En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 1 días del mes de noviembre del año dos mil once, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los señores Ministros Jorge Pfleger, Alejandro Javier Panizzi y José Luis Pasutti, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados **"B., F. A. s/ Homicidio Agravado s/Impugnación""** (Expediente N° 22.147 - F° 13 – Año 2010).

Del sorteo resultó el siguiente orden para la emisión de los votos: Pfleger, Panizzi y Pasutti.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. Breve reseña del caso

a.- Por vía de impugnación extraordinaria articulada por la Defensa del imputado, ha recalado para su examen en esta Sala la sentencia emitida por la Cámara en lo Penal de la ciudad de Comodoro Rivadavia que, el 23 de agosto de 2010, no hizo lugar a la apelación ordinaria deducida por la Defensa del acusado en desmedro de una sentencia de condena.

La decisión, registrada bajo el número 21 - año 2010 - folio 437, confirmó en todas sus partes lo resuelto por el Tribunal de Juicio de aquella ciudad que había condenado a F. A. B. como autor de homicidio simple agravado por el uso de armas (art. 79 y 49 bis del C.P.) e impuesto sanción de diez años y ocho meses de prisión con accesorias legales y costas (ver la sentencia N° 1/10 dictada en fecha 15 de Febrero del mismo año que está añadida entre las hojas 171/192).

b.- El recurso

///

En contra de aquella resolución jurisdiccional el Defensor Particular de F. A. B., doctor J. C. Z., introdujo impugnación extraordinaria fijando los siguientes puntos de agravio:

a) *"… ERRÓNEA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL …"*

b) *"… CARENCIA DE MOTIVACIÓN SUFICIENTE…"*

c) *"… OMISIÓN Y ERRÓNEA VALORACIÓN DE LA PRUEBA…"*

d) *"… PROCEDIMIENTO IRREGULAR CONFORME LO ESTABLECIDO POR LA LEY DE RITO…"*

b.1.- a) Bajo el título enunciado en primer término, el recurrente repitió idénticas objeciones que había formulado en el recurso ordinario. En ese sentido partió del reconocimiento de la materialidad del hecho que terminó con la vida de C. E. H., pero negó la autoría puesta sobre la testa de su asistido, a la par que denunció equivocada la valoración que el Tribunal apelado efectuó acerca de los testimonios de cargo.

En ese sendero motejó de incorrectas las afirmaciones que vertió la Juez Tasello respecto de las declaraciones del testigo J. C. H..

Señaló sobre el particular que *"… Analizando todo el contexto del relato testimonial de H., más las constancias del audio, podemos concluir claramente que se ha incurrido en una errónea, ilógica y por lo tanto arbitraria conclusión jurídica de la Magistrado, por cuanto H. realmente no presenció ni estuvo en el lugar del hecho…".*

Explicó, basándose en el acta policial de fs. 1 que la mecánica del hecho, vinculado a la configuración del lugar, ponía de manifiesto los errores de la Magistrado al referirse al valor probatorio de la versión de H..

Descalificó la apreciación efectuada por el Tribunal de Mérito de los declarantes que cimentaron los cargos, entre ellos el testigo M. A. H., pues dijo que no se tuvo en cuenta en el juicio su evidente incoherencia, ni su dicción inentendible que

///

permitía dudar acerca de la lucidez del órgano de prueba, o de la verdad de sus dichos.

Otro tanto hizo con la declaración testimonial de J. D. C. P. a quien describió como "… *otra testigo pariente de estrecho vínculo (es la concubina de un hermano de la víctima y conviviente de la familia H. T.…".* Al respecto aludió a que esta testigo omitió decir quienes eran las dos personas desconocidas que acompañaban a la víctima, y echó un manto de sospechas sobre ella poniendo en dudas su sinceridad.

Puso en vilo, además, las expresiones de la madre de la víctima, A. H., a quien le endilgó haber ocultado la identidad de los que acompañaban en el momento a su hijo, y en general puso énfasis en afirmar que los jueces tomaron como coincidentes tres testimonios de cargo y pasaron por alto las contradicciones que entre ellos resultaron manifiestas.

b. 1. b) Bajo el rótulo "… ***CARENCIA DE MOTIVACIÓN SUFICIENTE****…"* el impugnante desarrolló un discurso tendente a demostrar que la sentencia carecía de motivación suficiente y por ello era arbitraria.

Basó el postulado en que, según su parecer, los jueces no le dieron mucha importancia a las razones por las cuales la Defensa había desistido de los testigos ofrecidos anteriormente y no ejerció su derecho a interrogar a los que depusieron, ya que en su opinión debería haber causado "… *algún mínimo escándalo institucional…"* y que "… *Tampoco el solo hecho de desistir de interrogar testigos que se consideran inhábiles no valida per se esos testimonios…".*

Afirmó, además, que en la sentencia se rechazó infundadamente el planteo de inconstitucionalidad argüido en relación con el artículo 41 bis del Código Penal, planteo que sostuvo basado en los argumentos que indicó que se habían expuestos, pero no describió.

Se quejó de que no se hubiera citado en calidad de testigos a personas que pudieron ser efectivamente testigos de cargo, afirmando que el hecho de que aquellos no se citaran por la Defensa por "… *razones expuestas…"* (que no especificó) no invalidaba el

///

llamamiento eventual que pudo haber hecho el Ministerio Público Fiscal *"… Para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados…".*

b. 1. c) En la tópica que identificó con las palabras ***"… OMISIÓN Y ERRÓNEA VALORACIÓN DE LA PRUEBA…"*** el Defensor sostuvo que el proceso no era una competencia por establecer quién tiene más habilidad para cumplir su papel como parte en el proceso, y resaltó, renglón seguido, que no se había probado que su ahijado procesal fuera el autor del hecho de cargo y que no se podía mezclar las circunstancias probatorias que hacían a la materialidad del hecho con las que se relacionaban con la demostración de responsabilidad.

Mantuvo, además, que no se realizó esfuerzo alguno para conocer la identidad de las dos personas que acompañaban al señor H. al momento del hecho en el cual resultara herido de muerte, poniendo de relieve su eventual importancia. También puntualizó que se atacaba la sentencia tanto por lo que se había valorado como prueba de cargo, cuanto por lo que se había omitido valorar.

b.1.d) El último punto en el que basó su embestida procesal lo llamó ***"… PROCEDIMIENTO IRREGULAR CONFORME LO ESTABLECIDO POR LA LEY DE RITO…".***

Bajo este epígrafe, el impugnante denunció que no se había dado garantía alguna a la transparencia procesal para llevar a cabo el juicio. Enumeró una serie de circunstancias que consideraba "anormalidades", entre las que destacó la comisión de hechos delictivos, la deposición de testigos con captura recomendada y detenidos luego de su testimonio, el desistimiento por amenazas de testigos de la Defensa sin la menor muestra de preocupación del Tribunal del juicio. Reprodujo, al final, los dichos del doctor Donnet, que lo antecedió en la Defensa, en el mismo sentido descalificativo de cuanto había sucedido en el debate.

En el final hizo reserva del caso federal y peticionó que se absolviera de culpa y cargo a su pupilo Fabián Andrés Barria.

II. Breve preliminar.

///

En primer término, no puedo dejar de mencionar que, por la cuantía de la pena impuesta, el recurso extraordinario de la defensa viene apareado a la Consulta (art. 377 del C.P.P.), instituto que, según siempre he sostenido en minoría, exige la intervención del pleno del Superior Tribunal. Dejo así sentado el criterio a modo de hito o señal, como lo he venido haciendo de manera impenitente desde antaño.

Pero no es ese solamente el efecto que produce el instituto que, en nuestra Provincia, posee raíz constitucional (art. 179 inc. 2° de la Constitución del Chubut).

La locución "… El Superior Tribunal de Justicia conocerá del proceso sin las limitaciones previstas en las normas precedentes…" (Regulativas de la impugnación extraordinaria y de los motivos absolutos de impugnación formal) importa la realización de un estricto escrutinio sobre la sentencia de ambas instancias.

III. La solución del asunto

III. a. La arbitrariedad de la sentencia.

Considero, como lo he afirmado en votos anteriores, que una correcta inspección en los asuntos de esta naturaleza exige la verificación

///

de todos los argumentos posibles para establecer la corrección de la sentencia en el marco de análisis propuesto por la impugnante. En esa dimensión comenzaré por cuestionar si, acaso, la que corre es una sentencia arbitraria según los estándares fijados por esta Sala.

De manera continua he sostenido que el concepto acerca del vicio de la arbitrariedad comprende varios aspectos negativos que hacen a la invalidez de un pronunciamiento como derivación razonada del derecho vigente con atención a las particularidades de la causa.

Estas negatividades (por utilizar un neologismo) pueden consistir en la absoluta falta de razones (mera voluntad o capricho), en razones que trasiegan o contradicen de modo intolerable las reglas de la lógica, la experiencia o la psicología y por ende contienen una apariencia de discurso (una sinrazón), en el hecho de soslayar la evaluación de una prueba relevante a la solución del caso u omitir el tratamiento de un aspecto crucial del asunto sin dar explicaciones algunas, o por fin, que fuera edificada sobre la base de prueba inexistente o falseada en su realidad o significado (manipulación del discurso).

///

Es decir, esta sinopsis o recapitulación de males de una sentencia, tiene como denominador común que el acto jurisdiccional de que se trata sea el producto del antojo de los jueces, constituyendo un verdadero abuso del poder estatal del que aquellos los jueces están investidos. En síntesis, una solución autoritaria a los fines que ha de cumplir el proceso penal, en este caso.

No hay defecto, en cambio, cuando se ha brindado plausibles consideraciones en contra de alguno o algunos de los elementos probatorios de la causa.

El sentido y grado de convicción que refleja la motivación de la sentencia debe ser cotejado con la racionalidad y aptitud que tiene la prueba enunciada para generar tal convencimiento, más allá de que sus conclusiones puedan escapar al control porque dependen de la inmediatez propia del debate y se encuentran expresamente vedadas a la instancia, aún en el caso de la Consulta.

También he machacado con que la actividad de apreciación de la evidencia legalmente incorporada al debate es un proceso de construcción en el que nada puede desdeñarse por que sí ni analizarse fragmentadamente; la sana crítica – como método- importa precisamente eso:

///

la crítica sana (libre de prejuicios) del material que se produce bajo las reglas de la psicología, la experiencia y la lógica, de suerte tal que las consecuencias sigan a sus causas desde la perspectiva de un observador imparcial; implica, precisamente, apego a las reglas enunciadas por que resultan su contenido en la medida en que el Código Procesal Penal no impone normas generales para la acreditación de algunos hechos delictuosos ni determina abstractamente el valor de las pruebas, sino que deja al juzgador en libertad para admitir todo medio legalmente incorporado que estime útil al esclarecimiento de la verdad, para tamizarla conforme aquellas.

III. b. La sentencia emitida por el Tribunal de Juicio.-

El objeto que el Ministerio Público introdujo al debate, acorde puede leerse del texto de la sentencia que fue su consecuencia inmediata, fue el que sigue: "…el día 20 de Marzo de 2009 a las 13:30 horas F. A. B. conducía el vehículo marca Ford Escort color gris dominio XXX-*** en sentido ascendente por calle Alem entre las calles Formosa y la Unión de Alem y Alvear de esta ciudad (por Comodoro Rivadavia), al llegar a la altura catastral N° **** desde el

///

interior del vehículo efectuó un disparo con arma de fuego contra la persona de C. E. H. que transitaba a pie acompañado por M. A. H. y otras dos personas más, el disparo impactó en la víctima, el imputado se alejó hacia la zona de los molinos, mientras la víctima fue trasladada al Hospital Regional local. Al llegar la policía al lugar los vecinos y familiares de la víctima indicaron como autor del disparo a F. B., procediendo a su detención cuando había descendido del vehículo y se dirigía a su vivienda. La autopsia practicada a H. determinó que el óbito se produjo por herida en el tórax de disparo de arma de fuego. Encuadró su conducta en el delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego…" (del texto de la acusación fiscal trascripto en la sentencia, entre las hoja 172-reverso- y 173).

En el curso del juicio no se discutió la materialidad sino la autoría, pues la defensa repelió los argumentos atributivos dados por el Ministerio Fiscal en esa instancia.

Los Jueces trabajaron con precisión el problema de la materialidad. En ese sentido dieron buena cuenta de los elementos que contribuían a recrear la materialidad con cita al médico forense, quien explicó las causas de la

///

muerte (ver al respecto la paráfrasis de los dichos del doctor W.), a ello le añadieron la pericial balística, y las prendas de vestir de la víctima que se hallaban secuestradas y se exhibieron en el juicio, y los documentos que acreditaban la intervención policial en el lugar.

En lo que atañe a la autoría, desarrollaron un discurso adecuado, dando basamento a la conclusión en testigos que ponderaron en cada caso y, aún, atendieron a la pretendida prueba de descargo que rechazaron, también, con palabras apropiadas.

Luego el sayo de arbitrariedad que pretende la recurrente le es ajeno.

En ninguno de los casos los Magistrados de la instancia han incurrido en el defecto que acabo de apuntar pues, más allá de su acierto o error, tema que abordaremos en otro item, la sentencia cumple con los estándares que la convierten en válida desde la perspectiva en que se la estudia.

Con tino, el doctor Juarez ha realizado un meduloso examen del sistema de ponderación de la prueba, y se ha atenido él mismo- y sus distinguidos pares- a ese cartabón.

III. c. La sentencia de la Cámara Penal.

///

Los Jueces de la Cámara Penal han fundado sus respectivas opiniones regularmente, vale decir con atención a la Ley.

Cada uno de ellos, al menos así se lee, analizaron las manifestaciones de la impugnante y las trataron con prudencia, tanto en lo relativo al plano fáctico como al tópico atinente a lo jurídico.

Los Magistrados de la apelación ordinaria, estudiaron metódicamente no sólo el comportamiento de aquellos de la condena sino que efectuaron un examen concordante con los principios de la máxima capacidad de revisión o de rendimiento, propio de su labor.

Escapa a la denuncia de arbitrariedad la contrariedad que provoca al recurrente una diferente apreciación de la prueba, o los medios que aquellos utilizaron para abastecer el concepto "verdad" que les condujo a la fijación fáctica con relevancia en el mundo jurídico en que fundaron la condena.

Ya se ha visto lo que implica la noción de la que se agravia, y, por lo visto, ella no está presente en ninguno de los pronunciamientos jurisdiccionales que se inspeccionaron.

Ergo, el primer vallado intelectualmente oponible debe quedar descartado.

///

III.d. El estudio de las sentencias.

La Consulta es la razón que motiva la extensión de estas páginas y la pretensión de formular un examen minucioso de ambas sentencias, en especial de aquella que impuso la condena.

Sin las limitaciones del recurso, tal reza la norma que la instituye.

Por eso bajo este acápite se envolverán las objeciones del apelante y se procurará extremar al máximo el rigor del estudio.

Debo referir, en primer término, que el concepto "errónea aplicación de la ley penal" no involucra la valoración de los elementos de prueba.

Cuando el ritual autoriza a interponer recurso extraordinario por esa causal (art. 375 inc. 2°) refiere a aquellas faltas de la sentencia referidas al "encaje" del hecho específico real en el hecho hipotético legal. Mas no a la incorrecta manera de decodificar la prueba que encuentra cauce en el mismo precepto, pero en su inciso tercero.

De todas formas, ello no conduce a descalificar el texto, sino solamente a realizar esta aclaración que se me ocurre adecuada.

///

Resulta harto difícil, lo confieso, suplir a los jueces del debate cuando ellos y no otros han sido quienes han tenido a la mano a los testigos, que en este caso son importantes para la reconstrucción histórica del caso o, en palabras más apropiadas, para la aceptación de la hipótesis ideológica del Ministerio Fiscal.

La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación lo ha dejado sobre el tapete cuando reconoce los límites de la máxima capacidad de revisión o de rendimiento.

El conocimiento más acabado de la prueba que puede llegar en su versión original (vgr. los documentos) lo poseen los Magistrados que la han recibido, de manera pues que lo que ha de analizarse aquí es el razonamiento de quienes la pusieron en valor y la consistencia de esas operaciones intelectuales en el contexto de las evidencias que arriban sin intermediación.

Dejo en claro que la cita que, de modo benevolente, el señor Juez Pintos ha realizado de mi opinión respecto del examen de los testigos, exime de extenderme en demasía.

Sigo atenido a la misma opinión.

En ese tren de ideas tengo para mí que no hay disputa en cuanto a materialidad, en

///

sentido general: modo, tiempo y lugar de producción del suceso relatado por la Fiscalía.

Este aspecto se ha atendido en las instancias con un meticuloso desarrollo intelectual que tuvo comienzo en la verificación del resultado letal mediante el examen del cuerpo muerto de H., por vía de la declaración del doctor I. J. W., Medico Forense, que practicó la autopsia.

La narración, sin objeciones de las partes, fue examinado en el debate oral y público, momento en que el citado funcionario se expresó acerca de las características de la herida sufrida por la víctima, así como el recorrido del proyectil, el daño ocasionado a los tejidos y órganos, y las causas del óbito.

Y, como ya lo dije antes, la completaron con otros elementos tales como el certificado de defunción y los documentos labrados por la autoridad policial encargada de recoger los primeros vestigios.

El problema se plantea con la autoría, y no advierto falla alguna en el razonamiento de la Cámara de la Condena ni en el Tribunal del doble conforme.

///

No existen equívocos en cuanto a situar al menos a dos testigos (M. A. H. y J. P.) en inmediaciones del lugar del hecho.

Es más, el doctor Juárez, Magistrado del Juicio, realizó una prolija relación de la declaración de esos testigos, que fueron valorados- según mi parecer- de modo correcto, pues el relato no presenta los defectos de la incoherencia interna o externa que puedan desmerecerlos.

M. H. fue testigo presencial. De eso no puede abrigarse duda ninguna. Afirmó haber visto al damnificado caminando cuando se acercó el auto desde donde se realizó el disparo, brindando detalles de esas circunstancias. Explicó que vio a B. bajar el vidrio del coche, sacar el brazo por la ventanilla y disparar contra quien luego murió. Manifestó que el acusado pasó a su lado y le pudo ver la cara, que iba solo y después estacionó el auto en su casa (la de B.).

También se extendió respecto de los esfuerzos que hizo para socorrerlo a H. quien yacía caído cerca de una batea que se encontraba en el lugar.

¿Resulta posible pensar en que vertió un relato burdo, inconexo, ilógico o mendaz?

///

Nada de eso es siquiera probable. Poco importa su relación de parentesco o sus antecedentes, cuando su presencia en el lugar es indiscutible y las expresiones dadas se compadecen con manifestaciones objetivas del hecho de la causa y con otros testimonios.

Veamos.

Como acertadamente han sostenido los miembros del Tribunal del debate, el informe de autopsia explica que la deflagración se produjo a una distancia de más de un metro.

Esta situación se explica, sin romper la lógica de las cosas, con el disparo a distancia que el testigo denunció en su deposición verbal.

Un solo disparo y la huída, también coherente con la probabilística mayor que fluye de su examen.

Hay motivo para el crimen: las reyertas entre las familias o grupos de pertenencia. Ese conocimiento es transferido por las autoridades encargadas de la prevención especialmente el Cabo de Policía J. L. S. y el Oficial Sub-Inspector H. O. R..

El automóvil existe. Fue hallado por la Policía estacionado en las cercanías de la casa del imputado.

///

Es más, aún el testigo de descargo lo ubica marchando contemporáneamente al hecho del deceso (aunque lo atribuye a otras causas)

No obstante, como lo anticipaba, este testigo (que aún único sería útil para aceptar la propuesta del Ministerio Fiscal como verdadera, en consonancia con las demás evidencias) se compadece- y así lo han relatado los Jueces del juicio, con otras manifestaciones.

Así J. P., erguida en la sentencia como medio de cargo, no ha podido ser refutada con éxito, ni cabe menguarla en su valor en un proceso imparcial de validación de prueba como el que intento materializar.

Los tres Jueces del debate coincidieron en que se trataba de una persona fiable en tanto que explicó que el suceso había acaecido cuando "P." B. subía por Alem en su rodado, C. giró para mirar de frente al auto y fue ese el momento en que sintió el impacto, que marchó a avisarle a la mujer del caído y vio la ventanilla del auto baja, mientras el asesino "…siguió para arriba…" y que esto coincidía con otros testimonios y con material objetivo.

Me apego a ese criterio, que homologo.

Tornan los que sentenciaron luego del juicio, a optar convenientemente por el medio que

///

es, a todas luces, más veraz que cualquier opuesto.

Pues bien vale añadir- para fortalecer todo lo que se dijo antes- el testimonio de J. C. H. quien brindó un detallado relato de cómo se trasladaba el grupo de personas entre los que se encontraba el damnificado y del vehículo que conducía B. y su paso por el lugar en el momento del disparo.

Los sentenciadores de la instancia primera, aludieron, por lo demás, a los testimonios de los preventores policiales, el Oficial Subinspector H. O. R. y el Cabo J. L. S., ya aludidos, quienes atestiguaron sobre las circunstancias concomitantes al acontecimiento del hecho que nos ocupa, sobre todo a la colección de versiones que recogieron en el lugar del hecho cuando concurrieron al pedido de auxilio.

Concuerdo con la decisión en que la aprehensión se produjo inmediatamente y la policía se movilizó hacia B. frente al clamor general.

No apoca el trabajo el hecho de que no se tomara el nombre de más personas que directa o indirectamente conocieron del atentado.

///

Los oficiales de la ley hicieron el trabajo que les correspondía y explicaron en el debate lo que escucharon y vieron, todo en dirección cargosa; y por cierto el justiprecio adjudicado a sus manifestaciones en la sentencia no es posible de afectarse por crítica alguna.

No es verdad que se soslayara a quien resultó testigo de descargo: M. E. H..

Es que su deposición aparece notoriamente feble en relación con el resto de los elementos acercados a la causa, y esa labilidad se señaló en la bajo inspección cuando los Jueces marcaron las contradicciones que presentaba que, como ya pudo verse, confirmó que la herida no tenía ningún tipo de quemadura ni restos de pólvora a manera de tatuaje (vestigios de disparo a corta distancia) ni lesiones en el rostro y en el cuerpo de la víctima (evidencia de pelea) lo que les permitió descartar que el ataque se hubiere producido en el fragor de una lucha cuerpo a cuerpo con desconocidos.

Así, concluyeron en que la testigo H. había vertido un relato formulado mecánicamente, no espontáneo, aprendido de memoria que no convenció les convenció.

También dieron cabal tratamiento a las objeciones que presentó la Defensa Técnica cuando

///

sostuvo la inocencia de su pupilo basado en la ausencia de rastros y manchas hemáticas en el lugar del hecho, y en el resultado negativo que arrojó el examen de dermo nitro test realizado al acusado.

Con relación a lo primero, se tuvo en cuenta para desbaratar las alegaciones de los representantes del enjuiciado, las características propias del orificio de entrada del proyectil causante del óbito, y el hallazgo del Forense -en oportunidad de realizar la autopsia- de aproximadamente tres litros a tres litros y medio de sangre en la cavidad del corazón.

Respecto de lo demás. El Tribunal explicó fundadamente las razones que lo llevaron a descartar la ausencia de rastros de deflagración en las manos del incuso, como elemento desincriminante, tomando en cuenta que este tuvo tiempo y en situación de lavarse las manos y borrar los rastros que luego, obviamente, no detectó el dermo nitro test.

La conducta de los juzgantes resulta inobjetable. Fueron develando, mediante la razonada interpretación de la prueba, el cuadro de acontecimientos que declararon en la sentencia adjudicando el obrar criminoso al reo.

///

Como atinadamente dijo el Juez Rago, "…la valoración articulada…" de los testimonios de M. P. y H., son suficientes, en coincidencia con lo demás para tener por probada más allá de toda duda razonable la autoría.

Y el verbo utilizado por el Magistrado- de vasta y lograda experiencia- es el que correctamente corona el discurso.

Articular la prueba es antónimo de balcanizar la prueba. La acabada muestra de un razonamiento lógico por quienes construyen un relato que tiene fuerza de verdad legal está en el enlace de las evidencias devenidas en prueba, que permiten al intelecto del observador imparcial captar sin problemas la historia, tal como si las consecuencias siguieran a sus causas de acuerdo con la lógica que prevalece.

La sentencia de la Cámara Penal contestó acabadamente a las objeciones que enarboló el apelante.

Comparto con el doctor Montenovo la crítica que hizo de la defensa en dos planos: a. la ausencia de explicación fundada de los motivos que causaron el desistimiento de los testigos, sin que se efectuara otro pedimento que superara la valla que arguyó y b. la ausencia de contra examen de los testigos que consideró inhábiles.

///

No hay irregularidad en el procedimiento cuando desplegado el contradictorio oral en su expresión más acabada, las partes no hacen uso de sus derechos.

Es precisamente ante el gran público, el pueblo, adonde controvierten sus intereses y esa publicidad tiene capacidad de enervar cualquier tramitación que vulnere derechos, o al menos precaverla.

Cuando no se denuncia con precisión el vicio de procedimiento, llevado a cabo bajo las reglas que lo identifican: oralidad, publicidad, contradicción, no puede aceptarse sin más la existencia de un vicio que vulnere el trámite. Un elemental concepto de estabilidad no puede ceder ante manifestaciones que, repetidas, fueron atendidas ya por el Tribunal de la apelación ordinaria con sobrados fundamentos.

Así las cosas y sin objeciones acerca de la labor de la Cámara en lo Penal, la sentencia debe ser confirmada en términos de materialidad y autoría.

V. La calificación legal.

Se ha acertado en la adecuación legal elegida, la conducta violenta que culminó con la muerte del damnificado fue explicada con detalles del contexto en que se produjo.

///

La norma de marras no es inconstitucional.

Lo explicaré.

Partiré, para hacerlo, de un predicado que insistentemente he expuesto en mis sufragios: la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como la última ratio del orden jurídico, "…ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la norma 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…" (ver CSJN c.L. 1043 XLII, Lemes, M. 3/02/2009, en JPBA T 142 sum. 2).

De allí que, si la inconstitucionalidad de una norma no es palmaria, y la denuncia no supera el estándar que ha fijado la Corte Suprema de Justicia ha de preferirse, siempre, su rechazo.

No ha de olvidarse que es el legislador federal quien en uso de las atribuciones delegadas al Estado Central (art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional) es el que tiene capacidad para establecer los delitos y las penas, y, por consecuencia el ejercicio del poder contra mayoritario (que es lo que implica el control de constitucionalidad) ha de ejercerse con tino.

Cuando el legislador no se aparta de los principios constitucionales en la materia en punto a la retribución que asigna a cada norma prohibitiva y actúa en ejercicio legítimo de su competencia para fijar la política criminal en ese sentido, nada puede serle reprochado.

El principio de racionalidad entre la conducta y la sanción, proporcionalidad de la pena, no se ve mancillado por la agravante genérica que responde a lo que veremos más adelante.

Ese es el marco en que el Tribunal de la condena ha considerado el asunto y consecuentemente sus votos no merecen objeción alguna; como tampoco la

///

mayoría de los sufragios emitidos por los Magistrados de la Cámara Penal

No veo obstáculo, pues, a la aplicación en la especie del art. 41 bis del C.P.

Se trata de una agravante genérica que incorpora a la ley de fondo hipótesis más severamente sancionadas respecto de todos los tipos penales que pueden cometerse con las referidas modalidades, a salvo, claro está de aquellos en que la modalidad les es propia.

Como se enseña en el "Código Penal de la Nación-Comentado y anotado" dirigido por Andrés J. D´Alessio" (Ed. La Ley, T I, página 658, Ed. 2009) esta calificante tuvo en miras "…el mayor poder vulnerante de las armas de fuego que, por sus condiciones, provocan un peligro mayor para los bienes jurídicos vida e integridad física…", lo que se ha dado en el bajo examen.

No provoca perplejidad el texto mismo de la norma, pues lo que ha discutido la doctrina y la jurisprudencia es su aplicación en los delitos en donde el uso de arma ya estaba contemplado, mas no en este delito- el homicidio simple, art. 79 del C.P- que no prevé ninguna distinción en lo que atiende al medio empleado para su comisión, salvo algunos especialmente contenidos en el art. 80 del C.P, que el legislador consideró con mayor contenido de injusto que ésta de que se trata.

///

Es la superioridad de medios lo que justifica la mayor severidad punitiva, pues "…el contenido de ilícito aumenta por un criterio valorativo de agravación en función de la mayor indefensión del bien, y la mayor intimidación que se ejerce sobre la víctima y el mayor peligro corrido por ella…" (Ver "Código Penal y normas complementarias" David Baigún y Eugenio Zaffaroni- Directores, Ed. "Hammurabi" T 2, página 92, Ed.2002).

El comentario, crítico del debate legislativo y de las razones tenidas en consideración para la sanción del artículo de marras, no es obstáculo para adherir a lo que pareciera el argumento racional, el sentido mismo de existencia del precepto, destinado a recrudecer las consecuencias de las conductas que poseen, en sí, mayor capacidad letal y del otro lado sitúan al activo en una condición de poder que enerva cualquier reactividad en la víctima, puesta en condiciones de labilidad que dan al ilícito un mayor contenido de disvalor.

Nótese en el concreto la mayor indefensión de la víctima que recibió el impacto mientras andaba y el grado de vulnerabilidad que esto implicó; por el contrario adviértase la capacidad de daño del incuso que disparó desde un automóvil el tiro letal, sin riesgo alguno.

///

Así planteado no hay fundamento alguno para aceptar queja sobre la labor desplegada por los Jueces intervinientes.

V. La pena impuesta resulta adecuada a las circunstancias comprobadas y a los parámetros de los arts.40 y 41 del C.P.

Huelga toda sobreabundancia en torno a ello.

Los Magistrados desmenuzaron el porqué del cuanto y llegaron a una conclusión razonable que ha de ser homologada.

VII. Por consecuencia, propongo que se confirme la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio, dándose por cumplido los extremos de la Consulta y consecuentemente rechazar el recurso que viene acompañándola.

Así me expido y voto.

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. Compondré mi sufragio sin exponer los antecedentes que motivan la impugnación extraordinaria contra la sentencia de la Cámara en lo Penal, pues la completa relación de los hechos efectuada por mi colega del primer voto, resulta lo suficientemente explícita.

II. En primer lugar, anoto que disiento del criterio expuesto antes acerca de que la consulta (artículos 179, 2 de la Constitución de la Provincia del Chubut y 377 de la Ley XV – N° 9) impone al Superior Tribunal de Justicia el deber de escudriñar exhaustivamente la sentencia de condena.

Sostengo, al contrario, que la revisión integral efectuada en la instancia anterior por la Cámara en lo Penal reduce el instituto a ciertos límites. Porque en tal caso, se cumplió con el derecho del condenado a obtener un doble tránsito procesal, esto es, la revisión de su

condena por un tribunal superior al que se la impuso.

De otro modo, si el Superior Tribunal de Justicia revisara la sentencia condenatoria, se duplicaría la competencia ejercida por la Cámara en lo Penal.

Así me expedí en la sentencia recaída en la causa caratulada “T., I. s/ Homicidio en ocasión de robo r/ víctima-Tw. s/ impugnación” (Expte. 21.998-F° 189-Año 2010; sentencia definitiva N° 034, de fecha 14/06/2011) a cuyos fundamentos, por brevedad, remito.

III. En el caso, advierto que la Cámara en lo Penal, cumplió ese cometido: exploró y fiscalizó en toda su dimensión la labor desplegada por los jueces del debate y respondió íntegramente los puntos de agravio vertidos. Es decir, satisfizo el derecho del incuso a obtener un doble conforme, esto es, la revisión de la condena por un tribunal superior al que se la impuso. Además de responder cada uno de los agravios de la impugnación.

Por lo tanto, la pretendida discusión instalada por el defensor particular del inculpado, sobre cuestiones de hecho y prueba, es materia propia de los jueces de la instancia previa y ajena al remedio intentado.

///

Como expresara, el re-examen integral de la sentencia condenatoria y del cuerpo de prueba (en especial, los testimonios vertidos por J. C. H., M. A. H., J. P., M. E. H. y por los preventores policiales, así como también el informe de autopsia realizado por el doctor I. J. W. y el resultado negativo del examen de dermonitrotest realizado al inculpado) ya ha sido cumplido acabadamente por los magistrados revisores, que inspeccionaron el pronunciamiento emitido por los jueces del debate.

En conclusión, como en la ponderación del cuerpo de prueba desarrollada por la Cámara en lo Penal no vislumbro un grave menoscabo a los derechos y garantías constitucionales, que habilite variar la suerte de la causa, postulo el rechazo de la impugnación extraordinaria deducida, con costas, y la confirmación del fallo inspeccionado.

Estas son las razones que me llevan a concordar con el pronunciamiento del profesor Pfleger, con la salvedad apuntada al comienzo acerca de la consulta.

VI. La inconstitucionalidad de la agravante genérica del artículo 41 bis del Código Penal fue rehusada por esta Sala, en la causa "*D., D. A. s/ homicidio simple*" (Expediente N° 20.083-D-2005),

///

a cuyos fundamentos remito. Allí me pronuncié –integrando la mayoría– a favor de la aplicación del artículo en cuestión cuando el autor comete el delito con un arma de fuego aumentando el poder vulnerante del medio empleado para ejercer violencia o intimidación contra las personas.

Por lo tanto, la queja impetrada no tendrá acogida favorable y la aplicación de la agravante deberá confirmarse.

VII. Por último, la pena impuesta al atribuido es justa y razonable. El a-quo ha controlado adecuadamente el monto aplicado y las pautas tenidas en cuenta por el tribunal de mérito para fijarla. Los jueces aplicaron correctamente las pautas mensurativas del Código Penal para determinar la condena, la que estipularon en diez años y ocho meses de prisión con accesorias legales y costas. Es decir, casi el mínimo legal para la figura de homicidio agravado genéricamente por el empleo de arma de fuego (ibídem, artículos 41 bis y 79).

VI. En conclusión, concuerdo con el voto del profesor Pfleger. Deberá rechazarse la impugnación extraordinaria interpuesta, con costas, y confirmarse la sentencia en crisis.

Así voto.

El Juez **José Luis Pasutti** dijo:

I. En atención a lo normado por el último párrafo del artículo 25 del Código Procesal Penal

///

procederé a emitir mi sufragio, en el que omitiré toda referencia a los antecedentes del caso y los agravios esgrimidos por el recurrente, remitiéndome para ello a la síntesis que realizó el Juez Pfleger.

II. En punto a la cantidad de miembros de este Cuerpo que deben conocer en la revisión constitucional conforme lo dispone el artículo 179, inc. 2° de la norma en cuestión, me remito a lo dispuesto en la resolución obrante a fs. 314/7 vta.

No obstante ello y, teniendo en cuenta la sanción impuesta en estos autos, la intervención será sin las limitaciones establecidas para las impugnaciones extraordinarias.

III. El recurso aquí interpuesto reitera varios de los puntos indicados en el remedio ordinario, los cuales han sido debidamente tratados por la Cámara en lo Penal.

Sin embargo, y a raíz del alcance que deberá darse a este recurso por la pena aplicada, ingresaré nuevamente al tratamiento de las cuestiones indicadas.

IV. Como bien lo indica el doctor Pfleger, no se ha discutido en estos actuados la materialidad del hecho, ya que quedó debidamente acreditada la muerte de H. con la autopsia practicada y las declaraciones de los médicos que intervinieron en la misma. Asimismo se incorporaron al debate las certificaciones correspondientes a la tarea desplegada por la prevención en el lugar del hecho.

El punto de agravio se relaciona con la autoría, circunstancia que desde mi punto de vista no merece objeción alguna.

Así, los jueces de mérito valoraron los dichos del testigo presencial M. A. H., quien relató ante el Tribunal haber visto cómo el imputado disparó desde el automóvil contra la víctima, mientras ésta venía caminando y a una distancia de un metro y medio aproximadamente.

También analizaron que estos datos aportados coincidían perfectamente con los demás elementos probatorios colectados en la causa, como la distancia de disparo informada en la autopsia, y otras declaraciones prestadas en la audiencia.

///

Considero que los magistrados han dado razones para llegar a la conclusión a la que arribaron, dando fundamentos lógicos y coherentes, utilizándose de manera armónica todos los elementos probatorios aportados.

Se destacó la inmediatez de la intervención policial, lo que configuró un hecho casi en flagrancia y el conflicto preexistente entre las partes que data de tiempo atrás.

Observo que los planteos formulados por la defensa han sido cómodamente rebatidos por el Tribunal de Juicio y luego por la cámara revisora.

V. En cuanto a la calificación legal, habré de coincidir con la escogida por el a-quo.

Han sido debidamente explicados y han quedado constituidos los elementos del tipo seleccionado.

VI. Respecto de la inconstitucionalidad planteada del artículo 41 bis del ordenamiento de fondo, me remito al antecedente de esta Sala en lo Penal en autos "*D., D. A. s/ homicidio simple*" (Expediente N° 20.083-D-2005)., oportunidad en la que los integrantes de este Cuerpo, por mayoría, sostuvieron que …*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… 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… -del voto del doctor Pfleger-.

Por lo tanto, la queja impetrada no tendrá acogida favorable.

VII. Para finalizar entiendo que el monto de la pena impuesta ha sido también fundado y se encuentra dentro de la escala punitiva legal, habiéndose valorado las pautas mensurativas de los artículos 40 y 41 del Código Penal.

VIII. Por todo lo expuesto, voto por la confirmación de la sentencia y el consecuente rechazo de la impugnación extraordinaria planteada, con costas.

Así voto.-

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

---------- S E N T E N C I A ----------

1°) Rechazar la impugnación extraordinaria que obra a fs. 292/296 vta.

2°) Confirmar las sentencias protocolizadas con el número 1/10 (fojas 172/192), y 21-folio 437-año 2010, (fojas 245/275 vta.)

3°) Protocolícese y notifíquese.-

Jorge Pfleger- José Luis Pasutti-Ante mi: José A. Ferreyra. Secretario

///