En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los 29 días del mes de julio del 2015, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, doctores Omar Florencio Minatta, Roberto Adrián Barrios y Flavia Trincheri, con la presidencia del primero, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados "V., R. psa homicidio-Trelew" Carpeta 5170 OJTw-Legajo Fiscal 49396 MPFTw, con motivo de la impugnación interpuesta por la Defensora Pública Dra. María Ángela Gómez Lozano contra la sentencia Nro. 399/2015 del 18 de febrero del 2015, dictada por los Jueces Alejandro Defranco, Marcelo Nieto Di Biasse y José Alberto García.

El Tribunal condenó a R. A. V. a la pena de diez años y ocho meses de prisión, de cumplimiento efectivo, accesorias legales y costas, como autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego (art. 79, 41 bis y 45 del CP) cometido en perjuicio de Y. J. H. el 5 de noviembre del año 2013, en esta ciudad de Trelew.

La audiencia de impugnación (art. 385 CPP) se celebró el día 29/06/2015 en la sede de este tribunal con la asistencia del acusado y los Defensores Penales Dres. María Ángela Gómez Lozano y Juan Manuel Salgado

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

El Juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Tras sustanciar en audiencia la pretensión impugnativa de la resolución dictada por el Tribunal de Juicio, corresponde ahora revisar la parte de la decisión recurrida

2. Este voto llevará el orden de los agravios cual fueran presentados en el recurso, sostenido por el recurrente, a saber:

a. La arbitrariedad en la valoración y la fundamentación sobre la calificación y la autoría, la ausencia de fundamentación en cuanto a la valoración de la prueba de descargo y la existencia de una duda insalvable. Este punto

fue desarrollado en extenso en la audiencia del art.385 del CPPCh, ante esta Cámara Penal el 29 de junio ppdo.

La defensa manifestó que su pupilo declaró en dos oportunidades en el transcurso de este proceso. Solicitó al Tribunal de revisión que se tenga en cuenta lo manifestado en la segunda declaración que, a su criterio, está apoyada por la prueba producida en el debate. La Dra. Gómez Lozano informó la intención de V. de avalar esa declaración y ampliarla ante este Tribunal de impugnación, lo que así hizo.

El acusado adujo que, previamente al hecho, tenía un conflicto con H. ya que éste había querido usurparle un terreno. Que el día del hecho estaba con su señora y sus hijos en la casa cuando escuchó una discusión afuera, vio a su mujer discutir con él y a H. pegarle con una piedra en la espalda. Dijo que luego de ello su señora entró a la vivienda y H. "desapareció". Posteriormente adujo haber escuchado un tiro, que pegó en la puerta y, considerando que estaban los chicos y su cuñado, salió armado por temor a lo que pudiera hacerle. Que le mandó un mensaje a un policía que conocía. Dijo que H. estaba armado, que le pidió que se retire y que lo vio cuando disparó un tiro a la puerta. Agregó que, dado que H. avanzaba y avanzaba, le tuvo que tirar, que no tuvo opción y no era momento de esperar la llegada de la policía.

Una vez que el Tribunal hubo escuchado a su defendido, la Dra. Gómez Lozano prosiguió con el desarrollo de los agravios.

Manifestó que no se ha valorado el hallazgo de una vaina servida en el ingreso al terreno de la vivienda de V. (secuestrada a fs. 12 del legajo de prueba y que no fue peritada). Entendió que esa vaina pudo haber sido disparada por una pistola y no se tuvo en cuenta que lo que se secuestró a V. fue un revolver, que no eyecta las vainas.

Consideró que no se apreció la declaración de la vecina P., quien mencionó haber escuchado ese primer disparo y luego vio que el joven salió del patio de la casa de V.

A su entender, se omitió considerar lo dicho por el oficial L. El funcionario policial declaró que, en varias

oportunidades, V. lo había llamado manifestando su temor de que esta persona lo agrediera ya que, si bien había un problema de usurpación, el problema de fondo era que la víctima fue la primera pareja de M. C. A., actual señora de V. H. tenía inconvenientes con su ex esposa, había violencia familiar y, por ello, la jueza de familia dictó oportunamente una prohibición de acercamiento de H. hacia su ex esposa y ex suegra. Manifestó la defensora que, en otra oportunidad, V. fue agredido por la víctima y se lo dijo al policía L. Éste le sugirió hacer la denuncia pero "considerando su pasado…" no lo hizo. Opinó que se omitió apreciar además el mensaje que V. envió al policía.

Entendió que no se dio valor a los dichos de la vecina cuando mencionó que V. decía "tranquilízate, tranquilízate", que H. se levantaba la remera y "siguió encarando" Tampoco se tuvo en cuenta, según su criterio, que el menor JB S. escuchó a H. decir "te voy a matar, te voy a matar", en tanto se valoró solamente, de ambas declaraciones, no haberle visto un arma a la víctima y sí a V. disparando.

Consideró arbitraria la valoración de la prueba de dermonitrotest. El tribunal entendió que el resultado positivo, respecto de las muestras de la víctima, es atribuible al hecho de que fumaba, en tanto otorgó valor a la muestra, también positiva, de V., para considerar que había disparado.

A su criterio, este modo de valorar la prueba generó un efecto dominó que impidió tener en cuenta la aplicación al caso de la legítima defensa, postulada por los defensores.

Expuso que hubo en este caso una legítima defensa por parte de V. en tanto se dan los tres requisitos del art. 34 inc 6to. del CP: agresión ilegitima, necesidad racional del medio empleado y falta de provocación suficiente. Con cita de doctrina fundó la actualidad de la agresión y reforzó la posición defensista, solicitando en consecuencia la absolución de V.

b. En segundo término la defensa desarrolló extensamente, con cita de doctrina y jurisprudencia, la

inaplicabilidad de la agravante genérica del artículo 41 bis del CP a la figura del homicidio simple, por afectar principios constitucionales.

3. Del primero, podemos decir que en el voto del doctor José García, al contrario de lo sostenido por la agraviada, sí aparece valorada la circunstancia que refiere la defensa en cuanto a la vaina secuestrada en el lugar del hecho y que, asevera, correspondería a un supuesto disparo efectuado por la víctima.

A fojas 410 de la carpeta, al momento de analizar la materialidad no controvertida del evento, antes de comenzar con el acápite p), el magistrado hizo referencia a las conclusiones que expusiera en el juicio el comisario F. M. C.

Dijo el experto que esa vaina servida, en principio calibre 22, podría corresponder a un disparo. Agregó que hay que tener un arma sospechosa para determinar si era de un revolver o de una pistola, y el juez García valoró lo expuesto.

El mismo magistrado, en el punto q) de la materialidad, analizó el testimonio de la señora M. E. P., reproduciendo las partes pertinentes del mismo, en el que claramente dijo que en ese momento al *"…otro chico no le vio ningún arma."*

De otra parte, en cuanto al agravio esbozado por la defensa de la confusión en la que habrían incurrido los magistrados en el cuadro de causas de justificación tenidos por analizados, en el mismo voto del juez penal mencionado, a foja 414 luce claro el planteo que la defensa oficial de aquella oportunidad, invocara ante el tribunal juzgador. Dijo el Dr. Benítez que la conducta típica no es antijurídica en razón de que V. actuó en legítima defensa de terceros, luego a la legítima defensa propia, como así también en cuanto a que no se secuestró el arma, que podría haber utilizada por H. También dijo que no se secuestró ninguna vaina, pero en la parte de adelante, donde se escuchan dos disparos, se encontró una vaina servida supuestamente calibre 22, que no se peritó.

Dicho magistrado también analizó las declaraciones contradictorias del encartado. En un primer momento había puesto énfasis en que había sido su cuñado, B., el autor del disparo que diera muerte a Y. Y. H., para luego admitir haberle disparado a la víctima, afirmando con ello que lo hizo en una defensa legítima. Este magistrado estimó que los elementos cargosos que *"…echan por tierra las versiones dadas por el legitimado, apoyado por las manifestaciones de su pareja M. C. A., claramente falaces, pues no existe ni un solo elemento objetivo que acredite con grado de certeza que Y. Y. H. haya portado un arma de fuego el día que ocurrieran los hechos, ni mucho menos que haya disparado en el lugar donde encontró la muerte…".*

Por último, en cuanto a la causa de justificación, a fs.424 analizó profusamente la misma, tanto en lo que a la legítima defensa propia se refiere, como a la de terceros.

4. Del voto del doctor Nieto Di Biasse también podemos advertir que las cuestiones de las que se agravió la impugnante, se encuentran debidamente desarrolladas.

En principio, observó en su voto el testimonio de la señora P., en donde a fs.437 fue considerado en el punto de la materialidad del evento que le tocara juzgar. De la misma, al igual que García, tuvo en cuenta que la testigo dijo que *"…el día del hecho al regresar a su domicilio sintió ruidos y una discusión, la que vio por la ventana de su casa. Luego notó por un momento que las cosas se habían tranquilizado, para posteriormente observar que su vecina, que se trataba de M. A.- había recibido un "piedrazo" de parte del joven que resultó víctima del hecho."*

"…Luego de ello, sintió un primer disparo. En cuanto al segundo disparo pudo observar que lo efectuó V., quien estaba en el patio de su casa, notando luego que el joven se agarraba al costado de su cuerpo y que luego cayó en la esquina…"

También Nieto Di Biasse, a partir del quinto párrafo, que se ubica en la foja 438/vta de la carpeta, analizó ambos

supuestos de justificación: legítima defensa propia y la de terceros.

Es más, tuvo en cuenta el magistrado lo que la defensa expusiera ante este tribunal: el temor que V. tenia de la víctima. Ello bien puede deducirse del testimonio del policía L. Todo ello fue considerado por el juez que analizó que, en el hecho, no existía la posible aplicación del inciso 6to del art. 34 del código penal.

5. En cuanto al voto del doctor Alejandro Defranco, leídas detenidamente sus consideraciones, advierto que no solo consideró el testimonio de P. y del menor J. B. S. sino que ponderó, en debida forma, su contenido para dar razón a la teoría de la acusadora en contraposición con la teoría de la defensa.

6. Ahora bien, analizados los agravios, tengo para mí que las cuestiones de la vaina secuestrada aquel 5 de noviembre en el predio en donde ocurriera el hecho, ha sido debidamente descartada por los jueces de merito.

Así es, a fojas 12 del legajo de prueba fiscal consta la parte del acta en que se especifican las circunstancias del secuestro de la vaina, y en ella se lee que fue incautada dentro de una de las habitaciones de la vivienda.

Si tenemos por cierto, como lo ha hecho el A-Quo, que el incidente comenzó en la calle y se extendió hasta la vivienda del imputado, en una atrevida arremetida de quien a la postre resultara víctima, y que éste habría efectuado un disparo con una pistola *(que son las armas de fuego que despiden sus vainas)*, lo lógico sería que esa vaina, presuntamente disparada por H., estuviera en ese patio, y no adentro de la vivienda. Ni el imputado ni la defensa han dado razones valederas para justificarlo.

Tampoco parece haberse certificado en algún punto del predio, la existencia de un impacto o una secuela que haya dejado el proyectil que contenía la vaina percutada por H. Ningún indicio certero que ponga en duda las proposiciones fácticas de la fiscalía u oriente a considerar, como probable, lo que reclama V.

Por lo tanto la posible existencia de un primer disparo efectuado por la víctima, solo existió, en el juicio y a consideración de los magistrados, en la afirmación del encartado: ningún rastro, una vaina secuestrada en un lugar impropio a esa versión, sin origen cierto ni probable, y en contraposición a las afirmaciones de los testigos que prestaron declaración en el juicio.

Aun en el caso que la vaina se hubiese peritado, no concibo un informe del mismo que pueda contener alguna arista de poder suficiente para sostener la versión de descargo, que por cierto, es el segundo del imputado, diametralmente opuesto al primeramente ensayado.

Por ello, el primer agravio sostenido no parece tener directa relación con la versión de descargo del imputado que la impugnante pretende sostener.

7. De otra parte, la defensa afirmó que de la versión de la señora Pena se puede extraer, como conclusión, que el primer disparo que escuchara y no viera podría ser el efectuado por su cliente. Que pasaron unos momentos y, luego si, P. pudo ver el segundo disparo que efectuara V.

De la paciente escucha del testimonio de la señora E. P., se advierte que lo que primero ella escuchó fueron "ruidos", y luego los disparos.

Es más, ante la posible existencia de un arma que haya sido utilizada por H. y luego no se encontrara, como bien sostuvieran los juzgadores que ponderaran la prueba que se les exhibieran, no existe en el plexo probatorio producido ante su presencia, un solo elemento que haga presumir su existencia.

8. De lo referido al testimonio del joven S., prestado en el contexto de una Cámara Gessel reproducido en el debate, se advierte que incluye detalles que confirman la teoría de la acusadora. Al revisar el modo en que los magistrados valoraron ese testimonio observo que realizaron un análisis completo, prolijo y certero para concluir como lo hicieron, y que éste juez comparte.

El Dr. García lo hizo a fs. 424 penúltimo párrafo, el Juez Nieto Di Biasse a partir de fs.437 y vuelta, y el juez Defranco a partir del segundo párrafo de foja 446 vuelta.

A la escucha completa de este testimonio, es dable reconocer que, como afirma la defensa, el menor escuchó que Y. H. decía frases como *te voy a matar.* El contexto de la discusión, de seguro, pudo haber incluido esa intimidación de quien luego resultara víctima.

Sin perjuicio de ello entiendo que la existencia de la amenaza, al momento previo al hecho, en modo alguno alcanza para presumir que H. estuviera armado, y además, haya disparado contra V. como lo afirma el condenado. Como dijeron los jueces, no hay elementos que den cuenta de ello, y resulta acertado descartar entonces, por orfandad de requisitos de la causa de justificación invocada, la existencia de la legítima defensa, en cualquiera de sus versiones.

9. El testimonio del funcionario policial L., fue debidamente valorado por el tribunal, que lo consideró fidedigno. Los jueces estimaron que sus dichos dan cuenta del conflicto que se venía manteniendo entre H. y V., y que incluso pudo tener el móvil del homicidio que se juzgara. Esta prueba no tiene una incidencia directa y tajante ante una causa de justificación, descartada por el Tribunal por falta de elementos. Pese al agravio del recurrente en este sentido, tengo para mí que ello no varía la acción concreta referida al homicidio causado por disparos de un arma de fuego que, en definitiva, constituye la teoría del caso de la fiscalía y la sentencia del tribunal de juicio.

10. También dijo la defensa que el tribunal minimizó la prueba del dermonitrotests que diera positivo tanto para con el imputado como con la víctima.

Si bien es cierto que los votos no hacen mención a ese punto, también lo es que esa evidencia debe ser cuidadosa y delicadamente ponderada al momento de juzgar un hecho de sangre con utilización de armas de fuego.

El dermonitrotest es conocido, en el ámbito forense, como el procedimiento tendiente a determinar la presencia de

indicios que evidencien la utilización de un arma de fuego por parte de persona determinada, mediante la comprobación de la existencia de restos de productos del disparo en la mano del presunto tirador. Es una prueba indiciaria y debe ser evaluada con otras evidencias antes de arrojar un resultado de mérito.

Creo que los jueces eso hicieron: evaluaron las pruebas de cargo de la acusadora en conjunción con los resultados de dicha experticia. De H., ninguna que acredite al menos en grado de probabilidad, la solitaria conclusión del dermo. De V., las demás pruebas que, conjuntamente con la pericia, les permitió arribar, con certeza, a la conclusión de que fue el acusado quien disparara

Creo que, con acierto, se atribuyó a dicha pieza el carácter de indiciaria respecto de la autoría endilgada. Esto me lleva a considerar que, aun en su ausencia, es decir si acaso diéramos razón al agraviante en cuanto a la tan cuestionada pericia, igualmente la certeza de la autoría del encartado está acreditada por las demás piezas probatorias producidas y evaluadas por el Tribunal.

11. En cuanto al 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, por afectar principios constitucionales, he de mantener el criterio que sostuve como juez penal, y que actualmente como juez revisor mantengo, que estima que la agravante puede válidamente ser aplicada en estos casos.

Así es, sin perjuicio 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-B2005) 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 en los autos *"N. V. H. p.s.a. Homicidio, etc. -Recurso de Casación"*, sostuvo también 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).*

A mas abundar, se suma a esta columna jurisprudencial la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, en los autos *"Morales, Luis Alberto 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 estos argumentos que he detallado, mi posición respecto al agravio coincide con la posición 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. En consecuencia considero ajustada la pena impuesta a R. V. de diez años y ocho meses de prisión, de efectivo cumplimiento.

12. Propongo la imposición de costas al condenado y regular los honorarios a los Defensores Penales en un porcentaje del 30% de los fijados en la instancia anterior (art. 241 CPP, 59 y concordantes ley V-90 antes ley 4920).

Así voto.

La Jueza Flavia Trincheri dijo

Los argumentos impetrados por la Dra. María A. Gómez Lozano, defensora de R. A. V., y la base fáctica sobre la que se sustentan se hallan reseñados al inicio, por lo que a ellos me remito y no he de reiterarlos

Tal como solicitara la señora defensora en la audiencia celebrada en el marco del Art. 385 del CPP, no me expediré sobre la primera declaración dada por el señor V., luego de su detención, por lo que también soslayaré la reseña y ponderación que hace, en relación a ella, el primer Juez sufragante, Dr. José García.

En la audiencia de impugnación, V. declara. Luego la Dra. Gómez Lozano adelanta que funda su embate en la arbitrariedad de la valoración de la prueba, la ausencia de fundamentación y en la no valoración de cierta prueba.

Comienza cuestionando que la vaina servida encontrada en la vivienda de su pupilo no fue sometida a pericia. Así, tomando la declaración de V. sustentada –a su criterio- en los testimonios de la señora P. y el menor S., H. habría efectuado un primer disparo, V. repelió la agresión disparando un arma tipo revólver calibre 22 y que la vaina encontrada necesariamente es disparada por un arma de fuego tipo pistola; la que conforme su hipótesis, llevaba consigo H. quien disparó en primer término.

Tal agravio, fue recogido y ponderado en detalle por el Juez Dr. José García. Explica, luego de descartar fundadamente, que V. no actuara amparado por la legítima defensa propia ni de un tercero. Sostuvo que esta hipótesis de la defensa fue sólo una presunción que se descartó como argumento válido para sostener su supuesto. Quienes sufragaron en segundo y tercer término, no se explayaron puntualmente acerca de si hubiera resultado de cargo o no la práctica de tal pericia, pero ilustraron ajustadamente a derecho los motivos por los que desechaban la hipótesis del imputado, por lo que concluyo que haber contado con esa experticia, cualquiera fuera el resultado, concatenada con

el resto del plexo probatorio, hubiera sido de poca relevancia.

Estimo que igual apreciación le cabe a la queja relacionada con el resultado positivo de la prueba de dermonitrotest en la mano izquierda de V. la que encuentran de cargo; y para la víctima, igual consecuencia carece de incriminación y obedece a que era fumador. Sabido es, que los dictámenes que arrojan este tipo de estudio – encontrar restos de pólvora en la palma de la mano- constituyen una prueba indiciaria de relativo valor convictivo, debido a las múltiples razones por las que puede arrojar resultado positivo.

En el caso que nos ocupa, el propio V. reconoce haber disparado, por lo que el resultado confirma sus dichos. Y en lo que respecta al occiso, ninguna probanza acreditó que él tuviera consigo un arma tipo pistola y con ella efectuara un disparo, por lo que no darle mayor entidad a su resultado de dermonitrotest, como hacen los tres jueces, es ajustado a los parámetros de valoración conforme la sana crítica racional.

Los judicantes transitaron esa senda al momento de ponderar la prueba y descartar la legítima defensa alegada en la postura de V. A fin de no sobreabundar no transcribiré la ponderación que cada uno de ellos realiza, pero he de afirmar que coincidieron en una serie de conceptos que, encaminados a reconstruir lo ocurrido, los llevó a desechar la hipótesis defensista ensayada por V. y su letrada.

Así partieron de analizar los dichos de la señora P. y el menor S. concluyendo que fueron complementarios y coincidentes, tomándolos como verosímiles, sin existir elemento alguno para que puedan ser sospechados de parcialidad o interesados en el resultado del proceso. En mérito a estos testimonios, se tuvo por acreditado que hubo un intervalo de tiempo entre la agresión sufrida por la señora A. por la piedra que le lanzara H. y el intercambio ocurrido entre éste y V., que el primero lo provocaba verbalmente, levantaba su remera mientras el encartado le

pedía que se tranquilizara hasta que le efectuó el disparo, H. caminó unos pasos apoyando sus manos en su cuerpo cayendo en un patio vecino.

Lo dicho encuentra sustento en el resto de las probanzas. De las actuaciones policiales surge que, a los pocos minutos de haber sido avisados del suceso, personal policial se constituyó en el lugar, lo inspeccionaron y no encontraron arma alguna –que en el supuesto de V., habría sido utilizada por H.-De acuerdo a lo explicado por los médicos, que examinaron el cuerpo del occiso, la mecánica de la herida fatal que presentaba da cuenta de que el disparo se efectuó a una distancia superior a los dos metros, aunadas a las lesiones de las piernas, producto de su caída al suelo luego de recibir el disparo. Esto, descarta una reyerta previa entre los protagonistas o una proximidad entre ambos que *habilitara legítimamente* -por así decirlo- a V. a utilizar un arma de fuego.

La señora Defensora con cita de la obra de Zaffaroni, Alagia y Slokar, Derecho Penal, Parte General, pág. 595 se explaya sobre la legítima defensa: *"… desde que manifiesta su voluntad de agredir y tiene a su disposición..."*. En el caso que nos ocupa, la manifestación de H. era verbal, sin llevar consigo ni *tener a su disposición* algún instrumento ofensor que pueda consecuentemente tildar de "racionalidad del medio empleado" al uso de un arma de fuego que descerrajara un disparo mortal en la persona de H.

Por mi parte agrego que, contrariamente a lo sostenido por la defensa, *era su vida o la de él*, V. pudo neutralizar de otro modo la provocación y agresión verbal que recibía. En oportunidad de solicitarle *tranquilidad* a su contrincante, pudo haber llamado al "101" como le sugirió el testigo L., quien dio cuenta de la existencia de disputas previas con la víctima, conforme le contara V.

Por lo expuesto, la argumentación fáctica ponderada por el tribunal A Quo, obedece a la tipificación penal escogida, por lo que considero que R. A. V. debe responder por el delito de homicidio simple y este agravio debe ser rechazado.

Por último resta expedirme sobre la aplicación de la agravante del Art.41 bis del CP, la que comparto, habiéndome ya expedido en tal sentido en autos: **"Comisaría Dto. Segunda s/investigación tentativa de homicidio r/víctima M.Á. L. - Trelew" (Carpetas 4.702 y acum. 1977 OJ Tw – Legajos 44.995 y 19772 OUMPF Tw):** *"… Es así que tal norma agrava las penas en los mínimos y los máximos en razón que se trata de la conducta del sujeto y su mayor grado de reprochabilidad por mayor incumplimiento de la ley en atención al medio de comisión empleado y su indiscutible mayor poder ofensivo. Ya no se discute –y coincido- que no debe aplicarse a aquellas figuras penales en las que el arma ya está contemplada como componente del tipo, pero sí –como en el presente caso- en aquellos hechos donde no forma parte del tipo penal. Ello, en consonancia con lo dicho por la mayoría de nuestro más Alto Tribunal en autos "D., D.…" Expte. 20.082/05 donde el Ministro Panizzi expresa: "…de modo que, según el Código Penal Argentino matar con un arma de fuego implica para el agente, una mayor medida de culpabilidad que hacerlo sin ella (con arma blanca o con las manos) aún cuando el bien jurídico protegido sea el mismo.*
Dicho de otro modo, el bien jurídico protegido es equivalente, la culpabilidad del autor, no…"

Expresado esto, resta decir que al encontrar ajustado a derecho la aplicación de la agravante que eleva en un tercio el mínimo de la escala penal, es adecuada la pena impuesta de diez años y ocho meses de prisión para R. A. V. por el delito de Homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego, Arts. 79 y 41 bis del Código Penal.

En cuanto a la imposición de costas y los honorarios de la defensa, adhiero a lo postulado por el Juez que lidera el acuerdo. Así lo voto.

El Juez Minatta Omar Florencio dijo:

1.La defensa se queja porque el tribunal omitió valorar prueba a favor de la versión que de los hechos da su defendido, amén de haber valorado en forma arbitraria la

prueba restante, agravios que fueron detallados por mis colegas y que iré analizando en el desarrollo de este voto.

2. Sabemos de la imputación asumida jurisdiccionalmente en la sentencia condenatoria, por lo que partiremos de la versión que de los hechos da la defensa, toda vez que si ésta tiene alguna plausibilidad, aunque no tenga la fuerza convictiva de la tesis acusatoria, debe prevalecer por mandato constitucional, que obliga, en caso de duda, a estar a lo más favorable al imputado.

3. En esta senda, nos dice el imputado que H. llega a su casa agrediendo a su esposa con una piedra en la espalda, observando la situación y haciéndose de un arma porque le dio miedo la situación, sobre todo porque el agresor ya le había endilgado una paliza tiempo antes. Al estar dentro de su patio, se adelanta, tropieza como cayéndose- previo ser objeto de un disparo por parte de H. que, según creyó, lo había lesionado- por lo que asustado y para defenderse disparó, agregando que el disparo de la víctima dejó como rastro tanto la vaina tirada que se secuestro, como otro que no fue levantado por la prevención. Esta es, en esencia la versión que de los hechos da, sosteniendo que tal alegato tiene su sustento en varios elementos probatorios, que seguidamente analizaremos a los efectos de verificar si efectivamente ellos nos llevan a la certeza sobre la existencia o inexistencia de autoría o, en su caso, a la duda señalada.

a) En cuanto a la existencia de la vaina que se secuestra y del rastro que omitió la prevención constatar, puede decirse que aquella no fue secuestrada en el lugar donde presuntamente fue agredido con un arma de fuego el imputado, en el patio, sino dentro de una de las habitaciones de su domicilio, en tanto la falta de levantamiento de rastros de disparo no fue constatada, es verdad, por la prevención, pero esa sola afirmación respecto de ese hecho, sirve también a la imputación en tanto desmiente la versión del imputado al respecto, no habiendo indicio alguno para suponer alguna animosidad o negligencia grave de los funcionarios en el acto señalado. Estas consideraciones bastan, entonces, para

desechar tales indicios y declarar abstracta la omisión de una pericia en la vaina, toda vez que ello no hubiese quitado un ápice de sostén a lo que venimos afirmando.

b) En cuanto al testimonio de la Sra. P., debe descartarse también la interpretación que efectuara la defensa, puesto que lo primero que escucha la vecina, que observó el disparo de V. y la defección de la víctima, son ruidos y luego los disparos, sin que en momento alguno observara la existencia de un arma en la víctima, dando, como dato concluyente de su acerto, la circunstancia de que la víctima agredía verbalmente y avanzaba hacia el imputado encarándolo, levantándose la remera, no observando arma alguna en su torso o en las manos, luego ingresa al patio y se produce el disparo de V hacia H.

c) La misma fabilidad cabe para la interpretación que la defensa hace de las palabras del menor B. cuanto narra que H. decía "te voy a matar, te voy a matar", puesto que no solo queda claro a quien dirigía las amenazas, sino que tampoco observa arma alguna en la víctima, amén de que es regular y común este tipo de amenazas cuando se trata de reyertas, como la del caso, realizadas en la ofuscación propia de una discusión en la que está de por medio un problema afectivo.

d) De este último conflicto da constancia el testimonio del oficial L., cuyos detalles de escaramuzas anteriores no influyen en lo central del caso, que es la existencia de una agresión armada de la víctima que haya justificado una respuesta del mismo tono, tal como ocurrió.

e) En cuanto a la prueba de dermonitrotest en manos de la víctima e imputado, la existencia o no en manos de ambos, nada cambia la cuestión, pues se puede prescindir de ella ante el contexto probatorio de cargo, es decir, aún descartándose ésta la conclusión no cambiaría el sostén acusatorio, en tanto para el imputado ella aparecería como un solo indicio de su versión que, así, resulta implausible por solitario para inferir razonablemente la versión que de los hechos da el imputado.

4. Todo lo anterior es más que suficiente como para confirmar el estado de certeza de autoría en cabeza del condenado, en momentos en que no se presentaba ninguna justificante de legítima defensa ni propia ni de terceros, toda vez que, sin duda, existió una agresión ilegítima al actuar la víctima voluntariamente lesionando un bien jurídico, como puede ser la tranquilidad e inclusive la integridad corporal de la mujer y que ello no fue provocado por el imputado, pero no existió aquí la legitimidad de la defensa que, para ser tal, no solo debe ser necesaria, sino también racional, extremo que no se presenta cuando se responde a una agresión verbal con un disparo de arma de fuego. No obstante, téngase en cuenta aquí el bajísimo grado de culpabilidad por el acto que se presenta en cabeza del condenado, puesto que si bien no llega su situación a una eximente, se trata de algo cercano a ella, por lo que ya se tiene ganado el mínimo como tope de la pena a imponer. Inclusive, podría el caso presentarse cercano a la posibilidad de perforar en el caso el mínimo legal, pero ello no amerita debate alguno por quedar este juez en minoría al respecto, conforme lo que diré seguidamente respecto de la agravante aplicada que se encuentra establecida en el artículo 41 bis del Código Penal.

5. Respecto al agravio que le produce la aplicación del tipo penal expresado en el artículo 41 bis lleva la 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.

Repetiré aquí, por aplicarse con exactitud al presente caso, lo que oportunamente dijera al emitir mi voto en los autos "V., J. C. s/homicidio r/víctima – Trelew" (Carpeta 3.520 OJ Tw – Legajo 50.714 OUMPF Tw) "*…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.).

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).

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).

6. Conforme todo lo anterior, corresponde revocar la sentencia confirmar la sentencia en lo que hace a la autoría del condenado por el delito de homicidio en concurso real con lesiones graves y revocarla en cuanto aplica el artículo 41 bis. Esta última decisión impone también descontar a la pena de prisión impuesta el plus que se le agregó, debiendo corregirse su monto.

Adhiero a lo propuesto por el juez que lidera el acuerdo, respecto de la imposición de costas y regulación de honorarios.

De conformidad con los votos precedentes, esta Cámara en lo Penal dicta por mayoría la siguiente **S E N T E N C I A:**

1) Rechazar la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica del imputado R. A. V., cuyas demás circunstancias personales obran en autos;

2) Confirmar la sentencia Nro. 399/2015-OJTw dictada en fecha 18 de febrero del 2015;

3) Imponer las costas al condenado (arts. 239, 240, 241 y concordantes del CPP) y regular los honorarios de los defensores penales en un 30% de lo dispuesto en la instancia anterior, por la labor llevada a cabo en esta etapa (art. 59 y concordantes ley V-90 antes ley 4920) y;

4) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

ROBERTO ADRIAN BARRIOS

La Dra. Flavia Trincheri remitió su voto por correo electrónico con firma digital. El Dr. Omar Florencio Minatta no firma la presente por ausencia posterior al acuerdo

(art.331 in fine del CPP). Registrada bajo el número **12** del año 2015.