En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los ocho días del mes de septiembre de 2015, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, doctores Omar Florencio Minatta, Roberto Adrián Barrios y Daniel Luis María Pintos, con la presidencia del primero, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"Comisaría Distrito Segunda s/investigación pto. homicidio r/víctima Z. M. A. – Trelew" (Carpeta 4649 OJTw - Legajo 44224 MPF Tw)**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por el Dr. F. G. en representación de A. O. R. contra la sentencia Nro. 707/15 OJ Tw, dictada en fecha 13/03/15.

El Tribunal, conformado por los jueces penales Darío Rubén Arguiano, Ana Laura Servent y Fabio Monti, condenó a A. O. R., en el carácter de autor del delito homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (arts. 12, 79, 41 bis y 45 del CP.), a la pena de catorce años de prisión, accesorias legales y costas, por el hecho acaecido en esta ciudad en fecha 03 de febrero del año 2013 y en perjuicio de M. A. Z..

El Dr. F. G. en su escrito de impugnación, sostiene que la sentencia que ataca rechazó la aplicación del permiso legal que prescribe el art. 34 inc. 6 en relación con el art. 35, ambos del Código Penal, en base a una valoración arbitraria y contradictoria de la prueba producida.

Al respecto, afirma que no fueron controvertidos los hechos ni la autoría y que la única discrepancia suscitada se acota al momento a partir del cual resulta de aplicación la justificante oportunamente esgrimida, esto es, la existencia de un arma de fuego en cabeza de la víctima, circunstancia que los tres sentenciantes concurrieron en negar su existencia.

Asimismo y para el supuesto de no ser compartido el citado agravio, subsidiariamente cuestiona la pena impuesta a su asistido por no tener correspondencia la misma con las pautas mensurativas que deben regir la misma, conforme las mandas de los arts. 40 y 41 del Código Penal.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 25 del mes de agosto del corriente año en la sede de este tribunal, estuvieron presentes el imputado A. R. junto a su abogado defensor Dr. F. G. y el letrado patrocinante de la parte querellante, Dr. A. M..

En dicha oportunidad, el Sr. Defensor ratificó y amplió los fundamentos que adelantara en su presentación escrita, destacando que la controversia se centró, sustancialmente, en la valoración que los sentenciantes dieron a los testimonios arrimados por el Ministerio Público Fiscal, a saber: M. O. y M. M. y los convocados por su parte: A. S. C., D. C. y C. P..

En orden al testigo M. O., conforme a los aspectos que destacara de su testimonio en el escrito presentado, señaló que es un testigo que realmente relata las circunstancias concomitantes al hecho pero no el hecho, el momento de la consumación. Sí, puso énfasis en el otro testigo de cargo, Sr. M. M. del cual aseveró que es un testigo mendaz por cuanto no existe correspondencia alguna con la ubicación geográfica que afirmó y reafirmó, respecto del lugar donde ocurría el forcejeo entre M. A. Z. con su pareja C. K., para posteriormente dirigirse la víctima hacia el kiosco T., lugar donde recibiera los impactos de bala. En tal sentido señaló que el Sr.
M. situó a la pareja discutiendo en la esquina del pasaje S. d. E. y la A. C. G. B., justamente donde está el kiosco, cuando los testigos C. K. y C. P., sostuvieron que aquélla circunstancia ocurrió en la esquina del pasaje X y la citada avenida, ubicación que

también tuvo por cierta los integrantes del Tribunal. Sobre este aspecto de su testimonio, el letrado sostuvo que el testigo pasó necesariamente por el lugar del hecho, vio circunstancias del hecho, pero no pasó por el lugar del hecho ni vio circunstancias del hecho en el momento que dice que las vio; que el testigo no advirtió, no observó, no vio nada de lo que ocurrió en el momento de los disparos, los pudo haber escuchado pero la distinta ubicación geográfica que señaló con la efectivamente acreditada determina que el mismo no lo ha advertido, no lo ha observado, no lo ha vivenciado.

Seguidamente, cuestionó el tratamiento que los sentenciantes dedicaran a los testigos ofrecidos por su parte, quienes vieron dos circunstancias totalmente diferentes. Por una parte el testigo C. P. sostuvo que observó a una pareja forcejear, que la mujer agarraba al hombre quien trataba de soltarse y dirigirse hacia el kiosco T., circunstancia que encuentra correspondencia con lo que señalara la esposa de la víctima. En relación a dicho relato, el letrado rememoró los eventos generadores del hecho, señalando que como una suerte de chascarrillo “anotálo en la cuenta de mi hermano” “esto te lo paga mi hermano” en alusión a una deuda que tenía su hermano con él como cargándolo, que tal referencia ofuscó a R. generándose una discusión que provocó que la Sra. de Z., la Sra. K., lo retire del kiosco, lo lleve, tirándolo del brazo hacia la calle X, para que luego de un lapso de tiempo regrese Z. al kiosco con el resultado que R. reconoce; que su cliente afirma que cuando vuelve la víctima, le exhibe un arma de fuego y le pretende disparar y es ahí donde el reacciona con un arma de fuego que nunca utilizó pero que la tiene justamente a los fines de robo que pueden acontecer en ese Barrio.

Destacó que dicha circunstancia se corresponde con lo que C. P. declaró haber observado, que vio la discusión de la pareja y observó al muchacho dirigirse hacia el local, que lo vio como que iba portando un arma, como que iba a extraer un arma, que no le dio mayor importancia y siguió, y que luego de que sucedieron todos estos hechos se acercó a lo del padre de R. porque a R. lo conocía, tenía una relación de amistad con él, para decirles que contaran con el para brindar testimonio de lo que había observado.

Por su lado, señaló, el testigo D. C. también dio cuenta de la existencia de un arma cuando sostuviera que lo único que observó fue a una mujer al lado de una persona tirada en el piso, toda ensangrentada con un revólver en la mano, que no había más gente en el lugar, estaba la mujer con una pistola, un revólver y el hombre tirado, siendo ello lo único que vio.

Sostuvo que el Tribunal desmereció dichos testimonios por considerar que no resultan creíbles dado el vínculo de amistad que los une a A. R.; resultando aún mas cuestionables sus deposiciones, el espacio temporal transcurrido desde el hecho hasta la oportunidad en que son invocados por la Defensa en el marco de una audiencia de control de prisión preventiva, cinco meses, cuando debieron ser acercados a la investigación en forma inmediata porque ello favorecería la situación procesal de su asistido.

Al respecto el letrado sostuvo que no tiene la obligación que señalan los Magistrados, ni aún dentro del deber de lealtad de acercar los testimonios si los hubiese tenido en el momento que el Tribunal invoca, por lo que consideró que la observación efectuada por el Tribunal deviene arbitraria.

A modo de conclusión, el Dr. G., entendió que su asistido al menos por un instante estuvo dentro de los parámetros de la legítima defensa, quien efectivamente usó un arma de fuego para, en este caso, impedir. Señaló

que su defendido afirmó que la víctima portaba un arma y que la misma fue gatillada, lo que podría ser interpretado como la otra modalidad de la legítima defensa, la de repeler, pero aún en ambos supuestos el medio utilizado aparece como proporcional,

como razonable a las circunstancias. También, afirmó que su asistido fue victima de una agresión ilegítima, que vieron su inicio en bromas que fueron subiendo de tono y que fueron determinantes del desenlace fatal, no existiendo provocación alguna a la víctima por parte de su asistido. Destacó que efectivamente el mecanismo utilizado terminó siendo en su apreciación temporal totalmente exagerado, que no había necesidad de realizar cinco disparos cuando con uno ya hubiera neutralizado la actitud agresiva de Z., por lo que entiende que discusión debe ser sometida en el ámbito del art. 35 del CP. y en tal sentido interesa al Tribunal.

Concluyó solicitando, para el supuesto que el Tribunal no adoptara el exceso en la legítima defensa que postulara, una merituación de la pena más favorable a los intereses de su asistido, por cuanto considera que la pena impuesta resulta ser excesiva dentro de un marco legal que posee un mínimo de diez años y ocho meses de prisión.

Al respecto cuestionó del Tribunal de condena, que el mismo ha considerado tres circunstancias como agravantes cuando las mismas deben ser atendidas como atenuantes.

En tal dirección señaló que se ha considerado como agravante que su asistido, a escasos minutos del evento, cruzó la calle, se subió a su auto, se fue de la zona y estuvo prófugo por alrededor de diez días para luego presentarse voluntariamente a la justicia. Al respecto

destacó que se probó que las primeras personas que concurrieron a ese lugar fueron todos los fliares. de la víctima, por lo que considera que no existía otra posibilidad que no sea alejarse de la zona en ese momento y ello en modo alguno puede asumirse como agravante.

La segunda circunstancia que cuestiona es que los sentenciantes adjudican a una simple discusión como el móvil determinante del resultado producido. Sostuvo que no se puede asegurar tan livianamente que ello haya sido una simple discusión, pues quedó acreditado que la propia esposa de la víctima lo quiso sacar del lugar, lo quería llevar nuevamente a su domicilio y la víctima volvió; afirmó que se habló de una deuda por estupefacientes y que incluso la esposa de la víctima sostuvo que aquélla discusión fue generada por M. A. Z., quien primero se rió de su representado, afirmando asimismo que lo sucedido era culpa de Gonzalo. En tal sentido, afirmó que lo que se adjudica como una simple discusión, de un móvil que parece intrascendente, en el momento no fue así, y por el solo hecho de que eventualmente fracase la justificante invocada en la parte dogmática, entendió que debe necesariamente ser considerado a nivel de reproche penal como una atenuante y no como agravante.

Como última circunstancia que observara del Tribunal, es que se ha considerado que la calidad de instruido, de la educación y de la posición social de su asistido, agrava el reproche penal. En tal dirección, señaló que del modo en que ocurrió el hecho, no se presenta como un hecho propio de premeditación, de raciocinio, sino del calor del momento. Estos hechos se producen muy lejos de lo que puede llegar a significar la educación, la posición social y la instrucción, sino que es desgraciamente el calor del momento, esa discusión que ocurre a diario hasta por una discusión por una infracción de tránsito, por un lugar de

estacionamiento, por la obstrucción de un garage que generan estas discusiones entre vecinos y culminan con este resultado. En base a estos argumentos solicitó al Tribunal, en forma supletoria, se aparte de las consideraciones que han realizado los jueces del debate, que posibilite acercarse al mínimo legal.

A su turno, el abogado patrocinante de la Querella, Dr Abdón Manyauik solicitó se confirme la sentencia en todos sus términos, surgiendo de ella que

los jueces han efectuado un análisis pormenorizado de todo el plexo probatorio.

Invitado el imputado A. R. a hacer uso de la palabra, el mismo manifestó que no lo haría.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Roberto Adrián Barrios, Omar Florencio Minatta y Daniel Luis María Pintos.

El juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Corresponde ahora revisar la resolución del 13 de marzo de septiembre de 2015, registrada bajo el numero 707/2015, tras haberse sustanciado en audiencia la pretensión impugnativa del condenado A. O. R., por la cual se lo condenara a la pena de 14 años de prisión, por considerarlo autor material y responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego (art. 79 y 41"bis" del Código Penal).

A efectos de evitar reiteraciones innecesarias, no he de volver sobre los antecedentes del caso, puesto que ya han sido reseñados al inicio de esta sentencia. Sin embargo sí he de detallar los agravios del recurrente a efectos de desarrollar prolijamente su análisis y dar orden a éste voto.

1.1 La defensa basó su impugnación en los recaudos previstos en los incisos 2, 3, 4, 5 y 8 del arto 372

del C.P.P.Ch. toda vez que, a sus dichos, la sentencia aparece como carente de motivación suficiente, por haberse valorado la prueba de manera arbitraria y contradictoria.

Comenzó la agraviante tanto en su escrito recursivo como en la audiencia respectiva, diciendo que como se plantearon las teorías del caso, tanto por el Ministerio Público Fiscal, la querella y la propia defensa, resultaba innecesario realizar algún análisis respecto la materialidad y la autoría del hecho, ya que tal punto mereció aquiescencia. Que el ámbito de la discusión se centró en la antijuridicidad, que es la que propuso esa defensa desde el inicio del proceso.

Afirmó que ha existido por parte de su cliente un exceso en el marco de una causal de justificación, la cual se corrobora bajo el sostenimiento de la existencia de un arma de fuego en cabeza de la víctima.

De esta manera, toda la controversia gira respecto de este extremo central, y sobre el alcance que se le ha dado por parte de los señores jueces del Tribunal de Condena a este punto.

Siguió diciendo el letrado que las valoraciones probatorias han transcurrido en el punto controvertido, en relación a los testimonios de cinco personas: M. O., M. M., D. C., C. y C. P..

Dijo que el testigo Osorio bastante poco aportó al caso. Que relató circunstancias concomitantes, mas del hecho muy poco.

Atacó fuertemente la versión del testigo M. acusando que es un testigo falaz, que incurrió en la mendacidad en su declaración, ya que a la luz de la lógica y de la experiencia, no es posible que las cosas hayan ocurrido como los relató en el debate. No advirtió ni vio nada de lo que ocurrió en el momento de los disparos. Esto motivó a que la defensa haya hecho una serie de preguntas, a las que respondió que vino de su casa hacia avenida De Los Trabajadores, a poca

velocidad, en primera, a vuelta de rueda, casi sin movimiento. El doctor A. dijo que cuando una persona habla así, tiene que ver con una suerte costumbrista de hablar, pero no significa que haya sido así, exactamente, como ocurrieron las cosas.

Luego la defensa se refirió a los testigos P. y C., que dieron cuenta de circunstancias diferentes.

La versión de descargo habla que la víctima fue a comprar al negocio del imputado, y como riéndose, Z. le dijo anótalo a nombre de mi hermano. Eso ofuscó al imputado, que le dijo que no se ría porque

estaba enojado, y lo que originó en definitiva una discusión. Que la señora de la victima lo tiraba del brazo hacia la calle X. Que luego Z. regresó al kiosco con un arma de fuego, con el resultado que R. reconoce.

R. dijo que cuando volvió la víctima, le exhibió un arma de fuego, con la que pretendió disparar, y fue por eso que disparó. El arma de la victima nunca llegó a dispararse.

Según la defensa, el testigo P. confirmó esto, ya que dijo que la víctima iba como portando un arma, así se lo dijo al padre de R.. Sumó la agraviante a esto el testimonio de C.: lo único que vio fue a la mujer, al lado de una persona tirada en el piso con un revolver en la mano.

El tribunal restó valor a estas versiones, atacando la coherencia interna de los relatos, valiéndose de la amistad de los testigos con R., y del hecho que aparecieron cinco meses después del hecho. La defensa enfáticamente ha disentido con esto diciendo, en primer término, que no tiene obligación de acercar los testimonios en el momento que el tribunal invoca, por lo que estas personas hayan aparecido cinco meses

después y así haya sido desmerecido, constituye un punto arbitrario de la consideración del Tribunal.

Por otra parte, dijo el impugnante que el personal policial mencionó que en el lugar del hecho, que fue la mujer la que dijo que todo ésto fue culpa de Gonzalo, y esto de seguro por la deuda que el mismo tenía para con R.. Pese a ello, el Tribunal de condena tuvo esto como un móvil intrascendente.

La defensa concluyó que al momento de analizar el exceso, al menos por un segundo, estuvieron presentes dentro de los parámetros de la legítima defensa, los requisitos del mismo. La reacción fue exagerada, no debió de haber disparado mas de una vez, por ello, la discusión se debe someter dentro del art.35 del CP.

1.2 En forma supletoria, la defensa dijo que aún teniendo por acreditados los extremos probatorios esgrimidos por al A Quo, se ha impuesto una pena excesiva conforme los parámetros mensurativos otorgados por los arts. 40 y 41 del código Penal, aplicando entonces erróneamente la ley penal, por lo que requirió una pena mas favorable.

En un marco en donde el mínimo es de 10 años y 8 meses de prisión, su cliente fue condenado a la pena de 14. La rebaja se argumenta en que los jueces, pese a las distintas formas de mensurarlas, basaron el monto en el hecho que R. se fuera de la zona imputado por 10 días y luego se presentara voluntariamente a la Justicia. Fue considerado un agravante, cuando según la defensa no se debe perder de vista que las primeras personas que concurrieron al lugar fueron los familiares de la víctima, por lo que es evidente que no existía otra posibilidad para R. que no sea la de alejarse de la zona.

De otra parte, el letrado disiente de la trascendencia que se le dio al móvil. Dijo que no se puede asegurar que esto haya sido una simple discusión: la esposa de la víctima lo ha querido sacar de ese

lugar, llevar al domicilio y sin embargo la victima volvió. Se hablaba de una incumbencia de una deuda por estupefaciente. Esto fue generado por M. A. Z., que se rió del imputado y luego echó la culpa a G. A. lo sumo puede esto ser una atenuante y no un agravante.

2. Tras deliberar con los distinguidos colegas con quienes integro este Cuerpo, resulta necesario sumergirse en los fundamentos que los jueces penales han desarrollado en cada uno de sus votos respecto al punto de la denunciada falta de motivación suficiente, por haberse valorado de manera arbitraria y contradictoria la prueba.

Sabido es que la motivación de las resoluciones judiciales, consiste en el desarrollo completo y claro de los fundamentos de una decisión por quienes la toman.

Esa carga que pesa en los magistrados, tiene por fin a dar a conocer al justiciable, principal destinatario de la misma, la información que tiene que ver con el destino de su libertad, su honor, su propiedad, en definitiva su vida. Contrario sensu, la falta de argumentación o su deficiente fundamentación, puede acarrear las acciones impugnativas con eventual declaración de nulidad de la sentencia.

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

2.1 El hecho tenido por probado por el Tribunal AQuo, es el ocurrido el "…el día 03 de febrero del año 2013, momentos antes de las 20:20 hs. aproximadamente, cuando la víctima M. Á. Z., junto a su pareja C. K., se apersonaron en el Kiosco que gira bajo la razón social T., sito en calle C. G. B. ***, (esquina S. d. E.), Barrio S. M. d. esta ciudad, con el objeto de comprar cigarrillos y galletitas. Al llegar al kiosco de mención fueron atendidos por A. R., quien le recrimina a la victima una deuda que tiene su hermano Gonzalo con el imputado, concretamente le dijo "...Todos Uds. Son lo mismo ...vos y tu hermano son la misma mierda y ese gil me debe plata, y alguno de los dos va a tener que pagar ..." En esas circunstancias se origina una discusión entre M. Z. y R., lo que motivo la intervención de la ciudadana C. K., quien tomo del brazo a la víctima y lo condujo hacia la esquina. En ese momento el encartado sale del Kiosco y dirigiéndose a Z., le manifiesta "Puto, cornudo ...te voy a matar a tu hija ...", lo que provoca la reacción de la victima que vuelve hacia el Kiosco donde se encontraba el victimario, y cuando se encontraba a una distancia aproximada de dos metros el encartado munido con un arma de fuego, sabiendo lo que hacía, conociendo el poder vulnerante del arma que portaba y con intenciones de provocarle la muerte, efectúa varios disparos en dirección a la humanidad de Z., impactando algunos de ellos en zona craneana y pectoral, lo que le provocó lesiones a nivel encefálico y cardiaco, incompatibles con la vida provocadas por el pasaje de proyectiles de arma de fuego, provocando su óbito casi instantáneamente".-..."

Tras el exhaustivo análisis de los votos de los magistrados, adelanto que no advierto en los mismos la

reclamada falta de fundamentos que causa la intervención de esta Cámara.

2.1.1 Del primer voto, he de decir que el magistrado que obrara como presidente del Tribunal, ha manifestado que las únicas personas que vieron a la victima armada al momento del hecho fueron C. A. P. y D. A. C., confesos amigos del imputado, lo cual si bien no descalifica sus dichos, si tiñe sus afirmaciones de parcialidad (ver fs.334 vuelta, primer párrafo).

Por antipática que parezca esta primera premisa, el mismo juzgador se ha encargado de seguido a aclarar su análisis y la base de su decisión. Así, el doctor A. dijo que esa parcialidad no surge solo del lazo que une a la persona condenada con los testigos amigos que en su favor declararon, sino y a sus propias

palabras, en "… el contraste de esto con los testimonios de otros dos testigos ocasionales cuya neutralidad otorga a sus deposiciones un mayor peso y fiabilidad como así también el resto de los elementos probatorios colectados.

En efecto, hemos tenido la oportunidad de oír a los testigos M. O. O., vecino del lugar, y a M. G. M., ocasional transeúnte…."

Seguidamente, tras efectuar la apreciación de los testigos de cargo de la acusación, efectuó una minuciosa desmembración de los dichos de P. y Contreras, y del porqué de su descreimiento. Agregó la extemporalidad de su presentación para declarar a favor de una persona a cuya suerte en un proceso penal no debería de serle indiferente, analizándola en comparación con la actitud del padre del joven condenado, que tampoco pareció darle la importancia que merece el caso, ante la situación procesal de su hijo.

Por otro lado, del análisis que hizo del testimonio de la señora A. C., el juez penal ha valorado que si bien la misma había dicho que la victima tenia un arma en la cintura, luego dijo que en realidad lo que vio fue a Z. con la mano en la cintura.

A la necesaria escucha de este testimonio, reservado en el soporte de video grabación en la oficina judicial, se constata que efectivamente C. dijo que "…Z. va al kiosco, no entra, atendía de la ventanilla el Sr. R....habla con la Sra, novia no se y ahí se va al kiosco y ahí hablan con el Sr. A. y lo escupe; cuando lo escupe...cuando el venía de enfrente venía tocándose trato de acordarme porque pasó mucho tiempo-, cuando venía de enfrente el Sr. S. venía con la mano en la cintura (derecha), no se que traía si un arma, no se que traía pero venía con la mano en la cintura y ahí se cruza,…". Específicamente, en respuesta a la pregunta formulada por la defensa "… cuando dice eso que ve que el venía caminando con algo en el bolsillo o con algo..." la testigo respondió, "…él venía no sobre la cuadra del kiosco, enfrente, después se cruza él. Defensa ¿qué hay enfrente del kiosco? Testigo: un descampado (…) Defensa: usted ¿lo logra ver cuando cruza la calle? (si). ¿Ahí es cuando ve eso que refiere de que traía algo? Testigo: cuando el venía caminando, venía agarrándose …"

2.1.2 Del voto del juez penal Fabio Monti, se advierte que el mismo ha partido de la cuestionada causa de justificación, y de su exceso.

Arrancando con el testimonio de la señora Castelli, al igual que A. valoró que la misma indicó que la victima venia con la mano en la cintura, y no supo decir si traía o no algo en ella.

También evocó las partes pertinentes de los testimonios de P. y Contreras, a los que en conjunto, valoró con los testigos ofrecidos por los acusadores y

de los cuales concluyó que existe contradicción (ver fs.341 penultimo parrafo).

Seguidamente evocó los testimonios de C. K., M. O. y G. M..

Finalmente separó el evento en dos tramos. Un primer tramo sobre el cual, a criterio del magistrado, no existen controversias, que es el relativo a la discusión que se genera entre victima y victimario en el Kiosco, que fue "in crescendo", y que determinara a que la señora C. K. se llevara casi a la rastra a su marido a la esquina de M. y G. B. para evitar que se fueran a las manos.

La segunda parte del suceso en que divide el juez el hecho, es el que comienza cuando Z. vuelve al negocio presuntamente por las expresiones amenazantes vertidas por R. respecto de la hija de aquél, y en donde R. habla que siente como un "tropel", aunque vió solamente a Z. victima. En este tramo del hecho ubica el juzgador la circunstancia controvertida que lleva la

suerte de la sentencia.

Ha coincidido este juzgador con sus colegas, en la sorpresa aparición de estos tres testigos, cinco meses después de acaecido el hecho, que ninguno de ellos fuera individualizado en el acta policial de intervención del hecho, ni entrevistados por los investigadores en los días posteriores al mismo, que su existencia fue develada por la defensa técnica del imputado en la audiencia de fecha 5 de julio de 2013, en la cual se revisó la prisión preventiva dictada oportunamente sobre el encartado.

También con acierto, el juez descartó por falta de lógica y sentido común, que el dar a conocer cinco meses de después de ocurrido el hecho a dichos testigos corresponda a una cuestión de estrategia de defensa,

puesto que no solo el imputado estaba privado de su libertad, sino que Contreras y P. manifestaron ser sus amigos.

Coincidió el doctor Monti con su par doctor Arguiano, que existen también varios puntos que mellan la credibilidad de las declaraciones de los testigos de la defensa, tanto en lo referente a la coherencia interna del relato como al resultado del cotejo con el resto de las pruebas reunidas, que sintética y prolijamente detalló y fundó en su voto. La conclusión del magistrado es contundente: "….El Dr. G. sostuvo en su alegato que hubo un espacio temporal en el que Z. fue a su domicilio a buscar un arma y volvió, circunstancia ésta que no encuentra acreditada por prueba alguna producida en el debate…." (ver fs.342, segundo párrafo, última parte), lo que sumado al detalle de fundamentos, lo inclinó a descartar la existencia de la causa de justificación alegada por la defensa por la falta de concurrencia de los presupuestos legales exigidos.

2.1.3 Por su parte, la doctora A. L. S. determinó claramente que existe una divergencia sustancial entre los dichos de los testigos ofrecidos por la Fiscalía y los de la defensa y que en consecuencia corresponde efectuar un delicado análisis de las circunstancias del caso, para lograr determinar el modo en que se desarrollaron los acontecimientos.

Estimó la señora Juez que la discusión principal entre los Acusadores y la Defensa radica en las circunstancias bajo las cuales aconteció el hecho que culminó con la muerte de M. Á. Z., especialmente en lo que se refiere a que, al momento en que R. efectúa los disparos, Z. se encontraba también armado, de modo tal que aquél habría repelido una agresión, actuando en defensa propia, pero excediendo el límite impuesto por la ley ya que con el primer disparo bastaba para

rechazar el ataque. Frente a ello, la Fiscalía sostuvo que Z. no portaba arma alguna.

En su voto, consideró que los testimonios de C. K., M. O. y de G. M. fueron contestes y contundentes en la identidad de quien efectuó los disparos con el arma de fuego hacia la persona de la victima.

En cuanto a los testimonios de la defensa, formó unanimidad con los colegas preopinantes, en la consideración de sorpresa y puesta en crisis la fiabilidad de estos testigos, es su aparición en el proceso cinco meses después de ocurrido el hecho. En el caso de los señores C. y P., amigos del imputado, resulta incomprensible para la magistrado “…que no se hayan presentado de inmediato a la policía o al Ministerio Fiscal para relatar lo que supuestamente vieron, máxime cuando sus aportes podrían haber beneficiado la situación procesal de su amigo sobre quien se había dictado la prisión preventiva. Pero a más de ello, los dichos de Contreras se contraponen palmariamente con los de M. y K., cuando dijo que la mujer llevaba un arma en la mano y se alejaba, mientras éstos dijeron que se quedó en todo momento llorando al lado del occiso, circunstancia en la que concordaron el resto

de los testigos de cargo….” (ver foja 348 vuelta, tercer párrafo). Puso en crisis la credibilidad del testigo P., al considerar poco probable que haya visto la empuñadora de revolver tomado de la cintura de la victima.

De C., al igual que Arguiano y Monti, estimó que no indicó certeramente haber visto a la victima armada, sino tocándose la cintura, como así también en cuanto a que su versión fue a los ojos de la juzgadora, dubitativa y contradictoria en tanto en las referencia

del lugar del hecho, como así también en cuanto captó el estado de gravidez de la señora K. cuando solo contaba con 2 o 3 meses de embarazo, descreyendo incluso en cuanto a la secuencia de insultos de la victima con el imputado que la testigo dijo haber advertido, y que habla de secuencias de escupitajos, que ningún otro testigo, ni siquiera el imputado, dieron cuenta.

3. Como se advierte, no solo los jueces dotaron de razones para descreer de cada una de las personas que la defensa incluyó en sus agravios y que sirven a su teoría del caso, sino que las analizó en conjunto, y al cotejarlas con otras pruebas, concluyeron que sus afirmaciones no son creíbles.

Del análisis que fuera realizado por los magistrados integrantes del tribunal de debate, he de estimar que cada uno de los votos han sido bien desarrollados, y en lo que importa al agravio concreto de la defensa, poseen suficientes fundamentos como para tener por bien resuelto la decisión a la que en forma unánime arribaron.

Para poder existir un reproche de índole penal que merezca ser confirmado, deberá haber una sentencia con argumentos suficientes que legitimen la ratio decidendi, que justifique el fallo. Allí deben estar las razones que el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta para inclinar su decisión. Los agravios de la defensa que encuentran base en un cuadro justificante, constituye una mera hipótesis que solo encuentra anclaje en la subjetividad de quien la alega. Como dijeron los jueces, resulta acertado descartar entonces por orfandad de requisitos de la causa de justificación invocada, la existencia de la legítima defensa.

4. Sin perjuicio de lo analizado hasta ahora en los acápites que preceden el presente, y dada la amplitud de revisión de sentencia que corresponde

realizar a una Cámara, si me he colocar en la misma instancia que el AQuo y valorar la prueba producida en la instancia de conocimiento, en lo que en concreto en materia de agravio se refiere, es decir a la posible existencia de una causa de justificación y su exceso, mi criterio decisor ante la valoración de las evidencias ponderadas por los colegas del tribunal de condena no variaría, y el resultado sería el mismo.

La defensa ha dicho que Osorio poco y nada ha dicho del evento, mas el análisis de su testimonio, como así también el de la señora de la victima, han sido correctamente evaluados por los juzgadores, no dando mas consecuencias que las que corresponde a sus respectivas afirmaciones, y sobre todo, pasados bajo el prisma de la posible existencia de la causa de justificación que alegara en su oportunidad la defensa.

Del primero mencionado, el tribunal coincidió que lo importante a la materialidad y autoría del evento se circunscribe a su posición geográfica de observación del hecho delictuoso, adjetivada como “privilegiada” al decir del Dr. Arguiano, ya que el mismo se hubo ubicado en el "campito" que por entonces existía frente al kiosco T. que le permitía ver de forma frontal toda la extensión de la calle X desde X y X. A esto, he de agregar las consideraciones de la doctora Servent, que estimó que el nombrado testigo valorar, “… al encontrarse frente el lugar, pero ubicado en el descampado, ha tenido una visión panorámica del evento, y ha relatado,

sin animosidad alguna ya que dijo conocer a ambas familias y que todos eran respetuosos, …”.

De la segunda persona mencionada, señora C. J. K., pareja de M. Á. Z. los magistrados también han evaluado sus dichos, y analizado su contenido.

Acaso la prueba mas atacada por la impugnante se refiere a la declaración del señor M. M., de quien dijo que es un testigo falaz, que incurrió en la mendacidad en su declaración, ya que a la luz de la lógica y de la experiencia, no es posible que las cosas hayan ocurrido como los relató en el debate.

La defensa dijo que el kiosco T. está en la avenida C. G. B., amplia, ancha, y que a los dichos del mencionado testigo, pasó por la misma y en la esquina de un pasaje, X, continuó su marcha hasta la calle M., en donde vio a una pareja forcejear, que luego el masculino de esa pareja, fue a la esquina y allí recibió los disparos. Alega la recurrente que el testigo en el contra examen, corrigió algunas circunstancias que fueron motivo de agravio y no los consideró el Tribunal, pese a que ese dato no es menor, porque tiene que ver con que el hecho ocurrió en otro lado. Aseguró que el testigo vio algunas cosas, pero no lo que dijo que vio.

A la escucha de su declaración recibida el día 19 de febrero de este año, recuperada del soporte de video grabación obrante en la Oficina Judicial, se observa una persona que en voz baja responde a cada pregunta de los interrogadores, con serenidad y aplomo. Creo que su contenido ha sido correctamente ponderado por los jueces penales, y los ataques que ha sido objeto en el recurso, no logran debilitar la fuerza de sus afirmaciones.

La velocidad que llevaba su rodado al pasar por el lugar del hecho, pese a la pobre descripción y posibles contrasentidos que pueden extraerse de las preguntas que fuera sometido por la defensa, no puede ser otra que la de una velocidad baja, mínima, acorde al paseo que dijo el testigo estaba realizando con su nieta a bordo de su rodado. Si iba en la primera velocidad,

segunda o tercera, no pone en jaque la percepción que del hecho pudo haber tenido y relatado en el juicio.

En cuanto a la esquina concreta en donde el evento ocurriera, tampoco parece ser una referencia de tal trascendencia que quite verosimilitud a su testimonio todo. Si el hecho ocurrió en C. G. B. o S. d. E., y el testigo refirió M., no parece que dichas erradas referencias tenga tan vital consecuencia como afirma el impugnante, máxime que si consideramos que una de esas calles es en realidad un pasaje, que la cuadra es corta, y que ello pudo afectar validamente en su memoria al testigo.

Misma consideración merece las diferentes referencias que como bien dijo el defensor, el testigo vario en el contraexamen al que fuera sometido, como por ejemplo, que vio al imputado disparar de la ventana, y luego dijera de la puerta. No obstante, creo que lo trascendente de su declaración, es decir el forcejeo de la pareja, la discusión y los disparos, es lo que se mantuvo incólume, y fue bien ponderado por los magistrados, no logrando el ataque a las cuestiones menos trascendentes a que fuera objeto, lograr poner en crisis la veracidad de su testimonio.

La labor de desacreditación del testimonio de esta persona, no puede prosperar, ya que no solo no agrega nada a la intención ensayada por el pretenso, sino que tampoco con ello logra imponer duda sobre al existencia de la causa de justificación y su exceso, que constituye su teoría del caso.

Es mas, si acaso se quitara toda la declaración en la valoración del plexo probatorio producido ante los magistrados, en el juego de equilibrio que los mismos realizaran en la intelectualidad de su

labor, sigue manteniendo contrapeso el extremo que hace a la teoría del caso de las acusadoras, justamente por el material que se produjera ante sus estrados, y el desmerito de la prueba de descargo que descartaron.

Por lo dicho, y en concordancia con lo deliberado en este Tribunal, no daré razón a la impugnación de la defensa técnica del condenado, votando por la confirmación de la sentencia sobre este primer punto.

5. En el seno de la deliberación, y pese a la falta de invocación del impugnante, ha surgido la cuestión referente 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.

Tras reevaluar el tema, he de mantener el criterio que como juez penal he venido sosteniendo, y que estima que el mismo puede válidamente ser aplicado en estos casos.

Asi 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 incluido 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. / 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 "Nieto Víctor Hugo 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 tema 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, por el cual fuera condenado el joven A. O. R..

6. En cuanto al pedido supletorio de la recurrente, que denuncia que se ha impuesto una pena excesiva al condenado conforme los parámetros mensurativos otorgados por los arts. 40 y 41 del código Penal, adelanto que he de hacer lugar a su planteo.

Si bien, tras analizar los fundamentos individuales de los jueces, considero que han sido bien aplicados, tengo para mí que asiste razón al impugnante en cuanto a que la pauta de mensuración sobre algún tópico que de seguido se ha de mencionar, dieron por resultado una pena gravosa que merece ser reevaluada.

Así es, creo que lo mas importante en este punto tiene que ver con la conducta posterior al delito efectuada por el condenado R., que fuera considerada por los jueces como de fuga del lugar que agravó la pena, y que amerita ser mutada a atenuante, ya que a la luz de lo probado en el hecho, dicha conducta tuvo que ver con un instinto de huida por la reacción violenta de los familiares de la victima. Como bien apuntó la defensa, su cliente se presentó en forma voluntaria el día 22 de febrero de 2013, lo que no puede tener otra consecuencia que ser un atenuante en el monto punitivo a aplicar.

Por otro lado, en cuanto a la calidad de los motivos que determinaron a delinquir, sin quitarle entidad a su obrar premeditado, la burla por una deuda que mantenía el hermano de la victima, no puede justificar en modo alguno el actuar de la manera mas violenta en que puede actuar un persona, como lo es pretender quitar la vida a otra, descerrajando varios disparos contra su humanidad.

Por ultimo, edad, grado de instrucción, posición social, destacados por la Defensa, ameritan también un despegue del mínimo legal previsto en el tipo, por lo que sumado a los demás elementos tenidos correctamente en cuenta por el A Quo, entiendo debe reducirse en dos años a la que fuera impuesta, arribando de esta manera a un monto de doce años de prisión, con accesorias legales y costas.

7. En cuanto a las costas del proceso, cabe imponerlas al acusado (art. 241 y concordantes del CPP), y regular los honorarios del Dr. F. G. en la cantidad de TREINTA Y CINCO (35) JUS y los del Dr. A. M., letrado patrocinante de la Querella, en la cantidad de TREINTA Y CINCO (35)JUS (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y ccdts. de la ley XIII-4, t.o. Ley XIII N° 15 antes decreto-ley 2.200) Jus (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y ccdts. de la ley XIII-4, t.o. Ley XIII N° 15 antes decreto-ley 2.200).

El Juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. La defensa impugna la sentencia condenatoria quejándose porque la misma valora los testimonios cargosos, obviando los de descargo que deberían llevar a sostener o, al menos dudar, sobre la existencia o no de la legítima defensa y el exceso, dentro de ésta, propiciando, por último, una reducción en el monto punitivo, argumentos que pasamos a considerar.

2. En el intento de reconstrucción fáctica amplio, que se corresponde con la garantía del imputado al recurso sobre la condena, procederemos, como siempre lo hacemos, a una nueva valoración probatoria en base a los elementos debatidos en el juicio, aplicando las reglas formuladas por el maestro Ferrajoli para el alcance de la verdad fáctica que pueda ser aceptada como verdadera y destructora del estado de inocencia. Estas reglas exigen que, para dar razón a las hipótesis acusatorias, no solo deben estar confirmadas por pruebas sólidas y no desmentidas por ninguna contraprueba, sino también que ella debe prevalecer con certeza sobre todas las hipótesis en conflicto con ella, lo cual supone la refutación de éstas últimas, puesto que si no pueden ser desmentidas ni refutadas la acusación ni las otras versiones del hecho, se produce la duda que se resuelve aplicando el *in dubio pro reo.*

3. Aplicando éste marco, adelantamos que el relato del fiscal aparece apoyado en inferencias y testimonios sólidos, que no pueden ser contradichos por los que trae la defensa en apoyo de su versión. Es decir, que las contrapruebas no alcanzan a desmentir, al menos con algún grado de probabilidad, las probanzas del fiscal y/o querella, en el sentido de que la víctima no portaba arma alguna, que haya tenido influencia en la acción del imputado de disparar varias veces el arma de fuego que portaba.

En efecto, en primer lugar, dos de los testigos de cargo, aparecen libres de tachas de parcialidad, puesto que no existen visos de animadversión hacia el imputado o compromisos emocionales hacia la víctima que la hagan suponer, amén de no ser contradictorios en sus testimonios y concordar ellos con los demás elementos cargosos. Así Osorio, quien escucha los disparos y observa al imputado con el arma, en ningún momento señala haber visto arma alguna en poder de la víctima, mientras que M. tampoco refiere el extremo, testigo éste importante porque observa no solo la discusión anterior entre la víctima y su pareja, sino el hecho inmediato de los disparos y cuerpo yacente, junto a la mujer que se inclinaba en llantos, por lo que debió haber observado la supuesta arma que se alega, sea en la cintura o a su lado o, en todo caso en poder de la mujer.

Por otro lado, los testigos P. C. y C., traídos para demostrar la existencia del arma en crisis, no poseen la fuerza suficiente como para demostrar tal extremo, por variopintas razones. En cuanto al primero de los testigos, resulta llamativo- sospecha extensiva a los tres- no solo su aparición en escena un tanto tardía,

sino lo confuso, en un primer momento, de la ubicación del arma en el cuerpo- en la mano o en la cintura-, percepciones que, por otro lado, las efectúa en movimiento, a lo que debemos unir la contradicción de observar el arma cuando las demás personas no la advirtieron, a pesar de hallarse la víctima

con el torso desnudo. En cuanto a Contreras, además de la tardanza testimonial y amistad con el imputado, cabe señalar la contradicción con lo señalado por los testigos que llegaron en forma inmediata, en cuanto a que en todo momento observaron que la mujer se quedó llorando junto al cuerpo de su pareja, sin que nadie haya observado lo que sólo el vió. Respecto de Castelli basta con señalar que no indica arma alguna, pero sí un escupitajo de la víctima hacia el imputado que ni siquiera éste señala, por lo que aparece ello como elemento construido en pos de acreditar algún tramo que pueda coadyuvar en la acreditación de una agresión ilegítima.

Por todo lo anterior, cabe desechar el agravio de la defensa, en tanto no se pudo refutar mediante contrapruebas la hipótesis acusatoria, sostenida por varios y concordantes elementos de cargo, por lo que la sentencia deberá confirmarse en cuanto a la autoría.

4. La sanción impuesta la estimamos excesiva, toda vez que no corresponde aplicar la agravante genérica del artículo 41 bis del Código Penal, 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).

5. Conforme todo lo anterior, corresponde confirmar la sentencia en lo que hace a la autoría del condenado por el delito de homicidio simple 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.

6. En punto a las costas y honorarios de la Defensa, voto de conformidad a lo decidido por el colega que lidera esta sentencia. Así voto.-

El juez Daniel Luis María Pintos, dijo:

I.- Los antecedentes del caso ya han sido reseñados al comienzo de esta pieza, y también los agravios de la Defensa se detallan en el voto del Juez Barrios, a todo lo cual me remito en honor a la brevedad.-

II.- En base al resultado de la deliberación, anticipo mi adhesión en todos sus términos, al criterio expuesto por los colegas que me preceden en el orden de votación, respecto al juicio de responsabilidad del acusado A. O. R., que merece ser objeto de confirmación en la presente instancia procesal.-

1) Básicamente, el punto más relevante para llegar a aquella conclusión, estriba en la valoración de la prueba testimonial, y en lo relativo a la presunta tenencia de un arma de fuego, en poder de la víctima fatal M. A. Z. –extremo que, a su turno, impactaría en la merituación de una posible causa de justificación, favorable al imputado, aunque más no sea a título de eximente incompleta (tal como lo pretende la parte

recurrente, exceso en la legítima defensa, art. 35 C.P.)-

.-

Con el fin de no incurrir en reiteraciones, destaco que la primacía que el tribunal de juicio en forma unánime, le ha otorgado a los testimonios de C. Y. K., G. M. M. y M. O. O., en desmedro de las declaraciones de D. A. C., C. A. P., y A. S. C., encuentra sólidos fundamentos de motivación, en circunstancias tales como: las condiciones de percepción, por ejemplo, en el caso de Osorio, por hallarse en una ubicación definida como privilegiada, en relación al sitio del hecho –vista panorámica-; o bien, en el supuesto de M., dada su presencia en el lugar corroborada desde el inicio, por los testigos que participaron de las primeras actuaciones prevencionales, además de su condición profesional de ex-empleado policial, en la medida en que ello le ha permitido apreciar cuestiones, sobre las cuales no siempre el hombre común repara -todas detalladamente analizadas en los votos de los miembros del colegiado-. Mientras que el resto de los nombrados, no solo evidenciaron parcialidad en su deposición a favor de R., sino que también han sido puestas en tela de juicio, tanto su coherencia interna como externa. Adviértase que, por ejemplo, en el caso de P. resulta más que llamativo y merma su credibilidad -en relación con la fecha de "aparición" en la causa-, que el nombrado declare que no se presentó con anterioridad, ni tampoco comunicó a los familiares de R. que sabía algo que podía ser de utilidad, inmediatamente después del hecho, dado que no le dio importancia al tema.-

Por lo demás, merece resaltarse en mi opinión, la continuidad de la secuencia del hecho, que impide hipotizar que la víctima haya podido contar con tiempo

suficiente, como para armarse luego de iniciada ya la polémica con su agresor, y volver al kiosco de R. -a quien le habría exhibido un arma de fuego, y pretendido disparar- (argumento de la Defensa en la audiencia del art. 385 CPP), por el contrario, es evidente que tal posibilidad no ha podido ser demostrada en la audiencia de debate; y en cuanto a la otra alternativa, o sea que Z. desde el primer momento de su llegada al kiosco y Despensa "T.", haya exhibido un arma de fuego en su poder –suponiendo a título de ensayo argumental, que los testigos K., M. y O. h. ocultado la existencia del referido elemento en manos de la víctima, para perjudicar la situación de R.-, en tal caso el relato del encartado en su defensa material, por lógica debiera haber sido totalmente diferente, es decir con mayor detalle sobre la misma como se encarga de remarcarlo el voto de la Jueza Penal Servent-.-

En este mismo entendimiento, si de "complot" se tratara, la única manera de neutralizar el testimonio cargoso de M., consistiría en atribuirle mendacidad -por algún interés individual que permanece desconocido-, pero no solo en cuanto a la existencia misma de un arma de fuego en poder de la víctima, sino también en orden a la conducta de sus familiares, responsables de una maniobra de ocultamiento de aquella, por ejemplo, que el testigo a su turno habría cohonestado -omitiendo en su deposición, a sabiendas, revelar que los parientes y/o allegados a Z. hicieron desaparecer el "revólver", del que habla P. (o arma corta, según la defensa material de R.)-. Nos encontraríamos entonces ya en el ámbito de lo remoto, en términos de hipótesis probables, teniendo en cuenta que precisamente el testigo M. ha manifestado lo contrario: es decir, que en todo momento procuró comportarse como un auxiliar del orden y la seguridad públicos, motivo por el cual estuvo atento a que nadie alterara la escena, hasta tanto se hiciera presente la autoridad prevencional, e inclusive se

lamentó de no haber podido intervenir de un modo más activo, en razón que se encontraba en compañía de una nieta de corta edad, y ello tornaba desaconsejable correr ningún riesgo, en circunstancias como las que le tocaron vivir.-

Uno de los extremos en que se hace especial hincapié en el recurso ordinario, siempre con el fin de cuestionar la credibilidad de M., se relaciona con la velocidad a la que se desplazaba en su vehículo marca “P.” X, de color blanco, que a su vez se vincula con la posibilidad, o no, de percibir lo que afirma haber captado con sus sentidos, en el momento del hecho. De acuerdo con las máximas de la experiencia, no aparece como fantasioso o irreal que en horas de la tarde de un día de verano, un hombre de cierta edad que se acompaña solo de una nieta, y que no iba “a ninguna parte” según su relato, o sea no debía cumplir con obligaciones laborales o familiares, sino simplemente daba un paseo en automóvil, haya conducido a muy baja velocidad, y “en primera” (marcha).-

En suma, resulta entonces del cuadro probatorio que se desprende del juicio oral y público, que ha quedado demostrado finalmente que, como consecuencia de una fuerte discusión entre el autor y Z., que la testigo K. no logró apaciguar pese a los serios intentos que realizara, se produjo la reacción de R. y el desenlace fatal; sin que se encuentra acreditado que el acusado fuera víctima, a su vez, de una agresión contra su integridad física, que tuviera la suficiente entidad como para autorizar una respuesta, de las características del accionar que se le reprocha -es decir, que sea necesario repeler con disparos de arma de fuego, habilitando de allí en más el ejercicio de

la legítima defensa de su vida, en forma integral, o bien limitada, dado su carácter excesivo-.-

2) En apoyo de la solución expuesta precedentemente, se recuerda que según la jurisprudencia reiterada de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, "… es facultad de los Magistrados el seleccionar el caudal probatorio que es producido en la etapa de juicio, poniéndolo en valor mediante **la técnica de la sana crítica o la libre convicción** que, como herramienta, cimienta la construcción del discurso de justificación que se vierte. Sobre algunas pruebas en particular, **los testimonios** especialmente, tengo dicho que el juicio sobre la convicción acerca de la virtud de un testigo para emitir un predicado no es una cuestión de fe, entendida ésta como la creencia en algo por la autoridad o la fama de quien lo emite (quinta acepción de la Real Academia del idioma). Todo testigo ha de ser **examinado en sí y en relación con las demás evidencias que nutren el debate**, otra manera de dar contenido a las **categorías 'coherencia interna' o 'externa' de un relato** que orbitan alrededor del examen… Cuando el relato del testigo se expone en un discurso que es expresión de una vivencia posible, carece de alteraciones, no es contradictorio en sí mismo, es nítido y **persistente**, cuando exterioriza acerca de percepciones ostensibles en un contexto témporo espacial concreto, hay **coherencia interna**. Cuando se corresponde con evidencia palpable, cuando se vincula con circunstancias de la causa que han sido traídas por otra vía, cuando encastra perfectamente con el todo, como una pieza que completa el damero, allí hay **coherencia externa**. Cuando se produce ese enlace la validez es **indiscutible**….." (entre otras sentencia n° 42/13, de fecha 22/17/13, voto del Dr. Pfleger -el destacado me pertenece-).-

Resulta de utilidad también acudir, en este punto, a las enseñanzas de la doctrina procesal acerca de la valoración de la prueba testimonial, en el sentido que la apreciación de este medio probatorio requiere "dos juicios", uno "externo", que versa sobre "el hablante", y otro sobre "lo hablado"; este último se desdobla en dos planos: un análisis "en sí mismo, como discurso, para evaluar su grado de consistencia interna", y el otro desde el punto de vista de la información que contenga, que ha de ponerse en relación con la obtenida a partir de "otros medios probatorios". Es así entonces que la "práctica de la testifical", se articula en tres tramos o fases: el de la audición del declarante; el de la determinación del crédito que como tal pudiera o no merecer –sinceridad, fiabilidad-; y la evaluación de si lo narrado es o no cierto. En cuanto al segundo punto, entre otros criterios para calibrarlo, se utilizan los siguientes: la existencia o no de motivos para desfigurar u ocultar la verdad (interés), y la coherencia de la actual declaración con anteriores manifestaciones recogidas en la causa.-

Una vez que se han utilizado estos criterios para evaluar el grado de sinceridad del testigo, y superado entonces el test de credibilidad, recién corresponde ingresar al "examen crítico del contenido de la declaración" (cfme. Andrés Ibáñez, Perfecto: "Prueba y convicción en el proceso penal", edit. hammurabi, Buenos Aires, 2009, págs. 112 y ss.; quien además aboga por un cambio de paradigma en el tratamiento de la testimonial en el proceso penal, "que pasa, básicamente, por atenerse a los aspectos más objetivos de la información que un testimonio puede transmitir, que son los que tienen como vehículo la clave verbal", por estar a los datos de esa procedencia, que

debidamente cruzados con otros y así corroborados, normalmente arrojarán luz durante lo acontecido y sus circunstancias).-

En nuestro caso, particularmente, respecto al ya citado testimonio de M., y a mayor abundamiento de todo cuanto ya se detallara en el apartado precedente, se destaca que su impresión de que la víctima cayó herida de muerte, con el primer disparo de bala recibido, se corresponde también con el informe de autopsia del Médico forense Diego Rodríguez Jacob, del que se desprende que aquel impactó, precisamente, a nivel cardíaco y fue letal; en cuanto a la posición del cuerpo, el perito Ansaldo por su parte corroboró que Z. quedó tendido decúbito dorsal, es decir tal como lo depuso asimismo el testigo –caída "hacia atrás"-. Por otra parte, la posibilidad de que algún detalle de ubicación –como ser el nombre de una calle-, hubiera sido percibido erróneamente por este testigo, no alcanza para desmerecer su credibilidad; sino que solamente obedece a las naturales carencias y limitaciones, que son ordinarias en esta clase de prueba directa.-

3) Finalmente, a título de un último ejercicio argumental, sobre la base de los testimonios de P. (habría visto una "culata" en la cintura, y la víctima con su mano apoyada en ella), y C. (también alude a la mano en la cintura, y que "venía agarrándose"), ni aún llevando estos supuestos al extremo de adjudicarles un valor probatorio pleno, *favor rei,* igualmente, debería descartarse la posibilidad de una defensa putativa, en el caso concreto –y su correlato con un posible exceso-, toda vez que en líneas generales la jurisprudencia tiende a interpretar restrictivamente, los casos en que se excluye la responsabilidad dolosa, sobre la base de que el agente suponga erróneamente la existencia de una causa de justificación; exigiendo, como requisito ulterior, que

el error del sujeto sea "razonable", tenga una "justificación lógica", pueda resultar "excusable según los datos de hecho", etc.. La doctrina enseña que este riguroso criterio se explica "…por la preocupación –de carácter preventivo-general y, al mismo tiempo probatorio- de evitar que el error sobre las eximentes pueda ser adoptado fácilmente como una falsa y cómoda excusa para eludir injustificadamente la responsabilidad penal" (cfme. Fiandaca-Musco: "Derecho Penal. Parte general", edit. Temis, año 2006, pág. 371).-

Los mismos autores y también en la obra citada *ut supra* (pág. 266), nos advierten que: "…Cae **fuera** de los límites del exceso culposo el caso del agente que, conociendo bien la situación en concreto y los medios necesarios para alcanzar el objetivo permitido, superare *voluntariamente* los márgenes del comportamiento lícito … el exceso no se refiere a los medios, sino a los *fines* de la conducta, es decir, la voluntad **no** se dirige a la realización del objetivo permitido, sino a **la realización de un fin criminal**, de manera que el exceso es *doloso* y el sujeto debe responder por el delito cometido **a título de dolo**" (el destacado ha sido agregado al original). Valga este último comentario, para valorar la secuencia ya explicada del presente hecho: el primer disparo fue fatal.-

III.- Sobre la aplicación del art. 41 bis CP, he de reiterar una vez más mi posición, tal como nos hemos pronunciado ya en plurales precedentes; por caso, en la sentencia registrada bajo el n° 21 -año 2010- folio 437, que fuera confirmada por la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, mediante sentencia n° 65/11, de fecha 1 de noviembre del año 2011, y también

en las n° 27/11, 06/12, 22/13, 16, 22 y 24/14 todas de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, entre muchas otras.-

Cabe tener presente, previo a toda otra consideración, que a diferencia de la técnica legislativa que el CP utiliza en los arts. 40 y 41, donde no se fija el carácter agravante o atenuante de los elementos a los que alude (v.g. el medio empleado para cometer el delito); en los noveles apartados *bis*, *ter* y *quáter* del citado art. 41, en cambio, es la propia ley la que define la calidad agravante de los supuestos como un factor general -y no dependiendo de la regulación de cada delito, en la parte especial del Código-, para luego modificar las escalas penales de dichas figuras especiales, mediante la variación de mínimos y máximos -es decir que, además, no se trata ya de pautas destinadas a la individualización judicial de la pena-

.-

En mi voto de la citada n° 21/10 recordé -entre otros fundamentos- que, según la jurisprudencia de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, la agravante debe aplicarse específicamente en el caso del **delito de homicidio simple**, pues "se trata de un delito **doloso** que exige violencia contra la víctima y **no** contiene en forma expresa dentro de su estructura la circunstancia agravante del empleo de un arma de fuego" (TS Córdoba, sala penal, agosto 27 de 2003, en Suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal de "La Ley", octubre de 2003, pág.73, el destacado ha sido agregado al original).-

Más ampliamente, también este Tribunal Superior ha sostenido que el art. 41 *bis* contiene una figura calificante, que actúa sobre todos los tipos que conforman la parte especial del Código Penal y leyes federales cuando esta circunstancia no se encuentre ya

incluida como circunstancia típica, y no constituye una mera agravante general, sino una norma que repercute sobre la magnitud de los marcos punitivos establecidos en la parte especial y las leyes complementarias, por la incorporación de una modalidad típica de ejecución de un delito violento (uso de arma de fuego) no contemplada por aquellos (causas: "Lezcano, José L." y "Márquez, Cristian A.", del 17/10/2003 y 7/7/2004, respectivamente, publicados en "Summa Penal. Doctrina - Legislación - Jurisprudencia", Tomo IV, Patricia Ziffer, Directora, Horacio J. Romero Villanueva, Jurisprudencia, pág. 3820, edit. Abeledo Perrot, Bs. As., año 2013).-

En otros casos, también citados en la publicación referida, se advierte que el TSJ cordobés entendió respecto a la aplicabilidad de esta agravante, en el supuesto del delito de Homicidio, que es procedente dado que como medio violento el arma de fuego brinda más seguridad, al mismo tiempo que anula las posibilidades defensivas de su víctima, todo lo cual revela una superior magnitud de injusto (v. causas: "N., V. H." del 27/8/2003 y "M.", ya citada).-

En cuanto a la argumentación que ha pretendido que el art. 41 bis CP violenta el principio de legalidad, y sobre todo en su variante de *lex certa*, comparto el criterio de la SCBA, en cuanto que: "la sola circunstancia de que la regla incorporada agregue una disposición genérica en la Parte General del Código Penal, destinada a jugar en relación a los tipos pertinentes de la parte especial,… no constituye una afectación del principio de legalidad" -del voto del Dr. Hitters- (cfme. SCBA 6/2/2008, "S.S. y O.S. s/ Recurso de casación", P. 93.717; y también 25/4/2012, "P., J. E.", voto del Dr. De Lázzari, publicada en

“Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, edit. AbeledoPerrot, noviembre 2012, págs. 1975 y ss.).-

En tanto, el TCPBA ha sostenido que: “…El artículo 41 bis del Código Penal -conforme ley 25.297- introdujo una agravante genérica, ante la imposibilidad de modificar delito por delito, como se hiciera a través de la ley 25.087 que llevó a los denominados abusos sexuales agravados a una escala más severa, en el caso del empleo de armas. La norma se aplica a los delitos que se cometen con violencia física contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego, cuando es factible llevarlos a cabo con otro tipo de armas o sin ellas -del voto del Dr. Borinsky -SD- -” (cfme. Trib. Cas. Pen de Buenos Aires, sala III, 2-10-2008, “S.C. A. s/ Recurso de casación”, c. 5705); “… La agravante del artículo 41 bis del Código Penal ha sido **correctamente aplicada** en lo que respecta a los **delitos de homicidio** y lesiones graves pues, a diferencia, por ejemplo, del tipo penal de robo calificado, que alude al empleo de ‘armas’, vocablo que ineludiblemente comprende a las armas de fuego, los **tipos penales de los artículos 79** y 90 **del Código Penal** no aluden específicamente a ningún medio comisivo en particular … las muertes o las lesiones cometidas dolosamente y ‘sin armas’ no impedirán la subsunción típica, lo que denota que el empleo de armas no forma necesaria y excluyentemente parte del tipo penal…” (cfme. Trib. Cas. Pen. Buenos Aires, sala III, 27-92007, “C.R. s/ Recurso de casación”, RSD-642-7 S. En el mismo sentido Trib. Cas. Pen. de Buenos Aires, sala III, 15-4-2008, “B. V. s/ Recurso de casación”, RSD-560-8 S.) -cfme. Edgardo Alberto Donna en su obra: “El código penal y su interpretación en la jurisprudencia”, Actualización al 31 de diciembre de 2009, Tomo I, arts. 1° al 161, Editorial Rubinzal - Culzoni, págs. 151 y 152- el destacado me pertenece.-

Más recientemente, este Tribunal en pleno hubo de ratificar que "es aplicable la agravante genérica consagrada en el art. 41 bis. CPen., a la figura tipificada en el art. 79 del mismo cuerpo legal" (causa 36328, caratulada "R., F.A. s/ recurso de casación" rta. el 19/4/2013, publicado en "Jurisprudencia Argentina", 3, Bs. As. 17/7/2013, y también en la sección Jurisprudencia, de la "Revista de Derecho Penal", tomo 2013-1, edit. Rubinzal-Culzoni,
"Culpabilidad: nuevas tendencias-II", director Edgardo Alberto Donna, agosto de 2013, págs. 305 y ss.).-

En el voto, en mayoría, del Dr. Mahiques, se puso de resalto que no se está en presencia de una solución legislativamente novedosa, toda vez que la utilización de ciertos "medios", ya ha sido expresamente considerada por el legislador en otras ocasiones, a los efectos de establecer formas agravadas del homicidio (v.g. art. 80, incs. 2 y 5 del CP); lo cual es razonable, en razón del mayor peligro generado por tales medios, y la más grave culpabilidad que muestra su uso. Y en cuanto al tema relativo a la ubicación sistemática de la norma de agravación, se dice que nada obligaba al legislador a ubicar todas las agravantes del homicidio, en el citado art. 80 CP -sobre todo, porque el art. 41 bis no consagra una agravante de ese solo delito, sino de muchos otros.-

Por su parte, en el sufragio, también en mayoría, del Dr. Celesia, se trajeron a colación los antecedentes parlamentarios de la norma en cuestión, que valoraron en particular el estado de vulnerabilidad, en que el uso de armas de fuego coloca a las víctimas, y la extrema contundencia que posee este medio comisivo. Y se argumentó que: "… Si bien la muerte es el resultado que consuma el homicidio, su producción no enerva el

grado de desvalor de la acción representado por la naturaleza del medio que, en el caso de la violencia ejercida durante la comisión del hecho mediante el uso de armas de fuego, la ley ha querido sancionar especialmente atribuyéndole el carácter de agravante de la escala penal correspondiente del delito que se trate".-

Continúa el Vocal del Tribunal casatorio: "… En el delito se considera tanto el desvalor de la acción como el del resultado y, en el primer caso, **la utilización de determinados medios puede significar un incremento del contenido de injusto de la conducta que se traduzca en un agravamiento de la sanción**, ya sea por la vía genérica del art. 41 del Código Penal, por la previsión de una agravante específica que califique la figura básica como en los supuestos de los incisos 2°, 5° y 6° del artículo 80 respecto del homicidio con veneno, por medio idóneo para crear un peligro común y con el concurso premeditado de dos o más personas; o mediante una agravante que si bien enunciada en forma genérica en la parte general del código, se trata de un tipo penal calificante con proyección sobre las diversas figuras de la parte especial perpetradas con violencia o intimidación mediante el uso de armas de fuego" (el destacado me pertenece).-

Para concluir que: "… Un homicidio puede ser cometido de una infinidad de formas y a través de una innumerable cantidad de instrumentos. Entre todos ellos, **la ley puede distinguir lícitamente cuáles resultaron más violentos o eficaces y, por ende, más riesgosos** para los titulares de los bienes jurídicos. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con el homicidio que se comete con alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso. Cuando se han empleado armas de fuego, habiendo desempeñado estas un papel fundamental en el atentado

contra la vida de la víctima, es posible advertir **un mayor contenido injusto en términos comparativos** y, con ello, una razón legítima para agravar el homicidio" (el destacado no pertenece al original).-

Adhiero, en consecuencia al voto del Dr. Barrios, en este punto.-

IV.- En líneas generales, se comparte el criterio expuesto en la sentencia de condena, en torno al monto de la pena, con la salvedad que entendemos debe reducirse la incidencia de algunas circunstancias agravantes, todo lo cual conducirá a una disminución en la sanción fijada, en el juicio de cesura, también materia de recurso.-

1) Conducta posterior al delito: R. se presentó el día 22 de febrero de 2013, en consecuencia, si bien es cierto que en los primeros días eludió la investigación, ello fue revertido posteriormente (cfme. Fleming-López Viñals: "Las penas", edit. RubinzalCulzoni, año 2009, pág. 430: " … no cabe duda de que el reproche debe morigerarse si el sujeto pone de manifiesto una motivación **aun tardía** en la norma, minimizando la conflictividad lesiva", el destacado me pertenece).-

2) La calidad de los motivos que determinan el accionar delictivo: aún cuando los mismos están lejos de haber apuntado a la protección de bienes jurídicos, tampoco podemos desconocer -como lo ha destacado la Defensa en esta instancia de impugnación-, que no se trató de un obrar premeditado (cfme. auts. y ob. cits., pág. 387: "No es lo mismo desde el **punto de vista de la reprochabilidad** que el autor se haya decidido a cometer el hecho de un modo irreflexivo o **movido por un estímulo externo no justificante**, que si se ha dispuesto a hacerlo en un contexto de meditación, o simplemente sin

que medien aquellas circunstancias que hacen a un **accionar precipitado** …", el destacado me pertenece).-

3) Edad, grado de instrucción, posición social: también en este punto, acierta la Defensa cuando destaca que tales circunstancias no siempre aseguran que un autor tenga, en todo momento, el gobierno de la voluntad; tornándose dificultoso, por ende, en muchos casos apreciar la real influencia de los factores que impulsan a delinquir, en un momento determinado, lo que debe favorecer al encartado.-

Por todo lo expuesto, acuerdo en fijar la sanción en un monto de doce años de prisión, con accesorias legales y costas (arts. 12 y 29, inc. 3, CP); y, en consecuencia, emito mi voto parcialmente por la afirmativa a la cuestión planteada, adhiriendo en definitiva, al dictado del pronunciamiento que propone el colega del primer voto.-

En materia de honorarios a regular y costas a imponer, adhiero a la propuesta del vocal que lidera el acuerdo. Así voto.

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

1)Rechazar parcialmente la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica del imputado A. O. R. cuyas demás circunstancias personales obran en autos- contra la sentencia nro. 707/15, dictada en fecha 13/03/15;

2) Confirmar parcialmente la sentencia nro. 707/15 dictada en fecha 13/03/15, en lo concerniente a la declaración de autoría responsable del acusado por el delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego (arts. 79, 45 y 41 bis del CP), por los hechos ocurridos en la ciudad de Trelew (Pcia. del Chubut) en fecha 03 de febrero del año 2013 y en perjuicio de M. A. Z.;

3) Revocar parcialmente la sentencia Nro. 707/15 OJ Tw dictada en fecha 13/03/15 en lo atinente a la pena impuesta, fijándose en definitiva la misma en doce años de prisión.

4) Imponer las costas al acusado (art. 241 y conc. Del CPP), y regular los honorarios profesionales del Dr. F. G. en la cantidad de TREINTA Y CINCO (35) JUS y los del Dr. A. M., letrado patrocinante de la Querella, en la cantidad de TREINTA Y CINCO (35)JUS (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y ccdts. de la ley XIII4, t.o. Ley XIII N° 15 antes decreto-ley 2.200).

3) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Roberto Adrián Barrios **Omar Florencio Minatta**

El Juez Daniel Luis María Pintos remitió su voto a esta sede vía correo electrónico, firmado digitalmente. Registrada bajo el Nro. 14/2015 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.

Carlos E. Pedelaborde
Secretario de Cámara