En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los veintitrés días del mes de marzo de dos mil doce, 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. **Martín Roberto MONTENOVO**, en su carácter de Presidente, **Daniel Luis María PINTOS y L.nardo Marcelo PITCOVSKY**, 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° 32.258**, **carpeta individual n° 3.811**, de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación la Sra. Funcionaria de Fiscalía, Dra. **Stella Maris Prada**, el Sr. Defensor de Confianza Dr. **G. I.** y el imputado **G. E. S.**; y

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

Que el día 7 de marzo del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Martín Roberto Montenovo, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de G. E. S., 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 G. E. S. 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. Daniel Luis María Pintos, en segundo lugar el Dr. L.nardo Marcelo Pitcovsky y finalmente el Dr. Martín Roberto Montenovo.-

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

I.- Ha concitado la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por el Defensor de confianza, en ejercicio de la asistencia técnica del imputado **G. E. S.**, contra la sentencia Nº 73/11, de fecha 4 de noviembre de 2011, por la que se declarara al nombrado autor penalmente responsable del delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego (artículos 79 y 41 bis del Código Penal), por el hecho ocurrido el 4 de enero de 2011, entre las 18.30 y las 19 hs., en esta ciudad en perjuicio de E. A. H., y se lo condenara a la pena de diez años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas (artículos 12 y 29 inciso 3° del cuerpo legal citado).-

1. a) El recurrente, en su libelo impugnativo, invoca en

apoyo de la vía recursiva que deduce, los artículos 374 y 375 del CPP.-

Se agravia en primer término, de la defectuosa descripción del hecho objeto del juicio, señalando -luego de transcribir la forma en que quedara redactado- que no describe el dolo directo, ni el indirecto, ni el eventual.-

Afirma que en el relato del suceso, se aclara que **S.** dispara contra un grupo de personas, con la particularidad que no era un grupo sino que había sólo dos personas (la víctima y H. L., que es quien estaba sentado en un paredón frente al domicilio de aquélla, sito en calle L. J. XXXX). Estas deficiencias aunadas, expresa, permiten sostener que el tribunal impuso a su defendido una calificación que el relato del hecho impide y sólo puede dar lugar a la aplicación culposa, máxime que disparar contra un grupo de personas contiene mayor

previsibilidad o posibilidad que alguno del grupo podrá ser alcanzado por una o más balas, ya que el blanco es de mayor envergadura.-

Entiende que la prueba conteste rendida en el pleno dio como resultado que la víctima sólo estaba con Leiva, con lo cual queda sin sustento la aseveración fáctica de que disparaba contra un grupo y con ello, agrega, se sigue la imposibilidad de encuadrar el hecho en la figura del

homicidio simple con dolo directo verificándose, en consecuencia, una clara y rotunda lesión al derecho de defensa y debido proceso legal.-

Como segundo agravio, puntualiza que sobre la base de razonamientos contradictorios y con marcada ausencia de sana crítica, se ha construido el dolo directo y se concluye con más la aplicación de la agravante del art. 41 bis del Código Penal, lo cual deviene apartado de la producción de la prueba que se rindiera según razona.-

Luego de transcribir fragmentos de los votos de los Dres. Müller y Rago -relativos a la distancia desde la que se efectuaran los disparos-, destaca que desde la lejanía que se probó tenía el tirador es inviable el dolo directo, extremo que se robustece con la ausencia de hallazgo de plomos que permitan inferir la dirección de aquellos, con la imposibilidad de afirmar cual de todos fue el que asestó, con el recorrido de la víctima quien quizá pudo colocarse involuntariamente en la situación.-

Agrega que otro aspecto a valorar radica en la ausencia del hallazgo del arma 9mm. pese a que fuera inmediatamente la finca; pero por sobre todas las cosas, prosigue, advierte que el arma tiene la posibilidad de efectuar más disparos -quince- y el autor sólo se conformó con cinco, lo cual

evidencia -según expone- que su plan no era dar muerte a la víctima sino sólo de disparar el arma.-

Contradice la afirmación del Dr. Müller en uno de los párrafos del pronunciamiento recurrido, en el que se sostiene que la defensa acepta que el imputado actuó con conocimiento del tipo de abuso de armas (art. 104 del C.P.), puntualizando que el plan del autor fue el efectuar disparos pero que no aceptaba como resultado posible o probable el resultado muerte de la víctima.-

Predica, con cita de Claus Roxin, que es doctrina inveterada la distinción de tres formas de dolo: 1.- la intención o propósito (dolus directus de primer grado); 2.- el dolo directo (dolus directus de segundo grado); 3.- el dolo eventual (dolus eventualis), las que se contraponen a las dos formas de la imprudencia, la inconciente (conf. aut cit. “Derecho Penal, Parte General”, t. I, 1° ed., Thompson Civitas, 1997).-

Alega que encuentra indicutible que **S.** no persiguió la realización del tipo doloso, pues careció de la intención o propósito (dolo directo) de efectuar el tipo objetivo. Encuentra también que el resultado mortal no fue consecuencia necesaria, aunque indeseada, de su actuar, por lo que no pudo haberlo previsto ni asumido con ese resultado.-

Aduce que, con los elementos de prueba logrados no surge ninguna circunstancia objetiva que permita afirmar, con el grado de certeza exigido, que el imputado no obró con dolo, sino que negligentemente confió, a pesar de esgrimir un arma cargada, en la no realización del tipo.-

Destaca, finalizando con la exposición de este primer agravio, que el plan del autor fue efectuar disparos, más en modo alguno dar muerte a la víctima.-

b) El segundo de los cuestionamientos se ciñe a la aplicación de la agravante contendida en el artículo 41 bis del Código Penal.-

Alega que el inconveniente se suscita a partir de lo establecido en su segundo párrafo, en cuanto veda su utilización en aquellos tipos penales en donde ya se contempla -como elemento constitutivo o calificante- la circunstancia de "violencia o intimidación de las personas mediante el empL. de un arma de fuego".-

Pone de relieve que al momento de brindar la síntesis del fallo, el Presidente del Tribunal sostuvo que compartían el criterio de la defensa en que la agravante no se aplica en forma automática al verificarse como medio comisito, empero los Dres. Juárez y Rago expusieron esta última línea de aplicación, contraviniendo lo sostenido por quien expuso tal aseveración.-

Interpreta que no es de aplicación automática remitiéndose a lo resuelto en el Legajo de Investigación Fiscal N° 23743 “Cría. Seccional Sexta s/ Inv. Homicidio r/v Q. R.”, en el que se arribó a un acuerdo abreviado que prescindió de la aplicación del art. 41 bis del CP por un hecho con una plataforma fáctica similar.-

Como colofón y a título de síntesis, la pretensión del recurrente se dirige a que se encuadre el hecho en la figura del homicidio culposo (art. 94 del CP), o bien que se mantenga la calificación de homicidio simple pero con dolo eventual y que en sendos casos se quite la agravante del art. 41 bis del Código Penal.-

2) A su turno el Señor Fiscal General en su responde de fs. 78/80, destaca que a su criterio debe rechazarse la vía impugnativa intentada por la Defensa del imputado.

Sostiene que de la simple lectura de su libelo surge que tal agravio no ha sido ni expuesto, ni mucho menos fundado.-

En lo atinente a la postulación de que la Fiscalía no ha descripto el dolo directo, ni el indirecto, ni el eventual, consigna que lo cierto es que este planteo no resiste la menor crítica pues el elemento subjetivo de la acción típica desarrollada por S. surge de las circunstancias de tiempo, modo y

lugar claramente descriptas en el hecho enrostrado, y probadas en juicio. Agrega que si la ley describe el homicidio diciendo "el que matare a otro", la conducta típica está dada por el hecho concreto de matar a otro, y en el tipo se incluyen todas las características de la acción prohibida que fundamenten positivamente su antijuricidad, y claro está que no siempre se pueden deducir directamente del tipo estas características, hay que dejar al juez la tarea de buscar las características que faltan haciendo una valoración de la conducta delictiva, es decir de las circunstancias descriptas en el hecho que cualifican la conducta prohibida y se demuestran en juicio.-

Resalta que la defensa técnica por un lado se agravia en este sentido y por otro pretende, subsidiariamente, que se mantenga la calificación de homicidio simple pero con dolo eventual (ver acápite IV del escrito en conteste), lo que claramente le resta seriedad al planteo incoado.-

En cuanto a la primera pretensión del recurrente -que es el encuadre de la conducta endilgada al imputado en el tipo culposo- sostiene, como lo entendió el Tribunal de Juicio, que la misma debe ser rechazada por no encontrar ni sustento fáctico, ni legal.-

Destaca que la condena recaída sobre G. E. S. obedece a un claro razonamiento efectuado por los Señores Jueces entre el hecho imputado y

el plexo probatorio. Los elementos arrimados a juicio permitieron, según expone, descartar que el acusado no representara en su conciencia el hecho típico, es decir, constitutivo del delito doloso. Ello así, continúa, porque los testimonios demostraron que él sacó un arma y le disparó a H. en más de una ocasión, es decir que contó con serias posibilidades de realizar el tipo con un primer disparo y aún así siguió actuando, volvió a disparar.-

Interpreta que todo el plexo probatorio fue valorado según la sana crítica y sustentado en derecho. No quedaron dudas, a su juicio, al Tribunal que S. fue el único que agredió a la víctima a pesar de estar con otros individuos en ese momento; que existía un conflicto entre el agresor y el padre de la víctima desde hacía tiempo (a quien había amenazado de muerte) y que le disparó directamente a H. con un arma de fuego, en más de una ocasión para asegurar su cometido.-

Puntualiza que, a su entender, quedó demostrado que entre víctima y victimario existía controversia o enemistad, que quien disparó un arma de fuego contra la víctima fue G. S., todo ello, con más de un testimonio aunque el arma homicida no se haya encontrado a pesar de arbitrarse todas las medidas a su respecto, que el hecho de disparar varias veces aunque eventualmente no hayan sido las 15 veces que permite hacerlo un arma 9 mm, demuestra que el

imputado quería efectivamente darle muerte a la víctima. Entiende que todos los argumentos de la defensa fueron desvirtuados, aún la propia declaración de S., contrariada en todas sus partes, y esto dista enormemente de haber sido ignorados por parte del Tribunal enjuiciador.-

Señala que ha quedado debidamente demostrado que la muerte de E. A. H. fue producto de una conducta típica y dolosa, consecuencia de un acto enderezado a provocar su deceso, pues la utilización de un arma de fuego, disparada cinco veces contra la víctima y por una persona entendida de armas -de acuerdo a lo que surge de la propia declaración de S.-, no demuestran un accionar culposo ni de dolo eventual, y debe responder a título de dolo.-

Con respecto a la aplicación de la agravante prevista en el artículo 41 bis del Código penal de la Nación en la figura de Homicidio Simple, entiende que la existencia misma del precepto, destinado a aumentar la pena en aquellos hechos en que se ha utilizado para obtener un mayor poder vulnerante y de aplicación en aquellos tipos penales que no lo contemplan como elemento constitutivo o calificante como el Homicidio Simple del artículo 79 CP que nos ocupa, su aplicación es claramente procedente.

Descartada la figura culposa pretendida, al igual que la calificación de Homicidio Simple con dolo eventual, y la violencia ejercida por el imputado mediante un arma de fuego permiten y justifican su aplicación.-

Con el propósito de apuntalar tal postura, trae a colación los casos "Nieto", s. 74 del 27/08/03 STJ, Sala Penal, Pcia. de Córdoba; "Gersi, Jorge S/homicidio e/víctima s/impugnación" Sentencia registrada bajo Nro. 39/2011 de fecha 24/06/2011 de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de Chubut; C.Nac.Crim. y Correc. Sala 1era, 25/04/2002 "Fernández, Roberto, AP70000559- Trib. Casación Penal Bs. As. Sala 2 del 4/10/2003, entre otros.-

Como colofón, entiende que la impugnación articulada por la defensa del imputado deberá ser rechazada por carecer su pretensión de sustento fáctico y jurídico.-

3) En ocasión de celebrarse la audiencia prevista a tenor del art. 385 del CPP, las partes mantuvieron oralmente las posturas reseñadas.-

II.- 1) Si bien es cierto que la posición defensista, en el sentido de que la conducta de G. E. S. en lo concerniente al tipo subjetivo aplicable, se encuadra más correctamente en la modalidad del Homicidio simple cometido con dolo eventual, que en otra variante, resulta acertada; sin embargo,

ello no ha de modificar, en lo sustancial, la solución escogida por los Jueces del juicio para el presente caso. En efecto, he sostenido ya en anteriores precedentes, que la sola circunstancia de que un delito se cometa mediante dolo eventual, no autoriza *per se*, la aplicación del mínimo del monto de la pena (cfme. mi voto en la sentencia n°

3/12, de ésta Cámara en lo Penal); y, por lo demás, en el presente caso, el Tribunal del debate ha aplicado el mínimo legal de los arts. 79 y 41 bis CP, lo que nos remarca la irrelevancia del punto, por lo menos en cuanto a consecuencias prácticas.-

2) Sí resultará pertinente, en cambio, efectuar alguna precisión en lo que respecta a la delimitación entre la figura culposa del Homicidio, y la simple cometida con dolo eventual -teniendo en cuenta el contenido de los agravios-, a fin de despejar toda duda en orden al acierto de la decisión impugnada, que así será objeto de confirmación en esta instancia, satisfaciendo el "doble conforme".-

A título comparativo, advertimos que, por ejemplo, el Tribunal Supremo español se expresa, sobre el particular, en los siguientes términos: "Obra con dolo eventual quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la

acción que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de **comprender que hay un elevado índice de probabilidad que se produzca**" (sentencia del 17/3/05, citada por Gimbernat Ordeig, en su artículo "Evolución del concepto de dolo eventual en la doctrina y la jurisprudencia españolas", en la obra colectiva: "Dogmática penal entre naturalismo y normativismo", edit. Ad-hoc, 2011, págs. 241 y ss.,

el destacado me pertenece).-

El autor citado se declara partidario de esta interpretación jurisprudencial, y nos explica que para determinar el contenido del dolo eventual, y su delimitación frente a la imprudencia conciente, existen fundamentalmente dos teorías: la del consentimiento y la de la probabilidad; la segunda exige menos requisitos que la primera, y hace depender la existencia de dolo eventual de que el sujeto –independientemente de la hipotética actitud que pudiera adoptar frente al resultado-, sea conciente de que esta sometiendo al bien jurídico protegido a un gravísimo riesgo de lesión. Es decir que la teoría de la probabilidad prescinde de enfrentar al autor con la seguridad del resultado: para ella basta y sobra, para afirmar la presencia de dolo eventual, con que el

sujeto sea conciente de que es altamente probable que, a consecuencia de su acción, se produzca el resultado típico.-

3) En este entendimiento, hemos de profundizar el análisis del tema, puntualmente desde el punto de vista probatorio, recordando –como lo hiciéramos en las sentencias n° 15 y 27/11- en apoyo de lo expuesto, la doctrina que nos enseña que: "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…”.-

Recordemos que el Juez, en tanto “sujeto asimilable al ciudadano culto estándar” goza de habilitación bastante “para desenvolverse dentro del campo de la experiencia común” (cfme. Ibáñez Perfecto Andrés “Prueba y convicción judicial en el proceso penal”, edit. Hammurabi, año 2009, págs. 163 y ss.); y que las máximas de la experiencia consisten en “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos” (cfme. aut cit. “Justicia penal derechos y garantías”, edit. Palestra-Temis, pág. 180).-

Sin perjuicio de todo lo expuesto precedentemente, también

es cierto que, en muchos casos, la prueba científica ha de ser indispensable para demostrar la existencia de los hechos, así como para, "verificar –en caso de duda- la fundamentación científica de las nociones de sentido común"; teniendo en cuenta que muchas veces las máximas de la experiencia, en realidad, no son más que "la traducción de leyes científicas de carácter general en los términos del sentido común y de la cultura media" (cfme. Taruffo,

Michele, "La prueba", edit. Marcial Pons, págs. 267 y ss.).-

4) Bacigalupo, a su vez, explica en la misma línea de todo cuanto se viene exponiendo 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…" (cfme. Jaén Vallejo "La prueba en el proceso penal", edit. Ad-hoc, págs. 108 y ss., el destacado me pertenece).-

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).-

Por su parte, la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia, en la sentencia nº 39/11 –citada por el Tribunal de juicio en el presente caso, votos de los Dres. Juárez y Rago- 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**…" (voto del Dr. Pfleger, el destacado ha sido agregado al original).-

A mayor abundamiento, cabe señalar que los

Representantes del Ministerio Público Fiscal han respondido acertadamente, y en consonancia con cuanto vengo exponiendo, al agravio esgrimido en relación a este punto al señalar " … el elemento subjetivo de la acción típica desarrollada por S. surge de las circunstancias de tiempo, modo y lugar claramente descriptas en el hecho imputado, y probadas en juicio. Si la ley describe el homicidio diciendo "el que matare a otro", aquí la conducta típica está dada por el hecho concreto de matar a otro, y en el tipo se incluyen todas las características de la acción prohibida que fundamenten positivamente su antijuridicidad, y claro está que no siempre se pueden deducir directamente del tipo estas características, hay que dejar al juez la tarea de buscar las características que faltan haciendo una valoración de la conducta delictiva, es decir de las circunstancias descriptas en el hecho que cualifican la conducta prohibida y se demuestran en juicio" (el destacado pertenece al original).

5) En base a todo cuanto se viene exponiendo, habremos de analizar a continuación de modo pormenorizado, la motivación expuesta por los Jueces del juicio acerca de la merituación probatoria, y de la configuración del tipo subjetivo del delito de Homicidio simple; a fin de verificar, si la misma satisface los requisitos de una adecuada fundamentación, sobre todo para descartar con certeza la figura culposa pretendida por la recurrente.-

A título meramente ejemplificativo, y procurando siempre no incurrir en transcripciones fatigosas, vemos que en el voto del Juez penal Müller, se sostuvo que: "…el testimonio que abrió la producción de prueba fue decisivo y contundente al momento de recrear lo sucedido. Detallaba don H. S. cómo un individuo disparaba reiteradamente hacia abajo donde se hallaba un grupo de personas, a partir de aquí, guardó el arma y se fue por 12 de Octubre,… H. L. es justamente quien estaba sentado en un paredón con la víctima frente al domicilio de ésta calle L. J. XXXX, señalando que aparecen en la esquina de 12 de Octubre G. y L. S. y comienzan a arrojarles piedras para, inmediatamente, extraer G. un arma y dispararles como 5 ó 6 veces, que intentaron correr para escapar y que inmediatamente se toma el cuello su amigo y se va hacia la puerta de su casa, herido en el cuello… Los otros tres jóvenes se encontraban mas abajo jugando a la pelota en la escuela a no más de media cuadra de la casa de los H. , y dirán coincidentemente que aprecian una agresión de los hermanos S. y que concluye con los disparos desde 12 de Octubre y L. J. por parte de G., … dirán que fueron entre 5 a 7 disparos para retirarse los agresores por calle 12 de Octubre; desde luego que ante tal situación, se dirigieron al sector apreciando que E. fue alcanzado en el cuello por un disparo intentando ingresar a su casa. Al margen de los coincidentes testimonios, no puede perderse de vista la estricta

correspondencia con los rastros hallados y los resultados de la pericia de Ansaldo … Del trabajo del Perito Ansaldo y la reconstrucción que nos permitió realizar los coincidentes testimonios, tenemos que desde el lugar que se efectuaron los disparos al sitio donde se hallaba la víctima había unos 24 metros, que se efectuaron desde la parte superior de la pendiente hacia abajo, lo que quedó ilustrado por las fotografías exhibidas, y que el recorrido del proyectil fue de arriba hacia abajo y de adelante hacia atrás, lo que permitió establecer que el joven H. ante semejante agresión pretendió huir y, en la incorporación y giro, recibe el impacto…" (Primera cuestión).-

Posteriormente, en su voto a la Segunda cuestión, el magistrado ya mencionado hubo de completar su razonamiento, en los siguientes términos: "Sobre la indiscutible plataforma que G. S. disparó al menos en cinco oportunidades con un arma de fuego calibre 9 mm en dirección a las dos personas que se encontraban a no más de 24 metros causando la muerte a una de ellas, tenemos integrado el tipo objetivo de la figura seleccionada. La discusión queda centrada en la conformación del tipo subjetivo que requiere el homicidio del art. 79 del sustantivo… cuando el sujeto cuenta con serias posibilidades de realizar el tipo y sigue actuando, resignándose así a la eventual

realización de un delito y se conforma con ello, debe responder a título de dolo…”.-

El Juez penal Rago, por su parte, en el voto a la primera cuestión, luego de reseñar los testimonios de cargo más relevantes que cimentan la autoría responsable del acusado, como ser los de H. E.

L., E. A. L., M. E. C., O. O. C.,

H. S., y el padre de la víctima J. M. H. ; concluyó: “…**D.- La acción típica y dolosa** desarrollada por el imputado fue la resultante de un acto voluntario enderezado a provocar el resultado mortal disvalioso producido, máxime que de acuerdo a las circunstancias del elemento utilizado –un arma de fuego-, sabía perfectamente cuál sería la consecuencia de su utilización contra terceros. Sobre todo que de acuerdo a sus propias manifestaciones relató que desde muy jovencito fue adiestrado en el uso de armas de fuego, realizando prácticas en un polígono por medio de un familiar cuando vivía en Buenos Aires, (conforme sus dichos y los de su padre N. S.). Las evidencias acreditan sobradamente el conocimiento y voluntad de G. S. de su comportamiento agresivo mediante el uso repetido de un arma de fuego, cuyo resultado –la muerte de E.

H. - fue la consecuencia necesaria de ese actuar contrario a derecho…”.-

Entiendo que esta última consideración, de uno de los

miembros del Tribunal colegiado de juicio, es muy clara en cuanto al acierto de calificar el hecho, como un Homicidio doloso, y no culposo; teniendo en cuenta las circunstancias apuntadas por el votante en su razonamiento. Puntualmente destacamos, en el caso, que no está en duda que la conducta desplegada por el autor del hecho, parte de una situación óptima para orientarse en el mundo; en el sentido que él sabía que la muerte de la víctima podía ocurrir, ya que desde lo cognitivo su percepción de los hechos no se vio dificultada por ningún trastorno subjetivo, ni por interferencias objetivas, en cuanto a las características del lugar, distancias, identidad de las personas que tenía a su vista, etc.. A todo lo cual se suma, su capacidad para manejar el arma de fuego y su conocimiento de las consecuencias que puede acarrear el uso de la misma, que descarta cualquier situación accidental, imprevista, no querida, etc.. En consecuencia, es justo imponer en el caso, la forma de castigo más grave, es decir la dolosa, en la modalidad conocida como dolo eventual –todo ello, para el supuesto de que se conceda *favor rei*, que S. no ha querido directamente matar a su víctima-.-

Corresponde entonces rechazar el presente agravio.- III.- 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 año 2011, y en la ya citada 27/11 de esta Cámara.-

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 empL. de un arma de fuego." (TS Córdoba, sala penal, agosto 27 de 2003, en Suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal de "La Ley", octubre de 2003, pág.73), (el destacado ha sido agregado al original).-

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 severa, en el caso del empL. de armas. La norma se aplica a los delitos que se cometen con violencia física contra las personas mediante el empL. 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, 2-10-2008, “S.C. A. s/ Recurso de casación”, c. 5705); “… La agravante del artículo 41 bis del Código Penal ha sido **correctamente aplicada** en lo que respecta a los **delitos de homicidio** y lesiones graves pues, a diferencia, por ejemplo, del tipo penal de robo calificado, que alude al empL. 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 empL. 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 Alberto Donna en su obra: "El código penal y su interpretación en la jurisprudencia", Actualización al 31 de diciembre de 2009, Tomo I, arts. 1° al 161, Editorial Rubinzal – Culzoni, págs. 151 y 152-.-

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, (el destacado ha sido agregado al original).-

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 (el destacado ha sido agregado al original).-

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 complementarias' David 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

empL. 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 propongo mi voto por la negativa, toda vez que la conclusión a la que se arribara en el apartado precedente, en sentido favorable a la tipificación del caso, *favor rei*, como un supuesto de Homicidio simple cometido con dolo eventual; no resulta en absoluto incompatible con la aplicación de la agravante genérica del art. 41 bis CP –resuelta por unanimidad por el Tribunal colegiado de juicio-, como pretende el impugnante.-

IV.- En conclusión por las razones precedentes, propongo al Acuerdo mi voto negativo a la presente cuestión.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **PITCOVSKY** dijo: Llega el caso a esta instancia de revisión por impugnación de la sentencia condenatoria presentada por el Sr. Defensor Dr. G. I., en representación técnica del imputado G. E. S., por lo que debo entonces por

mandato Constitucional y tal como resultara del orden del sorteo, sufragar en segundo lugar. Los motivos de los agravios presentados en forma escrita y luego en audiencia oral por la

Defensa, más el responde de la Fiscalía, fueron enunciados prolijamente por el primer votante Dr. Daniel L. M. Pintos, primer votante, a los que en honor a la brevedad me remito.-

La sentencia que objeta la Defensa, donde se condena a S. a la pena de 10 años y ocho meses de prisión en orden al delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego (Arts. 79 y 41 bis del C.P.), conforme surge de la letra del fallo de fecha 4 de noviembre de 2011, radica básicamente en dos puntos, cuales son que se encuadre la conducta del condenado en orden al delito de homicidio culposo (Art. 84 del C.P.), o en su defecto se mantenga el tipo simple de homicidio (Art.79 del

C.P.) pero cometido con dolo eventual, y que en ambos casos, consignó el Sr. Defensor, se quite de escena la agravante de pena que prevé el artículo 41 bis del mismo catálogo legal.-

La respuesta de la Fiscalía radicó en rechazar los términos propuestos por la Defensa y mantener en todas sus partes la sentencia atacada.-

a) Conforme lo que ocurriera en el Acuerdo, sobre el

primer asunto los Jueces por unanimidad resolvimos confirmar el fallo.-

En ese sentido, merece consideración lo expresado por el Juez Rago cuando se refiere al dolo y la voluntad del imputado por querer el resultado típico: "(…) la acción típica y dolosa desarrollada por el imputado fue la resultante de un acto voluntario enderezado a provocar el resultado mortal disvalioso, máxime que de acuerdo a las circunstancias del elemento utilizado –un arma de fuego-, sabía perfectamente cuál sería la consecuencia de su utilización contra terceros."… "las evidencias acreditan sobradamente el conocimiento y voluntad de G. S. de su comportamiento agresivo mediante el uso repetido de un arma de fuego, cuyo resultado –la muerte de E. H. - fue la consecuencia necesaria de ese actuar contrario a derecho. (…)".-

El decir de la Defensa, tanto en el escrito como en la audiencia oral, no franquea la mera enunciación dogmática sobre la clasificación de las distintas formas de dolo y en su caso el arribo a la culpa, pero que en lo particular no se compadece con el obrar del imputado en el hecho, accionar que por el contrario encaja perfectamente en la figura del homicidio simple tal como lo han fundado los jueces del juicio en sus respectivos votos. S. arriba al sitio desde donde efectúa los disparos con el claro designio –fin- de dar muerte a la persona que metros distante allí se encontraba. Luego,

consonante con el resultado producido se advierte sin duda que su objetivo se logró. Esta situación concreta no puede, a mi juicio, ser encuadrada de ninguna manera dentro del tipo culposo.-

Que no habiéndose discutido la autoría responsable del traído a juicio en el libelo impugnatorio, al tiempo de referir sobre la cuestión en examen (dolo), los magistrados del tribunal de debate apuntan que a partir de los diversos testimonios y prueba pericial (hallazgo de cinco vainas servidas) entre otras, S. cuando descerrajaba los disparos en dirección a donde se encontraba la víctima fatal, se representaba sin dudas el resultado muerte. Así, el Juez Muller, al traer a escena las manifestaciones del testigo
H. L., refirió como elemento de cargo, que vio cuando G.
(S.) extraía un arma y les disparaba 5 o 6 veces; o las expresiones del
Dr. Rago, quien a su tiempo y reforzando el asunto en consideración dijo que: "(…) La acción típica y dolosa desarrollada por el imputado fue la resultante de un acto voluntario enderezado a provocar el resultado mortal…, …sabía perfectamente cuál sería la consecuencia de su utilización (arma de fuego) contra terceros…; Las evidencia acreditan sobradamente el conocimiento y voluntad de G. S. de su comportamiento agresivo mediante el uso repetido de

un arma de fuego, cuyo resultado –la muerte de E. H. - fue la consecuencia necesaria de ese actuar contrario a derecho.

(…)".-

Efectivamente, del repaso de los diversos testimonios de quienes observaron el evento, por caso –M. C., E. A. L. y

H. L.-, se extrae sin dudas que esa fue la voluntad del imputado, quien sin duda se representó en el caso el resultado letal y actuó en consecuencia.-

Tal como lo enunciara extensa y minuciosamente el Dr. Pintos, entiendo también que no procede en la especie encerrar la conducta criminal del imputado en la figura del artículo 84 del C.Penal. Así lo voto.-

b) Respecto al segundo punto del agravio, principiaré el tratamiento del asunto esbozando que he de compartir las conclusiones del primer opinante, pues así también resultó de la deliberación y consecuentemente allanar el camino por confirmar la sentencia en cuanto la aplicación del artículo 41 bis el Código Penal.-

Empero, creo válido efectuar unas breves reflexiones. Sabido es que los jueces gradúan la pena en cada caso, conforme la sanción que establece cada tipo penal y de acuerdo con los límites que el Código señala, contando para ello con los atenuantes y agravantes que prevén los artículos 40 y 41 del C.P., siempre ello sobre delitos con penas relativas. En ese

pensamiento, las agravantes (genéricas), no modifican la escala penal predeterminada en las figuras penales, pues sólo dan determinados parámetros que guían al juzgador como pautas de mensuración, y en ese análisis, atender a los fines de la pena, que estará sometida a los principios de culpabilidad, legalidad, humanidad y proporcionalidad, entre otros.-

Sin duda que el legislador al incorporar el artículo 41 bis al C.P., estableció un piso superior al aumentar las penas en sus mínimos, con margen mayor de estimación por parte del juez al ampliar el máximo, cuando el hecho se cometa mediante la utilización de un arma de fuego, excepto cuando este medio ofensivo ya se encuentre contemplado como elemento constitutivo o como agravante del tipo penal que se trate.-

Y sobre el mérito de esta incorporación a la Ley Penal, uno de los legisladores que votaron en la oportunidad, en la exposición de motivos dijo: "La intensificación de la respuesta punitiva, como posible alternativa político criminal de reacción al fenómeno de inseguridad, producto del incremento de criminalidad, no puede ser llevada a cabo en forma irreflexiva y en contradicción con postulados fundamentales de un sano Derecho Penal liberal. El delito tiene como respuesta jurídica esa grave sanción llamada pena, y la pena, en un Derecho Penal respetuoso de la Constitución, un Derecho Penal

del "hecho" –Constitución Nacional, artículo 18- tiene su medida en la gravedad del hecho. En otras palabras, y para decirlo en lenguaje técnico jurídico-penal: **la medida de la pena está determinada por la magnitud del injusto y de la culpabilidad del actor".** Más luego de realizar estas apreciaciones, agregó: "Toda pena que vaya más allá de ello es inconstitucional. Hago estas reflexiones porque el proyecto en consideración introduce en nuestro Código Penal el artículo 41 bis y es sabido que el artículo 41, como el propuesto, consagra las reglas para la determinación de la pena en el caso concreto. Me preocupa que en los fundamentos de la norma propuesta no se hagan consideraciones de este tipo, y tal silencio hace pensar que el legislador puede incrementar penas sin límite alguno. Y en un Estado de Derecho el poder punitivo estatal tiene límites. Sí cierto que no hay límites matemáticos, que hay margen de decisión político criminal a la hora de construir la ley penal, pero –reitero-, no es un poder ilimitado. En el contexto de estas reflexiones cabe que nos preguntemos –ello no es tema de tratamiento en la exposición de motivos del proyecto- si existe alguna razón que justifica tal incremento de pena como el propuesto. Soy de la opinión de que sí existe y que es de fundamental importancia exponer, y quiero que ello se consigne de manera expresa en caso de sancionarse la norma, **a fin de que tal razón sirva en su momento como dato a ser tenido en cuenta por**

los jueces que deban aplicar la nueva regla." -Discusión parlamentaria de la reforma al artículo 41 bis del Código Penal –agosto del año 2000-." Palabras del Senador Pardo. (Las negrillas me pertenecen.-

El motivo de la cita que antecede, es porque entiendo, tal como lo expresara en Carpeta "A. H. G. p.s.a. de Homicidio", Carpeta 1550 de la Oficina Judicial de Comodoro Rivadavia, que la aplicación del artículo 41 bis del C. Penal no es automática. En efecto, en aquel expediente dije, entre otras consideraciones sobre el punto, lo siguiente: "(…) He de confirmar también que en el caso resulta de aplicación la agravante genérica del artículo 41 bis del C. Penal. Digo en el caso concreto, pues para su imposición, a mi juicio, se debe atender a distintos factores y no al mero uso del arma como hecho objetivo. Existen aspectos personales e

intransferibles en el accionar del victimario que resultan de la utilización de este medio peligroso y que deben evaluarse en forma previa, ante la posibilidad concreta de producir un hecho delictivo, que necesariamente debe prestarse atención en la aplicación de una pena más grave. El arma de fuego no es traída o empleada por la gente de modo uniforme, ni en las distintas situaciones de modo igual. Digo esto, pues el legislador ha penado con mayor sanción el uso

de este peligroso elemento, cuando previo se valió de este para no correr riesgo y actuar sobre seguro".-

Que resulta necesario particularizar en cada caso la intensidad con que se utilizó el arma de fuego, y si acaso se pudiera, establecer el modo y motivos por los que la tuviere el autor en su poder, debiendo tomarse como relevante y fundante de la mayor punibilidad ese abuso de superioridad que el arma otorga a quien la porta, y que con plena conciencia de ello, luego ejecuta aprovechándose de la fragilidad que concede la víctima en la ocasión. Este contexto no significa a mi juicio más que, luego de *vincular en forma personalizada el injusto a su autor, graduar la pena conforme su culpabilidad en el hecho, la que operará como principal indicador del máximo de la magnitud de poder punitivo que se puede ejercer sobre él*. "Zaffaroni, Raúl E., Derecho Penal Parte General".-

En causa "Díaz, Darío – Expte. 20.082/05", con tratamiento referido a la posible inconstitucionalidad del artículo 41 bis del CP, el Dr. Alejandro Panizzi, Juez de la Sala Penal (STJ), refirió: "(...) De modo que, según el Código Penal Argentino, matar con un arma de fuego implica para el agente, una mayor medida de culpabilidad que hacerlo sin ella (con arma blanca o con las manos) aún cuando el bien jurídico protegido sea el mismo.

Dicho de otro modo, el bien jurídico protegido es equivalente, la culpabilidad del autor, no. (...)".-

En el caso en examen, los jueces dieron suficientes y claras razones de por qué punían atendiendo las previsiones del artículo 41 bis del C.P-, las que comparto y mantengo. En ese sentido, el Dr. Juárez, con cita de los profesores David Baigún y Eugenio Zaffaroni – Código Penal y normas complementarias, Directores, Ed Hammurabi. T2, página 92, Ed. 2002) expresó que "*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…-"...* Del Voto del Juez Jorge Pfleger en causa "G. s/Homicidio r/ víctima.-

El Dr. Muller refirió sobre el punto: "quedó absolutamente descartada cualquier tipo de conducta de la víctima como iniciativa de provocación o inicio de una agresión hacia el autor, y así sentado frente a su casa es sorprendido sin poder escapar a la situación viéndose anulada la capacidad defensiva ante la balacera; desde luego el elemento empleado importa un mayor poder vulnerante y correlativamente un mayor poder intimidante

ubicándose el sujeto activo en situación de dominio, aspectos esenciales de los componentes que exige la agravante.”.-

En respuesta a la petición de la Defensa respecto a la posible existencia de doble valoración al aplicar el artículo puesto en crisis, cabe la siguiente cita: *“No causa 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 del arma ya estaba contemplado, más 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.*” Del voto del Dr. Jorge Pfleger, (Gersi, Jorge s/Homicidio resultó víctima s/impugnación. Expte22.127/2010).-

Es así que no existirá doble valoración cuando el mismo elemento se toma en cuenta en la cuantificación de la pena particularizando su intensidad, superior ofensividad y mayor peligrosidad, sino que se tratará de un perfeccionamiento del grado de una única devaloración.-

En el presente caso, el imputado optó para ejecutar el hecho, en términos de proporcionalidad, por un medio extremadamente dañoso, como lo es un arma de fuego, contra una persona que se encontraba totalmente indefensa e inadvertida del peligro real y concreto que corría en la ocasión. Es

por ello entonces que a mi entender debe cargar el condenado con la agravante prevista en el artículo 41 bis del Código Penal.-

Considero finalmente conforme las líneas trazadas, que para un mejor y más efectivo ejercicio del derecho de las partes y ante la posibilidad de contar con más elementos el tribunal en el logro de una mejor resolución, debería discutirse esta puntual cuestión en la etapa de cesura de pena. Sin perjuicio de ello, debo precisar que en nada lesiona a los fines de su validación en la presente Carpeta que haya sido valorado el tópico dentro de la calificación legal. Es mi opinión.-

La pena impuesta. G. E. S. fue condenado a la pena de Diez Años y Ocho Meses de prisión. Que sin perjuicio de habérsele impuesto el mínimo de pena, advierto de todas maneras que el examen en la mensuración de la sanción ha sido la correcta, habiendo existido por parte de los jueces una expresión clara y mesurada en relación a las atenuantes que tuvieron en cuenta para arribar a la pena dicha.-

Conforme vengo de decir, entiendo que ha sido acertada la manera en que los Jueces del juicio evaluaron las cuestiones de hecho y de derecho, sin incurrir en arbitrariedad. No encuentro, frente a la sentencia dictada y los argumentos en ella esgrimidos, ninguna circunstancia destacada por la

Defensa que la altere, por lo que juzgo debe confirmarse el decisorio atacado, en todos sus términos. Así lo voto.-

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

I.- No he de reiterar los antecedentes del caso ni las posturas de las partes, remitiendo para ello a los sufragios precedentes.

La solución que plantea la Defensa se presenta como compleja, en tanto propone acudir a la figura del Homicidio Culposo, habiendo quedado fuera de discusión a esta altura, que el acusado disparó, en varias ocasiones, un arma de fuego desde aproximadamente 25 metros, proyectiles que impactando en la humanidad de la víctima, provocaron en definitiva su deceso.

S. también sabía, lo cual igualmente ha quedado fuera de discusión, que disparaba hacia donde se encontraban personas, desde una distancia que, a priori, no impedía el resultado en definitiva acaecido.
De allí que apelar a una "infracción al deber objetivo de cuidado" no parece compatibilizar del todo con las circunstancias del caso.

Su asistencia letrada hizo hincapié en la discordancia entre "el plan del autor", y el deceso de E. H. , con quién su pupilo no había tenido inconveniente alguno. Por ello pretendió asimilar la conducta del encartado con

quién efectúa disparos de arma de fuego de manera imprudente.- **II.-** Lo que se ha dado en llamar "la prueba del dolo" implica una operación dificultosa teniendo en cuenta que impone indagar en la voluntad del sujeto activo, en sus designios, y para ello solo es posible evaluar circunstancias externas.-

Ahora bien, aquel que efectúa una serie de disparos hacia un grupo de personas, sabiendo que están allí, conociendo la aptitud letal del elemento que utiliza, apuntando hacia partes vitales del cuerpo, como principio general debemos afirmar que lo hace queriendo matar, o sabiendo que puede hacerlo. Es decir, con dolo directo o al menos eventual.

Tal posición es la sostenida por Javier De la Fuente al criticar la existencia del tipo de Abuso de Armas (art. 104), en el catálogo represivo (Código Penal comentado Baigún- Zaffaroni Tomo IV, pag. 105 Ed. Hammurabi).

Comparto la postura y digo, como en reiteradas ocasiones, (sentencia n| 49/08), que quién apunta un arma de fuego hacia otra persona, a una distancia que permita que la bala alcance el objetivo, pretende lesionarla o matarla, o al menos, acepta tal posibilidad. La lógica y la experiencia común como integrantes de la sana crítica racional, así lo indican (art. 25 CPPCh.).

Evidentemente, la cantidad de disparos realizados por S. nos coloca más cerca de identificar su voluntad con la segunda opción que con la la primera en este caso.

El argumento atinente a que en realidad, en el plan del autor no estaba incluido como objetivo la víctima nos podria poner ante el "error en el objeto", pues no se ha probado, tampoco propuesto, que el verdadero destinatario de los disparos estuviera ubicado al lado de la víctima, supuesto en el que seria factible considerar el "error en el golpe". En el primero, se pretende matar o lesionar , y es lo que se termina realizando, revistiendo trascendencia la equivalencia de los objetos (Zaffaroni Ob. cit. Tomo I pag. 542).-

Por último en cuanto al punto, la invocación de las ideas de Claus Roxin por el esforzado Defensor, parecen remitir a las Teorías de la Imputación objetiva, pero más allá de no haber sido planteado expresamente, aquí la relación entre el riesgo no permitido (los disparos), y el resultado (el deceso), se presenta como evidente.-

En conclusión, si bien, in dubio pro reo, con dolo eventual, el acusado se representó y aceptó la posibilidad de que ocurriera lo que finalmente acaeció, por lo cual la tipificación realizada por el Tribunal en tanto aplicó el art. 79 del CP, resulta correcta.-

III.- En lo que hace a la aplicación del art. 41 bis del CP, he sentado postura en cuanto al tema, por ende no me extenderé demasiado, no coincidiendo con mis colegas en esta parte del análisis.

He dicho en el caso Vera (sentencia n° 27/11)

": En principio habría 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 otros 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 aristas del análisis.-

He dicho en el caso Millán (Setencia nro.

56/08): “ 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 del CP, ambos extremos, la subsidiariedad y la previsión arrastrarían la inaplicabilidad de la agravante genérica a los mentados dispositivos de Lesiones Graves, Gravísimas y 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 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.-

Ahora bien, el partícipe respondería por entregar el arma de fuego, de allí la necesariedad de su aporte al Homicidio, y a su vez, se encontraría abarcado por el art. 41 bis en tanto entregó un arma de fuego para que el autor la usara.-

Es decir, una misma circunstancia fáctica lo pondría ante dos consecuencias jurídico penales desfavorables.-

Evidentemente constituiría una hipótesis de "ne bis in dem".-

V.- Por todo lo expuesto, aún el resultado de esta última

cuestión en la que he quedado en posición minoritaria, considero que la Sentencia venida en impugnación debe ser confirmada en todas sus partes. Así voto.-

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

En base al resultado arribado por mayoría, del tratamiento de la cuestión precedente, propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la defensa del acusado G. E. S. y en consecuencia confirmar la sentencia condenatoria nº 73/11 y tener presente las reservas del caso federal y de recurrir a tribunales internacionales.-

Corresponde además regular los Honorarios Profesionales del Defensor de Confianza, Dr. G. I., por su labor en la presente etapa de impugnación. Por tal motivo, estimo apropiado fijar sus honorarios en la suma de tres mil setecientos sesenta y tres pesos ($ 3.763), 20 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).-

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

De acuerdo al resultado arribado adhiero a lo propuesto por el colega preopinante es decir siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la defensa del acusado G. E. S. y en consecuencia confirmar la sentencia condenatoria nº 73/11 y tener presente las reservas del caso federal y de recurrir a tribunales internacionales.-

Asimismo coincido con la regulación de Honorarios profesionales propuesta.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo: En orden al resultado arribado por mayoría, del tratamiento de la primera cuestión, coincido con lo propuesto por los colegas que votan en primer término: no hacer lugar a la impugnación deducida por la defensa del acusado G. E. S. y en consecuencia confirmar la sentencia condenatoria nº 73/11 y tener presente las reservas del caso federal y de recurrir a tribunales internacionales; como asimismo a la regulación de honorarios profesionales.-

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 G. E. S., contra la sentencia condenatoria Nº 73/11, dictada en fecha 4 de noviembre del año 2011 (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).----------

2º) CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia condenatoria Nº 73/11.---

3º) TENER presente las reservas de caso federal y de recurrir a tribunales

internacionales, formuladas por el Defensor de Confianza, en el apartado VII de su escrito de impugnación.---------- **4°) REGULAR** los honorarios profesionales del Defensor de Confianza, Dr. G. I., en la suma de tres mil setecientos sesenta y tres pesos ($ 3.763), 20 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).---------- **5º)** Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

La presente es firmada por dos de los Sres. Jueces, por encontrarse el Dr. L.nardo Marcelo Pitcovsky en su Jurisdicción, quien ha enviado el voto mediante correo electrónico.----------