En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los cinco días del mes de abril de dos mil diez, se da a conocer en base a la comunicación recibida por medio de correo electrónico con firma digital, que el Tribunal Subrogante de la Cámara en lo Penal de esta Circunscripción Judicial, integrado por los Dres. **Leonardo Marcelo PITCOVSKY** en su carácter de Presidente, **Roberto Rubén PORTELA y Omar Florencio MINATTA**, Jueces de Cámara, dicta sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 17.510**, **carpeta individual n° 1.564**, de la Oficina Judicial local, en la que tuvieron debida participación el Sr. Fiscal General, Dr. **Carlos Adrián CABRAL**, el Sr. Defensor de Confianza Dr. **F. M. R.**, y el imputado C. A. M.;

----------**CONSIDERANDO**:----------

Que el día 25 de marzo del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Leonardo Marcelo Pitcovsky, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por el Sr. Defensor del imputado M.; por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones: 1º) ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de M., contra la sentencia condenatoria?; en su caso, 2º) ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término vota el Dr. Leonardo Marcelo Pitcovsky, en segundo lugar el Dr. Omar Florencio

Minatta y finalmente el Dr. Roberto Rubén Portela.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **PITCOVSKY** dijo:

Contra la Sentencia que condenara a C. A. M. la Defensa del imputado interpuso impugnación ordinaria.

La Cámara Criminal de la ciudad de Comodoro Rivadavia mediante sentencia de fecha 16 de marzo de 2009 condenó al encartado como autor penalmente responsable del delito de Homicidio simple agravado por uso de arma de fuego (art. 79 y 41 bis del CP), imponiéndole la pena de diez años y ocho meses de prisión.

Efectuada la audiencia que prescribe el art. 385 del Código adjetivo la Defensa del imputado ratificó y amplió los términos de su escrito impugnativo y a su vez las partes acusadoras continuaron la línea argumentativa esgrimida en sus libelos glosado a fs. 180/184.

La defensa se agravió puntualmente por dos motivos: en primer término denunció parcialidad en la valoración de la prueba realizada por el Tribunal del debate al otorgarle –según dijo- mayor valor convictivo a la de cargo.

Entendió que los jueces al sentenciar no contaban con prueba independiente, pues los testimonios de uno y otro lado se veían teñidos por alguna relación entre la víctima y el victimario. Esta parcialidad generaba la falta de prueba independiente, lo que creaba la orfandad probatoria suficiente para instaurar la duda, que debía interpretarse a favor del imputado. Además, indicó que conforme la prueba arrimada por esa parte y la declaración del imputado era de aplicación al caso el instituto del exceso en la legítima defensa del art. 35 del C.P. peticionado se revoque la sentencia y se falle en ese sentido.

En segundo lugar impugnó la pena impuesta por el tribunal por

haberse violado lo prescripto en el Art. 304 del CPP, solicitando se declare la nulidad absoluta de la misma, se efectué el reenvío para que ante el Tribunal que corresponda se realice el juicio de cesura de pena, y se imponga –valorando determinados parámetros- la misma. Asimismo peticionó la producción de prueba pericial, la que al no ser presentada por esa parte –conforme la carga procesal que impone el 3° párrafo del art. 387 del CPP-, la misma he de tenerla por desistida.

A su turno el Fiscal señaló que la sentencia debe ser confirmada pues se encuentra correctamente motivada en la prueba que se ventiló en el juicio, la que ha sido valorada en su totalidad conforme las reglas de la sana crítica arribando los Sres. Magistrados a la certeza necesaria para concluir en el delito enrostrado y en la autoría en cabeza del imputado.

En relación a la nulidad planteada entendió que no debe prosperar, pues C. A. M. fue condenado al mínimo de pena establecido para la calificación jurídica escogida por el Tribunal. La Querella se refirió en igual sentido, postulando el rechazo también de la Impugnación ordinaria.

Planteados los motivos de la impugnación cabe ahora analizar si los mismos son procedentes.

Luego de la lectura de los sufragios contenidos en la sentencia y de escuchar los registros de audio de la audiencia de debate de juicio, anunciaré que no coincido, en parte, con el planteo del impugnante, propiciando la confirmación de la sentencia en relación al primer tópico, ello es, la culpabilidad del imputado y la calificación legal escogida por el Tribunal sentenciante. Fundamento.

Comenzando el análisis diré que los jueces de juicio han valorado correctamente la prueba, pues no sólo han ponderado los testimonios de la parte acusadora sino que han evaluado a su vez los testimonios de descargo,

confrontándolos entre sí a cada uno de ellos, conjuntamente con la declaración del inculpado, realizando un pormenorizado análisis de las contradicciones de su relato a la luz de los testimonios ofrecidos y los demás elementos probatorios arrimados al debate.

Así, la Juez del segundo voto, Dra. María Elena Nieva de PETTINARI luego de narrar los hechos ocurridos en fecha 31 de agosto de 2008 y fijar las dos posturas antagónicas de las partes respecto de la mecánica del suceso, pasó de seguido ha reseñar la declaración del imputado C. A. M., quien en lo relevante, expresó que era la víctima -F. R.- quien tenía una pistola, que existió un forcejeo entre ambos, que él – C. M.- le apretaba la muñeca y que en virtud de que F. tenía el dedo en el gatillo, el arma se disparó, hiriéndolo.

Luego la Magistrada comenzó a examinar de forma minuciosa cada uno de los testimonios ofrecidos por las partes, estableciendo además la relación de cada uno de ellos con la víctima y con el victimario.

A la par de ello ponderó el testimonio del médico forense, Dr. C. G., quien realizara la autopsia de la víctima, explicando el facultativo el lugar dónde halló la lesión, el trayecto del proyectil, los hematomas que presentaba F. R., la inexistencia de lesiones de defensa en sus manos, concluyendo que en base a la altura del joven -1,70 centímetros-, era difícil que en el forcejeo el arma se hubiera disparado doblando la mano.

Ponderó además la Magistrada los dichos del forense respecto que el impacto ingresa en forma recta en el pómulo izquierdo de la víctima, lo que la llevó a otorgar mayor credibilidad a los testimonios de cargo, descartando la estrategia defensiva del imputado. Así sentenció: *“El testigo U. dio detalles claros y coherentes de lo acontecido, afirmó que el único que portaba el arma de fuego fue C. M. y le efectuó con su mano derecha un disparo a F. R. desde una corta distancia*

*y a una zona vital, evitando cualquier defensa de la víctima. La descripción de lo sucedido aunque con menor precisión fue la de los testigos S. y G. no obstante apuntalan totalmente lo manifestado por el primero de los testigos nombrados".-*

En igual sentido el Juez Martín MONTENOVO se refirió a dicha prueba –la médica- y efectuando un análisis basado en la experiencia común descartó que la mecánica del suceso haya sido tal como lo expresara el imputado, validando -por ser más ajustada a la prueba técnica-, la hipótesis de los acusadores.

También el Juez del tercer voto Dr. D. Maria PINTOS señaló la importancia de la prueba médica, resaltando que en la misma se establece la dirección de ingreso del proyectil en el rostro de la víctima –de izquierda a derecha, lo que junto con la ampliación de la pericia de fecha 1º de Octubre de 2008 lo llevan a concluir que los acontecimientos no ocurrieron como lo señalaba el encartado sino que eran compatibles con lo relatado por el testigo U.. Asimismo dicho Magistrado señala el valor convictivo de la prueba aportada por la Defensa: *"...sobre todo si se advierte que la contraprueba propuesta por la Defensa no sólo está compuesta únicamente por parientes directos del acusado, y protagonistas también del hecho en perjuicio de R., sino además carece de consistencia y uniformidad que hubiera sido menester para rebatir de modo idóneo la hipótesis acusadora."*

En relación a lo anterior descarto de plano las críticas efectuadas por la Defensa respecto de que los Sres. Jueces han dado un valor primordial a la prueba médica, pues si bien es acertado señalar que el médico Forense Dr. G. aludió a que era "muy difícil" que la mecánica haya sido un forcejeo, ésta no fue evaluada en forma aislada sino complementada y confrontada con los testimonios: de U., S.

y G., quienes afirmaron que era el imputado quien blandía el arma de fuego y que el mismo se encontraba con el brazo estirado y a corta distancia de R..

Ha dicho sobre este punto SCBA. C. Ac. 81491, Moreno s. 16/07/02003 en JPBA t. 123 F. 200, pág. 84 "Correcto es decir también que los indicios deben ser analizados en conjunto y no fragmentadamente para evitar la dispersión de evidencias siendo una facultad de la instancia de mérito seleccionar el material probatorio, prefiriendo algunos elementos y descartando otros, no siendo suficiente, a quien se opone expresar un mero criterio discordante".-

Tal como lo señalaron los jueces he de advertir que del informe de autopsia de fecha 12 de Septiembre de 2008 suscripto por el Dr. C. G., surge: "…a partir del examen traumatológico se constada la siguiente lesión orificio de entrada, en la cara, en la zona del pómulo izquierdo, con anillo de Fisco completo (compuesto por el halo contusito y con el halo de enjugamiento) y signos de que la boca del arma se encontraba a más de 30 cm de la piel. … no hay orificio de salida en el cráneo, sólo se aprecia fisura del hueso parieto-occipital derecho. En el examen interno señala: "en la región occipital, sobre el lado medio, se encuentra alojado el proyectil, que es extraído y aparentemente corresponde a un Calibre 22, se encuentra bastante deformado, debido al impacto, contra el hueso parietal y su posterior desplazamiento hasta el occipital, la dirección de ingreso del mismo fue de adelante hacia atrás, de izquierda a derecha y de abajo hacia arriba." Que ello se ve corroborado por el testigo M. D. U. quien textualmente dijo: "…B. estaba como medio metro no más de F., él tenía el arma en la mano, no vio ningún forcejeo, F. no se pudo defender, de ahí sacaron el arma y le disparó el B. M...".

En este punto del análisis he de destacar, al igual que lo hacen los Sres. Jueces, el valor convictivo del testimonio de U. pues desde el primer momento de arribar la prevención al lugar - circunstancia corroborada por el testimonio del

Oficial Subinspector en Investigaciones D. A. M.; el testigo se mantuvo incólume en su relato el que perduró en el tiempo hasta la audiencia de debate, lo que me hace creer en su veracidad. Aunado a ello lo manifestado por el forense me alejan cada vez más de la pretendida exculpación planteada por el Defensor dado que no pudo existir el forcejeo al que se alude y el disparo sin intención del arma, pues ello no se condice con el ingreso del proyectil de izquierda a derecha en el pómulo de R., ni con su trayectoria –recta- lo que me lleva a descartar de plano lo dicho por el imputado y los testigos de descargo.

Por lo expuesto tengo por acreditado que los hechos ocurrieron tal como los han diagramado los jueces sentenciantes, no encuentro en la sentencia defectos lógicos, la misma se produjo con apego a las exigencias de la sana crítica, estableciéndose en ella con certeza la existencia del hecho delictivo y la participación en el mismo del imputado.

Respecto de la calificación legal he de coincidir, al menos en parte, con la fijada por el Tribunal al subsumir la conducta del encartado C. A. M. en el tipo penal previsto en artículo 79 del CP, pues tal como lo ha aseverado el Dr. Martín MONTENOVO en su voto: *"el lugar donde dirigió el disparo, parte vital del cuerpo de la víctima y la corta distancia, más el poder vulnerante del instrumento que provocara las lesiones a la postre fatales, demuestran la existencia del elemento subjetivo del tipo, en la modalidad al menos de dolo eventual, que la norma admite".*

La adecuada fundamentación dada por el Tribunal me permiten afirmar que el acto jurisdiccional atacado es válido en lo que respecta al tópico en tratamiento y respecto de ello deberá confirmarse.

En relación a la nulidad de la pena impuesta solicitada por el Sr. Defensor, al no haberse llevado a cabo la audiencia de cesura correspondiente, tal como lo prevé el artículo 304 del C.P.P., entiendo que le asiste razón al impugnante.

En efecto, más allá de la conformidad de las partes prestada al momento de finalizar el debate sobre la responsabilidad del acusado, para que el Tribunal de juicio se expidiera, en su caso, respecto de la pena a aplicar, cierto es también que los artículos 304, 329 párrafos 5to. y 6to., 343 y 344 del Código Procesal Penal son claros, a mi juicio, en el sentido inverso.

El articulado de mención establece que **luego** de la lectura del veredicto, o de la lectura de la parte dispositiva del fallo con sus fundamentos, podrán las partes solicitar un plazo máximo de cinco días para ofrecer **nuevas** pruebas a fin de fijar la pena. En el mismo sentido lo enuncia el artículo 329, cuando expresa que el tribunal pronunciará sentencia, sin resolver la cuestión de la pena. El propio artículo 343 del rito fija las pautas del desarrollo en dos etapas para la fijación de la pena.

Sin perjuicio de la letra del articulado de mención, la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, sentó su posición sobre el tópico en tratamiento, en causa "Albistur, Juan Eusebio s/ Homicidio", el 4/2/2009. El Ministro Jorge Pfleger dijo, entre otras consideraciones: "Es así como la Ley vigente manda a fundar el juicio de culpabilidad y a la par estructura el procedimiento para fundamentar la pena, distinguiendo esas dos fases". Cita a Maier, Derecho Procesal Penal; y continuó: "Así, considero que el art. 304 del C.P.P. brinda, al imputado y a su defensor técnico, la posibilidad de ofrecer prueba para que luego del necesario proceso dialéctico los jueces se pronuncien"; declarando finalmente la nulidad de la pena impuesta en ese juicio, por no haberse discutido en debate independiente. En el mismo sentido los Ministros Alejandro Panizzi y José Luis Passutti expresaron:

“Esta división tiene su razón de ser en que debe dotarse a los jueces de mayor conocimiento sobre el instituto de la pena y despojarlo de criterios meramente discrecionales. El juicio de cesura es un verdadero enjuiciamiento y no es lícito privar al imputado de él”, dijo el primero; y “..La letra es muy clara cuando establece que el juicio se divide en dos etapas, que tiene objetos procesales diferentes. En autos esta segunda etapa se ha omitido, afectándose palmariamente el derecho de defensa en juicio.”, señaló el segundo de los magistrados.

Entiendo que el nuevo modelo de enjuiciamiento que ha adoptado la Provincia se inscribe -sobre el tratamiento de la pena-, en una ponderación más razonada y acorde a la recopilación de datos que no necesariamente se asocian a las necesidades de inmediación y continuidad de la etapa anterior –declaración de responsabilidad y calificación legal-, pues es otra la lógica que deriva del propio debate para establecer la sanción.

Es conveniente y más favorable a los intereses del condenado, que en términos de precisión, la consideración sobre la pena se trate fuera de los límites del proceso de responsabilidad, encarando la justificación de la sanción como cuestión medular del proceso, no sujeta al corto plazo, perentorio, de la emisión de la decisión sobre la existencia del hecho delictivo, autoría y tipo penal a aplicar. La necesidad de una mayor ponderación al tiempo de imponer la pena se debe al amplio abanico de cuestiones a atender, ya sea por las causas, ya sea por los fines y sus consecuencias en la vida de quien la tiene que cumplir.

Por último, no puedo dejar de observar la premisa que surge del artículo 44 de la Constitucional Provincial, cuando manda que las facultades procesales en juicio penal no deben coartarse por disposición legal –mucho menos por decisión judicial, aun con acuerdo de las partes-, y de serlo, debe ser interpretada

restrictivamente. “La progresividad de los derechos humanos como principio de interpretación *pro homine* ha significado el abandono de las imbrincadas teorías interpretativas del derecho, y su sustitución por una regla sencilla: la aplicación preferente de la norma más favorable a la persona humana...”

(Reflexiones a propósito del nuevo Código Procesal Penal del Chubut, por José Raúl Heredia, con cita de Carlos M. Ayala –ex Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos- “La recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional”.

Por las consideraciones que vengo de realizar, entiendo que la pena a imponer en razón de las prescripciones que resultan de los artículos 40 y 41 del C. Penal, y, en su caso, por aplicación de la agravante genérica que prevé el artículo 41 bis del mismo cuerpo legal, debe discutirse en la etapa procesal correspondiente, por lo que voto se declare la nulidad de la pena impuesta y que otro Tribunal debidamente constituido, debate por medio, se pronuncie al efecto.

Corresponde regular los honorarios de la Defensa y la Parte Querellante en la suma de pesos un mil ($1.000).-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MINATTA** dijo:

Que la defensa se agravia contra la sentencia condenatoria del tribunal de mérito argumentando, esencialmente, en que la misma solo tiene en cuenta ,para dirimir la versión encontrada sobre los hechos, los testigos de cargo sobre los de descargo, cuando a ambos los afectan relaciones de parentesco o amistad, por lo que, en todo caso, debió aplicar el beneficio de la duda y hacer lugar así al relato defensista. Asimismo se agrava porque se omitió el debate sobre la individualización de la pena, sosteniendo que se trata de una garantía del imputado, indisponible, que no puede dejarse de lado ni por acuerdo de partes, quejándose, además, de la aplicación al caso de la agravante genérica de uso de arma de fuego

establecida en el artículo 41 bis del código penal, ya que entiende que se estaría valorando dos veces el mismo extremo de violencia, ya que esta es propia de todo homicidio. Los acusadores, por su parte, al contestar los agravios, sostienen que la reconstrucción de los hechos que hace la sentencia, dando razón a ellos, se encuentra debidamente fundada ya que si bien reconocen los lazos de amistad que unen a los testigos de cargo con las víctimas, las deposiciones de éstos se encuentran corroboradas por fuente independiente y objetiva, especialmente la pericia médica que descarta una aproximación física tal de víctima y victimario de la que se pueda extraer que al momento del disparo ambos se encontraban forcejeando para hacerse del arma de fuego. En cuanto al agravio de falta de cesura para debatir sobre la pena, postulan su rechazo, sosteniendo no solo que la misma defensa consintió en ello, sino que también porque la sentencia valoró todas las pruebas de los hechos que hacen a las agravantes y atenuantes y, además, se le impuso el mínimo. Adelanto que se dará razón a la fiscalía respecto del primer punto y a la defensa en el segundo agravio, por las razones que expongo seguidamente.

**1)Primer agravio:** antes de entrar al análisis aclaremos algo importante para el caso y las posiciones de las partes: se trate de un homicidio simple- como lo plantean los acusadores- o de un homicidio cometido con exceso en la legítima defensa- tal como lo postula la defensa- en ambos casos siempre hablamos de una muerte dolosa, es decir, con conocimiento del poder vulnerante del arma, de la dañosidad del curso causal en cuanto al resultado letal que llevaba y sobre otros extremos típicos, unido a la voluntad de realizar la acción lesiva, guiada por esos conocimientos. Entiendo que esto es importante, pues todas las partes hablan de una muerte dolosa, ya que si bien el artículo 35 del Código remite a las penas del tipo culposo, no se trata de un delito culposo, sino de un doloso en que la

magnitud del injusto es menor, ya que no es lo mismo la valoración de una acción que siempre fue antijurídica- homicidio simple del art. 79, por ejemplo- que la de una acción que comenzó siendo justificada- por legítima defensa- y luego se transforma en antijurídica por su exceso. Vaya esta reflexión para descartar de plano la existencia de la imprudencia al momento del disparo, por lo que nos abocaremos a analizar el disparo doloso y en qué contexto se produce, esto es, si puede establecerse, tal como lo dice la sentencia, que la acción se produjo sin permiso ni exceso alguno o puede haber ocurrido este último, tal como lo postula la defensa.

En esta senda, tenemos, por un lado, los testimonios de cargo correspondientes a U., S. y G., sosteniendo que el disparo se produjo cuando el imputado apuntó deliberadamente y a poca distancia a la humanidad de la víctima. Por el lado de la defensa, W. M. y C. D., sostienen que la víctima R. comenzó la agresión hacia el grupo del imputado y en un momento, extrae el arma, y comienza un forcejeo, momento en que se dispara el arma y R. cae, agregando el primero que como resultado del forcejeo se dispara la pistola. Respecto de la credibilidad de todos, cabe sopesar las mismas circunstancias de amistad o parentesco respecto de ambos bandos con la víctima y victimario, por lo que, con este prisma, las susceptibilidades respecto de las versiones se neutralizan. Así las cosas, solo puede decidir una prueba que puede llamarse independiente, objetiva, es decir, aquella que tiene su fuente en un órgano de prueba sin relación alguna con las partes. Obviamente que no basta con que tal órgano reúna la calidad de extraño a las partes, si ella, a su vez, no resulta creíble por otros parámetros propios a su esencia. Así, la pericia y testimonio médico sostienen, esencialmente, que no se encontró ningún signo de disparo que haga presumir una cercanía tal entre víctima y victimario que se compadezca con el mentado forcejeo. Especialmente relata el médico, que no encontró ningún tipo de lesión en brazos o manos que se correspondan con una “

defensa", por lo que debemos entender, con los sentenciantes, que conforme la experiencia difícil resulta creer que no queden huellas de un forcejeo por la disputa, sobre todo, de un arma letal. Asimismo, sostiene que la distancia de disparo es mayor a treinta centímetros, lo que contribuye, junto a lo anterior, a descartar la tesis del forcejeo. A ello agréguese las lesiones que en cara y hombro tenía la víctima, compatible con la golpiza anterior de la que habla U., extremo del cual también es razonable deducir la inexistencia del forcejeo, ya que también la experiencia nos indica que alguien pueda tener un arma de fuego en sus manos mientras recibe golpes que lo desestabilizan. En este contexto, cobran fuerza los razonamiento de los jueces en el punto, tanto los del juez Montenovo afirmando, conforme a la experiencia común, la imposibilidad física del forcejeo derivado del poco alcance de brazos de la víctima, pues si los hechos serían como lo dice la defensa, los rastros y la distancia de disparo tendrían otras características en la víctima. En este orden, también el voto del juez Pintos enfatiza en lo testimoniado por el médico en el sentido de que es muy difícil sostener que el disparo fue producto del forcejeo, puesto que ello podría ser razonable si la trayectoria del disparo hubiese sido de derecha a izquierda, como producto de la dobladura de la mano de la víctima en su dirección, pero no, como es este caso, en que la trayectoria fue de izquierda a derecha, haciendo el voto hincapié, además, en que, tal como lo depone el médico, las características del orificio de entrada en la cara de la víctima permitían hipotizar que la boca del arma de fuego se encontraba a mas de treinta centímetros de la piel. Asimismo la juez Pettinari abreva en la prueba médica y el testimonio pertinente en el que el galeno señala especialmente que – por las características físicas de la víctima- es muy difícil que el arma se haya disparado como producto del forcejeo en que se le dobló la mano a la víctima.

En fin, no aparece irrazonable la conclusión de los sentenciantes en el camino de dar razón a las hipótesis acusatoria, puesto que de las mismas probanzas no puede extraerse ni apoyarse en ellas la tesis de la defensa, por lo que se encuentran reunidos los requisitos exigidos por la doctrina y jurisprudencia para que la prueba indiciaria destruya el estado de inocencia del imputado.

**2) Segundo agravio:** se queja la defensa porque no hubo debate sobre la pena a imponer, tanto sobre su monto como por la aplicación al caso de la agravante del artículo 41 bis. En este punto lleva razón la defensa, no solo porque el código procesal así lo impone para el caso en forma imperativa, sino también porque la cuestión de la individualización de la pena presupone un anterior veredicto de culpabilidad, es decir, no podemos discutir sobre la pena ni ofrecer prueba alguna, si previamente no establecimos el objeto del reproche- la magnitud del injusto y la participación del imputado- y el ámbito de autodeterminación y los motivos del autor- el juicio de reproche mismo-, extremos que se analizan necesariamente en el debate sobre la responsabilidad. Este juez es conciente que tales extremos tampoco se analizan en profundidad, en la gran mayoría de los casos, en el veredicto de culpabilidad, pero ello tendrá que convertirse en un futuro mediato en regla, puesto que no hay otra forma de poner coto a la arbitrariedad de los montos punitivos que no sea un control estricto sobre su fundamentación. Sólo así podremos proclamar a los cuatro vientos que la medida de la pena es la medida de la culpabilidad.

Conectado con esto último, viene el problema de la agravante del artículo 41 bis del Código Penal. En este punto, no hay que hacer una división tan tajante entre lo que se analiza en la decisión de culpabilidad con lo que se valora en la decisión sobre la pena, puesto que la diferencia solo estriba en la perspectiva con que se analiza el conflicto. Me explico: allá se observará el conflicto en forma estática, tal como ocurrió en el momento del hecho, mientras que en el momento de

la pena se analizará el conflicto en forma dinámica, es decir, tal como está el entuerto al momento de establecer el monto punitivo y las perspectivas de evolución del mismo, pero la culpabilidad como medida de la pena- teniendo en cuenta el objeto de reproche y el juicio mismo de reproche en que consiste la individualización de la pena- no puede establecerse en forma distinta a como lo hizo el juicio de responsabilidad. Es por ello que la agravante del artículo 41 bis influye en ambos momentos, pues mirado desde la responsabilidad penal es claro que aumenta el injusto y ello influirá en el monto punitivo. Dicho esto y debiendo discutirse la aplicación o no de la agravante en el juicio sobre la pena- tal como lo postula mi colega preopinante-, la cuestión es salvable en esa oportunidad.

Es por ello que no entro aquí a analizar en detalle si la citada agravante se aplica o no en los homicidios, aunque adelanto mi criterio concordante al postulado por la defensa, sobre todo porque se estaría efectuando una misma valoración de un mismo elemento, ya que, en síntesis, la violencia es constitutiva del tipo penal del homicidio simple.

En síntesis, por los considerandos expuestos voto por confirmar la sentencia en orden al hecho calificado como homicidio simple, postulando se sancione con nulidad todo lo referente al monto punitivo- dentro de éste va la agravante genérica del art. 41 bis- que será debatido ante un tribunal que decidirá al respecto.

Deben regularse los honorarios profesionales de la Defensa y la Parte Querellante en la suma de pesos un mil a cada uno.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **PORTELA** dijo:

Que motiva la intervención de este Tribunal, la impugnación

efectuada por la Defensa Pública, en interés del imputado C. A. M., quien fuera condenado por la Cámara Primera en lo Criminal con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, a la pena de diez años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas del proceso (art. 12 y 29 inc. 3ro. del C.P.), como autor penalmente responsable del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (arts. 79 y 41 bis del C.P.), hecho ocurrido el día 31 de agosto del año 2008 en la ciudad de Comodoro Rivadavia y en perjuicio de F. Eduardo R..

Celebrada la audiencia que fija el art. 385 del C.P.P., el Defensor, Dr. F. M. R., ratifica el escrito obrante a fs. 175/177 vta., reitera los agravios allí ofrecidos como así también en la adecuación típica del hecho y la pena impuesta.

Así, centra los ataques a la sentencia en las siguientes pautas: 1) Que existen dos versiones respecto de la mecánica del evento, la de cargo sostenido por los acusadores, y la otra de descargo por la Defensa. En la versión de cargo sostiene que se expone que R. había concurrido al negocio junto a M. U. y D. S. y que allí fueron agredidos por alrededor de siete personas, todos integrantes del grupo identificado como “los gorilas” y miembros en su mayoría de la familia M., provocándose una gresca que culminó cuando el acusado extrajo un arma de fuego y disparó a corta distancia contra la víctima. Que la versión de descargo, sostuvo que R. tenía el arma en su poder y que el mismo, habría concurrido al lugar en busca de revancha por un tiroteo a su casa, presuntamente atribuido a W. M., hermano del encartado, y en un forcejeo con el traído a juicio, aquélla arma se habría disparado, generando el resultado descripto.

En cuanto a los fundamentos sostiene que el Tribunal juzgador hace una diferencia entre los testigos de cargo y los propuestos por la Defensa, inclinándose sin sustento fáctico ni jurídico alguno, por los de cargo. Continúa manifestando que no existen pruebas tanto de cargo como descargo independientes,

dada la vinculación de amistad o parentesco existente respecto tanto de la víctima como del victimario, por lo que entiende que en modo alguno debe descartarse la hipótesis sostenida por su parte. En tal sentido sostiene que el Tribunal juzgador no adquirió certeza acerca de la culpabilidad de su asistido, por lo que dicha incertidumbre no debe pesar sobre el mismo y ser absuelto por imperio del principio in dubio pro reo.

El 2do., agravio está ligado a la consideración que hacen los juzgadores al valor primordial que de la prueba médica se obtiene. Luego, entre otras consideraciones, se pregunta ¿es la prueba efectuada por el médico Forense, determinante y apta para excluir la hipótesis de la Defensa?, se responde que no, aunque no deja de mencionar que la pericia realizada por el Dr. C. G., sostiene que es muy difícil que haya habido un forcejeo y que el disparo se haya efectuado a más de treinta centímetros de distancia, lo que no resulta imposible, por lo que no es prueba certera para la Defensa, importando que la mera posibilidad de ocurrencia en el modo sostenido por su parte, permite ingresar la regla del in dubio pro reo. En tal sentido, afirma que el estado de inocencia debe ser perforado por el acusador y si éstos no logran probar en forma fehaciente el hecho y la participación punible del imputado, el estado de inocencia se mantiene. Cita doctrina y Jurisprudencia.

En el apartado B) cuestiona los fundamentos técnicos expuestos por el Dr. C. G. y que el Tribunal asignara importancia al momento de fallar, afirmando que el informe de autopsia resulta ser vago, impreciso y sin fundamentos técnicos que expliquen sobre la mecánica del evento, entre otros: que en una peritación médico-legal o balística de trayectoria del impacto, ésta debe ser amplia, clara y sencilla, debiéndose consignar los pasos cumplidos en cada etapa. En cuanto a la distancia de disparo, se refiere que el Perito debió efectuar un minucioso

examen de apreciación, de características balística, la forma y orientación del orificio de entrada, características del labio de herida, descripción de presencia o ausencia de signos balísticos (anillo de fish, tatuaje, quemadura, ahumamiento, desgarro. Todos estos elementos obtenidos, para nada explican la mecánica del evento y la distancia en que el arma fue disparada; solicitando en los término del art. 383, se practique una pericia balística a su costa, para lo cual ofrece a la Lic. en Criminalística, M. V. F. y los puntos a dictaminar.

Así, solicita se haga lugar a los agravios deducidos y se revoque la condena impuesta, subsumiendo la conducta de su asistido en el delito de Homicidio Agravado por el uso de arma, cometido en exceso de la legítima defensa (arts. 34, 35, 41 bis y 79 del C.Penal), y consecuentemente ordene realizar al Tribunal correspondiente, audiencia a los fines del art. 304 del C.P.P.).

Finaliza su presentación, deduciendo nulidad absoluta de la pena impuesta en la sentencia condenatoria que impugna, por haberse violado el art. 304 del rito, en tanto no se agotó la discusión respectiva y en tal sentido, haber sido privado de ofrecer prueba, lo que torna arbitraria la pena impuesta.

El Ministerio Público Fiscal, a su turno entiende que la impugnación deducida por la Defensa debe ser rechazada en todos su términos, atento haber efectuado los magistrados intervinientes una minuciosa descripción del material probatorio, el cual fuera valorado conforme a las reglas de la sana crítica, de la lógica, los conocimientos técnicos y las máximas de la experiencia, conforme al art. 25, 3er., párrafo del C.P.P. Asimismo, solicitó que se rechace la nulidad absoluta de la imposición de pena requerida por la Defensa, toda vez que surge que al momento de los alegatos, ésa parte entendió que no era necesario desdoblar la audiencia para la cesura de la pena, circunstancias todas éstas que fueran ratificadas en la audiencia del art. 385 del C.P.P.

A su turno, la Querella en idéntica tónica de la sustentada por la Fiscalía, sostiene el rechazo a la impugnación planteada y que se confirme la Sentencia.

Referenciados los agravios y sus contestaciones, procuraré dar respuestas a aquéllos, en el orden que propone la Defensa. El primero de ellos, referido a las dos hipótesis de la mecánica del evento, una sostenida por la parte acusatoria y la otra por la Defensa. Entiendo que la posición del Defensor no es atendible, pues de los votos construidos por los sentenciantes se puede extraer con claridad contundente que, analizaron y valoraron detalladamente las pruebas testimoniales tanto de cargo como de descargo, introduciendo las pruebas periciales y sobre todo la del médico Forense, Dr. C. G., quien incluso compareciera al debate y fuera sometido a un exhaustivo interrogatorio, ampliando la experticia que llevara a cabo sobre el cuerpo de quien resultara víctima.

Previo a ahondar en la interpretación y alcance valorativo de las pruebas, creo menester señalar, tal como lo vengo haciendo en forma reiterada, cuál es el método que la ley de rito determina en esta importante función de la apreciación de la prueba, así el art. 25, tercer párrafo del C.P.P., en consonancia con los arts. 168 y 329 del mismo cuerpo legal. Así es, de los artículos que he citado, se desprende que las pruebas serán valoradas por los jueces según la sana crítica, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia. Formarán su convicción de la valoración conjunta y armónica de toda la prueba producida. A través de este método de valoración escogido por el legislador es dable colegir que el Juez, en la interpretación y apreciación probatoria, no debe arribar a una conclusión fruto del autoritarismo y antojadiza sino que, por el contrario, su decisión debe ser fundada, razonada y lógica.

Esta introducción al sistema de valoración de la prueba tiene por objeto desestimar la queja de la defensa, pues entiendo que los sentenciantes arribaron a conclusiones apoyadas en el sistema de la sana crítica, brindando debidamente los fundamentos de ella.

Dicho ello, es importante también destacar que los votos que integran la sentencia, tuvieron en cuenta como no puede ser de otra manera, la prueba pericial y sobre todo la llevada a cabo por el médico forense, C. G., por entender que esta se convierte en esencial para dilucidar la cuestión. Efectivamente, los exámenes se concretan el día 12 de septiembre y 1ro. de octubre de 2008 (ver fs. 70/71 y su ampliación de fs. 82/vta.). En las conclusiones del primero de ellos, se sostiene que el fallecimiento de F. Eduardo R. (ver partida de defunción de fs. 59), fue producido por herida de arma de fuego, que ingresa en el cráneo, por el pómulo izquierdo y no posee orificio de salida, la distancia de disparo es de más de treinta centímetros y, en su ampliación de fs. 82/vta., sobre el cadáver, al examen externo, presentaba hematoma bipalpebral en ojo izquierdo; hematoma con inflamación en ojo derecho; hematoma en cráneo sobre el hueso parietal derecho; rastros de sangre en ambas narinas; escoriaciónhematoma en hombro derecho como así también en parrilla costal derecha; hematoma en antebrazo derecho y en hombro izquierdo; escoriación-hematoma en parrilla costal izquierda y en abdomen sobre flanco izquierdo; hematomas en miembro inferior derecho, resaltando el galeno que el occiso no presenta en ambas extremidades superiores lesiones de tipo de defensa.

Durante la audiencia, el Dr. C. G. explica los términos de las pericias, refiriéndose al lugar por donde ingresó el proyectil y luego, que si bien al inicio fue recto, luego por las cavidades faciales, éste se desvía, tomando un rumbo de izquierda a derecha, golpeando en la parte más alta de la

calota. Respecto a la mecánica de la producción del disparo, sostiene que si el tirador portaba el arma en su mano derecha, el disparo difícilmente – si hubiera existido algún forcejeo- hayan podido doblar la misma (la mano) tanto como para que el proyectil ingresara de izquierda a derecha en el rostro. También descarta el forcejeo porque el disparo se produce a más de 30 centímetros, ello es así, porque si hubiera sido a menos de esa distancia, hubiera quedado la impronta, una quemadura, tatuaje, y el cadáver no lo tenia. Además, se refirió a las lesiones que constatara en el cuerpo de la víctima, sin que haya verificado lesiones leves de defensa en sus manos.

Es casualmente la pericia médica llevada a cabo por el Dr. C. G. la que permite en forma contundente verificar la verosimilitud o no de los testimonios concretados. En ese sentido, ha quedado evidenciado que se trata de jóvenes que tenían lazos de pertenencias a uno u otro grupo, es decir, no era el conjunto que se encontraron en el Kiosco “B.”, pertenecientes al mismo. Efectivamente, uno, el integrado por el occiso, M. U. y S. y el otro, más numeroso, “los M.”. Existen coincidencias notables en declaraciones prestadas por los integrantes de lo que se denomina un grupo y otro grupo, en esa dirección detecto que tanto el testimonio de M. y D. S., tienen cierto correlato con el vertido por Sergio M. y a las pruebas me remito. U. y S. se explayan sobre el tiempo y lugar en que se produce la discusión y luego el desarrollo de los actos violentos; el primero hasta reconoce haber asestado un “botellazo” en la cabeza de Sergio M., circunstancia que observara S. y confirmara el mismo afectado. Por supuesto que la cuestión no se detuvo ante este accionar, la gresca continuó y, tanto U. como S. ubican al imputado realizando el disparo con el arma de fuego que impactara en la humanidad de la víctima. En esta descripción fue mucho más detallado el relato que efectúa U., quien

afirmara que el incuso apuntó al pecho de F. a medio metro aproximadamente de distancia y disparó.

Este es el eje de la discusión para lograr el esclarecimiento y fue aquí donde puso énfasis la defensa, para determinar que se tuvo en cuenta la prueba de cargo y no la de descargo, cuando las evidencias a través de las pericias, a la que me refiriera en párrafos anteriores, es compatible en forma clara, en describir el mecanismo de disparo y, desechando como poco probable que el mismo se hubiera provocado a consecuencia de un forcejeo. En esto fue contundente el médico forense, refiriéndose a que si el arma del atacante era portada por la mano derecha, era difícil que hubiera existido el forcejeo, por la forma en que ingresara el proyectil, que al principio fue recto y luego se desvía, pero ello como consecuencia de la estructura ósea; y segundo, otro punto relevante es que el disparo se produce a una distancia no menor a treinta cms., del lugar de impacto; y esto ha sido debidamente explicado por el experto en razón de no existir impronta que necesariamente debió dejar el disparo, esto es, quemadura o tatuaje.

Otra cuestión que no pasó inadvertida por el suscripto, se origina en la verificación realizada por el médico forense a fs. 82 vta., ampliatoria de la autopsia realizada a F. Eduardo R. y al que también hiciera referencia en el curso de la audiencia, que viene a confirmar la declaración prestada por U., es la golpiza a que fuera sometido previo al disparo por los integrantes del grupo que formaban los M., de esto da cuenta el informe médico mencionado y en el cual se detectaron innumerables lesiones en la humanidad de la víctima, las que he enunciado ut-supra.

Observo, a raíz de lo relatado que la valoración de las pruebas de cargo fueron confrontadas con las pruebas de descargo a que hiciera referencia la defensa, obteniendo como resultado de la aplicación del principio de la sana crítica,

la imputación dirigida al condenado, por lo que considero que el agravio impetrado, debe ser rechazado.

En orden al segundo de los agravios, la Defensa ataca el valor que se le asigna a la pericia forense. En ese sentido, también debo adelantar la conclusión de rechazar este planteo, toda vez que las manifestaciones realizadas por el perito, Dr. C. G., como lo dijera al tratar el primer agravio, es coherente, dando razones del porqué sostuvo que el disparo se realizó a más de treinta centímetros de la humanidad de la víctima, como así también de detalles que hacen al ingreso y dirección del proyectil en el pómulo izquierdo de la víctima, para terminar alojándose en la calota.

A todo evento y en esto también me adelanto a los agravios y a la contestación a la prueba pericial requerida por la defensa y no practicada, señalo dos cuestiones, a saber: a) al momento de realizarse las experticias, las cuales fueron utilizadas como elementos cargosos por los sentenciantes, la defensa debidamente notificada de ello, pudo ejercer en plenitud sus derechos; es decir, nombrar perito a su costa y controlar dicha prueba, no obstante ello, esto no sucedió (art. 198 del C.P.P.). b)Si bien el art. 383 del C.P.P., faculta al impugnante la producción de prueba, de modo alguno esta facultad puede reeditar las omisiones incurridas en etapas anteriores y cubrir en esta etapa procesal las falencias de la parte, pues las pruebas periciales producidas en su oportunidad, se constituyeron en suficientes para evaluar el cómo de los sucesos y consecuentemente el quien, por lo que cabe también, como conclusión, rechazar los planteos tratados.

Resta el tratamiento de la nulidad impetrada por la Defensa, por considerar que no cumplió con la norma del art. 304 del C.P.P., y que conforme a jurisprudencia del Tribunal, solicita la nulidad absoluta de la imposición de pena por

violación de garantías constitucionales y el debido proceso, por no haberse agotado la cuestión en la discusión respectiva, con intervención de las partes, que a todo evento estaban en condiciones de ofrecer elementos de convicción relevantes.

Cabe observar que el planteo adolece de claridad, pero trataré de reconstruir el mismo con el objeto de responder a la pretensión defensista. Así, tengo que el representante técnico ataca la imposición de pena que resultara de la sentencia dictada oportunamente, por no haberse agotado la discusión y la imposibilidad de ofrecer elementos de convicción relevante.

Encuentro inexacta esta última afirmación de la Defensa, pues no tuvo en cuenta actos procesales que objetiva y válidamente se cumplieron en el debate. Así es que luego en la recepción de la prueba, el Tribunal dirigiéndose a las partes, se refirió respecto a la etapa de imposición de la pena y "en caso de que éstos consideren necesario, en el acto puntual del desdoblamiento y que eventualmente haya alguna otra prueba que quieran ofrecer con respecto al monto de pena, que se les haga saber al momento de los alegatos, que van a requerir una segunda etapa para ese tema o sino, de lo contrario, se conforman en una sola alegación e incluir todos los puntos".

Palabras más, palabras menos, el Sr. Presidente requería a las partes –fiscalía, querellante y defensa-el interés de la realización de la segunda etapa. Las partes brindaron su consentimiento para obviar la segunda etapa y concretamente la Defensa dijo "...que no es necesario que se desdoble la audiencia a los efectos de la pena...". Cabe señalar que los acusadores primeramente, conforme al orden establecido en la ley de rito, art. 327, inician sus alegatos manifestando que no era necesario desdoblar la audiencia para la fijación de pena, a lo que como vimos, luego adhirió la Defensa.

Para completar la historia en la sentencia dictada por el Tribunal

de juicio, se le impone a C. A. M., la pena de diez años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas, por hallarlo autor penalmente responsable del delito de Homicidio Agravado por el uso de arma de fuego (art. 79 y 41 bis del C.P.). En relación al cuantum punitivo, se puede apreciar que se le aplicó el mínimo del tipo penal (art. 79 del CP.), cuya pena se agrava por el uso de arma de fuego (art. 41 bis del CP).

Cabe preguntarme cuál es el agravio efectivo ocasionado al imputado, por el cual el profesional requiere la nulidad.

Previo a responder la inquietud, debo recordar que el representante técnico del imputado fue otro profesional – Defensoría Pública, Dra. Viviana Barillari- y fue bajo su dirección y según su estrategia, que desistió del desdoblamiento de la audiencia; luego en la etapa de la impugnación ordinaria se produjo la designación de un nuevo Defensor, en éste caso, el Dr. F. M. R., quién interpone la nulidad de la imposición de la pena, por las razones ya expuestas.

A esta altura del desarrollo de la presentación nulificante, no encuentro las razones que justifiquen la aplicación de semejante sanción y en esto me diferencio del resto de los colegas que integran este Tribunal, conforme al momento de la deliberación.

En efecto, y sin perder de vista la importancia del juicio de cesura, que brinda al imputado y a su defensor (art. 304 del C.P.P.), la posibilidad de ofrecer prueba, para que luego los magistrados al dictar sentencia, cuenten con elementos que consoliden su pronunciamiento, tampoco es menos cierto que el representante técnico y conforme a la estrategia adoptada, pueda, como en éste caso, desistir de la audiencia para la fijación de pena, y así lo concretó al responder al momento de alegar. Incluso, al hacer uso del derecho a réplica, ofreció al Tribunal

un certificado de trabajo del acusado, adunando que éste tiene dos hijos, que no tiene causas abiertas, ni antecedentes computables y como así también, la edad de éste, constituyéndose éstos en elementos suficientes para que el Tribunal merituara y discutiera el monto de la pena. Estas circunstancias señaladas por la Defensa, corroboran que en efecto, eran las pautas que ofrecidas en la audiencia, fueron mensuradas para la individualización de la pena, fijando el mínimo de la sanción que habilita el tipo penal previsto en el art. 79 con más la agravante normada en el art. 41 bis, esto es, por el uso de arma de fuego.

Para sintetizar, detecto que la Defensa en ése momento, desistió de la facultad que le acuerda el Código Procesal para ofrecer pruebas, porque fueron aportadas con anterioridad, por lo que no veo que se hayan conculcado derechos al condenado.

A mayor abundamiento, podemos observar en nuestro Código Procesal, un ejemplo palpable en el que a pesar de imponerse una pena, no es necesaria la audiencia de cesura de la misma, me refiero al instituto del Juicio Abreviado (art. 355 del C.P.P.), el que debe contar con el acuerdo entre las partes, extendiéndose a la admisión por parte del imputado, del hecho descripto en la acusación.

Por las razones invocadas entiendo, en disidencia sobre esta cuestión, con el criterio adoptado por los Dres. Minatta y Pitcovsky, que no debe hacerse lugar a la nulidad interpuesta.

Para concluir, habiendo rechazado los agravios impugnativos y la nulidad, considero que debe confirmarse la sentencia “in totum”.

Fijar los honorarios de la Defensa, en la suma de Pesos un mil ($1.000), y en igual suma, a la querella.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas

definitivamente este Tribunal:

----------**RESUELVE:**----------

**1°) HACER LUGAR PARCIALMENTE** a la impugnación deducida contra la sentencia de fecha 16 de marzo de 2009, obrante a fs. 153/170 vta., de la carpeta nro. 1564, Legajo Nº 17510.-

**2°) DECLARAR** la nulidad de la pena impuesta y disponer la realización de la audiencia establecida en el art. 304, 3er. Párrafo del C.P.P., por el Tribunal que corresponda intervenir.-

**3°) REGULAR** los honorarios profesionales de la Defensa Pública, por la labor desarrollada en la etapa de impugnación, en la suma de Pesos Un mil ($1.000) (Art. 59 Ley 4920 en relación a la Ley 2.200) y los del Querellante Adhesivo, en la suma de Pesos Un mil ($1.000) (art. 6, 7 y concordantes de la ley 2200 y sus modificatorias.-

**4°) TENER** presente las reservas recursivas.-

**5°)** Regístrese, notifíquese y protocolícese.-

La presente es firmada por dos miembros del Tribunal por impedimento ulterior al

Acuerdo del Sr. Juez de Cámara Leonardo Pitcovsky (Art.331, último párrafo del C.P.P.).

**OMAR FLORENCIO MINATTA** **ROBERTO RUBEN PORTELA**