En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los veintinueve días del mes de diciembre de dos mil once, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres. **Daniel L. María PINTOS**, en su carácter de Presidente,

María Elena Nieva de PETTINARI y Martín Roberto MONTENOVO, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 30.808**, **carpeta individual n° 3.607**, de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación la Sra. Funcionaria de Fiscalía, Dra. **Stella Maris Prada**, los Sres. Defensores de Confianza Dres. **F. M. R. y L. P. P.** y el imputado **C. M. V.**; y

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

---- Que los días 6 y 14 de diciembre del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Daniel L. María Pintos, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de C. M. V., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, 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 ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de C. M. V. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿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 el Dr. Martín Roberto Montenovo, en segundo lugar la Dra. María Elena Nieva de Pettinari, y finalmente el Dr. Daniel L. María Pintos.-

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

I.- En la carpeta judicial nro. 3607, (Legajo de Investigación Fiscal nro. 30808), obra la Sentencia de fecha 17/8/011, por la que el Tribunal de Juicio condenó a C. M. V. a la pena de diez años y ocho meses de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de Homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (arts. 41 bis, 45, y 79 del CP).-

El hecho ocurrió, conforme lo sostenido por el Ministerio Fiscal en la Acusación, en fecha 9/10/010 a las 00 hs.

aproximadamente, frente al local comercial “M. el G.”, sito en la intersección de las calles S. M. y los P. del B.

M. A. de esta ciudad, a la altura de la numeración catastral 3202 de esta ciudad. En primera instancia, allí concurrió V. a efecto de comprar cerveza, pero como no poseía el dinero suficiente, el propietario, L. G. M., no accedió a venderle, ante lo cual el acusado se retiró profiriendo amenazas de muerte a los que allí estaban, además de M., D. K. y L. A. M.. En una segunda instancia, momentos después, lo vieron regresar, su vivienda se ubica a escasos metros del lugar, portando un arma de fuego.-

Allí salió del comercio M. con intenciones de calmarlo, pero el imputado detenido en mitad de la calle, frente al local, le disparó, ingresando el proyectil en la cabeza por el tabique nasal, sin orificio de salida, cayendo la víctima, ante lo que V. comenzó a correr por S. M. hasta su domicilio, entregó el arma a un menor que no pudo ser identificado, y continuó corriendo por la arteria indicada.-

Luego del arribo de la autoridad policial al sitio, y el pertinente traslado de M. al Hospital Regional, falleció a la 1.30 aproximadamente, y V. concurrió a la Seccional Séptima de Policía, minutos después, quedando detenido.-

II.- El Tribunal de Juicio valoró especialmente el

testimonio de la Dra. B., médica forense, quién sostuvo en Debate que un día después del hecho practicó la autopsia, de la que surgió que la causa del óbito radicó en un paro cardio respiratorio por lesión del bulbo cerebral, causada por un proyectil de arma de fuego, lo que provocó la muerte de manera prácticamente instantánea. La ausencia de ahumamiento en el orificio de ingreso de la bala llevó a la profesional a determinar que el disparo fue efectuado a más de 0. 75 centímetros de distancia.-

También los Jueces tuvieron en cuenta las expresiones de M., quién avaló la descripción del suceso efectuada en la Acusación, agregando que esa noche se hallaban en el local comiendo un asado; que al retornar V., M. propuso que saldría a calmarlo pues se habían "criado juntos", y que , no obstante, el acusado le disparo a una distancia de 3 o 4 metros, para luego darse a la fuga. Con menos detalles, pero en igual sentido expuso lo acontecido K..-

También los Sentenciantes merituaron la evocación de los testigos L. y V., quienes observaron el momento culminante del hecho a unos 50 mts. de distancia, en consonancia con los anteriores referidos, al igual que lo detallado por los preventores M., S. M. y A.-

El Imputado se colocó, al declarar, en una situación

diferente, pues adujo haber forcejeado con la víctima, a raíz de lo cual se produjo el disparo. Su hijo P. V. declaró en la misma dirección por ser testigo pretendidamente presencial; su esposa M. M., su hija B., sus vecinos T. y A., observaron que el imputado es una persona tranquila, que consume regularmente alcohol y que era amigo de la víctima.-

En virtud de la valoración de los elementos de cargo reseñados, cuyo mérito colocó por encima de los de descargo aludidos, e idóneos a fin de vulnerar el estado de inocencia, el Tribunal arribó a la decisión impugnada. En cuanto a la tipificación, por mayoría, al Homicidio simple agregó la agravante del uso de arma de fuego del art. 41 bis, citando fallos del STJ de nuestra Provincia, entre otros, desde el fundamento de la existencia de una dosis mayor injusto por la alta capacidad ofensiva de bienes jurídicos del medio empleado. Respecto de la pena, se expidió por el mínimo de la escala, desde ya con el agregado de la calificante mencionada.-

III.- En la impugnación, la Defensa de V. introdujo dos agravios: una suerte de arbitrariedad en la valoración de la prueba, la que habría derivado en el abandono de la hipótesis de mayor probabilidad de certeza, la propuesta por el acusado, el forcejeo y el disparo accidental del arma de fuego, lo que pondría la solución del caso en el Homicidio culposo (art. 84 del CP); y en subsidio, la inaplicabilidad de la agravante

del art. 41 bis del catálogo represivo, invocando múltiples precedentes, entre ellos fallos de este Tribunal con composición mayoritaria de Jueces subrogantes.-

El Ministerio Fiscal en el responde del recurso mantuvo su posición, proponiendo la confirmación del fallo. En la audiencia del art. 385 del rito, las partes reiteraron sus argumentaciones.-

IV.- Hemos deliberado y coincidido, tal el adelanto del resultado ya efectuado, en que la prueba rendida fue correctamente valorada por el A-quo.-

Los testimonios de M. y K., espcialmente el primero de ellos, sin perjuicio de no ser plenamente coincidentes, diferencias que cabe atribuir a un posicionamiento físico distinto en el hecho, a cuestiones relativas a la capacidad de evocación, memoria, etc, las que provocan generalmente que el registro de un mismo acontecimiento difiera levemente, en las versiones de quienes lo presenciaron, alcanzan a los efectos de determinar la forma en que ocurrió el hecho que derivara en la deceso de M..-

Desde el punto de vista de la coherencia intrínseca, ambas declaraciones no presentan contradicciones. En punto a la coherencia extrínseca, resultan coincidentes, no obstante ciertas

inexactitudes de las que la defensa ha pretendido extraer conclusiones desmesuradas.-

Es probable que esa noche, en la que compartían un Asado, M., K. y M. hayan bebido más de lo que han declarado. También que el cruce de palabras con V. haya sido más vehemente de lo que recordaron. Pero en lo esencial, el retorno de este munido de un arma de fuego, utilizándola contra M., quién salió del local pretendiendo calmarlo, pues sobradamente lo conocía, no ha habido grandes diferencias.-

Y más aún, sus descripciones del instante crucial del evento, en cuanto a la posición de acusado y víctima, coinciden con las expresiones de L. y V., y fundamentalmente, con la autopsia, más la declaración de la Forense, en el sentido que el disparo fue efectuado a una distancia que excluye toda clase de forcejeo, tesis invocada por la Defensa para sustentar la ausencia de dolo.-

Entonces, si los testimonios de cargo han superado el contra examen de la Defensa en Debate, y presentan lógica interna y externa en relación con otras pruebas , y todo ello en conjunto avala la hipótesis presentada por el Acusador Público, el estado de inocencia cede, de la forma en que el Tribunal de Juicio ha concluido, extremo que deriva

en la confirmación de su pronunciamiento respecto de la manera en que ocurrieron los hechos.-

Ello impone descartar la versión del acusado, sustentada por prueba de descargo testimonios, algunos con evidentes vínculos de afecto hacia él, otros irrelevantes desde la ausencia de los declarantes en el suceso, y de escaso valor, así sea indiciario, en sus expresiones.-

Cuando nos interrogamos por el móvil, la razón por la cual V. terminó con la vida de su amigo M., aparece el tema de su ingesta alcohólica, esgrimido por la Defensa para basar su argumento sobre la ausencia de intención de matar.-

Pero aquí cabe detenerse para evaluar los elementos de convicción colectados respecto del punto. Y, evidentemente, V. no presentaba una afectación de su psiquismo tal que haya estado impedido de comprender que mediante un arma de fuego podía acabar con la vida de un semejante. Tanto por su comportamiento anterior al resultado, pues para ello fue a su casa a munirse del instrumento, como por el posterior, alejarse, deshacerse del arma, y tiempo después admitir su participación en el hecho ante la propia autoridad policial, tal como ha resaltado su Defensa en la Audiencia propia del recurso que dedujera.-

Es que si bien el móvil no resulta un elemento del tipo

del art. 79, es posible sostener que cuando regresó al comercio ya portando un arma de fuego, tenía la determinación de utilizarla contra una persona, probablemente M., pero la accionó contra la primer figura que tuvo enfrente, su amigo M..-

Ello habla de un estado de "enceguecimiento" notorio, pero no quita, desde lo subjetivo, disvalor a la acción, pues el lugar hacia donde dirigió el disparo denota , al menos, la existencia de dolo de matar así sea en la modalidad eventual.-

La situación consistente en la afectación de un bien jurídico penalmente protegido de una persona habiendo pretendido menoscabar el de otra ha sido receptada en la Doctrina de dos maneras alternativas, el "error en el golpe" y el "error en el objeto". En la primera existe comienzo de ejecución de la acción hacia un sujeto pasivo, pero el resultado culmina afectando a otro. En cambio, en la segunda la conducta comienza y culmina contra un mismo sujeto pasivo, que en realidad no era al que se pretendía afectar (conf Zaffaroni, Eugenio C. Penal comentado, Ed. Hammurabi Tomo I pag. 540/542).-

En un caso concurren el dolo con un plan de ejecución imperfecto, y la culpa que provoca un resultado no deseado, todo en la misma conducta. En el otro, el que mejor se adapta al sub judice, ante la

equivalencia de personas consideradas como bien jurídico vida, pierde relevancia la identidad del sujeto afectado.-

Por ello V. debe responder por el delito de Homicidio simple en calidad de autor (arts. 45 y 79 del CP), tal como lo ha decidido el Tribunal de Juicio.-

V.- También la Defensa ha impetrado la inaplicabilidad del art. 41 bis del CP. Lo hizo por escrito y en la audiencia del art. 385 de rito. El Ministerio Fiscal opuso reparo, basándose, fundamentalmente, en precedentes del Superior Tribunal de Justicia.-

He sentado postura en cuanto al tema, y por ende no me extenderé demasiado.-

Tal lo expuesto, en principio ha quedado zanjada la cuestión a nivel Provincial por el Superior Tribunal, Sala Penal, en el precedente " D.D. A. s / Hom. Simple" Expte. 20083-D-2005.-

Pero lo ha sido desde la posible violación al principio constitucional del "ne bis in idem", no en cuanto a otras aspectos de la problemática que ha generado la desafortunada introducción del art. 41 bis al catálogo represivo.-

Más allá que considero que la aplicación del principio indicado, y el de la interpretación de las normas más favorable al reo (art 44 último párrafo Constit. Prov.), ambos postulados de envergadura

constitucional, nacional (art. 18 CN), y local, inclinan la balanza hacia la no aplicación del precepto, deviene apropiado mencionar otras cuestiones atinentes a este análisis.

He dicho en el caso Millán (Sentencia nro. 10/10, carpeta nº 1.830 de la Oficina Judicial de esta Circunscripción): " Una nueva dimensión al debate ha traído el fallo "Arce" (auto nro. 306 de 26/6/09), de la Cámara de Acusación de la Provincia de Córdoba (por mayoría). Escuetamente, allí se ha dicho que, en tanto el art. 104 del CP., que repele la aplicación del art. 41 bis por ya prever el uso de arma de fuego, resulta subsidiario de los arts. 90, 91 y 79 el CP, ambos extremos, la subsidiariedad y la previsión arrastrarían la inaplicabilidad de la agravante genérica a los mentados dispositivos de Lesiones Graves, Gravísimas u Homicidio simple cometidos mediante armas de tal clase. La interpretación contraria, la cual es posible observar en el pronunciamiento mayoritario del precedente del STJ de nuestra Provincia, radica en la mayor dosis de culpabilidad que el Legislador ha pretendido atribuir a los hechos cometidos mediante intimidación, violencia y arma de fuego, en la medido que ello no se encuentre expresamente previsto en las figuras de la parte especial".-

"Por más que parezca una obviedad, por matar a otro,

y en este caso tal resultado se logró mediante la utilización de un arma de fuego, se cumple el tipo objetivo del art. 79 del CP. Tomar tal circunstancia, nuevamente, a los efectos de operativizar una agravante genérica, que intensifica la sanción, pone en tela de juicio el principio del "ne bis in idem".".

"No es irracional agravar la respuesta al que mata con signos evidentes de desmotivación en el mandato que emerge de la norma penal, respetar la vida ajena, en tanto utiliza medios que demuestran una mayor dosis de reprochabilidad en la acción. Pero allí se ingresa en el campo del art. 80 del CP, donde se combinan dos circunstancias, el resultado muerte y la forma de lograrlo. Aquí, en tanto el Legislador ha adicionado otra consecuencia al hecho objetivo de matar, el uso de un arma de fuego, hace aplicable el art. 79 del Código de fondo, y a su vez, el precepto cuestionado. Difícil es entonces no hablar de una doble valoración gravosa de la misma circunstancia.".-

"Pero aún concediendo que la cuestión no es para nada sencilla, un enfoque de mínima intervención del Derecho penal, limitación de la respuesta contingente, e interpretación más favorable al condenado de la Ley penal, impone estar a la solución adoptada por la mayoría en el precedente de la Cámara de Acusación de Córdoba, no en cuanto a la

inconstitucionalidad del art. 41 bis, pero sí a su inaplicabilidad a este caso".-

VI.- Entonces, el segundo párrafo del art. 41 bis, en tanto excluye la agravante en la medida en que la circunstancia del uso del arma de fuego se encuentre contemplada como elemento constitutivo del delito de que se trate, dirime la cuestión, pues excluye al Abuso de Armas, y todas las figuras de él derivadas, Lesiones y Homicidio perpetrados con dicho instrumento. Y a tal interpretación la avala el principio que impone estar a la conceptualización de la Ley que sea más favorable al acusado.-

Por último, sí dogmáticamente las posiciones deben medirse en función de los ejemplos extremos, pues deben ser aplicables a todas las situaciones, la relación entre la participación necesaria y el Homicidio simple cometido mediante arma de fuego, ilustra aún más lo que pretendemos significar.-

Piénsese en una persona que proporciona un arma de fuego cargada a otra para que la utilice, perdiendo en definitiva la vida un tercero, de manera inmediata. Sin dudas sería una hipótesis de participación necesaria, pues si el instrumento entregado hubiese sido un arma blanca, o impropia, la necesariedad de la participación podría cuestionarse.-

Entonces, el cómplice primario del ejemplo, a nivel del

fundamento de su responsabilidad, debería recibir pena por proporcionar un arma de fuego cargada, carácter de la herramienta que explica la naturaleza esencial de su participación en el hipotético hecho.-

Pero, por entregar tal instrumento al autor, en virtud de la agravante genérica del art. 41 bis del CP, su acción también resulta calificada.-

Es decir, claramente, una misma circunstancia fáctica, entregar un arma de fuego, tiene dos consecuencias: convertir en necesaria la participación en un Homicidio, y, agravar la pena por, haber entregado un arma de fuego.-

Considero que tal ecuación , manifiestamente, ilustra la violación al principio del "ne bis in idem" que conlleva la aplicación del art. 41 bis a los casos de Homicidios cometidos mediante arma de fuego.-

VII.- Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, en función del resultado del Acuerdo, corresponde confirmar en todas sus partes la Sentencia venida en impugnación. Así voto.-

A la **PRIMERA** cuestión la Dra. **PETTINARI** dijo:

Llega la presente causa a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de impugnación interpuesto en su oportunidad por los defensores de confianza del imputado **C.**

M. V., los Dres. *F. M. R. y L. Mauro*

P. en los autos caratulados: "V. C. M. S/

HOMICIDIO" en Legajo de Investigación de Investigación Fiscal Nº 30.808, Carpeta Judicial Nº 3607, contra la Sentencia de fecha 17 de agosto de 2011, protocolizada bajo el Nº 47/2011 en cuanto resuelve: ***"…***

1) DECLARANDO A C. M. V. (…), como autor penalmente responsable del delito de HOMICIDIO AGRAVADO POR

EL USO DE ARMA DE FUEGO EN CALIDAD DE AUTOR (ARTS. 79, 41 BIS y 45 DEL CP) por el hecho ocurrido el día 9 de octubre del año 2010 aproximadamente a las 0:30 horas en perjuicio de L.

A. M.. 2) CONDENANDO a C. M.

V. (…) A LA PENA de diez (10) años y ocho (8) meses de prisión de cumplimiento efectivo con mas accesorias legales y costas "por el hecho ocurrido el día 9 de octubre del año 2010 en perjuicio de L.

A. M.. (ARTS. 79, 41 bis, 40, 41, 29 inc. 3ro y 12 del CP. y ART. 1 LEY 24660 y ART. 5.6 CADH)…".-

Que el tribunal concede la impugnación interpuesta (art. 384 del CPP).-

Celebrada la audiencia prevista en el art. 385 del CPP, el Tribunal quedó habilitado para deliberar y decidir.-

Del escrito de impugnación presentado oportunamente

(fs.60/63vta.) –en lo que aquí interesa– expresa: *"...III.- RESOLUCION QUE SE PRETENDE: ...en primer término que revoque la sentencia atacada y declare responsable penalmente a nuestro defendido por el delito de homicidio culposo en los términos del art. 84 del CP, imponiéndosele pena acorde con tal responsabilidad y conforme las pautas mensurativas de los arts. 40 y 41 también del CP. En segundo término y subsidiariamente para el caso en que se sostenga la imputación dolosa, pretendemos que la responsabilidad penal sea limitada al tipo básico del homicidio simple conforme el art. 79 del CP, descartándose la aplicación de la agravante prevista en el art. 41 bis del mismo cuerpo legal, por inaplicable dogmáticamente al delito de homicidio simple ... En el supuesto que no se acoja favorablemente las pretensiones de esta defensa se deja planteada la expresa reserva de caso federal..."*.-

*"**VI.- AGRAVIOS a) Falta de dolo; el tipo culposo propuesto:** El juez que lidera el acuerdo dijo:"...Es así que sostengo, en primer término, que todos los testimonios receptados en la audiencia de debate, fueron brindados en el mas amplio respeto del principio contradictorio, que sustenta nuestro proceso penal, llevando al suscripto a la convicción, que la materialidad del hecho y la atribuilidad penal por el mismo, le corresponde únicamente al acusado C. M. V.... Así tengo por acreditado que la inmediatez de la intervención policial en tiempo y lugar,*

permitió recoger las manifestaciones de los testigos M. y K.. En esa línea de razonamiento, tengo valorados los testimonios de L. y de V., en cuanto al tiempo, lugar y modo en que se produjo el hecho, todos se pronunciaron con objetividad frente al tribunal de juicio y respondiendo a todas las preguntas que las partes le formularon. Siendo que el homicidio previsto en el Art. 79 es un delito instantáneo y de resultado material, cuya consumación se opera cuando produce la muerte a raíz de la conducta voluntaria del agente, esto es con la conciencia del autor que su accionar dará muerte a una persona, son los aspectos objetivo y subjetivos, que a través de las pruebas colectadas en la causa, con certeza ha satisfecho el imputado C. M. V., considerar un actuar culposo, por imprudencia, negligencia, impericia, no resiste el menor análisis. Respecto del testimonio del menor P. A. V. hijo del imputado, nacido el 02/01/1996, encuentro que su versión no encontró soporte ni en los propios dichos del imputado, quién en ningún momento mencionó "que M. le hubiera manoteado el arma de fuego", o haberse referido a "los tres faloperos de la esquina" por lo que no le asigno ningún grado de Veracidad…Las evidencias emanadas del juicio dan por tierra con la esforzada posición defensista y acreditan plenamente que en el hecho bajo estudio fue C. M. V. quién provocó el resultado muerte de L. A. M., actuando con la debida conciencia e intención de provocar el resultado fatal; y que con su violento

accionar y el medio empleado, la consecuencia necesaria debía ser la muerte de una persona… Cabe desechar un estado de ebriedad total o absoluto del acusado en el momento del hecho, habida cuenta que en el recorrido efectuado inmediatamente antes del episodio, nadie observó esa circunstancia. Su conducta posterior de alejarse rápidamente del lugar, luego de ser seguido por M., -que no pudo alcanzarlo-, tampoco lo sitúan bajo los efectos del alcohol; todo ello, sin perjuicio de aceptar que hubiese estado bebiendo como él lo manifestara…".

El Dr. Rago dijo: "… Las evidencias emanadas del juicio dan por tierra con la esforzada posición defensista y acreditan plenamente que en el hecho bajo estudio fue C. M. V. quién provocó el resultado muerte de L. A. M., actuando con la debida conciencia e intención de provocar el resultado fatal; y que con su violento accionar y el medio empleado, la consecuencia necesaria debía ser la muerte de una persona.- Es que el propósito de concretar el tipo penal objetivo de "matar a otro" previsto en el art. 79 del Código Penal, figura básica del homicidio, surge de los momentos previos al fatal episodio, cuando, acorde con los testimonios de M. y K., el acusado anuncia que iría a buscar un fierro y los iría a "cagar a tiros", lo que efectivamente así concreta en la persona de quien circunstancialmente se adelanta para calmarlo, que era su vecino L.

A. M..- Estos mismos testigos, inobjetables y cercanos al lugar del suceso, refieren que cuando V. le dispara a M., K. hizo el ademán que apuntó con las dos manos empuñando el arma, lo hizo a una distancia entre tres a cuatro metros. Vale decir que no hubo ningún contacto entre ellos. Coincide esto con el testimonio de la Perito Médica E. B., que practicó la autopsia de la víctima, concluyendo que no se observó zona de ahumamiento o tatuaje, por lo que el disparo necesariamente se produjo desde una distancia mayor a los 0.75 metros entre el cañón del arma y el cuerpo. Esto deja sin sustento los dichos del imputado y de su hijo que afirman que hubo un acercamiento corporal y un forcejeo con M..- Cabe desechar un estado de ebriedad total o absoluto del acusado en el momento del hecho, habida cuenta que el recorrido efectuado inmediatamente antes del episodio, nadie observó esa circunstancia. Su conducta posterior de alejarse rápidamente del lugar, luego de ser seguido por M., -que no pudo alcanzarlo-, tampoco lo sitúan bajo los efectos del alcohol; todo ello, sin perjuicio de aceptar que hubiese estado bebiendo como él lo manifestara.- En resumen, de los testimonios escuchados, valorando los mismos en forma arma., se reconstruyó históricamente el suceso y acorde las reglas de la lógica y los principios de la sana crítica se concluye que C. M. V. acometió intencionalmente con un arma de fuego contra L. A. M., ocasionándole necesariamente la muerte. Vale decir,

actuó dolosamente, configurando su accionar el delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego. Son de aplicación los arts. 79 (figura básica) y 41 bis del Código Penal, que establece una agravante genérica para todos los delitos cometidos con violencia e intimidación (dolosos) contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego.-

La Dra. Suárez dijo : "... El tipo penal de homicidio exige el resultado material muerte; el delito se consuma, precisamente, en el momento de producirse aquella, y requiere que haya sido causada por la acción del autor. Este tipo penal requiere dolo de matar, esto es que el sujeto activo tenga la intención y voluntad de quitar la vida de otro ser humano. De los testimonios brindados en el debate, surge con certeza que, el imputado tuvo la intención de matar a M., puesto que en el momento de la discusión con M. dijo que regresaría a su casa a buscar un arma y, que mataría a todos los que se encontraban junto a M.. Ello lo señala el testigo M. en su relato, lo que afirmó el testigo K. porque refirió que M. le comentó los dichos de V. relativos a la amenaza. Se destaca en este sentido, que en su declaración, el imputado no negó esta circunstancia, la relata en otro sentido, dijo que amenazó sólo con volver, pero confirma que fue a buscar un arma que sabía en el lugar en que se encontraba ubicada la misma. Debe tenerse en consideración que dentro del derecho de defensa que le asiste al imputado, éste en su declaración puede negar

los hechos, no declarar y hasta mentir, que nada de ello puede ser usado en su contra. Pero una vez que el imputado introduce al proceso una versión la misma debe ser analizada por los magistrados a efectos de verificar sus extremos, y parece poco creíble amenazar solo con volver y reconocer que fue directamente a buscar un arma. Además destaco que no existe ningún otro medio de prueba que corrobore esta versión. En cambio, lo relatado por M. y K. resulta conteste, por lo que en uso del sentido común resulta más creíble la existencia de la amenaza de muerte. Cabe señalar además que el arma involucrada en el hecho podría tratarse de un revólver calibre 38, el que no se dispara automáticamente sino que se acciona manualmente activando el percutor lo que indica claramente la voluntad de disparar la misma. El móvil, la discusión previa que V. había sostenido con M., que enfureció a V. de tal manera que fue a buscar un arma. V. en su relato reconoce estar enojado; luego es dable señalar que los testigos lo ven dirigirse en dirección al local, empuñando el arma con su mano derecha cuando sale M., apunta hacia el y dispara en forma inmediata, extremo que revela la intención y voluntad de matar de V., circunstancia alegada por los testigos M., K., L. Y V.. Descarto de plano la versión que plantea V. en su declaración, cuando sostuvo que M. se le abalanzó y él lo corría con su mano izquierda, mientras sostenía y balanceaba el arma con su mano derecha puesto que sólo fue sostenida en

parte por el testigo menor de edad quién resulta ser hijo del imputado, por lo tanto parcial en sus dichos y pocos certeros, puesto que a la versión esgrimida por el padre en su declaración P. V. agrega que vio a M. intentar sacarle el arma a su padre, versión que no solo no fue expuesta por el imputado, sino que además, no fue corroborada por ningún testimonio…".-

En base a lo transcripto, el recurrente subraya que los señores jueces centran su análisis y sostienen la calificación escogida con la sola versión de los testigos L. G. M., dueño del comercio y su cuñado D. K., que en ese momento estaban compartiendo un asado y que sus testimonios fueron contradictorios y falibles. Sigue diciendo que: *"Estos testigos afirman que nuestro asistido apuntó directamente a la víctima y disparó, esta versión ha sido contradicha por el hijo del imputado y por el propio imputado, y no menos importante por la prueba médica, la cual es más compatible con la versión del imputado y el hijo menor del mismo; dado que la Dra. B. E. en su informe dice que "… el primer trayecto intracorporal fue de adelante hacia atrás levemente de derecha a izquierda y levemente de abajo hacia arriba…", o sea que como sostiene la defensa el disparo fue accidental y no con intención de matar. V. no cumplió su amenaza contra el dueño del almacén el Sr. M. sino hubiera disparado contra éste y todos los que se encontraban en el mismo y/o el*

negocio mismo; sino por el contrario mató a alguien que ni siquiera sabía que se encontraba en dicho local; el cual conforme a todos los testimonios vertidos en el debate eran amigos con M., pero lo mató por un descuido en su obrar, sin intención de quitarle la vida. No se pudo comprobar que el imputado haya actuado con dolo, sino por el contrario actuó en forma culposa, conforme a lo manifestado precedentemente… La Defensa, sostuvo que

V., tuvo un accionar culposo o negligente, previsto por el art. 84 del Código Penal Argentino, dijimos que al momento de presentarse inicialmente ante la Autoridad Policial, manifestó que era el autor del disparo con el arma de fuego contra L. A. M. que concluyó con la muerte de este, pero que "no quiso matarlo". Sostuvo que la Fiscalía no destruyó la posición del imputado, que resulta amparado por la garantía de inocencia o "in dubio pro reo"; y que su pupilo debe ser responsable "por lo que quizo" y no, "por lo que no quizo". Para ello tomo en cuenta los dichos del imputado que dijo haber estado consumiendo cerveza en forma copiosa y abundante previamente al hecho; y al testimonio de P. V., hijo del imputado, quien observando desde la mitad de cuadra expresó que su padre apuntaba con el arma hacia abajo, que M. le manoteó el arma y allí se le disparó. Luego Vino llorando y lamentando, "que hice"; que había

matado a una persona. Que su padre estaba "tornado" (ebrio), igual que los que estaban en el negocio".

Por último la impugnante se explaya con respecto a la inaplicabilidad de la agravante del art. 41 bis del CP al homicidio simple. De tal manera pone de relieve lo siguiente: *"... la agravante genérica del art. 41 BIS no resulta aplicable a los homicidios, ya que la violencia pertenece al tipo, no puede pensarse un homicidio sin violencia sobre la víctima, y por otro lado, ya está contemplada la agravante del homicidio por los medios empleados en el art. 80 inc. 2 y 5 del C. Penal, por lo que el homicidio encuadra en la excepción prevista en la propia norma, por ello no resulta necesario declarar su inconstitucionalidad, porque estoy haciendo una interpretación de estricta legalidad de la ley penal, salvando su constitucionalidad. Además se debe evitar el error de la doble valoración in malam partem, por violación al principio del non bis in idem, ya que para cuantificar la pena, el art. 41 inc. 1º del C.P. establece que se debe tener en cuenta, la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados, que permite valorar en el caso concreto la utilización de un arma de fuego, sin romper la sistemática del código en cuanto a los delitos y sus penas".-*

Cita jurisprudencia sobre el tema que dan sustento a su

petición, mas admite que: *"Se trata, pues, de una norma jurídica incierta, en tanto admite interpretaciones igualmente razonables de las que se derivan soluciones en sentido contrario, dando lugar a la existencia de numeroso fallos y opiniones doctrina contrapuestos… Consecuentemente y como lo hemos propiciado en caso de aceptarse que el delito fue cometido con dolo, la declaración de responsabilidad penal debe limitarse al tipo del homicidio simple del art. 79 del CP y la pena al mínimo legal previsto para la especie, es decir ocho años".*-

Que el ministerio Público Fiscal representado por el Dr. Adrián Cabral –Fiscal General- y Stella Maris Padra, Funcionaria de la Fiscalía, al contestar el traslado corrido oportunamente rechazan los agravios expuestos por los impugnantes contra la Sentencia en crisis, solicitando que su pretensión sea rechazada en todos sus términos y que se confirme el decisorio en igual sentido (fs. 66/68 vta.).-

Ante la audiencia del art. 385 del CPP las partes mantuvieron sus argumentos y ratificaron los conceptos vertidos en sus respectivos escritos.-

Emitiré mi voto.-

Tal como acordáramos en la deliberación celebrada oportunamente, la impugnación deducida por la Defensa del imputado V. resulta admisible toda vez, debidamente fundada, se dirige contra una

sentencia definitiva (artículo 370 del Código Procesal penal). Idéntico argumento cabe predicar en cuanto amplitud del recurso intentado, toda vez que tal como lo expone G. Pérez Barberá en su artículo "Casación penal y posibilidad de control. Alcance del fallo ´Casal` y del método alemán invocado por la Corte" (publicado en el sitio elDial.com. Doctrina, el 15/05/07, *"... la Corte argentina no deja lugar a ninguna duda acerca del cuál tiene que ser la finalidad de ese recurso en el contexto normativo actual: allí 'amplitud' significa, simplemente,* ***revisión integral de la sentencia impugnada****..."*. También expresa el articulista de mención *"... Que la revisión sea 'integral', por su parte, importa garantizar al condenado un derecho eficaz a* ***que su caso sea examinado 'una vez más' en todos los puntos que hayan sido objeto de su interés recursivo****, en tanto no sea imposible revisarlos..." (*cfme. publicación citada, en ambos casos el destacado es propio).-

Liminarmente, previo a ingresar al estudio de los agravios planteados por la defensa, corresponde recordar que los tres magistrados de " a quo", en relación las características sustanciales del hecho investigado y sin perjuicio de las particularidades que se destacarán en el acápite siguiente, tuvieron por acreditado que: *"el día 09 de octubre de 2010, siendo las 00:00 horas aproximadamente el imputado C. M. V. concurre al local comercial denominado "M. el*

G.", sito en la intersección de calles Los P. y S. M. del B. M. A. de esta ciudad, lugar en el que se encontraban el dueño del mismo Sr. L. G. M., D. K. y el occiso L. A. M., y solicita se le venda cerveza, como el dinero no le alcanzaba el propietario del local le dice que no le vendía, por esto C. M. V. efectúa amenazas de muerte a los que se encontraban en el lugar, retirándose del mismo a su domicilio el cual se encuentra a escasos metros del comercio, instantes más tarde observan que regresa V. portando un arma de fuego transitando por la calle S. M., y se para frente a un poste en la esquina de la intersección con calle Los P., frente al local comercial, es en esas circunstancias en que L. A. M. apodado "N." manifiesta que hablaría con V. y lo calmaría, sale entonces del local y el apodado "C." V., parado en la mitad de la calle levanta el arma y apuntándole con claras intenciones de matar, dispara, impactando en la cabeza a la altura del tabique nasal de L. A. M. quien cae en la calle, mientras que el imputado V. huye del lugar hacia el frente de su casa, entregando el arma a un menor el cual no ha podido ser individualizado y continúa corriendo, por calle S. M.. Arribado personal policial al lugar alertados por el Comando Radioeléctrico siendo las 00:50 horas el Oficial M. a bordo del móvil XX-XXX a la intersección de las calles aludidas y encuentra en la vía pública a la víctima ensangrentada, siendo posteriormente trasladado al Hospital Regional, siendo las 01,30 horas se da aviso que había fallecido. Siendo

las 02:15 horas se hace presente en la Seccional Séptima de Policía el imputado M. C. V., quién manifiesta ser el autor del disparo que ocasionara la muerte a L. A. M. de apodo "N."... ".-

Dicho esto y si bien por parte de la Defensa no pone en tela de juicio ni la materialidad y autoría del suceso criminoso bajo examen, ingresando al estudios de los planteos efectuados por la impugnante, se advierte que en lo relativo a la errónea interpretación de la prueba ventilada en el debate y aplicación al caso de la figura prevista en el art. 84 del CP –por ausencia de dolo-, como también al beneficio de la duda a favor de su asistido; la argumentación del recurrente no supera la discrepancia que pretende instalar, sobre la valoración que del hecho y la prueba arrimada al juicio hace el Tribunal del debate, y con las conclusiones que en base a su análisis extrajo para concluir que, en definitiva V. pudo en el momento del hecho comprender la criminalidad de sus actos y dirigir sus acciones conforme a aquélla. Dicho esto, la pretendida errónea aplicación de la ley sustantiva alegada debe apoyarse no sólo en la acepción de una inteligencia distinta a la efectuada en el fallo, sino que debe demostrarse el error "in iudicando" partiendo del análisis de aquella ley, razonándola con referencia a la completa fundamentación al fallo en ese aspecto. Cabe señalar que de los votos de los Sres. Jueces se desprende una detallada, minuciosa y arma construcción

del periplo recorrido por el imputado de toda la prueba rendida a la luz de la sana crítica racional, dando completa fundamentación otorgada al fallo en ese aspecto.-

En tal sentido, dando respuesta al impugnante sobre la ausencia de dolo que: *"En doctrina se distinguen tres formas posibles de dolo: la intención o propósito (dolus directus de primer grado), el dolo directo (dolus directus de segundo grado) y el dolo eventual. El conocimiento y la voluntad propia del saber y el querer que caracterizan al dolo están diferentemente configurados y relacionados según cada una de sus clases. En el dolo directo de primer grado existe el propósito o la intención de causar el resultado y, por lo tanto, el componente volitivo es mayor que en el dolo directo de segundo grado, también denominado de consecuencias necesaria, donde prevalece la intelección de que todas las consecuencias se produjeron con seguridad aunque no se persigan con la fuerza del propósito. Finalmente, en el dolo eventual, hay una más débil configuración del aspecto volitivo porque el autor no se propone el resultado, como una menor intelección de la producción del resultado, porque no aseguró que éste se vaya a materializar". JCCorr. Nº 2 de La Plata, 12-7-2001, P 2580, RSD-653-1 (JUBA).-*

Con el plexo probatorio gravoso en contra del imputado, los jueces del debate han analizado a la luz de la sana crítica

racional la conducta desplegada en la emergencia por V.

diametralmente opuesta a una pretendida acción culposa o negligente (art. 84 del CP) como fue la conclusión de la impugnante y así han descartado un presunto forcejeo con el arma de fuego entre víctima y victimario, han escuchado debidamente a todos los testigos que depusieron y que fueron contestes de cómo M. era acometido de un certero disparo en la mitad de la calle, desarmado y sin oportunidad de frenar el caminar del amenazante C. M. V. que minutos antes anunciara en el local comercial "El G." de que regresaría con "un fierro y los iría a "cagar a tiros"; como así también el protocolo de la autopsia que explicara la médico forense en la audiencia del juicio oral deponiendo con precisión y claridad sobre la muerte violenta de L. A. M. producto del proyectil de arma de fuego que ingresara con orificio de entrada a nivel del tabique nasal y sin orificio de salida.-

En lo que atañe específicamente a la pretensión defensista de que no se aplique la agravante del art. 41 bis del C. P. que por mayoría le fuera impuesta al imputado, pacífica jurisprudencia ha sostenido que *"... el artículo 41 bis no constituye una mera agravante general, sino una norma que repercute sobre la magnitud de los marcos punitivos establecidos en los delitos de la parte especial y las leyes complementa, por la incorporación de una modalidad típica de ejecución*

de un delito violento (uso de arma de fuego), no contemplada específica y expresamente por aquellos…" (cfme. TSJ Córdoba, sentencia Nº 221 dictada el 28/08/2008, causa "González, Carlos Argentino", entre otras).-

También dicho Alto Cuerpo ha sostenido que "… la regla del art. 41 bis del C.P. actúa generando un tipo delictivo que estará en relación de especialidad con varios tipos penales, siempre que éstos no incluyan el empleo de armas y que, a su vez, se trate de delitos dolosos que requieran violencia o intimidación contra las personas, como modalidad de ejecución típica (sobre la exigencia subjetiva, REINALDI, VICTOR FELIX, "Delincuencia armada", Mediterránea, Córdoba, 2004, pág. 220). Quedan excluidos de dicho ámbito de aplicación, en consecuencia, los delitos no dolosos, los delitos dolosos que no exijan violencia e intimidación contra las personas y los delitos dolosos que ya contemplen como circunstancia agravante el empleo de armas…" (TSJ Córdoba, sentencia Nº 108 del 11/02/2005 dictada en la causa "Mercado").-

Sobre la base de tales precedentes, tengo para mí que la pretensión de la defensa debe desestimarse. En efecto, la norma cuestionada no configura ninguno de los supuestos de exclusión contemplados en los injustos a los que he hecho referencia, por cuanto se trata de un delito doloso, la acción típica sin duda exige violencia en contra de la víctima y la figura penal enrostrada no contiene en forma expresa

dentro de su estructura la circunstancia consistente en el empleo de un arma de fuego.-

A mayor abundamiento estimo prudente recordar que el legislador, al fundar la inclusión de la norma dispuesta en el artículo 41 bis, refirió a las alarmantes estadísticas sobre homicidios cometidos con armas de fuego –sin realizar ningún tipo de distinción legal-. Así se desprende de las palabras del Senador Agúndez: *"... uno de los delitos fundamentales considerado es el delito mayor ... el homicidio... En el delito de homicidio con armas de fuego (las) penas se aumentan en esta ley..." (cfme. Antecedentes Parlamentarios, La Ley, 2001-, p. 183).* En apoyo de ello, cito también el fallo del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, que sostuvo *"...El artículo 41 bis del Código penal –conforme ley 25.297- introdujo una agravante genérica, ante la imposibilidad, según dijera el senador Agúndez, 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 se V., 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. El homicidio se puede cometer persiguiendo a la víctima; que a raíz de ello cae por la cornisa de un edificio; mediante intimidación que la*

obliga a internarse en un espacio de agua, en el que se ahoga; a través de la palabra, como cuando se le indica al no vidente que está habilitado para cruzar la avenida donde es atropellado; empleando la fuerza física de las manos que ahorcan, el puntapiés o golpe de puño letal, etc., etc., pero, cuando el autor emplea un arma de fuego que, como tal, posee alto poder lesivo y no da posibilidad de defensa, la escala penal del artículo 79 del Código Penal queda modificada en razón de la norma de mentas…" (Cfme. Tribunal citado, causa número 5.705, caratulada: "S., C.A. s/recurso de casación", rta. El 2/10/2008).-

Por todo lo expuesto he de votar en forma negativa a los agravios de la impugnante.-

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

I.- Los criterios tomados en cuenta por los jueces de grado, para concluir en la responsabilidad a título de dolo, del autor del hecho C. M. V., por el homicidio de L. A. M. –es decir: distancia de disparo, localización de las heridas letales, etc.- se compadecen con las pautas que, usualmente, se siguen en casos como el presente, y conforme a las máximas de la experiencia, que integran la sana crítica racional.-

En efecto, y a título ejemplificativo, recientemente en la sentencia n° 15/11 de esta Cámara en lo Penal –que fuera confirmada por la Sala Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, mediante

resolución n° 109/11, de fecha 4 de octubre del corriente año-, citamos en apoyo de lo expuesto la siguiente doctrina: "Tal como acontece con uno de los elementos constitutivos del tipo, el dolo debe ser probado; mas tal prueba es difícil, dado que se trata de inferir un proceso psicológico interior **a partir de hechos exteriores** conformes al tipo delictivo… el órgano juzgador debe tener en cuenta *todas las circunstancias* que puedan adquirir un **valor sintomático** para la existencia de la voluntad culpable. Así, según la enseñanza de la jurisprudencia, la prueba de la existencia del dolo puede ser **deducida** de todas las modalidades extrínsecas de la conducta, del fin perseguido por el agente, del comportamiento exhibido por el culpable tras la comisión del hecho (con cita de la Corte de Casación italiana). Por ejemplo, para probar el **dolo en el homicidio**, es típica la referencia a elementos como el 'móvil' del delito, el medio de agresión utilizado y el número de golpes inferidos, la parte del cuerpo agredida, etc." (cfme. Fiandaca-Musco: "Derecho Penal. Parte general", edit. Temis, año 2006, pág. 371, el destacado me pertenece).-

Añaden los autores citados, que: "Para valorar todas las circunstancias potencialmente significativas, resultarán útiles las *reglas de la experiencia* ... la conformidad a dichas reglas es suficiente para considerar demostrado el hecho psicológico en cuestión, si no existen datos a partir de los cuales sea posible inferir que, en el caso concreto, los hechos

se han desarrollado en disconformidad con cuanto la propia experiencia enseña..".-

Bacigalupo, a su vez, explica que: "La tipicidad del delito doloso depende no sólo de la realización del tipo objetivo, sino, además, de la realización del tipo subjetivo, es decir, fundamentalmente del dolo del autor. Se trata del complemento que permite imputar el hecho no sólo objetivamente, sino también *subjetivamente*. Es claro que en la acción se dan elementos *exteriores* (objetivos) y elementos *interiores* (subjetivos). Este aspecto subjetivo constituye el '*tipo subjetivo*'. Sin embargo, los elementos subjetivos *no son cognoscibles directamente*, sino **a través de los elementos externos** que objetivan un contenido psíquico del comportamiento. Al respecto es muy ilustrativa la elaboración jurisprudencial del llamado *animus neccandi* (dolo del homicidio). El Tribunal Supremo (español) ha establecido en múltiples precedentes que el que el autor dirigiese su acción a producir la muerte o sólo a lesionar a la víctima depende de **una serie de factores externos** que acompañan la realización del hecho (por **ejemplo**: si el autor dirigió el disparo a una **zona vital de la víctima** cabe inducir que su propósito era matarla), cfr. entre muchas otras: SSTS del 21/2/94; 19/5/94 con mayores indicaciones jurisprudenciales." -cfme. aut cit. "Derecho Penal. Parte general", pág. 314, el destacado ha sido agregado al original-.-

Asimismo, también en la doctrina española leemos: "…Una problemática muy próxima a la técnica de la prueba por indicios plantea la prueba cuando ésta recae sobre los hechos internos, como es el caso del dolo y demás elementos subjetivos necesarios para la imposición de pena. Así, el dolo requiere, al menos, un conocimiento por parte del acusado de lo que hizo, es decir, recae sobre un objeto que en palabras de Hassemer, se esconde detrás de un muro, detrás de la frente de una persona, luego, para su averiguación, es necesaria una inferencia a partir de circunstancias externas, como en la prueba indiciaria. Así, el Tribunal Supremo, en su sentencia del 23/4/1992 ("caso del aceite de colza"), dice que "cuando no existe prueba directa, de un concreto estado de la conciencia o de la voluntad, ha de acudirse a la denominada prueba de indicios o presunciones, para a través de unos datos o circunstancias exteriores completamente acreditados inferir la realidad de este estado de espíritu del autor del hecho, necesario para la incriminación del comportamiento de que se trate. Evidentemente, una cosa es la prueba del dolo, sobre la base de dicha inferencia, y otra diferente la subsunción de este elemento subjetivo, para lo que se requiere, como en los demás elementos del tipo penal y del delito, una definición. Y, en particular, con relación al dolo, hoy en día el Tribunal Supremo parece aproximarse a la teoría del riesgo…. Esta posición se observa con claridad en la mencionada

sentencia del Tribunal Supremo cuando afirma que ‘obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento del peligro concreto que deriva de su acción para los bienes jurídicos...” (cfme. Manuel Jaén Vallejo, “La prueba en el proceso penal”, págs. 108 y ss.).-

En la doctrina nacional, por su parte, Zaffaroni señala que: “El dolo es un concepto normativo que delimita un hecho psíquico. Como todo lo psíquico, solo puede conocerse **por inferencia a partir de datos objetivos**. La valoración de tales datos –como cualquier conjunto de indicios- debe llevarse a cabo **en cada caso** y … también rige el *favor rei*. No hay presunciones legales a este respecto. Cuando se pretende que del conocimiento se deriva la finalidad, *se está introduciendo un sistema de prueba legal del dolo*; cuando se deja esa inferencia a cargo del juzgador, se adopta el **criterio procesal de la sana crítica**” (cfme. aut. cit. “Estructura básica del derecho penal”, pág. 112, Edit. Ediar, Bs. As., 2009, el destacado no pertenece al original).-

Y el Superior Tribunal de Justicia de nuestra Provincia, ha sostenido: “…no cabe presumir el dolo. El C.P. vigente excluyó expresamente dicha presunción (…) De ordinario la existencia del dolo cabe sea deducida de las circunstancias del hecho, a través de las cuales se objetivizan los estados de conciencia (…) con respecto a aquél y ello excluye toda consideración automática (…)” (Causa: “Centeno,

Héctor Ernesto S/ Homicidio simple", sentencia del 14/9/67, José Ferreyra, "Derecho Penal. Jurisprudencia de la Provincia del Chubut, t. I, pág. 62, "…Como dice Núñez la acción también se dirige en forma decidida hacia el delito, cuando éste, **aunque no represente el deseo, propósito o pretensión del autor**, se le presenta como algo que, aunque no deseado, está **necesariamente ligado a lo querido directamente por el mismo** (…) o como dice Soler, cuando el resultado aparece como necesario…" (Causa: "Videla, Paulino S/Lesiones graves", sentencia del 6/10/69, voto del Dr. Garasino. Y en el voto del Dr. Bianco, se lee: "…Toda explicación de estados anímicos e intenciones que excusen o atenúen responsabilidad, para que procedan, deben tener sustentación en hechos o manifestaciones externos, pues de lo contrario **la acción cumplida debe ser juzgada según su desarrollo objetivo**…", ob. cit., pág. 63).-

Más recientemente, la Sala Penal en la sentencia nº 39/11 (voto del Dr. Pfleger) sostuvo que: "…La calificación optada por la Cámara es la correcta …, pues como ya he dicho actúa con dolo (en este caso homicida) quien sabe lo que hace y conoce el peligro concreto de su acción. Y actúa de ese modo quien mata, por las causas que no han sido refutadas exitosamente y luego en el mismo contexto dispara a otro con un arma de alto poder vulnerante…".-

En consecuencia, sumo mi voto por la negativa a la procedencia de este primer agravio contra la sentencia de condena, la que debe confirmarse íntegramente en este punto.-

II.- En orden al gravamen que se denuncia, respecto a la aplicación de la agravante genérica del art. 41 bis del CP, ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos reiteradamente; por caso, en la sentencia registrada bajo el n° 21 –año 2010- folio 437, que fuera confirmada también por la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, mediante sentencia nº 65/11, de fecha 1 de noviembre del corriente año.-

En mi voto en la sentencia 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).-

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 SCJBA, 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. SCJBA 6-2-2008, “S.S. y O.S. s/ Recurso de casación”, P. 93.717).-

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 seV., 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 en otro tipo de armas o sin ellas -del voto del Dr. Borinsky –SD- -” (cfme. Trib. Cas. Pen de Buenos Aires, sala III, 2-102008, “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. De Buenos Aires, sala III, 27-9-2007, “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 A. 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-.-

Por su parte, en la citada sentencia 65/11 del alto Tribunal, puede leerse en el voto del Ministro Jorge Pfleger: “…Cuando el legislador no se aparta de los principios constitucionales en la materia en punto a la retribución que asigna a cada norma prohibitiva y actúa en ejercicio legítimo de su competencia para fijar la política criminal en ese sentido, nada puede serle reprochado.-

El principio de racionalidad entre la conducta y la sanción, proporcionalidad de la pena, no se ve mancillado por la agravante genérica que responde a lo que veremos más adelante.-

Ese es el marco en que el Tribunal de la condena ha

considerado el asunto y consecuentemente sus votos no merecen objeción alguna; como tampoco la mayoría de los sufragios emitidos por los Magistrados de la Cámara Penal.-

No veo obstáculo, pues, a la aplicación en la especie del art. 41 bis del C.P.-

Se trata de una agravante genérica que incorpora a la ley de fondo hipótesis más severamente sancionada respecto de todos los tipos penales que pueden cometerse con las referidas modalidades, a salvo, claro está de aquellos en que la modalidad les es propia.-

Como se enseña en el 'Código Penal de la Nación- Comentado y anotado" dirigido por Andrés J. D´Alessio' (Ed. La Ley, T I, página 658, Ed. 2009) esta calificante tuvo en miras '… el mayor poder vulnerante de las armas de fuego que, por sus condiciones, provocan un peligro mayor para los bienes jurídicos vida e integridad física … ', lo que se ha dado en el bajo examen.-

No provoca perplejidad el texto mismo de la norma, pues lo que ha discutido la doctrina y la jurisprudencia es su aplicación en los delitos en donde el uso de arma ya estaba contemplado, mas no en este delito -el homicidio simple, art. 79 del C.P- que no prevé ninguna distinción en lo que atiende al medio empleado para su comisión, salvo

algunos especialmente contenidos en el art. 80 del C.P, que el legislador consideró con mayor contenido de injusto que ésta de que se trata.-

Es la superioridad de medios lo que justifica la mayor severidad punitiva, pues '… el contenido de ilícito aumenta por un criterio valorativo de agravación en función de la mayor indefensión del bien, y la mayor intimidación que se ejerce sobre la víctima y el mayor peligro corrido por ella …' (Ver 'Código Penal y normas complementaria' D. Baigún y Eugenio Zaffaroni- Directores, Ed. "Hammurabi" T 2, página 92, Ed.2002).-

El comentario, crítico del debate legislativo y de las razones tenidas en consideración para la sanción del artículo de marras, no es obstáculo para adherir a lo que pareciera el argumento racional, el sentido mismo de existencia del precepto, destinado a recrudecer las consecuencias de las conductas que poseen, en sí, mayor capacidad letal y del otro lado sitúan al activo en una condición de poder que enerva cualquier reactividad en la víctima, puesta en condiciones de labilidad que dan al ilícito un mayor contenido de disvalor…" –consideraciones plenamente aplicables al presente caso-.-

En la citada sentencia nº 39/11, por su parte, el Ministro Rebagliatti Russel sostuvo: "…me remito a la doctrina sentada respecto a este tema en autos 'P., O. y otro s/ robo agravado seguido de muerte'

(expediente 21.125-P-2007), en donde sostuve: '…la Ley 25.297 incorporó al art. 41 bis del Código Penal una circunstancia de agravación de los tipos penales cuando aquellos se ejecutan con violencia o intimidación contra las personas, mediante empleo de un arma de fuego. De esta manera transfiere lo que antes era valorado como un elemento que permitía aumentar la cuantificación de la pena, por la naturaleza del medio empleado, al nivel de la tipicidad que incorpora aquella circunstancia como elemento objetivo, como una calificante genérica respecto de todos los tipos penales que pueden cometerse con las referidas modalidades…'".-

Por lo expuesto, también respecto a este agravio mi voto se inclina por la negativa, siguiendo al sufragio emitido en segundo término.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

De acuerdo al resultado al que se ha arribado en la primera cuestión propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado C. M. V., contra la sentencia condenatoria Nº 47/11 dictada en fecha 17 de agosto del corriente año (arts. 374 y 382 y ss. del CPP) y confirmar la misma en todas sus partes.-

Corresponde regular los Honorarios Profesionales de

los Señores Defensores de Confianza del imputado, Dres. F. M. R. y L. P. por su labor en la presente etapa de impugnación. Por tal motivo, ponderando la extensión y calidad de su trabajo, , estimo apropiado fijar sus honorarios en la suma de tres mil setecientos sesenta y tres pesos ($ 3.763), 20 JUS, en forma conjunta (Ley

XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).-

A la **SEGUNDA** cuestión la Dra. **PETTINARI** dijo:

En base al resultado al que se ha arribado en la cuestión precedente propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado C. M. V., contra la sentencia condenatoria Nº 47/11 dictada en fecha 17 de agosto del corriente año (arts. 374 y 382 y ss. del CPP) y confirmar la misma en todas sus partes.-

Asimismo adhiero a la regulación de honorarios impuesta a los Sres. Defensores de confianza.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo: De acuerdo al resultado al que se ha arribado en la primera cuestión adhiero a lo manifestado por la colega que me precede en el orden de votación y corresponde no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado C. M. V., contra la sentencia

condenatoria Nº 47/11 dictada en fecha 17 de agosto del corriente año (arts. 374 y 382 y ss. del CPP) y confirmar la misma en todas sus partes.-

Asimismo adhiero a la regulación de honorarios impuesta a los Sres. Defensores de confianza.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por mayoría, con la disidencia parcial del Dr. Martín Roberto Montenovo;

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

1º) NO HACER lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado C. M. V., contra la sentencia condenatoria Nº 47/11 dictada en fecha 17 de agosto del corriente año (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).---------- **2º) CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia condenatoria Nº 47/11.--

3º) REGULAR los honorarios profesionales de los Sres. Defensores de Confianza, Dres. F. M. R. y L. M. P., por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma de tres mil setecientos sesenta y tres pesos ($ 3.763), 20 JUS, en forma conjunta (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley

2.200).----------

4º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

La presente es firmada por dos de los Sres. Magistrados por encontrarse de licencia el Dr. Daniel L. María Pintos con posterioridad a la deliberación.-