En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los dieciocho días del mes de mayo del año dos mil dieciséis, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Roberto Adrián Barrios, Alejandro Gustavo Defranco y Omar Florencio Minatta, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"R., J. C. p.s.a. homicidio r/víctima M.V - Trelew" (Carpeta 5.302 OJ Tw – Legajo 50.893 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por el Dr. F. G. contra la sentencia Nro. 731/16 OJ Tw dictada en fecha 22/03/16, por la que fuera condenado J. C. R. a la pena de diez años y ocho meses de prisión, en orden al delito de homicidio simple agravado por la utilización de arma de fuego, en el carácter de autor (arts. 79, 41 bis y 45), en relación al hecho ocurrido en esta ciudad el día 26 de enero de 2014 en perjuicio de M. V..

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 04/05/16 en la sede de este tribunal, estuvo presente el imputado J. C. R., cuyas demás circunstancias personales obran en autos, su Defensor de confianza, Dr. F. G. y el Dr. Fabián Moyano en representación del Ministerio Público Fiscal de esta circunscripción judicial.

El Sr. Defensor, en su presentación escrita y que ratificara en la audiencia prevista en el art. 385 CPP, sostuvo que el agravio que le irroga a su parte la sentencia que critica es la errónea interpretación que se ha efectuado de la ley penal, al sostenerse por mayoría, la aplicación en el caso de la agravante genérica contenida en el art. 41 bis del Código Penal.

Señaló que los votos que conformaron la mayoría, en pasaje alguna dieron respuestas a los planteos que efectuara su parte no solo desde la dogmática penal sino también desde el punto de vista procesal, y que la doctrina legal sobre la

cual asentaron la validación en el caso del artículo 41 bis, no resulta la correcta por cuanto la misma no ha considerado las argumentaciones expuestas por su parte.

En tal dirección sostuvo que conforme a las reglas del concurso aparente y sustancialmente conforme al principio de consunción, la aplicación pretendida no solo violenta el principio de legalidad y de proporcionalidad, sino también la correcta interpretación que de la ley debe efectuarse conforme a los principios pro homine y última ratio que la presiden.

Por ello y conforme precedentes que citara, solicitó se revoque la sentencia impugnada, disponiéndose la inaplicabilidad al caso del art. 41 bis del Código Penal.

En forma subsidiaria y para el supuesto de acompañarse el agravio deducido, solicitó que, asumiendo competencia positiva, se fije la pena en el mínimo legal que prevé el art. 79 del C.P., de ocho años de prisión.

A su turno, el representante del Ministerio Público Fiscal señaló que entiende que no concurre causal alguna que determine la inconstitucionalidad del agravante del art 41 del C.P., conforme a la declaración que en tal sentido ha mantenido el Superior Tribunal de Justicia desde el año 2006 en el fallo “P.” y “G., A.” entre otros, en los que ha sostenido que valida la aplicación genérica del art. 41 bis del Código Penal, el poder vulnerante que determina la comisión del hecho con la utilización de un arma de fuego, encontrando una clara correspondencia con las circunstancias del hecho investigado que relata en la audiencia, para luego interrogarse qué hubiese ocurrido si en lugar de tener un arma de fuego, R. hubiese tenido un palo, un cuchillo o inclusive un hacha?, destacando que de haber ello ocurrido, habría existido un muy elevada probabilidad, que el hecho podría a ver sido evitado bien sea por la propia defensa de la victima o por haberse podido ocultar en su viviendo o ser defendido por su padre o su cuñado que estaban presentes en ese momento.

Señaló que la inclusión del art. 41 bis en la parte general del Código, no es novedosa por cuanto el legislador

ya ha tenido en cuenta los medios para agravar un homicidio, siendo un caso típico el veneno o cualquier sustancia insidiosa del art 80 inc 2do, el art 80 inc 5to que también contempla la utilización de cualquier medio, que pueda crear un peligro común, por lo que, sostuvo, la contemplación de la utilización de un arma de fuego como un elemento que coloca a la victima en un mayor estado de vulnerabilidad, no constituye ni afecta garantía constitucional alguna.

Concluyó afirmando que la Corte Suprema de Justicia en orden a la interpretación que de las leyes debe efectuarse, reiteradamente ha sostenido que cuando la norma es clara no cabe ningún tipo de interpretación que pueda afectar o tornar inaplicable la voluntad del legislador, y en el caso el art. 41 bis es claro, determina en qué caso especifico puede aplicarse, caso en el cual en el tipo penal no esta contemplada la agravante del arma de fuego, y en los caso donde se utilice grave de violencia sobre las personas, circunstancias que encuentran correspondencia con el caso tratado, solicitando que la sentencia que se ataca sea ratificada en todos sus extremos.

Nuevamente en el uso de la palabra el Letrado Defensor, señaló que sin perjuicio de los reparos constitucionales que ha merecido el art. 41 bis, entiende que lo que su parte solicita es una interpretación de dicha agravante genérica, dentro del marco legal, siendo innecesario para su análisis declarar su inconstitucionalidad. Respecto de la cita que realiza el Fiscal del caso P. de la Sala penal del Superior Tribunal de Justicia, señaló que el mismo no corresponde toda vez que los argumentos que se encuentran debatidos son los producidos en el debate y sobre estos debe resolverse, que los razonamientos efectuados no obedecen estrictamente al efectuado en el fallo que se cita.

J. C. R. no declaró.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Omar Florencio Minatta, Alejandro Gustavo Defranco y Roberto Adrián Barrios.

El juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. Respecto al agravio que le produce la aplicación del tipo penal expresado en el artículo 41 bis, lleva razón la defensa, pues su operatividad se encuentra interferida por el art. 79 del mismo código penal, razón por la que no pueden ambos tipos concursar, sino de forma aparente. Esto nos indica que no se trata de un hecho con doble tipicidad plural, sino de una sola, fenómeno que se presenta cuando ésta última es la única que se aplica porque neutraliza o interfiere a la otra, lo que se conoce en doctrina con el nombre de concurso aparente. Este es el marco teórico para decidir la cuestión, lo cual requiere una breve explicación.

2. Sabido es que cuando un hecho pueda tener más de una pluralidad típica, no hay que analizar la cuestión de los tipos en forma aislada, sino conforme las relaciones que existen entre ellos, para lo cual la doctrina ha delineado principios en los que basar la solución. En este camino, recordemos los tres principios básicos que entran en juego en el llamado, por la doctrina, concurso aparente.

Por un lado el principio de especialidad, el cual se presenta cuando un tipo penal exige para su consumación llevar a cabo necesariamente otra conducta que está prevista en un tipo penal distinto, más otra circunstancia -por lo general atenuante o agravante-, tal como la relación entre el robo y el robo con armas o el homicidio simple respecto de los atenuados y agravados. En estos casos, se aplica el tipo específico, conforme el adagio *lex specialis derogat legis generalis*, de forma tal que el tipo especial encierra conceptualmente- en forma necesaria- al otro, aplicándose así aquella sola figura. Amén de tal supuesto, hay autores que aplican este principio también a los casos en el cual es el mismo legislador el que desplaza la aplicación de una figura, privilegiando a otras, tal como sucede con los llamados tipos residuales, en los cuales el legislador expresa tal voluntad generalmente con las oraciones “siempre

que el hecho no constituya otro delito más severamente penado" (ej. arts. 150, 183, 302, etc.) u otras análogas. Se trata de casos en que es el legislador quien expresamente decide la interferencia y, por lo tanto, la exclusión de figuras, debiendo aplicarse solo una.

Por otro lado, se delinea el principio de consunción, en virtud del cual se aplica aquella figura que, para su consumación, puede llevarse a cabo eventualmente mediante otra conducta prevista en otro tipo penal, de forma tal que la no aplicación de esta última se justifica porque el desvalor que ella prevé queda incluida en aquella, que resulta la única aplicable. En estos casos se aplica otro adagio latino conocido como "*lex cosumens derogat legi consuntae*", de forma tal que el tipo aplicable encierra materialmente- no conceptualmente como en la especialidad- la desvaloración del tipo que se excluye. Es decir, se trata de figuras que pueden consumarse con acciones que se corresponden con otros tipos o con acciones distintas.

Por último, el principio de subsidiariedad viene a cuento cuando analizamos todos aquellos tipos que afectan el mismo bien jurídico en forma progresiva, de forma tal que el de mayor afectación excluye a los tipos anteriores (vgr.: la consumación excluye la tentativa, la autoría excluye la participación, las tentativa de homicidio las lesiones graves, etc.).

3. Ahora bien, en el presente caso, como se discute si corresponde aplicar ambos tipos penales (41 bis y 79) o solo uno (art. 79), desplazando al otro, estamos, obviamente, ante una cuestión de relaciones entre tipos penales, que es precisamente la médula del concurso aparente. Si esto es así, debemos considerar si resulta aplicable a la cuestión alguno de aquellos principios que regulan el concurso aparente, o bien sacar la cuestión de allí y considerarla como concurso ideal, puesto que nadie discute que se trata de un solo hecho –lo cual excluye de plano el concurso real-

que encaja en más de un tipo, sólo que debemos resolver, si tal concurso es solo aparente y, por lo tanto, no ideal.

Entendemos que en el caso, puede interpretarse razonablemente que estamos ante un concurso aparente de ambos tipos, pues resulta, a nuestro juicio, aplicable solo uno de ellos, el artículo 79, desplazando así la figura del artículo 41 bis por el principio de consunción, lo que equivale a decir que el desvalor de la violencia exteriorizada mediante el uso de un arma de fuego que contempla esta última figura, se encuentra ya incluida materialmente en el homicidio; es decir, este último tipo penal ya encierra valorativa o conceptualmente a aquella, puesto que una de las acciones de dar muerte a otra, puede cometerse eventualmente por uso de violencia mediante arma de fuego, al no exigir la ley ningún medio expreso para el tipo básico de homicidio, ni materiales ni morales. De hecho, la inmensa mayoría de los homicidios hoy en día, se cometen utilizando armas de fuego para su comisión. En suma, el propósito que surge del segundo párrafo del artículo 41 bis, es evitar toda doble desvaloración, al disponer que ella no es aplicable cuando la violencia mediante utilización de arma de fuego sea un elemento constitutivo del tipo penal o agravante. En el caso del homicidio, la utilización de cualquier medio implica necesariamente violencia, por lo que cualquier medio es típico y la expresión de esa violencia mediante armas de fuego es una de las conductas eventuales con que se puede consumar, por lo que se trata claramente de uno de los elementos constitutivos del tipo de homicidio simple. Ahora bien, otra cuestión distinta es el grado de violencia utilizado, criterio que utilizará el juez para dosificar la pena en el caso concreto, pero ello forma parte de la gravedad del injusto, tal como lo requiere la construcción del objeto a reprochar y que nuestro código recoge con las palabras “naturaleza de la acción”. Solo en este último sentido, la violencia que caracteriza el uso de un arma de fuego para matar puede ser causal para agravar por sobre el mínimo -descargando completo el cargador, por ejemplo- pero ello

porque es un indicio de mayor injusto, no por la simple circunstancia del medio, sino por la forma más gravosa de utilizarlo.

En definitiva, para nosotros es muy claro que la utilización del arma de fuego es una de las conductas eventuales de realización del homicidio y, como tal, uno de los elementos eventuales del tipo que ya está desvalorado en éste último, por lo que si lo volvemos a considerar para agravar la pena por esa sola circunstancia, caemos en una doble desvaloración de un mismo ítem típico, lo cual está prohibido por el principio elemental de que no puede desvalorarse dos veces lo mismo. Esta interpretación, además, no es contraria ni siquiera al tenor literal de la ley, pues ella misma está estableciendo en forma expresa que no deberá aplicarse cuando el arma de fuego es uno de los elementos constitutivos del tipo penal, es decir, cuando forme parte del tipo penal.

En el caso concreto en estudio, entonces, el tipo establecido en el artículo 41 bis queda desplazado por el artículo 79 en virtud del principio de consunción, pues la violencia típica de ésta figura puede ser plasmada con cualquier medio, por lo que el arma de fuego debe considerarse como uno de los modos eventuales de ejercer violencia.

Obsérvese que podría también estimarse el caso como una relación de especialidad, pero no porque las dos figuras necesariamente se implican, sino porque la especialidad puede disponerse expresamente por decisión del legislador, mediante una cláusula residual que generalmente se expresa, tal como lo adelantamos, mediante oraciones que estipulan su no aplicación cuando tal tipo implique, a su vez, un delito mayor o empleando otras oraciones análogas, como las del artículo 41 bis, que expresamente dispone la no aplicación de ella a las figuras que tienen como elementos típicos el uso de la violencia mediante armas de fuego, sea de forma

necesaria- por ejemplo, robo con armas de fuego, especialidad-, sea de forma eventual- por ejemplo, homicidio- que puede cometerse por cualquier otro medio.

En suma, sea lo que fuere- concurso aparente por consunción o especialidad por decisión expresa del legislador- el tipo penal establecido en el artículo 41 bis queda desplazado por el artículo 79, puesto que este último interfiere la operatividad de aquél, excluyendo su aplicación al caso porque en definitiva las lesiones que contempla el artículo 41 bis están incluidas en el artículo 79. *(Cfr. para todo lo dicho sobre los principios que regulan la interpretación de los tipos penales a: ZAFFARONI- ALAGIA- SLOKAR, ob.cit., pags.830-834).*

4. Por último, resta decir que esta interpretación del tipo penal es la más restrictiva que soporta su semántica y, por ello, debe prevalecer sobre otras más amplias, conforme principios básicos de interpretación de la ley penal, que se alinean y brotan de varias pautas, tales como la "ultima ratio" y el "pro-homine", nociones que ya deberían estar instaladas de forma definitiva en nuestra jurisprudencia después de la contundente y clara sentencia de nuestra Corte Suprema Nacional en la conocida causa " Acosta". Antes de terminar el punto, es pertinente traer a colación otro principio que abona a favor de esta interpretación, pues es unánime la crítica que doctrina y jurisprudencia le hace a la redacción y ubicación de la norma, producto de la irresponsabilidad manifiesta del actual legislador penal. Nos referimos concretamente al llamado "principio de limitación máxima de la respuesta contingente", elaborado por la doctrina para que ella proponga a los jueces una interpretación limitativa del poder punitivo, en todos aquellos casos en que una reforma penal se establece sin amplio debate, consulta y elaboración responsable de los tipos (*Cfr. Baratta, A; Principios de derecho penal mínimo, NDP, año 1987).*

5. Conforme todo lo anterior, corresponde revocar la sentencia en cuanto aplica el artículo 41 bis del C.P. Como consecuencia de asumir competencia positiva, como lo pide la

Defensa, situación que debe aceptarse por no violentarse garantía constitucional alguna. En consecuencia corresponde fijar la pena en el mínimo legal del art. 79 del Código Penal. Así voto.

6. Corresponde imponer las costas al acusado (art. 241 CPP) y regular los honorarios del profesional a cargo de la Defensa del acusado en la suma de cuarenta (40) JUS, por la labor desarrollada en esta etapa. (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y ccdtes. de la Ley XIII-4, antes Decreto-Ley 2200).

El Dr. Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- Se agravia la Defensa del condenado R., exclusivamente en *"...el alcance del art 41 bis de nuestro Código Penal, esto es, si en aquellos supuestos donde el delito que se pretende juzgar, y en su caso condenar, en el caso del homicidio es susceptible de aceptar el agravante genérica del art 41 bis."*

Manifiesta el letrado G. que *"... no, así lo he expuesto, en el momento de los alegatos finales ante el tribunal de juicio, he dado en aquella oportunidad los motivos del porque entendía que no era viable la aplicación de esta agravante genérica, mi posición, ha sido desechada, por la mayoría del tribunal, hubo una disidencia por parte de la presidente del Tribunal, y la mayoría no ha respondido a los argumentos que esta parte en su momento, ha interesado a los juzgadores..."*.

En segundo lugar manifiesta que nada impide que ejerza lo que se denomina competencia positiva, por lo que entiende *"no habría necesidad de reenvío, a los fines de la cesura de pena y estaría en condiciones de que se realice directamente por el propio tribunal que interviene... y... que no se causa gravámenes irreparable ninguno al decidir sobre la pena al aplicándose el mínimo legal con los mismos elementos tenido en cuenta por los juzgadores..."*.

2.- Por su parte, la acusadora, manifiesta que *"...comparte el criterio que ha venido sugiriendo desde el*

año 2006 el STJ, caso P., G. A., también el caso 22094/10, donde ha determinado varias veces la constitucionalidad de este agravante genérico contenido en la parte general del Código Penal y el fundamento principal que ha tenido el STJ que compartimos en un todo también, no ha sido otro que el poder vulnerante que determina la comisión del hecho con la utilización de un arma de fuego...".

Recuerda el Fiscal Moyano que es un hecho que "*...ha ocurrido en la vía pública a través de un arma de fuego a partir de las nueve de la noche aproximadamente, comenzó a deambular por la calle amedrentando no solo a la victima, a quien resultara victima fatal del hecho sino a todo su grupo familiar, con la utilización de un arma de fuego, con la cual profería disparos al aire al momento que emitía amenazas; se constituye en determinado momento personal policial, disipa al grupo se va el personal policial del lugar, y minutos después vuelve R. al lugar del hecho, dispara contra la victima fatal que junto a los integrantes de su familia, y le provoca obviamente un disparo letal...".*

3.- Puesto a resolver, tal como lo ha advertido el representante de la vindicta pública, y a pesar de los razonables argumentos tenidos en cuenta por el máximo Tribunal provincial, no he de cambiar mi criterio auspiciado en anteriores sufragios.

En efecto, tal como he dicho recientemente en autos **"Cria. Distrito Segunda s/investigación homicidio r/víctima M., D. M.-Trelew" (Carpeta 6174 OJTw, legajo 59678 MPF Tw)**", "*...Considero que no puede ser aplicada la agravante del art. 41 bis a los homicidios, por cuanto, en primer lugar, las ocasiones y modos que ameritan agravar las muertes violentas están previstas en el art. 80, por lo que en estricto apego al principio de legalidad, va de suyo que no está previsto el homicidio a mano armada entre ellos. Que tampoco puede estar previsto en la disposición del art. 41 bis, toda vez que, si el fundamento de la agravación es prevenir que mediante la violencia que implica utilizar un arma se genere el peligro de lesión contra la vida o la integridad física, y en el homicidio, por definición, dicho*

bien jurídico se encuentra irremediablemente perdido, mal podría agravarse la sanción por la materialización del resultado por el peligro que se cause..."

Por ello, sin recurrir a la declaración de inconstitucionalidad de la norma, por respeto al postulado de prudencia sostenido por la CSJN desde antaño, que relega tal opción a ultima ratio, debo decidirme por la inaplicabilidad de la agravante en este caso por atentar contra el principio de legalidad, por una parte, y el de proporcionalidad de la respuesta punitiva, en segundo lugar.

4.- A la segunda cuestión planteada, habiendo expresado que no es posible aplicar en el caso concreto la agravante del art. 41 bis, y que a la vez, han optado los sentenciantes por aplicar el mínimo legal, deviene económico adoptar competencia positiva y mensurar la pena que merece el traído a proceso, evitando dilatar innecesariamente el trámite al re enviarlo para dichos menesteres.

Recordemos que han optado los a quo por la aplicación del mínimo legal, teniendo en cuenta la falta de antecedentes, su escasa edad y el nivel socio cultural de R..

Entonces, tal como he dicho en el voto referido anteriormente, siendo que la agravante es inaplicable al caso, estimando que no se justifica en el caso una pena severa sino por el contrario una de efectivo cumplimiento que permita hacer operables los postulados de la prevención especial positiva y, a la vez, sea suficiente retribución al reproche que merece el resultado lesivo causado, considero, por compartir en un todo la apreciación de la sanción justa por parte de los magistrados intervinientes, que debe sancionarse en el caso a R. con el mínimo de pena previsto para la figura simple del art. 79, esto es, una pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas.

5.- En cuanto a la imposición de costas y regulación de honorarios, adhiero a lo propuesto por el colega que lidera el voto.

El juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Que luego de la audiencia de ley, la Defensa del acusado J. C. R. sostuvo los agravios oportunamente insertos en su libelo recursivo (obrante de fojas 312 a 314 de la Carpeta de la OfiJud), en los cuales básicamente ha cuestionado de la sentencia atacada, tanto el alcance del art 41 bis de nuestro Código Penal, como la no atención de los argumentos que ante el Tribunal ha expuesto para cuestionar el mismo.

Así se quejó que dos de los tres magistrados no ingresaron en el análisis al cual fueron interesados por la defensa técnica al momento de los alegatos finales, en cuanto a la imposibilidad de la utilización de la agravante fundada en circunstancias de orden dogmático, como resultan las reglas del concurso aparente de leyes regido por los principios de especialidad, consunción y subsidiariedad, sumado a la imposición respecto a la modalidad de interpretación de la ley penal, alineado su carácter restrictivo a las pautas "pro-homine" y "última ratio".

Específicamente se agravió que a su criterio, la doctrina legal que fuera esgrimida en la sentencia no ha considerado las argumentaciones ventiladas en el juicio, por lo que con ella de modo alguno se le contradijo en sus argumentos.

De los demas puntos de agravios, como asi tambien de la vista de la fiscalía, me remito al desarrollo efectuado por el colega que lidera esta sentencia, para evitar reiteración.

2. Que analizado el punto concreto que nos convoca, resulta necesario sumergirse en los fundamentos que los jueces penales han desarrollado en cada uno de sus votos respecto al planteo efectuado por el pretenso, al momento de presentar sus alegaciones finales, a fin de constatar, con suma prudencia y responsabilidad, si la cuestión es tal como ha sido presentada ante esta Cámara.

La motivación de las resoluciones judiciales, consiste en el desarrollo completo y claro de los fundamentos de una decisión por quienes la toman. Esa carga que pesa en los magistrados, tiene por fin a dar a conocer al justiciable, principal destinatario de la misma, la información que tiene que ver con el destino de su libertad, su honor, su propiedad, en definitiva su vida. Contrario sensu, la falta de argumentación o su deficiente fundamentación, puede acarrear las acciones impugnativas con eventual declaración de nulidad de la sentencia.

Esta obligación puede ser más o menos complicada para los jueces que la asumen, dado acaso por la complejidad del hecho, del juicio, o bien de la correcta aplicación de la ley en temas discutibles. Pero esa obligación siempre se ha de cumplir, y los tribunales *Ad-Quem* estarán atentos para controlar ese cumplimiento. Ello dá el verdadero sentido y alcance a la garantía de la revisión de las sentencias, consagrados por la Carta Magna y por el bloque constitucional que poseen igual jerarquía.

3. Efectuado este necesario introito, se advierte que asiste razón al recurrente en su planteo, puesto que a la revisión de la pieza jurisdiccional, tengo para mí que ningún miembro del Tribunal de condena se ha expedido en forma directa y concreta, al fundamento que ha ensayado la defensa al tiempo de presentar su alegato de cierre.

Así es, a la escucha de alegaciones efectuadas en la extensa jornada del día 14 de marzo del corriente año, luego de haber declarado el acusado y luego de efectuar su alegato de cierre la acusadora, la defensa técnica, casi al final de su alocución (minuto 12.59 del soporte que contiene la audiencia), dijo que para el caso, no se da el supuesto de la agravante contenida en el articulo 41 bis del código penal. Dijo que esto está relacionado con una vieja controversia de lo que significan los distintos concursos de delitos penales en la comisión de un hecho, y

posteriormente, con la versada forma con que ya nos tiene acostumbrados el letrado defensor, desarrolló los fundamentos de dicha inaplicabilidad, sentada básicamente en la doctrina que distingue clases de concursos de delitos y los tres principios que se aplican en ellos.

Al control de la sentencia sobre lo que se interesó, podemos certificar que la doctora Mirta Moreno, en el acápite "Calificación legal: agravante uso de armas de fuego art.41 bis CP", obrante a partir de foja 275 de la carpeta de la OfiJud, justificó su criterio que hace lugar a la aplicación de la agravante genérica en delitos de homicidio, mas nada dijo respecto al planteo concreto de la defensa.

Lo mismo ocurre en el voto del doctor José García, que en punto VII de su voto (obrante a partir de la foja 298 de la carpeta de referencia), titulada de "La cuestión de la agravante contenida en el articulo 41 bis. C.P.". Si bien el sentenciante transcribió jurisprudencia que comparte, y que habla tangencialmente la misma del planteo de la defensa, no desarrolla en forma concreta el punto al concurso aparente de leyes, ni fundamenta el rechazo que justifica su postura.

Por ultimo, la doctora Ivana Gonzalez resuelve en minoría la no aplicación de la agravante, mas por razones de índole constitucional, supremas por supuesto, pero sin mencionar ni tratar la cuestión del agravio de la parte.

No corresponde a los jueces de esta Cámara dar los argumentos que no se han dado para sostener una decisión, pese a los ya conocidos criterios que los integrantes de este Cuerpo hemos desarrollado en precedentes relacionados con el mismo tema.

Nuestra función es la de la revisión, vale decir trabajar sobre las sentencias de los jueces penales, y no mejorar sus argumentos.

Dije esto porque suele confundirse la competencia de las Cámaras Penales al considerarse que, en esto de realizar un *juicio al juicio*, y con la aplicación de la denominada teoría del máximo rendimiento, las recurrentes suelen instar a los tribunales de Alzada a la formulación de una nueva resolución con los mismos antecedentes.

Sin perjuicio de ello, como he sostenido antes de ahora en otros precedentes, senté postura ante el agravio que se refiere a la inaplicabilidad de la agravante genérica prevista en el art.41 bis del código penal en la figura del homicidio simple. Debo decir que mantengo lo que en esos precedentes he sostenido, en cuanto la agravante puede válidamente ser aplicada en casos de homicidio (por caso, sirvan de ejemplo "L. J. H. y OTROS P.S.A. homicidio agravado vma B. M. en concurso real con abuso de armas, Trelew" (carpeta n° 5194, legajo n° 49.604).

Mas en el presente caso y como venimos viendo, la falta de tratamiento y respuesta al planteo central que la inaplicabilidad de una norma del código penal, se refirió a otros argumentos que validamente trajo la parte. Ello impone a resolver la nulidad parcial de la sentencia, y el consecuente reenvío, como el pretenso lo ha requerido en su escrito, lo que así dejo votado.

4. Habiendo quedado en minoría con este voto, a cuestión vencida corresponde resolver la cuestión de la pena, que como dijo la defensa en audiencia, en el fallo se circunscribió al mínimo legal de la escala prevista.

No habiendo ataques a la ponderación que sobre las circunstancias agravantes y atenuantes han efectuado los magistrados en cada uno de sus votos, y disminuida la escala con la quita de la agravante del articulo 41 bis del código penal, he de acompañar la decisión que aconseja mantener esos estándares discrecionales para la fijación del monto punitivo de privación de libertad, la que a resultas de la mayoría de este cuerpo se impone tener como baremo el de la pena prevista para el delito de homicidio simple del articulo 79 del código penal, votando en consecuencia por la imposición de ocho años de prisión de efectivo cumplimiento.

5. En cuanto a la imposición de costas y regulación de honorarios, adhiero a lo propuesto por el colega que lidera el voto.

Asi voto.

De conformidad con los votos precedentes, esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1)Hacer lugar a la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica del imputado J. C. R., cuyas demás circunstancias personales obran en autos;

2) Revocar parcialmente la sentencia Nro. 731/16 OJ Tw dictada en fecha 22/03/16 en lo atinente a la aplicabilidad en el caso del art. 41 bis del C.P., fijándose en definitiva el monto de la sanción, en ocho años de prisión;

3)Imponer las costas al acusado (art. 241 CPP), regulando los honorarios profesionales del Dr. F. G. en la de suma de cuarenta (40) JUS por la labor desarrollada en esta instancia, de conformidad con lo establecido en los arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII-15 (antes decreto-ley 2.200); y

5)Regístrese, protocolícese y notifíquese

Adrián Roberto Barrios
(EN DISIDENCIA)

Omar Florencio Minatta **Alejandro Gustavo Defranco**

Registrada con el Nro. 13/2016 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.