicológica que emprendieron contra tres mujeres propuestas en tal calidad. Luego enumera la sucesión de ellos, que tomaron estado policial, judicial y llegaron a conocimiento de la opinión pública.-

A modo de colofón, solicitó que se declare la nulidad de la sentencia y se declare sin más la absolución del imputado F. A. B..-

3) Que en respuesta al emplazamiento formulado en los términos del artículo 384 del CPP, el Fiscal General solicitó el rechazo de la impugnación impetrada por la defensa particular.-

Respecto de la Errónea Aplicación de la Ley Penal, esgrimida como primer punto de agravio por el recurrente, que se centra en el cuestionamiento de la apreciación que realizó la magistrada Dra. Raquel Tasello en relación a los dichos del testigo J. C. H., señaló que la Sra. Jueza afirmó que este testimonio es prueba directa de la presencia en el lugar del hecho del imputado B. al momento de producirse el disparo que terminó con la vida de H., apoyándose en otras pruebas coincidentes.-

Respecto del testimonio de M. H., el Señor Fiscal General indica que el Defensor manifiesta ha sido incoherente en su expresión; su dicción inentendible -estima- respondía a una defección en su hablar o su estado de lucidez no era de una persona normal o su testimonio era de la propia característica del mendaz encubridor.-

Interpreta que ante esta apreciación el Presidente del Tribunal Dr. José Rago señaló que le había entendido perfectamente lo que había manifestado consultando esta circunstancia a los dos vocales (Dra. Tasello y Dr. Juárez), quienes también refirieron que habían entendido los dichos del testigo.-

Destaca la magistrada el testimonio de M. H. como testigo directo del hecho, transcribiendo fragmentos de su testimonio. Asimismo, conforme al audio, la Jueza el testigo afirma que el imputado en ese momento fue la única persona que pasó con el automóvil y disparó contra la humanidad de C. H..-

En relación a la postura del letrado defensor de insistir en que H. tenía pedido de captura, recordó que eso fue en el marco de una causa judicial que nada tiene que ver con la familia del imputado; entiende que trató, tanto en el juicio como a través de esta vía de impugnación, de desacreditar al testigo lógicamente porque exhibió un relato coordinado y seguro, tanto del momento previo como el posterior al hecho ventilado en juicio. En referencia a los testigos desconocidos que menciona la Defensa recuerda que la nueva legislación procesal, por el principio de libertad probatoria, le permite a la defensa buscarlos inclusive evaluar su comparecencia o no en juicio. En cuanto a la validez que la magistrada le dio al testimonio de J. P., quien también coincide con los dichos del testigo H., sólo mencionó contradicciones menores.-

En otro tramo de su recurso, continúa, el letrado hace mención a las anormalidades en que se desenvolvió el debate. En tal sentido, recuerda, en ningún momento se suspendió el mismo por grave intimidación o amedrentamiento contra los Jueces, el Fiscal, el defensor o el imputado. Todo se desarrolló normalmente en la sala de audiencias donde se respetaron todas las garantías del imputado, como así también de su defensor.-

Más adelante, prosiguió, critica la apreciación que realiza la magistrada respecto de la testigo presentado por el recurrente, Sra. M. E. H. -aportado por la Defesna-. En este sentido -señaló- el recurrente sostiene que la Jueza lo tildó de confuso y poco claro ya que declaró que la víctima y dos personas más que no conoce forcejeaban con un arma de fuego. Cabe acotar, señaló, que si el disparo se hubiera producido accidentalmente, en dicha circunstancia tendría que haber quemadura y restos de pólvora en el cuerpo de C. H., cuestión totalmente descartada por el forense que señaló en la audiencia

que el disparo fue a una distancia mayor a un metro. También el galeno -recordó- agregó que el cuerpo no presentaba lesión alguna en su cuerpo al momento de su examen cuestión que tendría que haber salido a la luz por el forcejeo que menciona la testigo.-

Manifiesta que la defensa insiste en achacar que la reconstrucción del hecho es potestad exclusiva de solicitarla el Ministerio Fiscal, pero no lo hizo por temor o bien por comodidad. Que conforme el art. 278 anteúltimo párrafo la defensa podría haber solicitado esta diligencia y en caso de negativa del Ministerio Público podría haber acudido al Juez para que se realice. Evidentemente, interpreta, resulta más cómodo criticar al Ministerio Fiscal (quien no pidió la reconstrucción porque el hecho era claro en su materialidad y autoría) que solicitar dicha medida bajo el amparo de la nueva legislación procesal penal.-

Señala que para la defensa, según expone en su libelo, no existió ninguna otra prueba directa o indirecta que avalara los dichos de los testigos directos. En este sentido, puntualiza, cabe señalar que todas las otras pruebas (llamase los otros testimonios, autopsia, prueba documental, prueba pericial, secuestros de prendas del imputado) en un todo avalaron los testimonios de H., P. y H..-

Que el impugnante, continúa, critica la actuación del vocal del tribunal Dr. Hugo Juárez por cuanto, interpreta, valora el testimonio de M. H. sobre el que había ordenado pedido de detención en otro legajo de investigación. En respuesta a ello, entiende que éste constituye un hecho totalmente independiente, y H. tiene la obligación de concurrir a prestar testimonio porque es una carga pública y no se puede de ninguna manera

defenestrar el testimonio de una persona que carga con un antecedente delictivo. De hecho pesa sobre el mismo el principio de inocencia que tanto pregona el defensor respecto del imputado B.. Por lo demás, prosigue, coincide con la valoración que ha realizado el magistrado de toda la prueba y a las conclusiones que llegó en la página 23 entre los acápites a, b, c y d.-

En cuanto a la crítica de la defensa al voto del otro vocal del Tribunal Dr. José Rago, con el mismo argumento simplista de que M. H. y J. P. son testigos anómicos, hace referencia nuevamente que durante el Debate ocurrieron situaciones irregulares y conflictivas que llegaron a impedir el derecho de defensa del acusado. Sostiene que esta aseveración está alejada de la realidad, que en la audiencia de debate en ningún momento advirtió que al imputado se lo privara de dicho derecho constitucional.-

Destaca el Fiscal General la valoración articulada de los tres testimonios que realizó el magistrado en el punto 5°, ya que exhiben una notable coincidencia. Por otro lado, en respuesta a la critica a la Fiscalía por no haber acreditado la identidad de dos personas que habían bajado junto a M. H., resalta que esta circunstancia de ningún modo desacredita el conocimiento del hecho por otros testimonios, como fueron los señalados, M. H., J. P., J. C. H., entre los principales.-

Del mismo modo, puntualiza, el magistrado desarrolla un acertado análisis respecto a que el hecho se puede probar aunque no se haya encontrado el arma utilizada citando un reciente fallo de la Cámara en lo Criminal N° 6956 “S., J. O. s/ homicidio”.-

En respuesta al segundo punto de agravio, “EL PROCESO IRREGULAR”, responde que si el impugnante desistió de los testigos por él

aportados, es evidente que fue por razones de estrategia procesal ya que nada iban a aportar respecto del conocimiento de los hechos.-

Que de las causas enunciadas por el defensor respecto de M. H., la N° 25711 y la N° 25618 se encuentran archivadas y en la 26765 no existe imputación alguna; tiene una causa en estado de investigación -la 27223- y otras dos que son las causas 7639 (imputado robo simple) y 14356 por las que se le concedió suspensión de juicio a prueba y en la última de las nombradas tenía pedido de captura en fecha 1/12/09 solamente para que comparezca a audiencia preliminar, donde se le imputó robo agravado por ser en poblado y en banda sin ningún tipo de vinculación con la familia del imputado.-

4) Que celebrada la audiencia prevista en el artículo 385 del C.P.P., la Defensa mantuvo los argumentos precedentemente esbozados e introdujo como nuevo motivo de agravio la aplicación del agravante prevista en el artículo 41 bis del Código Penal, predicando su inconstitucionalidad.-

II.- En primer término, destacaremos de acuerdo al resultado de la deliberación, que esta Cámara llega a la conclusión de que los jueces del juicio valoraron correctamente la prueba testimonial de cargo, que fundamentara la condena al acusado F. A. B., como autor del delito de Homicidio mediante el empleo de un arma de fuego, cometido en perjuicio de C. E. H., en fecha 20 de marzo de 2009, en esta ciudad; sin perjuicio de resaltarse también, por su parte, que la actividad probatoria de cargo desarrollada en el proceso ha sido mínima, aunque suficiente.-

1) Dado que el principal cuestionamiento de la Defensa hacia aquella prueba de cargo, se relaciona con los vínculos de parentesco,

amistad, etc., con la víctima, de los testigos M. D. H. y J. del C. P., he creído conveniente comenzar el análisis del punto teniendo en cuenta algunos parámetros de valoración de esta clase de prueba, que sigue la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia Provincial, por caso en la sentencia n° 18 dictada con fecha 21 de abril del corriente año, en la causa caratulada: "G., L. s/ Homicidio s/ Impugnación" (expte. N° 21.489-T° 2- F° 104- Letra "G" – año 2008); en la cual se fijó como criterio rector que la "cuantía de estos medios de prueba (por ejemplo, testigo hermano de la víctima) "no puede ser establecida 'a priori'", recordando sobre esta materia que: "Desde la década del cuarenta, en Argentina, los Códigos Mixtos, y con más razón éste que nos rige, han desterrado la tarifación y con ello la tacha de los testigos por razones como las que aquí se alegan para desmerecer a este grupo. Es la sana crítica el único medio adecuado de análisis, lo que importa, y no es novedad, la aplicación de las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología en el proceso de evaluación. Esto implica considerar al testigo desde diversos ángulos sin tener en cuenta sino la versión en ambas dimensiones que la integran: la interna y externa; en si misma y en relación con los demás elementos que la rodean…" (voto del Dr. Pfleger, quien más adelante ratifica que la versión de este grupo de testigos que se pretende desmerecer, debe examinarse entonces "con cautela", siendo ésta la "única precaución a tomar dentro del sistema de la sana crítica"; y finalmente destacó de la sentencia impugnada, que en la misma "…los Magistrados habían considerado la opinión forense y esta se acopla perfectamente a la idea que puede forjarse desde los órganos de prueba a cuyo través se canaliza el conocimiento de la historia" -como también ocurrió en el presente caso, según se analizará más adelante-).-

También el Ministro mencionado, en la sentencia n° 37 dictada por la Sala Penal el 3 de julio de 2009, en los autos caratulados: “S., J. O. p.s.a. Homicidio s/ impugnación” (expte. N° 21.320 – F° 74 – T 2° - 2008 – Letra “S”, publicado el sumario en La Ley Patagonia, y en extenso en la página web laleyonline), sostuvo: “…Es verdad que aunque inveteradamente han sido una prueba relevante en los procesos penales, los testigos son, quizás, los que presentan mayores problemas a la hora del análisis. ¿Porqué creer? es un interrogante que el Juez se formula cuando aborda seriamente la exploración de un testimonio …”; añadiendo, en aquel caso, que se aceptaba la versión dada por los testigos de cargo, no por una cuestión de fe, sino porque los mismos habían trazado “un cuadro de situación confiable pues coherente en lo interno (no narraron una situación insólita o desgajada de cualquier realidad posible)”, fueron además “coherentes con datos paralelos al hecho mismo”.-

Y más adelante, concluyó a favor de la confirmación de la sentencia recurrida, que los jueces del debate “…valiéndose de prueba directa y de indicios que individualizaron con precisión, explicaron las razones que llevaron a aprobar las declaraciones de los testigos de cargo, y los motivos que cimentaron la duda respecto de los de descargo y su rechazo. En la evaluación de la prueba dieron las razones del porqué unos relatos eran creíbles y otros no lo eran, poniendo en valor su capacidad de convencer. Una vez ponderados los testimonios considerados sinceros y los que no daban esas notas, se expidieron sobre el sentimiento de certeza respecto de lo que había acontecido el día en cuestión, brindando razones suficientes y acabadas de sus conclusiones”.-

2) Por su parte, en el voto del Dr. Rebagliati Russel, en la

sentencia citada en primer término (“G.”), y siempre en relación con el punto de la valoración de la prueba testimonial, se destacó la importancia de atender al “contexto general de la percepción, y posterior evocación de los hechos”; teniendo presente “…el lugar, la distancia y la posición que víctima y victimario tenían respecto del testigo y que las conductas se manifiestan de forma dinámica y variable, situación que en su conjunto, determinan los parámetros de lo que puede percibirse y de aquello que, un testigo determinado, efectivamente percibió… Por eso los testigos no sólo no pueden sentir el universo en su totalidad, sino que sus testimonios son siempre una versión parcial, no total, de cada situación. En suma, todo testimonio dice algo muy pequeño de un todo y a menos que se incurra en la falacia ‘ad ignorantiam’, no es lógicamente válido inferir de la no percepción de uno de los tramos del iter criminis, la falta de percepción de los restantes…”.-

En particular, en nuestro caso, teniendo en cuenta que la testigo P. ha declarado que vio caer a la víctima, luego de haber percibido (ella) un “impacto”, como así también que previamente C. E. H. había girado un poco su cuerpo, en dirección al tirador, advertimos que en la audiencia de debate la Defensa hubo de examinar a los funcionarios prevencionales, Oficial Subinspector H. O. R. F. y Cabo J. L. S., sobre el croquis obrante en el Legajo Fiscal nº 20.755 (v. fs. 3), en orden a la posibilidad de que existiera algún obstáculo o impedimento que afecte la visibilidad, desde cierta distancia, siendo el resultado de este contra-examen de los testigos, negativo para los intereses del acusado; ya que no ha surgido de los testimonios de marras, ninguna circunstancia que haga pensar que la declaración de P., haya faltado a la verdad en cuanto a la posibilidad de percibir lo ocurrido.

También merece destacarse, en el mismo entendimiento que se viene exponiendo, que el hecho tuvo lugar en horas del mediodía, en condiciones óptimas de luminosidad natural –como lo destaca el Juez Rago, a fs. 187-.-

3) En el caso puntual del testigo M. D. H., además del vínculo con la víctima, durante el juicio oral y público, se ha aludido por parte de la Defensa a un posible déficit en su capacidad intelectual, y/o aptitud para comunicarse frente a las partes y al Tribunal; y también en este punto, el análisis de la situación favorece los intereses del acusador, ya que no contamos con ninguna evidencia probatoria de que el valor de la declaración del mencionado testigo, esté menguado o invalidado por alguna causa. En consecuencia, deberá cargar la Defensa con las consecuencias –negativas para sus intereses- de haber renunciado, durante el debate, a la posibilidad de ejercer su derecho al contra-examen de este testigo de cargo, que constituye uno de los pilares del principio adversarial.-

En cuanto a la circunstancia de que este testigo cuente con una imputación, en su contra, por un hecho delictivo que es materia de investigación por parte de las autoridades judiciales competentes, tampoco alcanza para constituir *per se* un motivo que desmerezca el valor de su deposición.-

Finalmente, merece destacarse que la restante testigo de cargo –J. P.- corroboró la presencia de M. H., en las inmediaciones del lugar del hecho, como asimismo la posibilidad cierta de que él mismo hubiera visto lo sucedido con C. H..-

4) En lo que respecta al testigo J. C. H., el punto relativo a su valor como prueba testimonial directa, o bien como indicio de cargo –de

presencia u oportunidad física del imputado en el lugar del hecho- si bien es cierto que en algún tramo de la sentencia impugnada, pareciera no estar debidamente aclarado, de una lectura integral de la misma -especialmente del voto de la Dra. Tassello-, se desprende que el valor de sus dichos es indiciario, ya que no ve el momento del hecho, sino instantes previos –la víctima pasa por su domicilio, con su hermano, otras dos personas y más atrás M. H.-, y posteriores –el paso del automóvil de B., luego de haber escuchado un “cohete”-; como asimismo, este testigo reveló que una persona identificada como “R. M.” –su existencia está amparada también por otras pruebas, como ser el testimonio del Oficial Subinspector R.- le manifestó entonces, momentos después que: “C. (H.) se pegó un tiro”, o bien que había sido el autor “P.” (B.) que “subió en el auto”.-

En el ya citado voto del Dr. Pfleger, en la causa “G.”, también se había planteado una situación similar respecto a la calidad de una prueba, en los siguientes términos: “¿Son testigos directos o constituyen medios indicativos?”; quitándole el magistrado toda relevancia al punto, cuando expresa: “La interrogación, a pesar de que la formule, se me ocurre meramente retórica, como lo es la respuesta cualquiera fuese”.-

Otro extremo relevante, en mi opinión, del nombrado testimonio de H., es el concerniente a su referencia al paso del testigo M. H. por su casa, que ha sido puesto de resalto por el Sr. Juez Penal José Rago, en su voto, en particular cuando ha declarado en el sentido que él estima que, necesariamente, M. H. debe haber visto lo sucedido con la víctima –tal como, precisamente, este testigo lo ha declarado en el juicio-, en razón del recorrido que llevaba.-

Por último, no se advierte que la diferente apreciación de este testigo (H.) y la de P., acerca de la velocidad a la que transitó B. luego del hecho, tenga una relevancia susceptible de incidir en el resultado final de la solución escogida.-

5) Además, en apoyo de lo expuesto, y ya puntualmente respecto a los alcances de la revisión -en esta etapa recursiva-, del razonamiento seguido por los jueces al valorar la prueba testimonial, leemos en un comentario al fallo “Casal” de la CSJ, de José I. Cafferata Nores, que “... lo único no controlable por la Casación es la *impresión personal* que los testigos pueden causar a los jueces del juicio, ... Pero aquella exclusión ... la CSJ la admite *solo* si estos dieran ‘*cuenta circunstanciada*’ de ella ‘pues – advierte- a este respecto también el tribunal de casación puede *revisar criterios*’. La construcción de este párrafo (y varios otros sobre el mismo punto) evidencia la postura de la Corte acerca de que los jueces del juicio oral y público deberán *motivar* (‘*dar cuenta circunstanciada*’, dice textualmente) las conclusiones que deriven de la *impresión personal* que les causen los testigos que declaren ante ellos, impresión que generalmente estará referida a la **eficacia conviccional** que aquellos magistrados les asignen en la sentencia sobre su **sinceridad o credibilidad**. Como semejante exigencia obedece a que “*a este respecto también el tribunal de casación puede revisar criterios”* (dice también textualmente “Casal”), tal motivación deberá incluir la *explicación* de los jueces sobre las razones de la *influencia* que esa impresión personal ha tenido sobre el sentido de las conclusiones” (cfme. aut. cit., en la obra colectiva: “Proceso penal: nuevos estándares y controversias”, págs. 13 y ss., de la cual el mismo también es compilador; el destacado me

pertenece).-

Recuerda además este jurista, que “Casal” advierte que los testimonios deberán ser valorados con arreglo a la **sana crítica racional**, “lo que incluye, nos parece, **la correcta utilización de este método *también* para concluir sobre su *sinceridad* (o insinceridad)**. Sólo así las conclusiones que de esos testimonios se extraigan no serán puros actos de voluntad de los jueces del tribunal oral o exclusivo fruto de sus meras impresiones, sino **un resultado de la consideración racional de los dichos de esos testigos y de sus aspectos ‘no verbales’**, exteriorizada como una **explicación razonable sobre *por qué* se concluyó de esa manera (que el testigo dijo la verdad) y no de otra (que el testigo mintió)**, explicación que deberá ser *comprensible* (comprensión que es imprescindible para poder luego adherir a ella o resistirla) y *contrastable* (confrontable en su exactitud, por el uso de argumentos opuestos) por *cualquier otra persona,* también mediante el uso de su razón (v.gr., partes, público, etcétera)” (el destacado ha sido agregado al original).-

La referencia, en la cita precedente, a los dichos de los testigos, y también a los “aspectos no verbales” de una declaración, se vincula en el caso concreto, por ejemplo, con la deposición de la testigo P., en cuanto al movimiento que habría efectuado la víctima con su cuerpo inmediatamente antes del hecho –que ella describió y reprodujo en la audiencia-; y que los Magistrados hubieron de correlacionar con la pericial médica, acerca de las características que presentaba la herida de bala mortal, concluyendo que la versión de la testigo se ajusta perfectamente a esa otra prueba, lo cual viene a robustecer la credibilidad de sus dichos.-

También el testimonio de M. H. se corresponde con el dictamen forense, en orden a la distancia existente entre el tirador y su víctima –más de un metro-.-

Por otra parte, aquella prueba pericial médica ha sido valorada correctamente por los Jueces del debate, a su turno, para descartar la credibilidad de la prueba de descargo, consistente en el testimonio de M. E. H.; desde que esta versión, que describe un presunto “forcejeo” de la victima con dos personas, como antecedente inmediatamente anterior al disparo mortal, debería haberse correspondido con un informe de autopsia que fije la distancia menor de disparo, a la consignada por el perito forense –en su informe y en su posterior deposición ante el tribunal de juicio-.-

6) Otras de las fuentes de conocimiento valoradas por los Magistrados en su fallo, son los testimonios de referencia, aportados por los funcionarios policiales Oficial Subinspector H. O. R. F. y Cabo J. L. S., de los que se desprende que acudieron al lugar del hecho, en virtud del aviso radial recibido mientras se hallaban de recorrida en un móvil; y que fue allí donde, al arribar, las personas que se encontraban ene el lugar sindicaban en forma coincidente al “P.” B., como el autor del hecho, y asimismo aportaban como dato que el nombrado se conducía en su vehículo marca “Ford Escort” color gris. Asimismo, surge de estas testimoniales que los acompañantes de la víctima no pudieron ser identificados, por haberse alejado rápidamente de lugar; que el herido había sido “cargado” en un automóvil particular y conducido al Hospital; y finalmente, en cuanto a la dinámica del suceso, que C. E. H. se dirigía a comprar a un negocio con dos amigos, cuando fue baleado, sin que hubiera existido ningún incidente, ni agresión previa con el

ocupante del vehículo, ni provocación, etc.

III.- En el apartado precedente, se ha procurado explicar detalladamente los motivos que llevan a respaldar el criterio seguido por el Tribunal de juicio, en orden a la valoración de la prueba testimonial de cargo, y ello en razón que las deposiciones ya reseñadas vinieron a confirmar íntegramente, en la forma de medios de prueba válidamente producidos en el debate, el señalamiento que desde el inicio se había efectuado en la persona del acusado B.; y que la Defensa califica como una investigación “viciada”, por haberse acotado ya desde el comienzo a aquel dato. Tenemos entonces que, en virtud de lo sucedido en el juicio oral –instancia en la que, además, depusieron los funcionarios prevencionales que intervinieron en la investigación del hecho, y labraron las actuaciones iniciales-, cualquier hipotética invalidación del curso inicial de la pesquisa, evidentemente ha quedado luego saneada a través de la prueba testimonial directa, de referencia, pericial, e indiciaria, de la que dieron cuenta razonadamente los jueces del debate; y sin que, por lo demás, se verifique ninguna violación a la garantía de la defensa en juicio, como se insinuara por parte del Sr. Defensor de Confianza.-

En apoyo de todo lo expuesto, y a mayor abundamiento, tengo en cuenta lo que se enseña sobre “el contradictorio” –o principio de contradicción- como un derecho; es decir “entendido, en líneas generales, como la posibilidad para las partes de cuestionar preventivamente todo aquello que pueda luego influir en la decisión final”, por lo cual la garantía del contradictorio “en suma, no sería otra cosa que ‘la posibilidad de la refutación o de la contraprueba’” (cfme. Guzmán, Nicolás: “La verdad en el proceso

penal…", págs. 137 y ss., con cita de Ferrajoli).-

Agrega Guzmán que: "El contradictorio es el único método que permite contestar adecuadamente la acusación, controlar las pruebas ya producidas y participar activamente en la formación de las nuevas. … implica la directa participación del imputado al momento de la formación y de la valoración de la prueba, y **sólo a través suyo el imputado puede desarrollar en mejores condiciones su derecho de defensa**: conociendo el material probatorio ya producido y participando por ende en el control de su utilizabilidad y credibilidad, y participando en la formación de las pruebas nuevas, construidas en el proceso, con la posibilidad de interrogar a los testigos y de proponer la producción de contra-pruebas para refutar la hipótesis de la acusación y/o confirmar la propia. El contradictorio, en suma, permite la intervención del imputado en todo el *iter* probatorio en el que se basará la decisión final. Es así como **el principio de la defensa en juicio encuentra su mayor protección**: se evita, de este modo, que la sentencia sea pronunciada sólo en base a pruebas producidas en una única dirección e, incluso, en secreto y sin la debida participación del imputado…" (el destacado me pertenece).-

Y más adelante, se explica que si bien el contradictorio es un principio que esta destinado a funcionar sólo "en el proceso" –ya que, por ejemplo, "las marcas que deja en el asfalto la frenada de un automóvil o un documento administrativo no se forman con el contradictorio entre las partes", no por ello los mismos son excluidos del proceso-. El hecho de que en la formación de pruebas de esta naturaleza no se actúe el contradictorio, por la obvia razón de que él resulta irrealizable, no implica en absoluto su

posterior inutilizabilidad. Al contrario, pueden ser incorporados al proceso, y ser colocados por el juez en la base de su decisión; claro está que “el valor que dichos elementos puedan tener para la decisión final dependerá de que las partes hayan tenido o no … efectivamente la posibilidad de controlarlos”. Por último, se aclara en la obra citada que, en esta materia, la más incisiva manifestación del rol de la defensa está dada por la facultad de interrogar a los propios testigos y de contra-interrogar a los de la acusación.-

Todo lo expuesto, entiendo, es plenamente aplicable al presente caso, en cuanto al valor probatorio –para la sentencia de condena- de aquellas manifestaciones iniciales recogidas por la prevención, en el lugar del hecho, en orden a la autoría del mismo; que luego fueran confirmadas válidamente en la audiencia de debate, con pleno respeto por el contradictorio, como ya se adelantara.-

IV.- 1) En otro orden, se destaca entre los argumentos del impugnante, una presunta contradicción en los fundamentos de la sentencia, cuando, por un lado se hace hincapié a los fines de motivar la autoría del imputado, en la continuidad existente entre el hecho y su posterior aprehensión; y luego, para explicar los motivos por los cuales la prueba del dermo-nitro-test ha dado resultado negativo, se hipotiza con la posibilidad de que el acusado haya eliminado la presencia de rastros comprometedores, por ejemplo higienizándose las manos.-

En la deliberación, hemos coincidido, en cuanto a que el Sr. Fiscal General, en ocasión de la audiencia del art. 385 CPP, brindó una explicación plausible que despeja la pretendida contradicción argumental, ya que se produjo prueba en la audiencia de debate –como ser la testimonial de

la Oficial R.- que ilustra en lo que hace a los tiempos de la aprehensión, que si bien la misma ha sido inmediatamente posterior al hecho, las autoridades prevencionales recién toman contacto con el imputado, una vez que él mismo se había alejado en su automóvil hasta el domicilio, estacionando el mismo a unos metros de allí, y descendido, contando con tiempo suficiente para haber ingresado a su vivienda y luego volver a salir –lapso en que, entonces, podría haberse operado la modificación de los vestigios, y/o su desaparición completa, lo que explica el resultado de la pericia.-

2) Ya se explicó en el precedente apartado III que, en lo esencial, pudo confirmarse en el debate la tesis fiscal, respecto a la autoría en el hecho del acusado B.. Ello es suficiente entonces para avalar el temperamento que ha escogido el tribunal de juicio, a la hora de resolver; sin perjuicio que es cierto que han quedado son esclarecerse algunos otros aspectos, como ser la identificación de las personas que acompañaban a la víctima, tal cual se encargó de resaltarlo el Sr. Defensor de confianza.-

Entendemos, tal como lo ha expresado en su voto el Juez Rago (fs. 187), que aquella circunstancia no dilucidada, en modo alguno alcanza para modificar el sentido de la solución que, en definitiva, se escogiera en la sentencia.-

3) En lo concerniente a la referencia efectuada por el Sr. defensor de confianza, durante la audiencia art. 385 CPP, en torno a la ausencia de la prueba de reconstrucción del hecho, sólo cabe destacar que de conformidad a lo dispuesto claramente en los arts. 169, 2º párrafo y ccs. del CPP, el imputado también cuenta con el derecho a pedir aquella

diligencia, de modo que no se comparte el criterio expuesto, en orden a la falta de la misma como un déficit atribuible al Ministerio Público Fiscal.-

4) Tal como ya se ha puesto de resalto en el precedente apartado III, esta Cámara de impugnación no advierte entonces, que durante la tramitación del presente proceso se haya incurrido en nulidades absolutas, violación de la defensa en juicio, etc.. Circunstancias tales como: que se hubieran tomado medidas de seguridad en la sala de audiencias (art. 311CPP); que algún testigo tenga causa/s penal/es abierta/s en su contra (arts. 186, 187, 324 y ccs. del CPP, argumento *a contrario*); el desistimiento de prueba por parte de la Defensa; etc., no alcanzan para invalidar el debate y la sentencia. Lo mismo cabe predicar del extremo relativo a la ausencia de formación de causa por Falso testimonio (arts. 275 CP), en contra de aquéllos reputados mendaces en la sentencia recurrida; toda vez que lo relevante, a los fines del debido proceso, es que los Jueces den adecuadas razones de los motivos que tienen para no apreciar veracidad en los mismos, particularmente en orden a su valor como prueba de descargo, más allá de las consecuencias (penales) que ello pueda tener.-

V.- La Defensa ha introducido, en la audiencia del art. 385 CPP un pedido de inconstitucionalidad del art. 41 bis CP.-

1) En primer lugar, corresponde expedirse acerca de la oportunidad de este planteo, toda vez que la norma ritual citada (art. 385) prohíbe introducir nuevos motivos de agravio en la audiencia. Sin embargo, ya desde hace tiempo la CSJN y la CN Cas. Pen, en su jurisprudencia, permiten la potestad de introducir planteos en esta etapa procesal, sobre la base del alcance de la garantía de defensa en juicio (arts. 18 y 75 inc. 22 de

la C.N.) -cfme. entre otros precedentes, los votos del Dr. Raúl R. Madueño en las causas: “J., A. A. s/ Recurso de casación” del 22 de abril del 2008, y “B., A. E. ... s/ Recurso de casación” del 20 de agosto de 2009, ambas de la Sala I de la CN Cas. Pen.-. Además, también debemos tener en cuenta que el Sr. Fiscal general no ha objetado aquella oportunidad, sin perjuicio de expedirse negativamente sobre el planteo, postulando su rechazo.-

2) En el caso citado en último término, “B., A. E. V., O. H. s/ recurso de casación”, registro nº 14.402, C.N.Cas. Pen., sala I, 20/VII/09, leemos en el voto del Dr. Madueño, “…corresponde señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Constitución Nacional gozan de presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, y sólo cuando la aversión de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable (cfr. Fallos 226:688; 242:73; 263:309;300:241 y 1087; 305:1304): Por ello, la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico, ejerciéndose únicamente cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 303:625). La Constitución Nacional, a través del art 75 inc. 12, otorga al Poder Legislativo la facultad de declarar la criminalidad de las acciones, desincriminar a otras, imponer penas, aumentarlas o disminuirlas, y el único juicio que le corresponde hacer al poder judicial es el referente a la constitucionalidad de las leyes sin examinar el acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas, pues no son puntos sobre los que

al poder judicial le quepa pronunciarse, salvo en aquellos casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario (Fallos: 313:410; 318:1256), que por cierto no se advierte en el caso. En el mismo sentido, y como el derecho penal representa la última línea de defensa en contra de la lesión de valores jurídicos fundamentales y es tarea del legislador articular los lineamientos generales de la política criminal, la apreciación que realiza el legislador involucra una esfera de decisión política sobre la que no cabe modificación por parte de los jueces, ya que representa facultades específicas de aquél sobre la política criminal, la que sólo tendría lugar en el caso de que se lesionen garantías fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional o Tratados Internacionales en que la República sea parte (cfr. Sala II, in re: “C., A. s/ Recurso de casación e inconstitucionalidad”, causa nº 2845, reg. Nº 3696, rta. el 23//11/00...”).-

3) Puntualmente sobre la aplicación del art. 41 bis CP, la doctrina enseña que dicho artículo es, en verdad, “una calificante específica aplicable genéricamente a todas las figuras de la parte especial, a excepción de aquellas que contemplen como parte constitutiva o cualificante los dos elementos propios de dicha norma (violencia o intimidación en las personas conformadas por el uso de armas de fuego)” -cfme. Soberano, Marina: “El art. 41 bis del Código Penal o la venganza del principio de legalidad”. Nueva Doctrina Penal, 2002/A, Edit. Del Puerto-.-

También se sostuvo en esta nota de fallo, que: “…el art. 41 bis importa una obligación para el juez, una nueva tabulación de la pena privativa de la libertad *que debe respetar* ante la comprobación objetiva de la

utilización de violencia o intimidación en las personas por el uso de armas de fuego"; por lo tanto: "Los delitos a los cuales habría de aplicarse esta calificante deben ser aquellos regulados en el Código Penal y leyes especiales (art. 4, CP) que sean perpetrados con violencia o intimidación personal referida mediante el uso de armas de fuego… Esa violencia o intimidación, que debe darse en el curso del delito de que se trate, tiene que incluir el efectivo empleo de un arma de fuego idónea…, en virtud de que el mayor contenido de injusto del hecho deriva del peligro concreto corrido por la víctima…".-

A mayor abundamiento, según la jurisprudencia de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, la agravante debe aplicarse específicamente en el caso del delito de homicidio simple, pues "se trata de un delito doloso que exige violencia contra la víctima y no contiene en forma expresa dentro de su estructura la circunstancia agravante del empleo de un arma de fuego." (TS Córdoba, sala penal, agosto 27 de 2003, en Suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal de "La Ley", octubre de 2003, pág.73).-

En cuanto a la argumentación que ha pretendido que el art. 41 bis CP violenta el principio de legalidad, y sobre todo en su variante de *lex certa*, comparto el criterio de la SCJBA, en cuanto que: "la sola circunstancia de que la regla incorporada agregue una disposición genérica en la Parte General del Código Penal, destinada a jugar en relación a los tipos pertinentes de la Parte Especial,… no constituye una afectación del principio de legalidad -del voto del Dr. Hitters-" (cfme. SCJBA 6-2-2008, "S.S. y O.S. s/ Recurso de casación", P. 93.717).-

Por su parte, el TCPBA ha sostenido que: "…El artículo 41 bis del Código Penal –conforme ley 25.297- introdujo una agravante genérica, ante la imposibilidad de modificar delito por delito, como se hiciera a través de la ley 25.087 que llevó a los denominados abusos sexuales agravados a una escala más severa, en el caso del empleo de armas. La norma se aplica a los delitos que se cometen con violencia física contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego, cuando es factible llevarlos a cabo en otro tipo de armas o sin ellas -del voto del Dr. Borinsky – SD- -" (cfme. Trib. Cas. Pen de Buenos Aires, sala III, 2-10-2008, "S.C. A. s/ Recurso de casación", c. 5705); "… La agravante del artículo 41 bis del Código Penal ha sido correctamente aplicada en lo que respecta a los delitos de homicidio y lesiones graves pues, a diferencia, por ejemplo, del tipo penal de robo calificado, que alude al empleo de "armas", vocablo que ineludiblemente comprende a las armas de fuego, los tipos penales de los artículos 79 y 90 del Código Penal no aluden específicamente a ningún medio comisivo en particular … las muertes o las lesiones cometidas dolosamente y 'sin armas' no impedirán la subsunción típica, lo que denota que el empleo de armas no forma necesaria y excluyentemente parte del tipo penal…" (cfme. Trib. Cas. Pen. De Buenos Aires, sala III, 27-9-2007, "C.R. s/ Recurso de casación", RSD-642-7 S. En el mismo sentido Trib. Cas. Pen. de Buenos Aires, sala III, 15-4-2008, "B. V. s/ Recurso de casación", RSD-560-8 S.); (cfme. Edgardo Alberto Donna en su obra: "El código penal y su interpretación en la jurisprudencia", Actualización al 31 de diciembre de 2009, Tomo I, arts. 1° al 161, Editorial Rubinzal – Culzoni, págs. 151 y 152).-

La Sala penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia del Chubut, en la causa “D., D. A.”, al confirmar la sentencia dictada por esta Cámara, hubo de expedirse sobre la constitucionalidad de esta agravante por mayoría (sentencia nº 64/06), en los siguientes términos: “...La agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal se atribuye al tipo que pueda ser consumado mediante violencia o intimidación. Es evidente que el tipo que establece el delito de homicidio admite esa forma consumativa y en el caso concreto así lo consideró el tribunal de juicio. El legislador ha concebido la idea de que un delito cometido con arma de fuego aumenta la culpabilidad del autor debido al mayor poder vulnerante del medio empleado para ejercer violencia o intimidación contra las personas. De modo que, según el Código Penal argentino matar con un arma de fuego implica, para el agente, una mayor medida de culpabilidad que hacerlo sin ella (con arma blanca o con las manos) aun cuando el bien jurídico protegido sea el mismo. Dicho de otro modo, en ambos casos el bien jurídico protegido es equivalente, la culpabilidad del autor, no. De manera que no hay desigualdad ya que los supuestos de hecho son diversos; por lo tanto, rechazo el planteo de inconstitucionalidad incoado por la defensa del acusado” (cfme. voto del Dr. Panizzi).-

Y en igual sentido el Dr. Pfleger dice: “...dotados de un enorme poder político a consecuencia del control de constitucionalidad otorgado, los jueces han de administrar con prudencia esa capacidad y la potencia que importa la interpretación de las normas a las que deben sujetarse de manera estricta, atendiendo por igual a su letra y espíritu, de manera que el ejercicio de la facultad contra -mayoritaria no los convierta en

legisladores, vulnerando el principio liminar de la República: la división de poderes. Es verdad que la sanción del art. 41 bis ha traído consigo críticas feroces desde la doctrina. Así por ejemplo, Javier H. Imahorn en su comentario “El nuevo artículo 41 bis del Código Penal- Un cambio sustancial en el sistema de graduación de la pena” aparecido en La Ley T. 2001- A, Sec. Doctrina, pág. 917, evoca que ‘...En este caso (el de la Ley 25.297) nos encontramos indudablemente, por la naturaleza y ubicación de la directiva, frente a una agravante genérica de la pena que incrementa la escala penal para cualquier delito, sea consumado o tentado, si su ejecución tuvo la modalidad violenta y/o intimidante propia de la exhibición amenazante o utilización de este tipo de armas (“Lecciones de Derecho Penal- Parte General T II, pags. 480 y sgtes. Director Carlos J. Lascano, Ed. Advocatus, Córdoba, Octubre 2000)...’. Pero más adelante advierte: ‘..Una situación es clara: las sucesivas modificaciones parciales introducidas a nuestro Código Penal en los últimos años mediante distintas leyes, producto de períodos “duros” y “blandos” carecen de coherencia sistemática y es por ello que, especialistas y sobre todo los representantes del pueblo en el Congreso Nacional deberán analizar seriamente la posibilidad de una reforma integral que culmine quizás, con la sanción de un nuevo Código Penal para los comienzos del tercer milenio, apartándose para ello de toda presión circunstancial...’. Grave es la crítica que le formula Alejandro W. Slokar en el “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, T 2 páginas 90 a 102, cuando acusa al proceso legislativo que diera origen al artículo que se comenta de deficitario ‘...producto de una criminalización desorientada en el afán banalizador de

norma penal, y la consecuencia del desorden y la falta de explicación en la que se traducen los acuerdos y concesiones recíprocas propias de los ámbitos parlamentarios...' y más adelante sugiere que '...el principio de limitación máxima de la respuesta contingente indica que cuando las reformas legales punitivas se establecen sin amplio debate, consulta y elaboración responsable, es deber de las agencias jurídicas extremar el celo en el análisis y crítica limitativa del texto legal...'. Empero, no son estas opiniones condicionantes para la declaración de inconstitucionalidad pues no percibo, en el texto discutido, las infracciones que denuncia la defensa. Se trata de una agravante genérica aplicable a todas las figuras de la parte especial, con excepción de aquellas que contemplen como parte constitutiva o calificantes los elementos propios de esa norma, como es la comisión de un delito con violencia sobre las personas mediante el uso de un arma de fuego, de allí que no lesione el principio de igualdad, que implica paridad de iguales. La regla del art. 41 bis C.P. actuará generando un tipo delictivo que estará en relación de especialidad con varios tipos penales, siempre que estos no incluyan el empleo de armas, y que, a su vez, se trate de delitos dolosos que requieran violencia o intimidación contra las personas, como modalidad de ejecución típica (textual de voto del doctor Böhm, en causa "T. B., G. G. y otro" SC Mendoza, 24 de abril de 2006 en "Suplemento La Ley Penal y Procesal Penal" del 26 de Setiembre de 2006, páginas 56 a 63). Los Tribunales parecen aceptar la razón de la agravante en el "plus" a la violencia y al peligro que representa la utilización de un arma de fuego como justificación de la agravante, en la medida en que aquella posee un poder vulnerante más potente (ver al respecto TCASBSAS, c. 1661, "D.M.M. del 13/04/ 2004 en

JPBA t. 124 sum. 299, en lo que atañe pues se trata de robo con armas mediante arma de uso civil por la entidad del riesgo corrido por la víctima, aún cuando no se descartó “...de adverso...” su aplicación si se hubiera tratado de un determinado tipo de arma de extraordinario poder ofensivo y en el mismo sentido el voto del doctor Hornos en el caso “A., Y. s/ rec. casación, CNCasación Penal, Sala IV, del 30 de setiembre de 2002 en La Ley T 2003-A, página 96 y Suplemento de Jurisprudencia Penal del 28 de Noviembre de 2002, pág. 27). Y esa categorización, más allá de los reparos de la doctrina, es facultad privativa del legislador acorde lo establece el art. 75 inc. 12 de la Constitución Federal, sobre la que los jueces, salvo casos extremos de infracción no debemos ingresar, como lo he anticipado. Habré de recordar, por último, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expuesto que la primera regla de interpretación de las leyes consiste en dar pleno efecto a la intención del legislador, propósito que no debe ser obviado por los jueces so pretexto de posibles imperfecciones técnicas en la instrumentación legal (CSJN Competencia N° 312. XX. La Plata Cereal Co. S.A. 3/02/87 T. 310 , P. 149)o que la primera regla de interpretación de las normas es dar pleno efecto a la intención del legislador y la primera fuente para rastrear esa intención es la letra de la ley, pues los jueces no deben sustituirlas por su propio criterio so color de hermenéutica(Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt). L. 416. XXI. Longhi, Oscar A. c/Banco de la Nación Argentina s/ cobro de pesos. 4/08/88 T. 311 , P. 1320...”.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

I.- No he de reiterar el detalle de los términos de la impugnación, su responde, ni los de la Sentencia objetada, como tampoco lo

manifestado por las partes en la Audiencia previa a este acto, remitiendo, en honor a la brevedad, a la reseña de todo ello efectuada en el voto precedente.

Intentaré ser lo más breve posible, ya que hemos coincidido en la deliberación en cuanto a la mayoría de los temas a tratar, por lo cual me detendré más en aquello en lo que no hemos arribado a un acuerdo.

II.- Considero que existen dos parámetros sobre los cuales se funda la decisión a la cual hemos arribado. El primero tiene que ver con la naturaleza adversarial del proceso penal, versión Ley 5478, en particular en lo que refiere al impacto de la estrategia de las partes en el resultado del Juicio. En segundo lugar, a un principio aludido por los Sentenciantes y las partes, el de libertad probatoria, aunque en realidad cabe resaltar que en el sub-judice la faceta de interpretación del plexo reviste mayor relevancia.

Respecto del primero de los parámetros referenciados, B. no prestó declaración en Debate y ello a nadie debería alarmar pues lo ampara la garantía prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional, en tanto de ello no es posible hacer surgir un indicio de culpabilidad.

Pero a ello debemos agregar que su Defensa desistió de la mayoría de los testigos cuya declaración ofreció como prueba, debido a que al momento del Debate, se encontraban en la Seccional Tercera de Policía las Sras. V., C. y C. H., conforme anotició, pues habían sido objeto de intimidación, sin que se haya tenido más conocimiento de este asunto, ni efectuado el letrado otro pedimento a efecto de lograr incorporar la versión de estas personas al plexo, a lo que corresponde aditar que en cuanto a la prueba de cargo testimonial, tal como quedara en evidencia de lo argumentado por las partes en la audiencia del art. 385 del CPPCh., la Defensa no efectuó contra examen de

los testigos al considerar que estos eran inidóneos, por poseer vínculos de amistad y/o parentesco con la víctima, para que desde sus dichos se basamente una condena.

Todo ello, en conjunto, nos ubica en la siguiente circunstancia: el acusado y su asistencia técnica apostaron a la insuficiencia de la Acusación, fundamentalmente en lo que a acreditación de autoría refiere, pues la materialidad no fue cuestionada, pretendiendo valerse, para ello, del principio “in dubio pro reo” (art. 28 CPPCh.). Resulta una estrategia perfectamente válida aunque abandona la posibilidad de proponer otra hipótesis sobre como pudo haber ocurrido el hecho. Y aunque queda claro que tal estrategia consistió en resistir los términos de la Acusación, la ausencia de un interrogatorio detallado a los testigos de cargo partiendo del apriorismo de que estos eran “inviables” a tal fin, de por sí era una apuesta riesgosa.

Y tal riesgo se concretó en el resultado del Juicio. La tarea de los Magistrados consistió en determinar si la tesis acusatoria poseía anclaje en la prueba. Y al haber arribado a una conclusión afirmativa, condenaron a B. como autor de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego, instrumento cuya utilización emerge de la autopsia y las expresiones de aquellos testigos, más allá del resultado del dermonitrotest (examen que genera una certeza siempre relativa por la facilidad con que desaparecen los restos de la deflagración), o del hallazgo o no del arma utilizada.

III.- Se impone pasar ahora al otro parámetro resaltado, el de la interpretación del plexo de cargo.

Como se lee de la Sentencia en crisis, en especial en el voto de la Jueza que lideró el Acuerdo, el Tribunal se basó en la mentada

autopsia a efecto de determinar la causa de la muerte de C. E. H., herida de arma de fuego en el tórax, y en tres testimonios que ubicaron al imputado el día y hora del hecho, 20 de marzo de 2009 a las 13: 30 hs. sobre la calle Alem entre Formosa y la unión de Alvear y Alem, numeración catastral 1580, al comando del rodado Ford Escort dominio ---***.

El primero, J. C. H. observó bajar a la víctima junto a tres personas, una su tío M. H., escuchó un disparo y divisó al acusado al comando del vehículo solo, con las ventanillas bajas.

Precisamente M. H. divisó el momento en que B. bajaba el vidrio y le disparaba a la víctima al igual que J. P..

El Tribunal puso de resalto la coherencia entre las tres deposiciones entre sí, con la autopsia y con el resto de la prueba rendida, las declaraciones de los agentes del orden y demás elementos de convicción, como por ejemplo las fotografías del lugar.

El maestro Eduardo Jauchen (Tratado de la Prueba en Materia Penal, Ed. Rubinzal Culzoni, pags. 371/372), citado por la Defensa en su impugnación, trae el ejemplo de los grupos de testigos “ antagónicos”, por la existencia de lazos de afecto con víctima o acusado, que brinden versiones completamente contradictorias sobre un suceso, afirmando que tal circunstancia debe resolverse acudiendo a la coherencia interna de cada deposición, y a la externa, en tanto coincidencia con las otras declaraciones y la compatibilidad con las pruebas materiales e indiciarias.

Aquí tal situación no se verifica exactamente, pero en beneficio de la Sentencia, pues no existen dos grupos de testigos antagónicos, sino un grupo de testigos, pero “parciales”, conforme el enfoque de la Defensa.

El análisis realizado por los Magistrados ha seguido el método recomendado por el doctrinario indicado, encontrando en el plexo testimonial las coherencias interna, externa y las compatibilidades mencionadas.

Y, en tal inteligencia, consagraron la hipótesis propuesta por la Fiscalía, en una ecuación que constituye una “lógica“ que no podemos cuestionar, pues encuentra fundamentación adecuada y sobre todo, pues no ha existido otra hipótesis con la cual confrontarla, ni un examen exhaustivo de los testigos de cargo por la contraparte del Acusador.

Sin perjuicio de tener que mencionar que junto a C. H. transitaban dos personas de las que poco se pudo conocer, de los lazos de afecto que unían a los referidos testigos que sí declararon con la víctima, y a que la sospecha de “parcialidad” de los mismos explicitada por Sr. Defensor, a priori, tenía visos de verosimilitud, precisamente para dilucidar la existencia o no de contradicciones o ausencia de objetividad se halla previsto el contra examen de las declaraciones de cargo, el cual la Defensa no efectuó.

Existe también otro aspecto que coadyuva a la confirmación de la Sentencia. No siempre el Ministerio Público dispone de la posibilidad de convocar testigos objetivos, carentes de relaciones afectivas, económicas, sentimentales o aún de vecindad, con la víctima. Entonces, allí aparece la aplicación del método de valoración probatoria, la sana crítica racional, a efectos de hallar pautas de validación de los testimonios, aún aquellos que, a priori, puedan ser tachados de carentes de objetividad.

Tal operación fue la efectuada por el Tribunal, a mi criterio correctamente, por lo cual la Sentencia en este aspecto debe ser confirmada.

IV.- En lo que no coincido ni con mis colegas de Cámara ni con el Tribunal es en la aplicación de la agravante del art. 41 bis del CP. cuestión a la que resulta pertinente ingresar desde la tacha de inconstitucionalidad de la norma efectuada por la Defensa en la Audiencia del art. 385 del CPPCh.-

Me he de permitir reiterar lo que he expresado en cuanto al tema en la Sentencia nro., 10/010, carpeta judicial nro. 1830, precedente "M.": "También la Defensa ha impetrado la inconstitucionalidad del art. 41 bis del CP. Pero lo hizo en la audiencia del art. 385 de rito, reitero, no habiendo la petición formado parte de la batería de agravios incluidos en el escrito interpuesto en los términos de los arts. 374 y 382 del CPPCh.".-

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

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

"Incluso, entiendo zanjada a nivel Provincial la cuestión por el Superior Tribunal, Sala Penal, en el precedente " D.D. A. s / Hom. Simple" Expte. 20083-D-2005, y tomando palabras de la Dra. Rodríguez al deliberar, no es una cuestión menor la tacha por inconstitucional de una norma, resulta una

atribución de la Judicatura que debe ser utilizada con suma cautela, pues subyace a ella la forma republicana de gobierno en tanto consagra la división de poderes".

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

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

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

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

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

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

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

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

“Aquí, en tanto el Legislador ha adicionado otra consecuencia al hecho objetivo de matar, el uso de un arma de fuego hace aplicable el art. 79 del Código de fondo, y a su vez, el precepto cuestionado. Difícil es entonces no hablar de una doble valoración gravosa de la misma circunstancia”.

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

Ambas interpretaciones ostentan la misma coherencia, fundamentos y posibilidades de aplicación pues las normas en juego (arts. 41 bis y 79 del CP), las admiten perfectamente.

No obstante, cuando son posibles dos o más interpretaciones de una norma penal, en función del principio de “ley más favorable” establecido en el art. 2 del Código Penal, el art. 44 última parte de la Constitución provincial, ambos tributarios de su par “pro homine”, siempre ha de consagrarse el más beneficioso, y aquí es el de la no aplicación de la agravante a este tipo de casos. Así voto.-

A la **PRIMERA** cuestión la Dra. **PETTINARI** dijo:

Que quien lleva la voz en el acuerdo ha desarrollado acabadamente los puntos de agravio en lo relativo a la impugnación de la sentencia condenatoria, protocolizada bajo el Nº 1/10, que impone al imputado **F. A. B.** la pena de diez años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas, al declararlo autor penalmente responsable del delito de Homicidio Simple agravado por el uso de arma de fuego (arts. 12, 29 inc. 3º, 79 y 41 bis del Código Penal), por el hecho ocurrido en esta ciudad el día 20 de marzo de 2009, en perjuicio de C. E. H., deducida por el Defensor de confianza Dr. M. Á. D. y por compartir los argumentos que ha expuesto, adhiero a ellos.

Que en su alegato, en el marco del artículo 385 del Código Procesal Penal, el recurrente, ratificando el escrito presentado a fs. 195/204 vta. de la *Carpeta Nº 2.088 -Legajo de Investigación Nº 20.755-*, introdujo además como motivo de agravio la aplicación de la agravante prevista en el artículo 41 bis del Código Penal, cuya declaración de inconstitucionalidad, solicitó.

Tal como lo acordáramos en la deliberación celebrada oportunamente, la impugnación deducida por la Defensa del imputado B. resulta admisible toda vez que, debidamente fundada, se dirige contra una sentencia definitiva (artículo 370 del Código Procesal Penal). Idéntico argumento cabe

predicar en cuanto amplitud del recurso intentado, toda vez que tal como lo expone Gabriel Pérez Barberá en su artículo “Casación penal y posibilidad de control. Alcance del fallo ‘Casal’ y del método alemán invocado por la Corte” (publicado en el sito elDial.com, el 15/05/07), “… *la Corte argentina no deja lugar a ninguna duda acerca de cuál tiene que ser la finalidad de ese recurso en el contexto normativo actual: allí ‘amplitud’ significa, simplemente,* ***revisión integral de la sentencia impugnada****...”. También expresa el articulista de mención “… Que la revisión sea ‘integral’, por su parte, importa garantizar al condenado un derecho eficaz a* ***que su caso sea examinado ‘una vez más’ en todos los puntos que hayan sido objeto de su interés recursivo,*** *en tanto no sea imposible revisarlos…” (cfme. Publicación citada, en ambos casos el destacado es propio).*

A título de complemento, estimo oportuno recordar también que “…la sentencia debe ser debidamente fundada de modo que se perciba claramente el itinerario lógico-jurídico del que deriva la resolución final, para permitir el control de legalidad, siendo la obligatoriedad de la motivación de las sentencias un requisito ineludible de validez constitucional, desde la perspectiva federal, conforme lo consagra indirectamente la constitución nacional en su artículo 18. También hay una garantía innominada a la ‘no arbitrariedad’, que fluye del artículo 33, y que constituye un derecho a la exigencia de razonabilidad en los pronunciamientos judiciales…” (cfme. SCBA, 9-5-2001, “L., M. A.. V., O. E.. Robo calificado por el uso de armas”, c.p. 62.071, Ac.2078).

Que tal como detalladamente lo describiera el Señor Juez que lidera el acuerdo, el primero de los agravios que esgrime la defensa, que gira bajo el rótulo “Errónea aplicación de la ley penal”, se ciñe a cuestionar la

conclusión en que la Jueza del primer voto hace reposar su conclusión respecto de los testimonios de J. C. H., M. A. H. y de J. del C. P., con fundamento en el vínculo de parentesco y/o amistad que unía a los nombrados con la víctima, llegando también a calificar al testigo M. A. H. como inhábil.

Que al respecto habré de recordar que el sistema adoptado en el procedimiento adjetivo consagrado mediante ley 5147, en lo que a valoración de la prueba se refiere, es el de la sana crítica racional o también denominado de libre convicción. Merced a él, "*… el Juez, a la hora de valorar los elementos de comprobación o legalmente obtenidos e incorporados al proceso, no está sometido a limitaciones jurídicas. Pero la ausencia de reglas abstractas y generales de apreciación de los elementos de convicción no implica inexistencia absoluta de reglas, ya que el juzgador debe valorar la prueba conforme las leyes del pensamiento (leyes lógicas, principio de razón suficiente), de la experiencia común (leyes de la ciencia natural) y de las ciencias -exigencia interna-, a la vez que debe fundamentar su decisión, o sea, exponer los motivos que justifican su convencimiento -exigencia externa-. La convicción no se encuentra condicionada por normas legales sino por las reglas que rigen el correcto discurso de la mente en sus operaciones intelectivas…* " (cfme. Revista de Derecho Procesal Penal, "La prueba en el proceso penal - I", Director Edgardo Alberto Donna, Doctrina Jurisprudencia, Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 287/288).

Que con sustento en la cita doctrinaria expuesta habré de examinar los argumentos en base a los cuales, la Defensa pretende descalificar el pronunciamiento emitido por los Jueces del Tribunal sentenciante.

Que en primer término, en lo relativo al cuestionado testimonio de J. del C. P., advierto que en el debate, los Magistrados tuvieron ocasión de cotejar sus dichos con las deposiciones brindadas por los funcionarios preventores -Oficial Subinspector H. O. R. y Cabo J. L. S.- que arribaron al lugar del hecho luego de cometido. Que conectando las expresiones de los referidos testigos, no advierto por parte de P. contradicciones que descalifiquen o desvirtúen sus manifestaciones ante el Tribunal. En efecto, observo que refirió en la audiencia que vio caer a la víctima luego de haber escuchado una detonación y que, antes de ello, había visto a C. E. H. girar levemente su cuerpo. De los dichos de los funcionarios policiales, no fue posible colegir razonablemente que el relato de aquella no se ajustara a la realidad, toda vez que no refirieron la existencia de obstáculos de ninguna naturaleza que pudieran obstaculizar la visión de P. como para haber incurrido en un error en lo que dijo haber percibido, a lo que agrego además -coincidiendo con la afirmación del Doctor Rago- la hora en que tuvo lugar el suceso -mediodía- en que la luz natural permitía una visión por demás clara de lo que pudiera acontecer en un radio cercano -tal el caso de autos-.

Por otro costado no es el único testimonio valorado con fuerza probatoria. Y aquí resultan de suma importancia los de M. A. H. y J. C. H.. Y así, remarcando la Defensa que los tres testimonios fueron parciales y mendaces y que con ellos no se puede probar ni la autoría ni la responsabilidad de su asistido, es que resalta que se ha aplicado erróneamente la ley penal. No obstante, ha quedado en forma clara en la audiencia de debate que estos testigos han dado un testimonio muy lejano a lo que podría llamarse parcial o mendaz, como pretende el impugnante. Los Jueces del juicio han sopesado

cada uno de ellos, cual fue su aporte concreto en el hecho de sangre y a su vez, cotejados con otras pruebas de suma importancia, y con ello me refiero al resultado de la autopsia, prueba documental, pericial y otros testimonios.

Por ello, respecto del testimonio de M. H., que la Defensa ha tildado de incoherente a más de su dicción inentendible, poniendo en duda su estado de lucidez, o por caso si no era un mendaz encubridor; sin embargo, quien presidió la audiencia entendió perfectamente su deposición, al igual que los otros dos vocales. El prenombrado H., fue testigo directo del hecho; vio que el encartado pasó con su automóvil y disparó contra la humanidad de C. H.. De otro costado, insistir el impugnante en que este testigo tenía una orden de captura para reiterar su descalificación, se recordó que tal medida había sido dispuesta en el marco de una causa judicial ajena con la familia del imputado. Como bien lo expusiera quien lleva la voz en el acuerdo, la audiencia de debate se desarrolló normalmente, respetándose las garantías constitucionales. En relación a ello destaco que el contradictorio se caracteriza esencialmente por la actividad de las partes y, por ende, la importancia del contra-examen de los testigos, que en el caso bajo examen, la Defensa abdicó de hacerlo so pretexto de considerarlo un testigo inentendibe.

En lo atinente al lamento de la ausencia de reconstrucción del hecho, cuya falta de diligencia achaca al Ministerio Público Fiscal, debo destacar que el art. 278 del CPP faculta a la Defensa a pedir tal medida y en caso de negativa del Ministerio Público, a solicitarla ante el Juez para que la realice.

También el impugnante cuestiona el voto de la Magistrada que lidera el acuerdo, en cuanto ataca la valoración probatoria por ella

efectuada con relación a la ausencia de signo positivo en el examen de dermonitrotest que se le hiciera a su asistido, como la ausencia total de manchas hemáticas en el lugar del hecho, elementos importantes que, a su entender, excluyen a su pupilo de cualquier autoría y responsabilidad. Sin embargo en la sentencia, en forma clara, la Jueza desliza la razonable hipótesis de que el imputado, previo a su detención, haya procedido a lavar sus manos en afán de borrar cualquier huella que lo incriminara. Y tal posibilidad, se ve robustecida recurriendo a los dichos del Oficial R., quien relato que B. fue detenido en los instantes posteriores al suceso, pero al concretarse la medida ya había dejado estacionado su automóvil a unos metros de su casa, en cuyo interior se introdujo y luego salió de ella, lo que permite colegir que en ese lapso pudo haber concretado tal actividad, por lo cual el estudio pericial dio resultado negativo.

En la línea argumental que vengo desarrollando, estimo prudente traer a colación que "… La especial fuerza probatoria del testimonio en el régimen de la oralidad, donde los testigos son oídos directamente por los jueces encargados de juzgar, se extrae no sólo del contenido sino también del modo en que responden al interrogatorio, y demás circunstancias que son especialmente apreciables por el tribunal de mérito en tanto no se demuestre que el juzgador ha caído en absurdo o en infracción a las reglas de la sana crítica … " (CNCasPen., sala II, 31-8-07, "R., R. E. s/ recurso de casación", causa 7320, reg. 10481.2, Magistrados: David, Mitchell, Fégoli).

Con fundamento en ello, entonces, entiendo que las alegaciones expuestas por la Defensa en aras de motivar su impugnación, deben ser desestimadas en lo que concierne al primer punto de agravio.

En la audiencia celebrada a tenor del art. 385 del ritual, el Defensor introdujo una nueva causal de impugnación al promover la declaración de inconstitucionalidad del artículo 41 bis del Código Penal.

En lo atinente a la tempestividad del planteo, aún cuando la norma mencionada prohíbe introducir nuevos agravios en la audiencia que regula, dada la entidad del motivo que se esgrime, entiendo, siguiendo prestigiosa doctrina y jurisprudencia, que procede tenerlo por introducido y avocarse a su tratamiento.

Previo a ello, a título de prólogo, creo conveniente recordar que tiene dicho la Corte Suprema de Justicia que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la ley fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable. De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (C.S.J.N. Fallos: 226:688; 242:73; 285:369; 300:241,1087; 314:424, y conf. Sala III de esta Cámara in re “B., R. s/ rec. de inconstitucionalidad”, causa N° 64, reg. 94, rta. el 15/3/94, entre otras, citado por la Cámara Nacional de Casación

Penal, Sala III, rta. el 23/09/2004, en causa N° 5093, “V., M. y B., D. s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, publicado en el sitio elDial.com).

En lo que atañe específicamente a la pretensión defensista, declaración de inconstitucionalidad del art. 41 bis del C.P., pacífica jurisprudencia ha sostenido que “ *… el artículo 41 bis no constituye una mera agravante general, sino una norma que repercute sobre la magnitud de los marcos punitivos establecidos en los delitos de la parte especial y las leyes complementarias, por la incorporación de una modalidad típica de ejecución de un delito violento (uso de arma de fuego), no contemplada específica y expresamente por aquellos …* ” (cfme. TSJ Córdoba, sentencia N° 221 dictada el 28/08/2008, causa “G., C. A.”, entre otras).

También dicho Alto Cuerpo ha sostenido que “… la regla del art. 41 bis del C.P. actúa generando un tipo delictivo que estará en relación de especialidad con varios tipos penales, siempre que éstos no incluyan el empleo de armas y que, a su vez, se trate de delitos dolosos que requieran violencia o intimidación contra las personas, como modalidad de ejecución típica (sobre la exigencia subjetiva, REINALDI, VICTOR FELIX, “Delincuencia armada”, Mediterránea, Córdoba, 2004, pág. 220). Quedan excluidos de dicho ámbito de aplicación, en consecuencia, los delitos no dolosos, los delitos dolosos que no exijan violencia e intimidación contra las personas y los delitos dolosos que ya contemplen como circunstancia agravante el empleo de armas … ” (TSJ Córdoba, sentencia N° 108 del 11/10/2005 dictada en la causa “Mercado”).

Sobre la base de tales precedentes, tengo para mí que la pretensión de la defensa debe desestimarse. En efecto, la norma cuestionada

no configura ninguno de los supuestos de exclusión contemplados en los injustos a los que se ha hecho referencia, por cuanto se trata de un delito doloso, la acción típica sin duda exige violencia en contra de la víctima y la figura penal enrostrada no contiene en forma expresa dentro de su estructura la circunstancia consistente en el empleo de un arma de fuego.

A mayor abundamiento estimo prudente recordar que el legislador, al fundar la inclusión de la norma dispuesta en el artículo 41 bis, refirió a las alarmantes estadísticas sobre homicidios cometidos con armas de fuego -sin realizar ningún tipo de distinción legal-. Así se desprende de las palabras del Senador Agúndez: "*… uno de los delitos fundamentales considerado es el delito mayor … el homicidio … En el delito de homicidio con armas de fuego (las) penas se aumentan en esta ley …* " (cfme. Antecedentes Parlamentarios, La ley, 2001-, p. 183). En apoyo de ello, cito también el fallo del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, que sostuvo " … *El artículo 41 bis del Código Penal -conforme ley 25.297- introdujo una agravante genérica, ante la imposibilidad, según dijera el senador Agúndez, de modificar delito por delito, como se hiciera a través de la ley 25.087 que llevó a los denominados abusos sexuales agravados a una escala más severa, en el caso del empleo de armas. La norma se aplica a los delitos que se cometen con violencia física contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego, cuando es factible llevarlos a cabo con otro tipo de armas o sin ellas. El homicidio se puede cometer persiguiendo a la víctima; que a raíz de ello cae por la cornisa de un edificio; mediante intimidación que la obliga a internarse en un espacio de agua, en el que se ahoga; a través de la palabra, como cuando se le indica al no vidente que está habilitado para cruzar la avenida donde es*

atropellado; empleando la fuerza física de las manos que ahorcan, el puntapiés o golpe de puño letal, etc., etc.; pero, cuando el autor emplea un arma de fuego que, como tal, posee alto poder lesivo y no da posibilidad de defensa, la escala penal del artículo 79 del Código Penal queda modificada en razón de la norma de mentas…" (cfme. Tribunal citado, causa número 5.705, caratulada: "S., C. A. s/ recurso de casación", rta. el 2/10/2008).-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

En base al resultado del tratamiento de la cuestión precedente propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la defensa del acusado F. A. B. y en consecuencia confirmar la sentencia condenatoria nº 1/10.-

Corresponde además imponer costas al acusado y regular los Honorarios Profesionales del Dr. M. A. D. por su labor como defensor de confianza del acusado en la presente etapa de impugnación de condena. Por tales motivos, ponderando la extensión y calidad de su trabajo, estimo apropiado fijar sus honorarios en la suma de tres mil pesos ($ 3.000).- (ley 2.200 t.o. ley 4335, art. 8).-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

Atento al resultado arribado entiendo que corresponde rechazar la impugnación deducida contra la sentencia N° 1/10 y por ende se confirme la misma en todas sus partes. Así voto.-

A la **SEGUNDA** cuestión la Dra. **PETTINARI** dijo:

En virtud de los fundamentos que desarrollara al tratar la cuestión precedente, entiendo que corresponde rechazar la impugnación

deducida contra la sentencia N° 1/10 venida a inspección impugnativa y se la confirme en todas sus partes. Así voto.-

Al momento de alegar el Sr. Fiscal solicitó el cese de las salidas laborales que usufructuara el acusado B. en los términos del art. 227 inc. 1º del CPP, para el caso que este Tribunal decidiera confirmar la sentencia de condena venida en revisión, la Defensa se opuso al considerar la trascendencia que podía tener tal cesación respecto del extenso grupo familiar de su pupilo y que éste no había dado razón o motivo alguno con su conducta, como para que tal régimen se interrumpa.-

Que para tomar la decisión que ya se ha adelantado en cuanto al punto, hemos tenido en cuenta que mediante este acto culmina la instancia ordinaria y cualquier posibilidad de impugnación de lo aquí resuelto reviste el carácter de vía extraordinaria (art. 375 CPP).-

También hemos considerado que desde tal inteligencia y en virtud de que se ha impuesto y confirmado una pena de cumplimiento efectivo de diez años y ocho meses de prisión, adquiere relevancia el indicador previsto en el art. 221 inc. 2º del rito en tanto se acrecienta la posibilidad de elusión del accionar de la ley por parte del condenado.-

Concretamente, y prácticamente agotada la vía ordinaria y sin perjuicio de que este pronunciamiento aún no se encuentra firme, la pena impuesta se haya en vísperas de comenzar a cumplirse y con ella el tratamiento que prevé la ley 24.660, en cuyo primer segmento, el de observación, no se admiten los regímenes de semi libertad o salidas transitorias, por lo cual el régimen de salida laboral del que gozara B., debe cesar.-

Agotado el proceso deliberativo, esta Cámara en lo

Penal, por mayoría con la disidencia parcial del Dr. Montenovo,

RESUELVE:

1º) NO HACER lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado F. A. B., contra la sentencia condenatoria Nº 1/10, dictada en fecha 15 de febrero del corriente año (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).---------

2º) CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia condenatoria Nº 1/10.-----

3º) TENER presente la reserva de caso federal.----------

4º) DEJAR sin efecto el régimen de salidas laborales en calidad de "semi detención", otorgado en la resolución nº 1166/09, de fecha 18 de septiembre de 2009, y mantenido en la sentencia; de conformidad a lo solicitado por el Ministerio Público Fiscal, en oportunidad de la audiencia del art. 385 CPP.---

5º) En relación con el punto anterior líbrese oficio a la Alcaidía Policial a los fines de hacer saber lo dispuesto en el mismo y póngase en conocimiento a la Oficina Judicial de esta Circunscripción.----------

6º) REGULAR los honorarios profesionales del Dr. M. A. D. por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma de pesos tres mil ($3.000).----------

7º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

La presente es firmada por dos miembros del Tribunal por impedimento ulterior del Dr. Daniel Luis María Pintos (art. 441 in fine del CPP).----------