En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los cinco días del mes de octubre del año dos mil dieciseis, los jueces de la Cámara en lo Penal de Trelew, integrada por los doctores R. Adrián Barrios, O. Florencio Minatta y Alejandro Gustavo Defranco con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"C., J. psa homicidio tentado r/víctima C., J. A.,-Trelew" Carpeta 6156, Legajo 59564 MPFTw,** con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por el defensor particular, Dr. A., O. M., contra la sentencia Nro. 1670/16 OJTw dictada en fecha 28/06/2016. En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP), celebrada el día 21 de septiembre ppdo. en la sede de este tribunal, estuvieron presentes el acusado J. A. C., de demás circunstancias personales obrantes en autos, su abogado defensor Dr. A. M. y el Fiscal General Dr. Marcos Nápoli, en representación del Ministerio Público Fiscal de esta circunscripción.

Mediante la sentencia registrada bajo el número 1670/2016 el Tribunal, integrado por los jueces penales Ana L. S.,, Fabio Andrés M. y César Marcelo Zaratiegui, condenó a J. A. C., a la pena de 10 años y ocho meses de prisión, de efectivo cumplimiento, como autor material y penalmente responsable del delito de homicidio agravado por la utilización de arma de fuego (arts. 79, 41 bis y 45 del C.P.), por el hecho ocurrido el 24 de abril del 2016, en esta ciudad, en perjuicio de J. A., C..

El letrado Defensor, en su escrito, planteó dos cuestiones. En principio criticó la valoración de la prueba realizada por el Tribunal y solicitó la absolución de su defendido. Subsidiariamente, de no prosperar el planteo, solicitó se deje sin efecto la agravante del art. 41 bis. del C.P., por entender que contraría los principios de legalidad y proporcionalidad de la respuesta punitiva.

En orden al primero de los enunciados entendió que, de las declaraciones recibidas a los cuatro testigos, surgen contradicciones que no han sido tenidas en cuenta por el Tribunal.

Así, si bien todos observaron a J. C., disparar contra J. A., C., no hay, a criterio de la defensa, coincidencia respecto del sitio en que ello ocurrió y la posición de ambos hombres. Adujo que C. S. dijo haber visto cuando J. C., disparó con el arma a "C." C., que cayó hacia atrás. Ubicó a víctima y victimario frente a frente, a pocos metros uno del otro, en la calle, al momento de los disparos. Refirió que, por otro lado, L. M., vio a los dos hombres discutiendo, fuera de la casa de S., ambos de pie, quietos, C., sobre la vereda y C. en la calle E., sobre la tierra, previo a que C., sacara el arma y disparara contra C. y que el testigo M. P., ubicó a la víctima y victimario en la esquina de la casa de S., debajo de un palo, agregando que J. estaba en la parte alta de la vereda al disparar. Por último tachó de contradictorio, con lo narrado en la etapa preparatoria, el testimonio de M. A. que, además en el debate, confundió los nombres de víctima y victimario incurriendo en inconsistencias insalvables.

A criterio del impugnante, los tres primeros ubican en distinto lugar al tirador lo que genera una duda razonable que debió evaluarse en el caso.

Desarrolló extensamente su desacuerdo con la evaluación realizada por los jueces de la pericia criminalística, elaborada por A. M., atento su falta de correspondencia con los testimonios recibidos.

Finalmente, solicitó se modifique la calificación quitando la agravante del art. 41 bis. Para ello, invocó antecedentes jurisprudenciales de esta Cámara que, en diversos casos tratados, se ha expedido respecto de la afectación producida por la norma a los principios de legalidad y proporcionalidad de la respuesta punitiva.

En la audiencia, realizada para dar trámite a la impugnación, sostuvo y amplió sus agravios.

El Dr. Nápoli, por el Ministerio Fiscal, defendió la sentencia, entendiendo que fueron producto de un análisis profundo, serio y conteste con la prueba producida en el debate. Respecto de la agravante del 41 bi9s del CP, solicitó se mantenga la calificación, conforme la teoría del leal acatamiento, evitando así el dispendio jurisdiccional que conllevaría el recurrir por vía extraordinaria.

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

El Juez R. Adrián Barrios dijo:

1. Ya fueron expuestos los antecedentes del caso y los agravios vertidos por la defensa del condenado por lo que pasaré a dar los fundamentos de mi voto, que llevará el orden del recurso.

2. De la supuesta errónea valoración de la prueba producida.

Podemos sintetizar el ataque del pretenso a la sentencia en dos puntos: el primero se refiere a que, de la prueba testimonial producida en el debate, de los cuatro testigos escuchados, surgirían contradicciones que no habrían sido tenidas en cuenta por el Tribunal. El segundo, que la pericia realizada por la licenciada A. M., ofrecida en la acusación por el representante del MPF fue valorada y descartada por el Tribunal de juicio, violentando con ello el debido proceso y la defensa en juicio, máxime que no se hizo lugar a un pedido de la defensa de realizar una pericia balística.

2.1.1 Del primer punto, desde foja 142 vuelta a 143 vuelta, el juez Fabio M. ha transcripto los dichos relevantes de C. R. S., L. M., M. E. P., e incluso M. A., de los cuales siendo todos testigos presenciales del hecho, y pese a descartar correctamente los dichos de la última

persona mencionada, lo convencieron de la dinámica fáctica que llevó a la muerte violenta de la víctima.

Adunó a estos dichos, el resultado positivo del allanamiento a la vivienda del imputado, y por el cual se secuestrara: un revólver que a posteriori arrojara como resultado que era apto para el disparo (pericia balística de foja 41/50), y que había sido disparado recientemente (pericia de foja 81/83); y también cinco vainas servidas, de las cuales una, junto a dos que aun estaban en el arma, habían sido percutadas por ella.

El sentenciante le dio vital importancia a la declaración de C. B., que, el día del hecho, entrevistó a P., y a S., y el primero le dijo que el autor del disparo era una persona llamada J. alias *D.* .

En punto central al agravio que se analiza, el juez dijo *"…Respecto a las supuestas contradicciones que la defensa técnica advierte en las declaraciones de los testigos presenciales (S., M., y P.,), considero que en líneas generales la versión de los acontecimientos expuesta por dichos testigos es coincidente. Los tres son contestes en señalar al acusado como el autor del disparo mortal contra C., Sus relatos impresionaron como sinceros, verosímiles, no advirtiendo la existencia de intereses espúreos que pudieran haberlos motivado a tergiversar los hechos o a exponer situaciones que no hayan vivenciado."*

En punto al descarte de los dichos de A., el juez dijo que habían sido extremadamente confusos, contradictorios con declaraciones previas en la etapa instructoria, por lo que parece muy razonable no haber dado a sus aseveraciones carácter incriminatorio.

2.1.2 Por su parte la doctora A. L. S., correlacionó la prueba producida, tomando como referencia el acta policial labrada por personal de la Comisaría Tercera, que detalla la presencia en el lugar de M. P., C. R. S. y M. A., con una persona delgada de pelo lacio de 1.70 de altura, que se retiró sin ser identificada.

En punto concreto a la autoría penalmente responsable, memoró las afirmaciones de los testigos escuchados, y de los que se pretende imponer duda en el recurso, para la juez resultó fundamental la testimonial de C. R. S.. También trajo en su voto los dichos de M. E. P., C. A. B., y L. M., Sobre lo manifestado por esta última dijo *"…la testigo impresionó a la suscripta como una testigo imparcial, muy creíble, que brindó su relato en forma segura y dando cuenta de su ubicación privilegiada para observar el desarrollo de los hechos; por otro lado, se trata de la única testigo de la que no se ha acreditado que hubiese bebido alcohol esa noche, lo que da aún más seriedad a la versión relatada."*

Al igual que M., para esta juez, M. A. no resultó convincente debido a que confundía algunos aspectos.

En cuanto al punto del agravio de la defensa, la magistrada dijo: *"…Al valorar todas las declaraciones reseñadas; cierto es que no han existido divergencias sustanciales respecto de las dichas de los distintos testigos oídas en audiencia. Han concordado plenamente en cuanto a que se encontraban en la vivienda de S., tomando una cerveza, tanta C., P., el dueña de casa y aunque perimetralmente, también M. A.; que en determinado momento salió C., y encontrándose sobre la vereda de la casa, luego de discutir con C., quien se le iba acercando, sacó un arma de fuego y le disparó a la cabeza, ingresando luego de nueva a la vivienda y deshaciéndose del arma,…."*.

2.1.3 Por último, el doctor Cesar Marcelo Zaratiegui en su voto dijo que, como es de rutina en casos de homicidios, las distintas divisiones de la policía conjuntamente con la fiscalía se abocaron a la dilucidación del caso e identificaron a cuatro personas de una casa de la esquina: M. P., C. R. S. y M. A. El cuarto se retiró sin lograr ser identificado.

Valoró lo manifestado por C. B. quien escuchó decir a P., que estaba afuera con S. y vieron a J., alias "el D.". Que apareció la víctima, comenzaron a hablar y J., sacó un arma, le dijo que se vaya y después le efectuó un disparo con el arma.

También incluyó las afirmaciones de C. R. S., Al consultarle sobre el conocimiento que tenía sobre el hecho respondió que observó cuando "*Le pegó el tiro a C.", que "estaba en mi casa…. llegó T. P., y me pidió permiso para hacer pasar a un amigo, y lo hizo pasar*"; "*…entraron a mi casa y se pusieron a T., una cerveza, estuvieron 10 o 20 min, y salió para afuera ,el invitado de P.,* (que identificó como J.) *y se para en la esquina y dice párate que te vaya matar y ahí al rato la explosión, una sola*".

Por otra parte, también estimó las afirmaciones de M. E. P., y de L. M., de claro contenido incriminador hacia el acusado. Respecto de lo dicho por M. A., coincidió con sus colegas en descartarlo por considerarlo contradictorio y confuso.

En cuanto al punto que se está analizando, el juez Zaratiegui ha sido muy concreto al responder a quien hoy impugna diciendo: *"….en punto a las presuntas contradicciones de los testigos que declama el Defensor, no las he advertido. Ha señalado el letrado que tanto M., como P., lo ubican disparando sobre la vereda, mientras que S. habría observado a víctima y victimario "frente a frente".*

2.1.4 Como fácilmente se colige de los votos revisados, cada juez penal ha dado detalles concretos de cómo han efectuado la ponderación de los dichos de los testigos, y con ello se evidencia que existió un pormenorizado desarrollo de los elementos que cada magistrado tuviera en cuenta para arribar, con acierto, al estadio de certeza de los hechos por el cual triunfara la teoría del caso fiscal.

Y tengo para mí que lejos está ese análisis de una errónea valoración de la prueba.

Si bien es dable reconocer que han existido diferencias en algunas afirmaciones entre las versiones de los testigos (he de volver sobre este punto, cuando analice el siguiente); creo que ha sido sobre cuestiones posibles de ser confundidas o acaso olvidadas en atención a la ingesta de alcohol y horas de ensueño que rodeó el hecho y tuvo como constante al grupo. Ello ha sido debidamente ponderado por el tribunal A Quo.

He dicho en otros precedentes que "*en materia probatoria, se requiere que el contenido de la declaración de la persona que concurre a un debate, se circunscriba a lo advertido por alguno de sus sentidos en forma personal y sin intermediarios, a fin de no romper la conexión entre el sujeto que percibió viendo o escuchando, y el objeto de la percepción que se pretende probar. Ello así, básicamente, tanto para que la contraparte pueda contraexaminar la versión traída al Tribunal que debe juzgar, como para que este pueda corroborar la credibilidad de dicha versión por parte de quien la da.*"

En lo central del evento juzgado, relacionado a como sucedió y sobre todo, a quien lo cometió, son coincidentes las versiones de los testigos. No solo es posible sino muy común que los testigos confundan o duden de ciertos detalles que integran una situación traumática como lo es la que ventilara en el debate, y recuerden sin dudar otros elementos, como al autor de una acción violenta.

En este peldaño del recurso, merece remitirse a los fundamentos que diera el doctor Zaratiegui y los cuales comparto: "*…no puede exigirse una correspondencia absoluta entre todos los testimonios, porque la percepción y memoria de las personas es única, y así como algunos recordaran con mayor nitidez algunos detalles (la mano con la que disparaba o de donde extrajo el revólver) otros pudieron retener alguna otra circunstancia (por caso qué acción, realizó para abrir la "tranquerita" y egresar de la*

vivienda o que palabras utilizó para detener a quien sería la víctima: "párate que te vaya matar")

Valga como aclaración que disipe dudas: no es que se les crea algunas cosas y otras no a los testigos, es que se considera posible y razonable que conserven en su memoria algunos detalles, los nucleares, por sobre otros, de contexto.

Por otra parte, P., y S. coincidieron en dar exacta individualización a los preventores que primero llegaron al lugar, inmediatez y concurrencia que supone que no se han puesto de acuerdo para acusar falsamente a una persona. Por ello, creo que no es dable sospechar de mendacidad de los testigos, o interés en perjudicar al imputado.

Por todo ello, tengo para mí que el Tribunal A Quo ponderó correctamente la prueba producida en el debate, y que lo llevó a no dudar de la autoría del acusado, dando fundamentos claros y racionales de la certeza arribada; lo que me determina a votar por la confirmación la sentencia.

2.2 En cuanto al segundo punto del agravio, cual hicieron los magistrados integrantes del tribunal, cierto es que la pericia sobre la mecánica del hecho, efectuada por la licenciada A. M., (ver fojas 72 a 80) ofrecida por el Ministerio Publico Fiscal, no coincidió con los testimonios referenciados en el punto anterior.

Sin embargo creo que los magistrados, amén de haber dado el correcto alcance a aquellos testimonios, también dieron correctas razones para no tener en cuenta las conclusiones de la perito.

2.2.1 El juez M. parte su análisis de una indiscutible verdad: que las conclusiones descriptas por los peritos resultan ser una hipótesis probable de la mecánica del hecho.

Luego que aclarara la licenciada que, para desarrollar su labor, tomó en cuenta la autopsia médico legal, las fotografías tomadas en el lugar del hecho y la inspección de las ropas que llevaban víctima y victimario, la tarea ponderativa del juez le otorgó mayor peso de conocimiento a

los dichos de los testigos por sobre los de la idónea. Y ello es correcto.

2.2.2 La juez S., compartió el mismo itinerario intelectivo del colega, diciendo que la pericia debía de ser descalificada por infundada y poco seria, al comparar sus conclusiones con la producción de la prueba en su totalidad.

2.2.3 Por su parte el juez Zaratiegui dijo que si la única, exclusiva y excluyente conclusión fuera la que determinó la perito, le asistiría razón al defensor por cuanto entrarían en crisis las declaraciones de los testigos que presenciaron el ataque de C.,. No obstante la perito no tomó en cuenta los testimonios, y del lugar de los hechos solo vio fotos, por lo que sus conclusiones solo son una hipótesis probable.

2.2.4 Palmaria razón asiste a los jueces que tuvieron en cuenta, en su análisis, que M., no concurrió al lugar de los hechos, cosa que preocupó, con toda razón, a la doctora S., cual lo dejó asentado en su voto.

Los jueces concurrieron al escenario delictual y pudieron verificar, in situ, la diferencia de altura entre la vereda de S., y la calle E., lo que justifica las variaciones en las declaraciones y, acaso, de la conclusiones de quien debió dar un dictamen mas serio y profesional. Tome nota de esto para futuras intervenciones el Ministerio Publico Fiscal.

Otra vez Zaratiegui trajo las palabras precisas: *"…sin una adecuada inspección del lugar del hecho (también conocido como "escena del crimen") se acentúan las deficiencias en las conclusiones, aún a modo de simples hipótesis, … pues aquella constituye uno de los aspectos básicos a tener en cuenta en la elaboración de cualquier experticia que presuma de cierto rigor técnico."*

Sabido es que los dictámenes periciales deben quedar sujetos a la apreciación judicial, ya que no tienen un

poder de verdad absoluto que obligue a los jueces con sus conclusiones. Por ello, que su declaración no haya sido tomada en cuenta por los jueces, pese a haber integrado el cuadro de evidencias de la acusadora, no vulnera ninguna garantía del encartado como afirma el impugnante.

Todo testimonio, aun los prestados por testigos expertos como es el caso de los peritos, debe ser sometido a un test de credibilidad serio por parte de quienes deben decidir y puede, tras ello, ser descartado en base a la desacreditación del mismo testigo, o del testimonio. Nuestro código procesal establece el sistema de libre valoración de la prueba, el tribunal puede creer o no a un testigo en particular. La carga de los jueces es ponderar, lógica y racionalmente, el valor de convicción del testimonio, fundando su decisión al momento de redactar el fallo. Se ha dicho que *"todos los testigos valen"*, pero *"su peso"* dependerá de las condiciones de credibilidad específicas de cada caso.

En el caso de M., el descarte y valoración negativa de los magistrados se basó, no en su persona, sino en sus dichos.

Pese al apartamiento de esas conclusiones, los jueces igualmente llegaron al estado de conocimiento de certeza, bien justificado en los fundamentos de cada voto; certeza que sabido es *"….aquel estado individual, en que el espíritu adhiere firmemente a la verdad contenida en el juicio, no teme equivocarse, no teme errar, es como si nos arrastrara la evidencia que nos provoca esa adhesión. Estamos seguros de la razón que invocamos, que excluye por completo el temor de una verdad contradictoria. Es una actitud que adoptamos por la aceptación incondicional de un conocimiento adquirido" (Conf: Raúl Ábalos, "La Verdad Real", pp. 84 y 85, citado en Raúl Washington Ábalos, Derecho Procesal Penal, T. III, Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 276, primera edición, año 1993, Chile).*

Tras la deliberación de este Cuerpo, he de coincidir que la mentada pericia criminalística no poseía entidad

suficiente que supere la etapa intermedia del proceso por lo que, ya en esa audiencia preliminar, debió de ser descartada.

3. Agravio que se refiere a la inaplicabilidad de la agravante genérica prevista en el art.41 bis del código penal a la figura del homicidio simple.

En cuanto a este punto he de mantener el criterio que sostuve como juez penal, y que actualmente como juez revisor sostengo, que estima que la agravante puede válidamente ser aplicada en estos casos.

Así es, sin perjuicio de que la aplicación de la agravante genérica prevista en el art.41 bis del C.P (empleo de arma de fuego) en la figura del homicidio puede ser válidamente discutida, toda vez que dicho delito tiene incluida la seguridad del daño mayor imaginable contra las personas como lo es la muerte, circunstancia que en alguna oportunidad pude haber compartido, a partir de mi participación en el tribunal de juicio del caso "B., D, y P., M, p.s.a homicidio en grado de tentativa y abuso de armas. Tw" (Carpeta n°3563, Legajo Fiscal n° 33.320), modifiqué mi postura respecto al tema.

En efecto, dije entonces, y sostengo ahora, que es posible la aplicación del artículo 41 bis del Código penal argentino a los tipos penales que no contemplen la circunstancia que la norma prevé como elemento constitutivo o calificante del tipo básico, puesto que es el mayor poder vulnerante del medio empleado para ejercer violencia o intimidación contra las personas, lo que justifica la agravante.

Es posible que la técnica legislativa de insertar una agravante en forma genérica para todo delito de la parte especial en su primer parte sea inapropiada, mas ello no invalida su aplicación. La norma es válida, y de plena operatividad en casos de homicidios del art. 79 del código penal, como ya nuestro Superior Tribunal de Justicia lo

sostuvo en el caso *"B., M. A. s/ Homicidio simple en concurso con abuso de arma" (Expediente 20.107-B-2005) 2006,* en los que se dijo que *"En el hecho, para dar muerte a la víctima, don M. A. B. empleó un arma de fuego. La agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal se atribuye al tipo que pueda ser consumado mediante violencia o intimidación. El tipo que establece el delito de homicidio, indudablemente admite esa forma consumativa y en el caso concreto así lo consideró el tribunal de juicio. El legislador concibió 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 (v.g. 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" (Voto del Dr. Panizzi).* Otro precedente en el mismo sentido de nuestro Alto Tribunal provincial es del caso *"D., D. A. s/ homicidio simple" (Expediente N° 20.083-D-2005-sentencia N° 64/06 del 21/11/06).*

La Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en Sentencia n°74 del 27/08/03 dictada en los autos "N., V. H. p.s.a. Homicidio, etc.-Recurso de Casación", sostuvo el criterio, que este revisor comparte, en cuanto a que es aplicable el art. 41 bis al delito de homicidio simple, pues se trata de un delito doloso, la acción típica sin duda exige violencia en contra de la víctima y la figura penal no contiene en forma expresa dentro de su estructura la circunstancia consistente en el empleo de un arma de fuego *(fallo citado por NADER, A. A.: "Agravante del Art. 41 bis del Código penal y el principio de legalidad" . Revista IN IURE [en línea] 1 de Mayo de 2012, Año 2, Vol. 1. pp.156-175. Recuperado (Fecha de acceso), de http://iniure.unlar.edu.ar).*

Se suma a esta columna jurisprudencial la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, en los autos *"M., L. A. s/recurso de casación. 26/06/07, Causa n°7883, Registro n°874.07.3*, cuando resolvió que es *"correcta la aplicación de la agravante prevista en el art.41 bis del C.P a aquellas figuras típicas que no contienen como elemento constitutivo o calificante la utilización de un arma de fuego, como en el caso del homicidio, que puede llevarse a cabo por cualquier medio".*

Por los argumentos detallados, mi posición respecto al agravio coincide con la desarrollada por el tribunal de condena, y por ello mi voto es por la confirmación de la aplicación de la agravante prevista en el art. 41 bis del código penal a la figura de homicidio simple del art.79 de mismo plexo legal.

4. Con ésta consideración, a la revisión de las circunstancias agravantes y atenuantes estimadas en forma coincidentes por los tres magistrados, sin perjuicio de que no fuera motivo de agravio, entiendo que la pena impuesta resulta ajustada y merecería ser confirmada.

5. Propongo la imposición de las costas del proceso al acusado (arts. 239, 240, 241 y concordantes del C.P.P), y regular los honorarios profesionales de la Defensa particular, en un 30 por ciento de lo regulado en la anterior instancia, por la labor desarrollada en la presente etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII-15, antes decreto ley 2.200.

Así voto.

El juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1. Transita básicamente el agravio del Sr. Defensor en manifestar su disconformidad con la sentencia condenatoria al entender que al descartar las conclusiones de la pericia sobre la dinámica del hecho reproducida en el debate, y preferir los Jueces Penales dar crédito a los testimonios

oídos que ilustraron el suceso ventilado de otro modo, se valoró erróneamente la evidencia.

2. En efecto, de la lectura de la sentencia impugnada surge con claridad que los Jueces del debate coinciden en desacreditar la pericia de marras.

En primer lugar, el Juez Minatta, afirma que *"debe decirse que la propia perito refirió en el juicio que la mecánica del hecho descripta en su experticia se trata de una hipótesis probable. Que para arribar a dicha hipótesis analizó la autopsia médico legal, las fotografías extraídas en el lugar del hecho y la inspección de las ropas que llevaban víctima y victimario. Pero aclaró que el cuerpo de la víctima no es un maniquí inanimado, sino dotado de movilidad, como asimismo que el brazo armado puede alcanzar distintos planos. Por ello habla de probabilidad y no de certeza. Por otra parte, esta hipótesis brindada por la perito no halla correlato en ninguno de los tres testigos presenciales del episodio (P., M., y S.), quienes sí bien ubican a víctima y agresor de frente, los sitúan a ambos de pie. Tanto M., como P., (S. no fue contundente al respecto) sostuvieron que el tirador se encontraba en un plano superior en altura respecto a la víctima, puesto que estaba parado sobre la vereda exterior a la casa de S., la cual está a una mayor altura que la calle E. -circunstancia ésta que pudo apreciarse en la inspección ocular que realizó el Tribunal- donde quedó finalmente tendida la víctima…".*

Luego la Jueza S., en el mismo sentido, dice: *"En cuanto a la pericia criminalística sobre la mecánica del hecho de fs. 72 a 80, efectuada por la misma M., cierto es que sus conclusiones no se condicen con la versión uniforme dada por los testigos. Llama poderosamente la atención de la suscripta que al referir los elementos tenidos en cuenta para labrar la pericia, no haya concurrido al lugar de los hechos, lo que aceptó al momento declarar y ello es definitivamente de una relevancia indiscutible. Veamos. El testigo P., describió como así también el Tribunal pudo*

observar directamente, la marcada diferencia de altura existente entre la vereda y la calle a la altura en la que se encuentra enclavada la vivienda de S., esto es, desde el lugar en el que disparó C., quien se ubicaba (según la totalidad de los testigos) en la vereda desde un plano superior, respecto del lugar en el que se hallaba la víctima sobre la calle. Cierto es que la perito refirió que las conclusiones de su pericia configuran una hipótesis probable -en cuanto a que la víctima le golpeó la cabeza, cayó sobre sus rodillas y en esa posición recibió el disparo-, pero definitivamente, luego de haber transcurrido el debate y que se produjera la prueba en su totalidad, considero que actuación de la perito en la pericia criminalística al menos, debe ser descalificada en totalidad por resultar infundada, para no decir que ha resultado poco seria a criterio de esta Magistrada…".

Por último, el Juez Zaratiegui, en un todo de acuerdo con sus colegas, estimó que *"…la licenciada M.,, ante preguntas que se hicieron indicó: "Por las imágenes de las manchas hemáticas y distintos indicios, lo más probable es que la víctima, haya estado de rodillas. No se tO.on en cuenta testimonios, al lugar del hecho no fue, solo vio las fotos…",* afirmando que*: "…La pericia no es categórica ni indubitable, por ej. el cuerpo no es rígido, los cuerpos se mueven…". Que entonces la conclusión a la que arriba fue tan solo una hipótesis, y así lo plasmó en la foja 79vta de su experticia: …Que entonces, si no concurrió al lugar del hecho, no tuvo oportunidad de comprobar la diferencia de altura que, existe entre la vereda de la casa de S., y la calle E., que fue afirmada por los testigos del incidente mortal y corroborada por los miembros del Tribunal al momento de realizar la inspección ocular, tal como fuera solicitado por la propia defensa de C.,. Que sin una adecuada inspección del lugar del hecho… se acentúan. las deficiencias en las conclusiones, aún a modo de simples*

hipótesis, pues aquella constituye uno de los aspectos básicos a tener en cuenta en la elaboración de cualquier experticia que presuma de cierto rigor técnico…".

3. Resulta elocuente entonces, que los tres magistrados han coincidido de manera categórica, con un razonamiento lógico y de conformidad con la prueba rendida en la audiencia, en desvirtuar las conclusiones de la experta, dando motivación suficiente de por qué estimaron que la teoría fiscal era la adecuada.

4. A la sazón, fundan adecuadamente las razones por las cuales dan crédito a la versión de los testigos S., M., y P., quienes *"…han concordado plenamente en cuanto a que se encontraban en la vivienda de S., tomando una cerveza, tanto C., P., el dueño de casa y aunque perimetralmente, también M. A.; que en determinada momento salió C., y encontrándose sobre la vereda de la casa, luego de discutir con C., quien se le iba acercando, sacó un arma de fuego y le disparó a la cabeza, ingresando luego de nuevo a la vivienda y deshaciéndose del arma…"* (del voto de la Jueza S.,, fojas 23 vta.)

Y no ha sido caprichosa la asignación de credibilidad a los testimonios citados, ya que, por el contrario, se la ha contrastado con otros elementos de prueba que no hacen más que corroborar lo captado por sus sentidos.

En efecto, han hecho mención los jueces del debate que la versión en pugna coincide, en lo sustancial, con las manifestaciones de C. A. B. quien relató que P., en la entrevista realizada al momento de los hechos, le dijo que cuando estaba afuera con S. observaron a J., alias "el D.", que comenzó a dialogar con la víctima, y en un momento J. saco un arma y le dijo que se vaya y le efectuó un disparo, y que luego de ello J. entró a la casa de S., lo que coincide, también, en lo sustancial con el relato de la Sra. M., quien vio al sujeto activo arma en mano entrar nuevamente en la vivienda, arma que, además fue secuestrada por la prevención, horas después del lugar que también S. dice que estaba.

5. No debe olvidarse, contra las pretensiones del recurrente, que *"el perito no obliga al magistrado, quien es libre de aceptar o rechazar total o parcialmente el dictamen"* ("La prueba en el derecho penal"; Cafferata Nores, Depalma, 1988, pág. 83), con la única obligación de fundamentar su aceptación o rechazo observando las reglas que gobiernan el pensamiento humano; en el caso, resulta evidente que los sentenciantes han descartado la experticia *"en su flagrante contradicción con las otras pruebas de la causa…"* (Leone, Giovanni; Tratado, Ejea, 1963, pág. 202), posibilitando así su revisión ante la alzada.

En resumen, se han recibido en la audiencia tres versiones de los hechos que en lo sustancial coinciden en afirmar que el imputado efectuó un disparo contra el occiso, más allá de los dichos dubitativos y contradictorios de una cuarta testigo -que ha sido desacreditada también, en forma correcta, por los jueces-.

Esos tres testigos coinciden en lo básico respecto del hecho central, ubicando a víctima y agresor de frente, ambos de pie; coinciden en el lugar geográfico donde situar el evento, sosteniendo que el tirador se encontraba en un plano superior en altura respecto a la víctima, puesto que estaba parado sobre la vereda exterior a la casa de S., la cual está a una mayor altura que la calle E., y en cuanto a la existencia de un arma de fuego en su poder, elemento que fuera secuestrado donde manifiestan que la escondió y, a la sazón, peritada que fue resultó apta para disparar.

De todo ello, entiendo que resulta un plexo probatorio más que grave y contundente para, no solo desacreditar, como se hizo, las conclusiones de la experta traída al juicio, sino, fundamentalmente, destruir el estado de inocencia del que goza el traído a debate, por lo que corresponde confirmar la sentencia en todos sus términos.

6. En cuanto a la no aplicabilidad en el caso de la agravante genérica prevista en el art. 41 bis, C.P., he de

decir que, a pesar de que en sufragios anteriores he votado en el sentido que el instituto viola el principio de legalidad, por lo que no resultaría aplicable a las lesiones y a los homicidios, repasados en esta instancia los antecedentes del cimero Tribunal local, en el caso **"D., D. A. s/homicidio simple"** (Expte. 20.083-D-2005), entre otros, en el que se ha decidido acerca de su aplicación a casos como el ventilado aquí, no encontrando nuevos argumentos para sustentar mi posición y por exclusivo apego a la "doctrina del leal acatamiento" delineada por el Alto Tribunal *in re* "C. S. L." (Fallos 307:1094), más allá de mi opinión personal al respecto que continuaré exponiendo en la cátedra, es que no haré lugar a la queja del defensor y confirmaré la sentencia también en este sentido.

En cuanto a la imposición de cotas y regulación de honorarios del Defensor, coincido con lo postulado por el primer votante.

El Juez Minatta O. Florencio dijo:

1. La defensa impugna la sentencia, pues estima que se basa en elementos cargosos que son especialmente contradichos por las experticias, de las cuales los jueces no pueden apartarse, toda vez que éstos no tienen el conocimiento idóneo como para hacerlo. Asimismo, peticiona, en subsidio de la absolución por lo dicho, que no se tome en cuenta la agravante por arma de fuego, por resultar inaplicable al caso.

2. No lleva razón la defensa, puesto que los jueces pueden apartarse de los dictámenes periciales, en tanto justifiquen ello, lo que es el caso de autos.

En efecto, existen tres testimonios contestes respecto del hecho nuclear, cual es el disparo por parte del imputado de un proyectil con un arma de fuego sobre la humanidad de la víctima, aún cuando algunos hagan hincapié en circunstancias que los otros no advirtieron, lo que es común, puesto que los testigos no siempre observan exactamente lo mismo. Así, por un lado, S. sostiene que observa claramente el disparo por parte del imputado,

motivando que la víctima caiga hacia atrás, en tanto P., afirma que el imputado saca el arma y dispara, agregando que le habría pegado porque la víctima se desplomó, mientras que L. M., alega que C., saca un arma y le efectúa un disparo.

Si a tales testimonios contundentes en lo nuclear de la acción, se le agrega la verificación de que el arma secuestrada que dejara el imputado es apta para disparar y que las vainas secuestradas en su domicilio se corresponden con las que tenía el arma y, todas, con el proyectil mortal, aunque deformado, tenemos un plexo probatorio harto suficiente, grave y concordante, que sostiene la certeza necesaria como para destruir el estado de inocencia que ampara al imputado, por lo que la sentencia deberá ser confirmada en el punto de la autoría.

3. Capítulo aparte merece el tratamiento de la pericia criminalística, no solamente porque se trajo un agravio a ella referida, sino porque resulta necesario revisar las razones que los jueces dieron para apartarse parcialmente de ella.

En primer término, digamos que, a nuestro entender, la pericia no debió ser admitida como prueba en la etapa intermedia, pues ella no cumple con los estándares que es dable exigir a los dictámenes periciales. Si bien en casi todos los casos los jueces admiten las pericias sin controlar determinados puntos que deben operar como presupuestos de admisibilidad de la pericial, dejando tal control para el momento de la valoración, se trata de una práctica que deberá dejarse de lado en el nuevo sistema adversarial, pues hace depender, en definitiva del buen o mal razonamiento en la valoración la convicción de una probanza, subjetividad que debe limitarse. Esto último se logra controlando, con anterioridad al juicio de valoración, en el momento de la admisibilidad de la prueba pericial, si ella reúne determinados requisitos que hacen a

distintos contenidos que forman lo que se llama la regla de cientificidad, evitándose no solo las dificultades ocurridas en este proceso como consecuencia de una admisión incorrecta, sino también la arbitrariedad jurisdiccional en la valoración de una probanza inidónea para tal juicio.

Por lo anterior, es que en anteriores causas habíamos ya insistido en que el juez de la audiencia preliminar efectúe un control riguroso de la admisibilidad de las pruebas que podrían valorarse en el debate, sosteniendo específicamente respecto de la pericial, los requisitos básicos que ella debe reunir para ser declarada admisible. Así, dijimos que ésta debe cumplir con la regla de cientificidad, que impone controlar si se basa en una teoría científica controlable y falseable, el porcentaje de error en la técnica empleada, comprobando, además, que el procedimiento pueda ser controlado por otros expertos, que haya consenso sobre el método utilizado y relación directa del él con lo que quiere acreditarse. Estos elementos fueron delineados por la Corte norteamericana en el caso *"Daubert vs. Merrel Dow Pharmaceuticals", del año 1993, y ratificados luego en los casos "General Eléctric" y "Khumo",* de los años 1997 y 1999, respectivamente, que motivaron la modificación de las Reglas Federales de Evidencia del año 2000. Para nuestro caso traído a decisión, basta con citar la regla 702 que, entre otras, establece que el perito debe utilizar métodos confiables, es decir, adecuados a las circunstancias del caso. Esto último es precisamente lo que en el caso omitió la perito, al no concurrir al lugar del hecho, como tarea básica e indispensable, a punto tal que debió hacerlo el tribunal del debate luego para dirimir la cuestión.

En fin, ante esta situación, no queda otra que controlar y revisar las razones que los jueces dieron para apartarse del parecer pericial, adelantando que los plasmados son más que suficientes para justificar la no vinculación de tal prueba. En efecto, la cuestión no es muy trabajosa, pues el ángulo de la trayectoria del disparo que

ingresa en la zona craneana de la víctima, de arriba hacia abajo,- del que la perito infiere que la víctima estaba de rodillas- se explica sencillamente por las diferencias de altura en que los protagonistas se encontraban, pues el imputado estaba sobre la vereda y la víctima en la calle y, es lo que explica la diferencia de altura en cuestión, tal como quedó comprobado con la simple constatación del lugar en la inspección llevada a cabo por el tribunal, a pedido de la propia defensa.

En suma, la omisión de la perito de emplear un método básico inadecuado a las circunstancias- haberse apersonado en el lugar del hecho- es la razón que dan los jueces de las diferencias de alturas, lo que priva al informe de la regla de cientificidad suficiente- por lo que debió ser inadmitido- y al testimonio del perito como invalorable y descartable en el punto, por lo que habrá que rechazar el agravio defensista en el tema. *(Cfr., para ilustrarse sobre el tema de las diferencias entre admisibilidad y sus reglas básicas y la valoración de ellas a: SCHIAVO, Nicolás; Valoración racional de las pruebas en materia penal, Ed. Del Puerto, año 2012, capítulo III, pags.16/30; DUCE, Mauricio; La prueba pericial y su admisibilidad en el juicio oral en el nuevo código procesal penal, Revista de Derecho Procesal, nro. 35, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2006 y La prueba pericial, ediciones Didot, Bs As, año 2013)*

4. 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. Es decir, que no se trata de un hecho con doble tipicidad plural- caso del concurso ideal-, 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 dar las razones pertinentes, toda vez que se trata de una cuestión controvertida que aún no ha sido resuelta por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sabido es que cuando un hecho pueda tener más de una pluralidad típica -como en el caso, los tipos acuñados en los artículos 41 bis y 79 del Código Penal- no hay que analizar la cuestión de los tipos en forma aislada sino conforme las relaciones que existen entre ellos, para cuya solución la doctrina ha delineado ciertos principios. En este camino, recordemos las tres reglas básicas que entran en juego en el llamado 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, a la que se le suma 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.).

5. Ahora bien, como en el presente caso 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 o ideal.

Entendemos que 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 persona, 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 M.,. 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.

Concluyendo, 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 formalmente 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 afectaciones 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., págs.830-834).*

En apoyo de esa interpretación, resta decir que 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*).

Conforme todo lo anterior, corresponde revocar la sentencia en cuanto aplica el artículo 41 bis del C.P y asumir competencia positiva, como lo pide la Defensa, situación que corresponde aceptar por no violentarse garantía constitucional alguna. En consecuencia corresponde fijar la pena en el mínimo legal del art. 79 del Código Penal.

En cuanto a las costas y honorarios a imponer, adhiero a lo propuesto por el primer votante.

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

S E N T E N C I A:

1) Rechazar la impugnación ordinaria deducida por la Defensa de J. A. C., a cargo del Dr. A. O. M.;

2) Confirmar la sentencia N° 1670/16 OJTW dictada en fecha 28 de junio del 2016;

3) Imponer las costas del proceso al acusado (arts. 239, 240, 241 y concordantes del C.P.P), y regular los honorarios profesionales de la Defensa particular, en un 30 por ciento de lo regulado en la anterior instancia, por la labor desarrollada en la presente etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concordantes de la ley XIII-15, antes decreto ley 2.200);

4) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

R. Adrian Barrios Alejandro Gustavo Defranco

El Dr. O. Florencio Minatta no suscribe la presente por ausencia posterior al acuerdo. Registrada con el Nro. **29** del año 2016 de la Cámara en lo Penal de Trelew. Conste.

Pilar Sofía Maza
Secretaria de Cámara