En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los dieciocho días del mes de mayo 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. **Leonardo PITCOVSKY**, en su carácter de Presidente, **Mónica RODRIGUEZ y Nelly GARCIA**, Jueces de Cámara Subrogantes, 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° 17.510**, **carpeta individual n° 1.564** de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación el Sr. Fiscal General, Dr. **Carlos Adrián Cabral**, el Sr. Querellante Santos Rosario Ramos, con el Patrocinio letrado de los Dres. **O. H.** y **P. R.**, y el Sr. Defensor de Confianza Dr. **F. M. R.**; y

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

Que el día 27 de abril del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Leonardo Pitcovsky, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de C. A. 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 ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de C. A. M. 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 la Dra. Nelly García, en S. lugar la Dra. Mónica Rodríguez y finalmente el Dr. Leonardo Marcelo Pitcovsky.-

La Juez **Nelly GARCIA** dijo:

I.- Ha concitado la atención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por la Defensa particular del imputado C. A. M., ejercida por el Dr. F. M. R., contra la sentencia Nº 49/2010 emitida el 10 de septiembre de 2010 por el Tribunal colegiado, por el que se impuso al nombrado la pena de diez años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas como autor del delito de Homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego cuya responsabilidad penal fuera declarada por sentencia Nº 10/2009 del 26 de marzo de 2009 (arts. 40, 41, 79, 41 bis 12 y 29 inciso 3º del Código

Penal).-

1) En su libelo impugnativo el recurrente esgrime los

siguientes agravios: a.- incompetencia del Tribunal sentenciante para la fijación de la pena y b.- inaplicabilidad de la agravante prevista en el artículo 41 bis en relación al delito de Homicidio simple.-

En lo que se vincula al primero de los vicios que denuncia, expresa que se ha violado el principio de identidad física del juzgador, toda vez que derivar a otro órgano judicial extraño al debate la determinación de la pena, constituye un grosero desapego al principio de inmediación.-

Expresa que ello es así ya que Jueces que no presenciaron el debate, con lo que desconocen las particularidades del suceso en examen, no pueden dictar nada más ni nada menos sobre cuál es la sanción que en justicia corresponde aplicar.

En lo atinente al S. señaló que el Tribunal de cesura no permitió discutir la agravante del art. 41 bis del Código Penal, sosteniendo que escapa a su competencia la posibilidad de alterar declaraciones del Tribunal de juicio. Destaca que el juicio de cesura es el acto procesal donde se permite discutir y ofrecer prueba, a los fines de determinar que pena le corresponde al imputado, asegurando así el debido proceso.

Denuncia que el Tribunal de cesura omitiendo la manda impuesta por la Alzada, se negó a tratar el planteo de la agravante contemplada en el art. 41 bis del Código Penal, afectando de manera

palmaria el derecho de su asistido. Señaló que de haberlo hecho hubiera citado los precedentes “Díaz, Darío A. s/ Homicidio simple” del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia -voto del Dr. Juan Pedro Cortelezzi-; “Clari, Gaspar M.” de la Sala I de Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos y “Araujo, José M. y otro s/ Recurso de casación” de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, fallada el 28/7/05, en los que en forma coincidente se adoptó la postura que aquí demanda.

A todo evento, formuló reserva del caso federal para el caso de una decisión adversa.

2) En respuesta al emplazamiento que se le formulara, el Fiscal General puntualizó respecto del primer agravio introducido que la falta de legitimidad del Tribunal Colegiado que tuvo a su cargo la cesura, fue planteada al inicio de la audiencia y resuelto por el mentado órgano, resultando extemporáneo plantearlo nuevamente.

En lo que se relaciona al S. de ellos, apuntó que la cuestión ha sido tratada por los Señores Jueces que en cumplimiento de la manda del art. 304, párrafo 3°, del CPP realizaron el juicio de cesura y la solución a la que arribaron, a su entender, es la correcta. En este sentido destacó que el Dr. Müller en su voto señaló que el tribunal de alzada trató y resolvió la impugnación la que admitió parcialmente, declarando nulo

sólo la pena impuesta por no haberse cumplido con la manda más arriba citada.-

Por todo ello, concluyó reclamando el rechazo de la impugnación articulada.

3) Por su parte la Querella, en igual ocasión, sostuvo que no existe conflicto de competencia por lo que el Tribunal de reenvío puede realizar el juicio de cesura e imponer pena. Citó, en apoyo de tal aserto, lo decidido por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia en la causa "Albistur, Juan Eusebio y otros s/ homicidio" mediante sentencia dictada el 12 de marzo de 2010, destacando el fuerte carácter vinculante que un fallo del máximo tribunal provincial significa.-

Respecto de la inaplicabilidad del art. 41 bis del Código Penal, alegada por el impugnante, puntualizó que la violencia en mayor o menor grado, física o psíquica se encuentra en los delitos contra las personas cuyo resultado es un daño en el cuerpo o la salud, con mayor razón cuando el resultado es la vida. Puso de relieve que la mayor parte del debate sobre el agravamiento de la sanción que determina el art. 41 bis del Código Penal, está centrado en la mayor carga o grado de violencia, y la mayor seguridad para el autor que la utilización de un arma de fuego implica, anulando las posibilidades defensivas de la víctima. Destacó en apoyo de la postura que esgrime lo resuelto por el Superior Tribunal de

Justicia en las causas “P., O. y otro s/ Robo agravado seguido de muerte” (Expte. N° 21.125-P-2007) y “D., D. A. s/ Homicidio simple” (Expte. N° 20.083-D-2005), en los que se sostuvo la viabilidad de la aplicación del art. 41 bis del C.P.-

Por todo ello, requirió la confirmación de la sentencia ahora recurrida.-

4) En la audiencia celebrada a tenor del art. 385 CPP, el Defensor desistió del agravio relativo a la competencia, oportunamente cuestionada, en cumplimiento de los postulados del fallo “Mattei” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al entender que se ha violado el derecho de su asistido a un proceso regular, denunciando que se está a dos años y seis meses de sucedido el hecho y aún no se ha definido la pena que corresponde aplicarle. Aduce que la genérica garantía de un juicio justo que prevé el art. 18 de la CN, incluye expresamente que haya una resolución en un tiempo razonable por lo cual habrá de desistir de dicho agravio.-

Memora que oportunamente interpuso impugnación ordinaria contra la sentencia condenatoria dictada contra su asistido M. el 16 de marzo de 2009, cuestionando el tipo escogido para declarar la responsabilidad penal y la nulidad de la imposición de pena al haberse omitido el juicio de cesura, lo que impidió discutir la aplicación o no del

agravante del art. 41 bis, para el caso de que la figura escogida fuera el Homicidio simple. Por sentencia del 5 de abril de 2010, la Cámara en lo Penal hizo lugar parcialmente a la impugnación y declaró la nulidad de la pena impuesta y ordenar la realización de la audiencia prevista en el art. 304 del CPP, con fundamento en que a la defensa le asistía razón ya que el derecho al juicio de cesura era de rango constitucional y privar de él al imputado, era contrariar la manda del art. 44 de la Constitución, que se trataba de un derecho no disponible y, como lo había decidido el Superior Tribunal de Justicia en la causa "Albistur", la oportunidad para discutir si procedía o no la aplicación de la agravante del art. 41 bis era el juicio de cesura.-

Tan es así que tanto los Dres. Pircovsky y Minatta concordaron parcialmente en la calificación señalando que el hecho debía encuadrarse en los términos del art. 79 del C. Penal, y que en el juicio de cesura correspondía tratar la aplicabilidad o no de la agravante al entender que influye sobre la pena. Prosigue señalando que el 10 de septiembre de 2010 se celebró la audiencia e inexplicablemente, el Tribunal negó a la defensa la posibilidad de discutir la procedencia de la agravante aludida, haciendo referencia al contenido de los votos emitidos por cada uno de los jueces del tribunal colegiado.-

Entiende que con tal pronunciamiento ha violado el

proceso regular de su defendido M., al dar por tierra con lo obtenido por la defensa en su impugnación retrotrayendo así el proceso a cuestiones ya debatidas, pues la Cámara entendió que el punto era tratable; lo contrario es una clara violación al derecho de defensa en juicio. Lo decidido, apuntó, era un derecho adquirirlo por M.. Sostiene que no corresponde la aplicación de la agravante del art. 41 bis a la figura del homicidio.

Destaca que nunca, pese a lo afirmado por el Dr. Müller en la sentencia emitida tras el juicio de cesura, planteó la inconstitucionalidad de la norma, sólo se ha limitado a decir, encolumnándose detrás de profusa jurisprudencia emanada de diversos tribunales del país, que resulta inaplicable a la figura del homicidio por una cuestión dogmática. La utilización de un arma de fuego, no determina por sí un agravamiento automático de la pena, sino sólo cuando ello hubiere implicado una violencia innecesaria y suplementaria a la sancionada por el delito reprimido; la violencia necesaria para ingresar en la norma que lo castiga (art 79 del catálogo represivo), tiene como resultado la muerte de un ser humano, es un delito de resultado. Se estaría discutiendo dos veces cuestiones relativas al tipo.-

Pone de relieve que si la conducta no encuadra en el artículo 80 incs. 2º o 5º, que prevén una violencia o intimidación especial, no puede hablarse de ninguna agravante. La reforma, anterior a la

denominada Blumberg, requiere que el tipo objetivo contenga violencia o intimidación contra las personas, y este no es el caso del homicidio ya que aquí la violencia parte del acto de matar. Trajo a colación, en apoyo de la posición que asume, el voto en disidencia del ex Ministro del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, Dr. Cortelezzi en la causa "Díaz, Darío A. s/ Homicidio simple", como así también lo decidido por la Sala I del el Superior Tribunal Justicia de Entre Rios 15-7-04 en la causa "Clari, Gaspar M.", de la sala II de la CNCP en la causa "Araujo,
José y otros" y del Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, sala I, el 14-07-09.-

Para finalizar requiere que M. sea condenado por el delito de Homicidio simple (art. 79 CP), que se declare inaplicable el agravante del art. 41 bis de dicho catálogo normativo y que la pena no supere los 8 años, con fundamento en que en las oportunidades que se le impuso pena, se sostuvo que correspondía imponerle el mínimo de la pena, pretensión también esgrimida por el Ministerio Público Fiscal.-

5) Por su parte el Fiscal General señaló, en lo que atañe al agravio mantenido y apoyándose en el criterio que se expusiera en la causa "Noble Ferraz, Richard s/ Homicidio", que la agravante del art. 41 bis, habiendo sido sometido a contradicción debe resolverse al momento de resolverse lo atinente a la culpabilidad, para que la cesura pueda

limitarse sólo a la individualización de la pena dentro de la escala previamente delimitada. Este es el sentido del juicio de cesura.-

Señala que la agravante fue debidamente tratada y no corresponde tratarla en la fase de cesura, por lo cual solicita la confirmación de la sentencia venida a impugnación.-

6) El letrado representante de la Parte Querellante, Dr. O. Ricardo H., adhirió a la petición del Fiscal General por coincidir tanto con la argumentación desarrollada como con la conclusión a la que arriba. Agrega que para el caso de no compartir la postura, entiende que no debe retrotraerse el proceso a etapa ya fenecidas, aún cuando se esté dentro de los plazos establecidos en el ritual. Entiende que la agravante tiene aplicación en la figura del Homicidio simple.

Señala que la jurisprudencia tiene un carácter orientativo y aún así, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, viene aceptando tal postura desde el año 2006 -sentencia Nº 64/06-, apuntando los argumentos que allí se consignaron, criterio que se reiteró en la sentencia Nº 57/08 en acuerdo liderado por el Dr. Rebagliatti Russel.

Concluyó su alegato solicitando la confirmación de la sentencia recurrida.-

II.- Hoy nos ocupa tratar el recurso del imputado

contra la sentencia del tribunal del reenvío, en primer lugar advierto que la Cámara Penal integrada en ese momento por los Dres. Pitcovsky, Portela y Minatta, por mayoría y con la disidencia del Dr. Portela, anuló parcialmente la sentencia del tribunal de juicio y dispuso el reenvío, para que se realice la cesura del juicio y se discuta la pena y la aplicación o no de la agravante genérica del art. 41 bis.-

Sin perjuicio, de que considero que la agravante genérica integra la calificación legal y debería discutirse en el juicio de responsabilidad, entiendo que por tratarse de un agravio correctamente introducido, debe tratarse en esta oportunidad porque no ha tenido tratamiento y se estaría violando el derecho al doble conforme con relación a la pena.-

Los jueces que integraron el tribunal de juicio, Dres. D. Luis María Pintos, María Elena Nieva de Pettinari y Martín Roberto Montenovo, como punto uno trataron la prueba y tuvieron por probado que el día 31 de agosto de 2008 en horas de la tarde sobre calle S. M. al 3.900, en proximidades del kiosco “B.”, cuando se había generado una discusión entre los integrantes del grupo “L. G.” y F. R., que en ese contexto C. M., del grupo “L. G.”, extrajo un arma de fuego presuntamente calibre 22 y efectuó un disparo a corta distancia, que impactó en el pómulo izquierdo, atravesó cerebro y se alojó en parte occipital, provocando el deceso del

mismo. La Defensa alegó que F. R. tenía el arma, que hubo un forcejeo con C. M. y en esas circunstancias se ocasionó el disparo, pero su caso fue descartado por el Tribunal de juicio, por no haberse probado su factibilidad.-

En la segunda cuestión los jueces calificaron el hecho como homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (arts. 79 y 41 bis del C. Penal) sin argumentar sobre este encuadre jurídico y no se discutió la pena, porque la Defensa pretendía la absolución de su defendido.-

En primer lugar, considero que debemos expedirnos si automáticamente se aplica siempre esta agravante a los homicidios y al respecto está dividida la doctrina y la jurisprudencia.-

A mi criterio, 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 1° 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.-

En ese sentido comparto el voto del Dr. Benjamín R. Sal Llargues, al que adhiere el Dr. Horacio Piombo, en la causa N° 16746 caratulada: "S.M.A. s/ recurso de casación, de fecha 3 de julio de 2007, en la que sostuvo: "finalmente cabe acoger al reclamo de obliteración de la calificante del art. 41 bis que propone por la razón de que tratándose del homicidio (en el caso su conato) el medio resulta por entero irrelevante en la medida en que no se trate de uno de los previstos en el art. 80 del C.P., que es donde el legislador ha tenido en cuenta esas circunstancias en que importa determinarlo por resultar representativo ora de mayor injusto, ora de mayor reproche"(MJ-JU-M-15109-AR/MJJ15109/MJJ15109).-

Pasando a los hechos, me interesa remarcar que en el caso, según los testimonios de M. U., el B. M. estaba como a medio metro de F. , tenía el arma en la mano, era el único y F. no se pudo defender. De D. S. S., el tirador estaba a un metro y medio, tenía el arma en la mano

derecha. Y de N. A. G., el B. estaría a un metro de F. (tomados del voto de la Dra. Pettinari).-

Me permito esta digresión, porque no se puede escindir lo fáctico de lo normativo y sin esfuerzo se advierte, que estando el agresor a un metro o metro y medio, no tiene ninguna relevancia el medio empleado.-

Como jueces llamados a decidir cual es la norma aplicable al caso, solamente hago una interpretación de estricta legalidad, y entre dos normas posibles opto por la aplicación del art. 41 inc 1 del C.P., ya que del plano normativo abstracto ni del plano de lo fáctico (sentencia norma individual que resuelve el caso concreto), no se le puede reprochar a M., que podría haber utilizado un cuchillo en lugar de una pistola, o que es mayor violencia matar de un tiro en la cabeza, que de una cuchillada, por lo que no existe un mayor injusto ni mayor reproche.-

La irracionalidad y arbitrariedad es patente, solamente diferenciamos medios, cuando se utilizó veneno u otro insidioso, o se emplea un medio con posibilidad de crear un peligro común, porque se esconde la agresión o por su mayor peligrosidad. Por ello nos apartamos de la jurisprudencia del Superior Tribunal, compartiendo el voto en disidencia del Dr. Pedro Cortelecci, fijada en el caso DIAZ, A. s/ homicidio simple (Expte. N° 20.083-D-2005), donde sostuvo que: “Hay que tener en

cuenta que, el propio acto de causar la muerte a otro es de por sí violento, sin importar el instrumento que se utiliza para consumarlo. Reitero que sólo en los casos previstos en el artículo 80 es que el legislador ha tenido en cuenta un especial modo de acometimiento que lo vuelve particularmente violento. El crear un peligro común por el medio utilizado, el ensañamiento, la alevosía, la utilización del veneno u otro procedimiento insidioso, repotencian de particular modo la violencia propia del homicidio. No hay por tanto inconstitucionalidad de la norma sino ausencia de razón válida para aplicarla al caso".-

La postura mayoritaria en ese momento y ahora unánime de la Sala Penal, sigue los votos del Dr. A. Panizzi, que dijo en el caso citado:… "De modo que, según el Código Penal argentino matar con un arma de fuego implica, para el agente, una mayor medida de culpabilidad que hacerlo sin ella (con arma blanca o con las manos) aun cuando el bien jurídico protegido sea el mismo. Dicho de otro modo, en ambos casos el bien jurídico protegido es equivalente, la culpabilidad del autor, no". Y del voto del Dr. Jorge Pfleger:…" Los Tribunales parecen aceptar la razón de la agravante en el "plus" a la violencia y al peligro que representa la utilización de un arma de fuego como justificación de la agravante, en la medida en que aquella posee un poder vulnerante más

potente (ver al respecto TCASBSAS, c. 1661, “D.M.M. del 13/04/ 2004 en JPBA t. 124 sum. 299”.-

Por las razones que he expuesto, me aparto de la postura de la Sala Penal, con la esperanza de que en algún momento, la Corte Suprema de Justicia, resuelva los conflictos que suscita la aplicación del art. 41 bis del C. Penal, porque están en juego principios constitucionales.-

Por todo ello, por cuestiones de economía procesal, el reenvío debe utilizarse una sola vez, no estando controvertida la aplicación del mínimo legal de la pena, corresponde y así lo voto, que se lo condene a C. A. M., como autor penalmente responsable del delito de homicidio simple, a la pena de ocho años de prisión (art. 79 C. Penal).-

En cuanto a los honorarios de los letrados intervinientes conforme lo dispuesto por el art. 13 de la Ley XIII N° 4, atento el resultado obtenido, corresponde al Dr. F. M. R., en su carácter de Defensor Particular, el 35% de lo regulado en primera instancia y a los Dres. O. H. y P. R. en su carácter de patrocinantes de los querellantes en el 25% de lo regulado en primera instancia, sentencia del 10 de septiembre de dos mil diez, dictada por los Dres. Müller, Rago y Suarez y así lo voto.-

La Juez **Mónica RODRÍGUEZ** dijo**:**

1. El recurso ordinario interpuesto por la Defensa

cuestiona, en primer lugar, la competencia del Tribunal interviniente en el reenvío por entender que se ha violado el principio de identidad física del juzgador, toda vez que sus integrantes no son los mismos que juzgaron en primera instancia la autoría y responsabilidad del acusado.-

El S. agravio propuesto se centra en la ausencia de tratamiento por parte del A-quo de una cuestión que debía tratar en la etapa de la cesura de pena, cual es la aplicación o no de la agravante del art. 41 bis CP, toda vez que así lo había dispuesto el Tribunal de alzada en la impugnación deducida contra la sentencia de condena.

2. Habiendo el impugnante desistido del primer planteo

resta analizar el S. de los agravios deducidos, pues entiendo que no existe una cuestión constitucional respecto de aquél que habilite un pronunciamiento de oficio.-

Anticipo que considero atendible la crítica realizada por la Defensa técnica, toda vez que en la decisión impugnada se ha omitido el análisis de una cuestión cuyo tratamiento resultaba imperativo para el Tribunal A-quo en virtud de los términos de la sentencia que dispuso el reenvío.-

Ello surge con claridad, según entiendo, de los votos de dos de los jueces del tribunal interviniente en la primera impugnación ordinaria –los jueces Pitcovsky y Minatta-, habiéndose conformado del tal

modo la mayoría absoluta que decidió la voluntad de dicho órgano colegiado.-

El juez Pitcovsky textualmente indica: "...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, la aplicación de la agravante genérica que prevé el art. 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." (el subrayado pertenece al original).-

Por su parte el juez Minatta sostiene: "...Es por ello que la agravante del art. 41 bis influye en ambos momentos (cuando se analiza la culpabilidad y cuando se mensura la pena), 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...". (el subrayado pertenece al original).-

Como bien recordara el Sr. Fiscal en la audiencia dispuesta en el marco previsto por el art. 385 CPP, con cita de un precedente de esta Cámara, soy de opinión de que la agravante genérica del 41 bis del Código Penal debe resolverse en oportunidad de decidirse lo

atinente al juicio de culpabilidad y a la calificación legal, pues entiendo aconsejable que la cesura de pena se limite a la individualización de la sanción dentro de una escala penal previamente delimitada.-

No obstante mi postura, en el caso que nos ocupa esa opinable cuestión fue resuelta de diferente manera por los Magistrados de la primera impugnación y tal temperamento resultaba obligatorio para el Tribunal del reenvío, so pena de vulnerar el derecho al recurso ordinario del imputado (art. 8 2 h CADH, 374 y ccdtes. CPP) respecto de una cuestión esencial en el proceso. Y ello es así pues, justamente, los jueces de la impugnación ordinaria no trataron el planteo vinculado a la aplicabilidad o no al caso concreto de la agravante del art. 41 bis CP, disponiendo que se trate en la etapa de cesura de la pena.-

3. Pese a la omisión en que ha incurrido el Tribunal del reenvío, el impugnante ha requerido que este Tribunal, ejerciendo competencia positiva, asuma el tratamiento de la cuestión y considero que tal temperamento resulta procedente, particularmente en el presente caso en virtud del sentido de la decisión que el Tribunal ha acordado en la deliberación. Así, si bien la sentencia de mérito aplicó la norma cuestionada y tal temperamento fue dejado sin efecto implícitamente por el tribunal revisor, remitiendo el tratamiento del asunto al Tribunal del reenvío, órgano que erróneamente no se pronunció al respecto, invalidar lo

actuado y retrotraer el trámite implicaría emplear una garantía –debido proceso y doble instancia- para elongar indebidamente el trámite. Insisto, tal decisión es procedente en virtud de que la solución que se propicia es favorable al interés del recurrente.-

4. Entrando a la cuestión central que ha sido materia de recurso cabe precisar que la Defensa ha planteado la inaplicabilidad al caso del art. 41 bis del CP, sin cuestionar su validez constitucional.-

En esa senda resulta imposible soslayar las serias y fundadas críticas que ha merecido en doctrina la introducción de dicha norma al digesto penal sustantivo. Así, he dicho en pronunciamientos anteriores que es oscilante la jurisprudencia al respecto y también la práctica operativa del sistema penal, ya que en innumerables ocasiones los propios operadores fluctúan en la decisión de requerir o, en su caso, aplicar o no la norma en cuestión, según el caso. Ello implica una total falta de previsibilidad –con afectación de la seguridad jurídica- acerca de cuál será la interpretación que prospere en el caso concreto, pese a la innegable trascendencia que tiene la cuestión al momento de graduar la pena. Insisto, en muchos casos la práctica indica que es incluso la propia parte acusadora la que, haciéndose eco de los consistentes cuestionamientos constitucionales que merece la norma, opta por no requerir su aplicación en los casos concretos.-

Se ha dicho que la agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal afecta al principio de *igualdad ante la ley*, toda vez que contempla diferente trato jurídico a situaciones iguales. Que afecta, también, el principio de *proporcionalidad de las penas* ya que, por ejemplo, una tentativa de homicidio calificado tiene un máximo de pena menor que homicidio tentado cometido con un arma de fuego. Idéntica situación se produce con el instituto de la libertad condicional, pues un condenado en la primera situación podría obtener el beneficio antes que quien se encontrara en la segunda. Asimismo se sostiene, no sin razón, que lesiona el principio *ne bis in idem,* pues impone una doble valoración de la misma circunstancia o elemento: por un lado al realizar el juicio de culpabilidad y, por otro, al momento de fijar el monto punitivo.-

Las situaciones descriptas resultan gravemente cuestionables en términos de política criminal, erigiéndose en ejemplos válidos para sostener que esta reforma introducida a nuestro Código Penal carece de coherencia sistemática, pues no ha respetado el juego armónico que deben tener todas sus previsiones.-

Asimismo cabe mencionar el caso “Arce”, de la Cámara de Acusación de Córdoba, en el que se declara la inconstitucionalidad del art. 41 bis CP por violación al principio de legalidad, por entender que la norma no respeta el mandato de lex certa, derivado directamente de aquel.

En el fallo se concluye que "...existen buenas razones para sostener que la agravante genérica del art. 41 bis del CP no es claramente aplicable a los delitos de lesiones y de homicidio (tampoco a otros, como la amenaza agravada), que son precisamente aquellos a los que paradigmáticamente está referida. En consecuencia, y en la medida en que ni siquiera en el ámbito más obvio de su aplicación puede sostenerse sin serias dudas la operatividad de dicha agravante, de ninguna manera puede decirse que su extensión sea clara, precisa y determinada, en el sentido en que lo exige el principio de determinación o de máxima taxatividad de la ley penal (nullum crimen, nullum poena sine lege certa), derivado directo del principio constitucional de legalidad (CN, art. 18; CADH, arts. 8.1 y 9; PIDCyP, arts. 14.1 y 15.1).-

La sentencia –con el voto mayoritario de los Dres. Pérez Barberá y Gilardoni- decide la inaplicabilidad de la agravante a los delitos de homicidio y lesiones graves y gravísimas a partir de un análisis sistemático de la figura del abuso de armas del art. 104 CP. Así, interpreta que si el referido delito implica el uso de arma de fuego, y es subsidiario al homicidio y a las lesiones graves y gravísimas, no puede sino concluirse que estos delitos, en sus tipos básicos, incluyen implícitamente el uso de ese tipo de arma.

Sin embargo, los jueces de la mayoría no dejan de

reconocer que la tesis contraria, es decir, la que se inclina por la aplicabilidad a partir de una interpretación meramente literal de la norma, es también razonable. En consecuencia, siendo que la coexistencia de ambas tesis contrarias, igualmente plausibles, configura una duda insalvable que no puede resolverse por aplicación del *in dubio pro reo*, el tribunal decide declarar la inconstitucionalidad de la norma. ("Arce José Alberto p.s.a Homicidio Agravado por el art. 41 bis", Expte. A63-08, del 26/06/09).-

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 numerosos fallos y opiniones doctrinarias contrapuestos.-

No obstante ello, considero que no es necesario apelar al recurso extremo de declarar la inconstitucionalidad de la norma pues el principio de máxima taxatividad interpretativa –sucedánea del *in dubio pro reo* pero aplicable a las cuestiones de derecho- impone inclinarse por la tesis más restrictiva de poder punitivo, esto es, aquella que concluye en la inaplicabilidad de la norma al delito de homicidio y lesiones graves y gravísimas.-

La jurisprudencia local ha receptado esta interpretación

al señalar que “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”. (Del voto del juez Montenovo en el fallo recaído en la Carpeta nº 1.830 de la Oficina Judicial de Comodoro Rivadavia, sentencia de fecha 5/05/2010).-

Mi postura, asimismo refractaria a una aplicación automática de la agravante, propicia una interpretación legal que compatibilice la respuesta punitiva con el postulado constitucional de legalidad (prohibición de leyes indeterminadas), y el de la proporcionalidad de la pena, ya que un mínimo menor en la escala penal permite, eventualmente, una individualización penal más ajustada en ciertos casos concretos.-

La solución a la que adhiero ha sido la posición adoptada por el Juez Cortelezzi en el caso “”D.,D.A. s/ homicidio simple”. El Magistrado entiende que al referir la norma -como elementos configurativos de la agravante- a *“violencia”* o *“intimidación”,* descarta su aplicación cuando el bien jurídicamente afectado es la vida pues, por un lado, la intimidación no lo afecta y, por otro, la violencia está *ínsita* en la

acción de matar. Si a tal razonamiento se suma el hecho de que el Código Penal prevé en forma expresa las circunstancias agravantes de un homicidio por el *medio* empleado para cometerlo –art. 80 inc. 2º y 5º-, la aplicación de la norma al caso deviene, desde todo punto de vista, improcedente.-

Así lo explica el Magistrado en el fallo de referencia: "La intimidación queda naturalmente excluida y la violencia sólo será atendida en el caso en que se dé alguna de las situaciones previstas en el artículo 80, incisos 2º y 5º, únicos supuestos en que el homicidio tiene en cuenta a ella para promover el agravamiento, dicho en otras palabras, cuando el medio empleado genera la aludida violencia. Y siendo que se encuentra ya advertida por el legislador en los casos apuntados, ningún otro modo de producir la muerte puede ser entonces recalificado por el uso del arma de fuego, ya que aquél se ha desentendido de otros modos de consumar el homicidio. Hay que tener en cuenta que el propio acto de causar la muerte a otro es de por sí violento, sin importar el instrumento que se utiliza para consumarlo. Reitero que sólo en los casos previstos por el artículo 80 es que el legislador ha tenido en cuenta un especial modo de acometimiento que lo vuelve particularmente violento. El crear un peligro común por el medio utilizado, el ensañamiento, la alevosía, la utilización de veneno u otro procedimiento insidioso, repotencian de particular modo

la violencia propia del homicidio. No hay por tanto inconstitucionalidad de la norma sino ausencia de razón válida para aplicarla al caso”.-

5. La posición que sostengo no implica, en modo alguno, desconocer la autoridad institucional que tienen las sentencias de nuestro más alto Tribunal provincial, que en forma mayoritaria han asumido una postura contraria a la que sostengo. No ignoro los alcances de la llamada “doctrina del leal acatamiento” a la jurisprudencia de los tribunales superiores, delineada por la Corte in re "Cerámica San Lorenzo"(Fallos 307:1094), entre otros, en cuanto indica que "...carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sustentada por el Tribunal, en su carácter de interprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia..." (Fallos 307:1094 cit., consid. 2°, y 311:1646, entre otros).-

Es claro, pues, el alcance de la doctrina, en tanto admite el apartamiento de los jueces del criterio sostenido por los tribunales superiores siempre que el alejamiento no signifique desconocer deliberadamente su autoridad y prestigio, y en tanto medien serios y razonables fundamentos que justifiquen apartarse de la posición adoptada por aquellos.-

La solución que entiendo aplicable en el caso surge de una interpretación sistemática de las normas penales en juego, a diferencia de los precedentes citados por la Fiscalía que sostienen una posición que privilegia una hermenéutica meramente gramatical del texto de la norma cuestionada.-

En tal sentido explica Sagües que la tesis de la superioridad de la exégesis gramatical no es absoluta y alerta sobre la necesidad de practicar una interpretación orgánico-sistemática de las normas implicadas en la solución de un caso. El mencionado constitucionalista señala: "...indica la Corte Suprema que el juez puede apartarse de las palabras de la ley cuando su interpretación sistemática u orgánica así lo impone. Tal doctrina se deriva, por ejemplo, de Corte Sup., Fallos 283:239 (JA 16-1972-188) y 301:489. En otros fallos análogos se sostiene que no cabe atenerse rigurosamente a las palabras de la norma cuando así lo requiera su interpretación razonable y sistemática (Corte Sup., Fallos 291:181 [JA 28-1975-5], 293:528 [JA 1976-IV-96], 325:192, dictamen del procurador fiscal, compartido por la Corte Suprema. La interpretación sistemática u orgánico-armonizante es aquella que atiende a la totalidad de los preceptos de una norma (en particular, de la Constitución, que posee "unidad sistemática": Corte Sup., "Chadid", Fallos 320:74 [JA 1997-III, síntesis]), así como su enlace con todas las del

ordenamiento jurídico (en particular, con las que disciplinan la misma materia), y de modo que mejor se adecuen al espíritu y a las garantías de la Constitución Nacional (Corte Sup., Fallos 314:445, 321:730 Ver Texto , 324:4349). Es una fórmula que descarta la interpretación aislada de un precepto jurídico (Corte Sup., "Carrefour v. Senasa", Fallos 324:4367, del dictamen del procurador general de la Nación, compartido por la Corte Suprema, con cita también de Fallos 320:783. (SAGÜÉS, N. Pedro, "Interpretación constitucional y alquimia constitucional (el arsenal argumentativo de los tribunales supremos)", JA 2003-IV-1220).-

6. Por las consideraciones expuestas considero que resulta inaplicable al caso la agravante del 41 bis del Código Penal, correspondiendo en el caso modificar la calificación legal y readecuar la pena en esta instancia. No cabe efectuar un reenvío pues habiendo la sentencia impugnada aplicado el mínimo de la escala penal, no puede este Tribunal apartarse de dicho margen punitivo sin lesionar el principio que prohibe la *reformatio in pejus*. Nada queda por discutir y sólo resta excluir la agravación derivada de la norma que se declara inaplicable.-

Corresponde, en consecuencia, fijar la sanción a imponer en el mínimo de la pena prevista para el delito de Homicidio Simple (art. 79 del Código Penal Argentino), esto es, la pena de ocho años de prisión. Así lo voto.-

7. Corresponde imponer las costas al imputado (art. 239

y concordantes del C.P.P.), y regular los honorarios profesionales de los letrados de la Parte Querellante en Pesos mil doscientos cincuenta ($ 1.250.-), y los del Defensor particular del condenado en la suma de Pesos mil cuatrocientos ($ 1.400.-), por su actuación en esta etapa. No corresponde IVA (art. 5, 7, 9, 13 y ccdtes. del decreto-ley 2200, t.o. ley 4335, actual ley XIII Nº 4).-

El Juez **Leonardo Marcelo PITCOVSKY** dijo:

Los agravios de la Defensa y el responde de la Fiscalía y

la Querella han sido plasmados en forma amplia y detallada por la Jueza opinante en primer lugar, por lo que en honor a la brevedad a ellos me remito.-

La decisión de la Cámara, vale destacar, ha sido tomada por unanimidad en Acuerdo de Ley haciendo lugar a la impugnación presentada por el Sr. Defensor, Dr. F. R..-

En efecto, leído puntualmente el escrito de la parte contrariada por la pena impuesta, ratificado y ampliado en la audiencia correspondiente, salvo en lo atinente –pues desistió- a la competencia del tribunal que intervino en actuación anterior de imposición de pena, observo que la segunda queja radica en que el Tribunal de Cesura ha omitido tratar

el asunto referido a la agravante de pena previsto en el artículo 41 bis del Código Penal.-

Repasada entonces la sentencia en este punto, advierto que le asiste razón al impugnante, pues no tratar la cuestión sometida a la jurisdicción del Tribunal por imperio legal, es violentar la manda constitucional de resolver aquellas cuestiones que, discutidas por las partes en el contradictorio, deben ser analizadas y resueltas en el plano que la legislación vigente exige.-

En el caso, la imposición de la agravante genérica prevista en el artículo 41 bis del Código Penal debió tener su tratamiento, pues, como lo informa la Defensa, la Cámara Penal que antes había resuelto la cuestión de la materialidad del hecho, la autoría y calificación legal, expresamente expuso en los votos de los Dres. Minatta y del suscrito, que era cuestión a tratar -la aplicación o no de la agravante genérica prevista en la parte general del C.P.-, al momento de discutirse la aplicación de la pena, cuestión que sometida a debate por las partes en la audiencia correspondiente, luego el Tribunal omitió resolver en el fallo en el sentido propuesto por éstas, tal el motivo de la contienda dispuesta por la Alzada.-

Tal como lo expresara la Dra. Mónica Rodríguez -al fin a resultas del Acuerdo-, no procede que se remita la presente en reenvío, pues ya habiendo impuesto el Tribunal de cesura el mínimo de pena que

prevé la escala penal al caso en examen, corresponde que esta Cámara ejerza competencia positiva en el asunto, tal lo peticionado por la Defensa, y se resuelva en tal sentido.-

Entiendo entonces que corresponde declarar la nulidad de esta mayor sanción adecuada al artículo 41 bis del C.P., por falta de tratamiento y debida argumentación en el decisorio venido en revisión, debiéndose en consecuencia, tal como lo dijeran las Juezas que me preceden con su voto, y tal como lo solicitara la Defensa, aplicarse el mínimo de pena de ocho años de prisión a C. A. M., que prevé el artículo 79 del C.P. Así lo voto.-

Las costas y honorarios deberán imponerse tal como lo dejaran expresado mis colegas, en el monto y orden señalados. Así lo sufrago.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por unanimidad,

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

--

1º) HACER lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado **C. A. M.**, contra la sentencia Nº 49/10 de fecha 10 de septiembre de 2010 (arts. 374, 382 y ss. y cc. del CPP).----------

2º) REVOCAR parcialmente la sentencia Nº 49/10, en cuanto impone la pena de diez (10) años y ocho (8) meses de prisión al acusado **C. A. M.** por ser autor penalmente responsable de Homicidio simple (art. 79 del C.P), la que se fija en **ocho (8) años de prisión**, accesorias legales y costas del proceso (arts. 12 y 29 inc. 3ro. CP).----------

3º) CONFIRMAR en lo demás, la sentencia condenatoria nº 49/10, de fecha 10 de septiembre de 2010.----------

---

4º) REGULAR los honorarios profesionales del Doctor F. M. R., por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en ejercicio de la defensa técnica del imputado C. A. M., en la suma de pesos mil cuatrocientos ($ 1.400).----------

---

5º) REGULAR los honorarios profesionales de los Dres. O. H. y P. R., Letrados representantes de la Querella, por la labor desarrollada en la etapa de impugnación, en la suma de pesos mil doscientos cincuenta ($ 1.250).----------

---

6º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

Dr. Leonardo Marcelo Pitcovsky
Presidente

Dra. Nelly Garcia
Juez de Cámara

Dra. Mónica Rodríguez
Juez de Cámara