En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los veintisiete días del mes de marzo de dos mil trece, 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. **G. Alberto MÜLLER**, en su carácter de Presidente, **Martín Roberto MONTENOVO** y **Daniel Luis María PINTOS**, 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° 27.308**, **carpeta individual n° 3.066**, caratulada: "E., E. A. s/ Homicidio r/ víctima" de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación el Sr. Fiscal general, Dr. **Marcelo Cretton**, el Sr. Defensor de Confianza Dr. **G. I.** y el imputado **C. D. V.**; y

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

Que los días 15 y 18 del corriente mes y año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. G. Alberto Müller, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de C. D. V., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el

Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de C. D. V. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Daniel Luis María Pintos, en segundo lugar el Dr. Martín Roberto Montenovo y finalmente el Dr. G. Alberto Müller.-

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 del imputado **C. D. V.**, contra la sentencia protocolizada bajo el Nº 2/2013 dictada el 15 de enero de 2013, por la que se impusiera al nombrado la pena de cinco años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas, por ser autor penalmente responsable del delito de Homicidio simple en grado de tentativa agravado por el uso de arma (arts. 12, 29 inciso 3°, 41 bis, 42, 45 y 79 del Código Penal), en razón del hecho acontecido el 15 de marzo de 2010 en el exterior de la vivienda sita en Avenida E. D. N° XXXX de B. M. A. de esta ciudad, a las 03.00 horas aproximadamente, del que resultaren víctimas R, C, del C. E., N. V. E., H. H. E. y E. A. E..

1) En su escrito el recurrente endereza la vía deducida al amparo de los artículos 374 y 375 del ritual, demandando el examen de la

pena por considerarla excesiva, solicitando además su individualización por debajo del mínimo legal.

Señala que los tres magistrados, en forma clara y precisa, han desarrollado los fundamentos pero sin efectuar un análisis profundo de los motivos esgrimidos por la Defensa y que se erigen en elementos idóneos para ser atendidos.

Luego de transcribir fragmentos de los votos emitidos, destaca que yerran los sufragantes al analizar que la víctima dejara en vida una hija, puesto que el objeto procesal ha mutado y no puede responder, por los motivos que sean, sobre la base de acciones no imputadas, más aún violentando el principio *iura novit curia*.

Objeta que uno de los errores se centra en que no se puede mensurar un daño inexistente, o la indefensión de las víctimas. Y ello es así, continúa, por cuanto no hubo ningún lesionado en los sucesos de la tentativa de homicidio, nadie fue dañado en su salud y de ello da cuenta la falta de informe médico al efecto.

Aduce que la indefensión de las víctimas no fue tal, ya que en el lugar hubo al menos dos armas y sólo una fue empleada por el aquí imputado. En tal entendimiento, sostiene, no hay razones para superar el mínimo de la pena que la escala penal estableció y los mismos argumentos sirven de plataforma para analizar por qué puede bajarse el mínimo de la

pena.

Pone de relieve, en torno a esta pretensión, que el pedido de aplicación de calificación alternativa por parte del Ministerio Público Fiscal, en virtud de lo normado en el art. 291 del ritual, ponderando la inexistencia de persona alguna lesionada y haciendo foco en sus condiciones personales, autorizan a aceptar su petición.

Propicia la declaración de inconstitucionalidad de la norma penal en el caso concreto, como única forma de neutralizar la presunción de legitimidad que goza la labor legislativa, sin perjuicio de lo cual entiende que puede fijarse una pena menor al mínimo sin necesidad de recurrir a tal remedio. En apoyo de esta petición, cita precedentes de la Corte Suprema Justicia de la Nación, a saber "Carlos Alberto Cuvillana", "José Agustín Martínez" y "Ricardo Gómez", en los que por estricta mayoría y en disidencia con el Procurador General, descalificó por irrazonable y arbitraria, la sanción impuesta al robo con arma de automotores prevista en el art. 38 del decreto-ley 6582/58 (Adla, XVIII-A, 1079).

Trae a colación, también en sustento de esta tesitura, posturas doctrinarias de Bidart C.s, Herrendorf, Francisco D'Albora, Miguel Angel Almeyra, Mario Juliano, y Alberto Binder, entre otros.

A modo de colofón, concluye solicitando que en virtud de la motivación desarrollada, se fije la pena de su asistido V. en tres años de

prisión.

A todo evento, formula expresa reserva del caso federal y de recurrir a organismos internacionales, conforme las previsiones de la ley específica que regula el procedimiento a dichos fines.

2) El Fiscal General, al responder el emplazamiento que se le formulara, propicia el rechazo de la impugnación deducida.

Alega que más allá de discrepar con la nueva calificación legal que fuera motivo de impugnación por su parte, los fundamentos en cuanto a la extensión del peligro causado y el total estado de indefensión de las víctimas, los considera sólidos a la hora de establecer una pena por encima del mínimo legal previsto. Destaca que la acción violenta e irracional del imputado V. de apersonarse en horario nocturno en el domicilio de la familia E., y efectuar un total de catorce disparos ininterrumpidos en dirección a los miembros de ella, da cuenta de la extensión del peligro causado.

Agrega que la total indefensión en que se encontraban los miembros de la familia agredida -lo cual descarta de plano un enfrentamiento armado-, se corrobora con la presencia policial inmediata en el lugar, que no hizo más que secuestrar la evidencia que había dejado el autor de los disparos, sin hallar en el lugar armas de fuego u otro indicio o prueba que le permitiera establecer que existió un intercambio de disparos en el escenario

del hecho.

En lo atinente a la pretensión de disminuir la sanción amparándose en la calificación alternativa (abuso de armas) de la acusación que había realizado el órgano a su cargo, entiende que no encuentra lógica, toda vez que al inicio del debate presentó su caso como Homicidio agravado por el uso de arma, por lo que descartó en esa fase la calificación alternativa; y es desde esa presentación desde la que debe tomarse como parámetro para medir la escala penal mínima (que en el caso era de diez años y seis meses de prisión).

Destaca que el caso que presentara ha sido de tal magnitud, por las evidencias encontradas y el accionar propio del imputado, que descartan de plano que se esté en presencia de una pena irracional y desproporcionada.

A mérito de ello, solicitó el rechazo de la vía recursiva articulada.

3) En la audiencia celebrada a tenor del art. 385 del CPP, las partes mantuvieron, oralmente las posturas que esgrimieran en los escritos reseñados precedentemente, objetando el Defensor que se le impidiera la posibilidad de reabrir la discusión tendiente a excluir la calificante relativa al arma de fuego. En tal sentido, alegó, el Tribunal que reenvió las actuaciones lo hizo por el delito de Homicidio simple en grado de tentativa agravado por

tal circunstancia.

Adujo que al plantearlo al Tribunal *aquo*, sostuvo su intención de discutir sobre la agravante señalada pues, de lo contrario, no podría obtener el doble conforme respecto de la nueva plataforma fáctica, al cercenarse el homicidio, toda vez que la sentencia no expresaba hacia quien estaba dirigida la tentativa de homicidio -aunque era colegible-. Al hacerlo, el Tribunal de juicio expresó que la calificación por la que debía dosificarse la pena era la fijada.

En tal sentido, señaló que no se le permitió desplegar una exposición amplia sobre el punto. Entiende que a partir de tal mengua sobre el hecho y la calificación, teniendo en cuenta que en el escenario del hecho hubo dos armas, la intimidación que existió fue producto de las balas que venían desde la otra dirección; es decir que hubo una conducta de la otra parte tendiente a generar un perjuicio en la salud de quien también agredía con un arma.

Interpretó que se le debió permitir reabrir la discusión, sin que ello implicara un menoscabo a la resolución del Tribunal *ad quem* sobre el particular. En consecuencia, razona, deberá el Tribunal: a) asumir la competencia positiva y permitir debatir sobre el punto; o b) bajar los autos para que se integre un nuevo Tribunal que le permita alegar sobre el extremo; de lo contario el doble conforme lo podría obtener recién ante el Superior

Tribunal de Justicia.

En apoyo de tal postura citó como precedente lo resuelto por este Tribunal -con integración de Jueces subrogantes- en la carpeta N° 1564.

II.- 1) En primer lugar se había planteado, en la audiencia de impugnación, la posibilidad de discutir -en el marco del reenvío parcial oportunamente dispuesto-, el tema de la agravante del art. 41 bis del Código Penal. Sobre el particular, en el Acuerdo concluimos que la sentencia n° 2/13 -que es la ahora impugnada-, ha tratado correctamente el punto y resuelto que le estaba vedado al tribunal de cesura, la posibilidad de efectuar cualquier análisis sobre la calificación del hecho en virtud de la manda del art. 345, párrafo 3°, del CPP -que es el que regula el juicio de cesura-.-

En el veredicto de culpabilidad quedó incluida la agravante cuestionada y al haber quedado fijada, no se puede volver sobre el punto. A ello cabe agregar que el *a quo*, por las características propias del reenvío, está siempre condicionado y depende del fallo de la Alzada. Entonces, como en el fallo dictado por el *ad quem* no se discutió el tema, por no haber sido motivo de agravio oportunamente por parte de la Defensa, todo ello condiciona en definitiva al tribunal del reenvío –parcial-, y hace que sea correcto que no haya permitido una nueva discusión sobre la agravante en comento, ya que se encontraba vinculado en su competencia por la sentencia

n° 26/12 de esta Cámara.-

También cabe consignar que la Defensa citó como precedente la sentencia N° 10/2011, dictada en la Carpeta judicial n° 1.564, Legajo Fiscal n° 17.510, resuelta por este Tribunal con distinta conformación -jueces subrogantes-; y, tras el análisis, se advierte una diferencia sustancial, ya que allí la Cámara en lo Penal, al disponer el reenvío había dispuesto que se debatiera el tema del art. 41 bis del C.P., en la etapa procesal correspondiente, es decir se verifica una alternativa inversa a la aquí analizada.-

2) El restante agravio se ciñe al monto de la pena y en torno a él, la Cámara entiende que las agravantes que tuvo en cuenta el *a qu*o para elevar el monto de la pena por encima del mínimo legal, están debidamente fundadas, se corresponden con la prueba producida en el debate. En primer término, el peligro causado por el accionar del acusado, más allá del resultado, para la seguridad de las personas -por lo menos 4 (cuatro), según el 1er. voto que se toma como parámetro, para el análisis de la sentencia recurrida-.

En tal sentido, se pondera que recientemente, en otro caso fallado por el Tribunal (sentencia n° 5/13) -argumento a contrario-, lo que se resaltó es que para que esté bien fundado que se agrave la pena por "el peligro corrido por terceros", es necesario que el bien jurídico se encuentre en

una situación en la que su lesión no puede ser evitada con seguridad a través de los medios normales, en la que se deja la existencia del bien jurídico a merced de un curso causal que el sujeto ya no puede controlar. Los conceptos claves son el no dominio de la situación por el autor, y la casualidad como factor decisivo. El bien jurídico es puesto en una situación de crisis, perturbado en su seguridad, dejando su integridad en manos del azar. Eso es lo que ha tenido en cuenta el Tribunal sentenciante, al considerar el número de disparos efectuados -catorce-, y con un arma de grueso calibre, en dirección a donde se encontraban los integrantes de la familia E., cuya integridad física corrió riesgo sin dudas.-

La otra agravante, que también ha de ser avalada, está centrada en el estado de indefensión en que se encontraba el grupo agredido, al momento del hecho; teniendo en cuenta para ello que, en la anterior revisión de este Tribunal, se confirmó la responsabilidad penal del acusado C. D. V., por un hecho cometido en horas de la madrugada, y que tomó a la familia E. desprevenida. También el *a quo* ha tenido en cuenta la nocturnidad, lo que reconoce antecedentes asimismo en fallos anteriores de esta Cámara -v.g. la sentencia n° 3/12, en la que se confirmó la valoración de Tribunal de juicio en relación a esta circunstancia de agravación, con fundamento en un precedente emanado del TCPBA, sala II, donde se sostuvo que la misma "es una circunstancia que objetivamente considerada, podría

tanto facilitar la realización del delito, por la menor capacidad de la víctima para defenderse o la de un tercero para evitar la consumación, como brindar al sujeto activo mayores posibilidades de eludir la acción de la justicia, lo cual aumenta el grado de injusto contenido en la conducta e incide en la graduación consecuente de la pena, …" (causa "Villalba y otro s/ recurso de casación", sentencia del 01/04/03)-.-

Como puede apreciarse claramente de todo cuanto se viene exponiendo, va de suyo que el monto de pena que ahora se confirma, no violenta los principios de culpabilidad, proporcionalidad, pro homine, y de dignidad humana.

Por tal motivo, corresponde rechazar el agravio que propicia reducir el cuántum de la sanción, por debajo del mínimo legal.

III.- Por todo lo expuesto, he de proponer al Acuerdo mi voto negativo a la presente cuestión.-

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

I.- No he de reiterar aquí, en honor a la brevedad, la reseña de los argumentos utilizados por el impugnante, la réplica del Ministerio Fiscal, ni los motivos del Tribunal que realizó la cesura para arribar al monto de pena seleccionado, remitiendo para ello a lo que surge del primer sufragio de la presente.

II.- El letrado de V. ha pretendido identificar en el trámite

de este caso, la ocurrencia de un supuesto de violación al "doble conforme", menoscabo al derecho al recurso en lo que hace a la supuesta imposibilidad que tuvo de cuestionar la aplicación del art. 41 bis del CP, decidido por el Tribunal que declaró la responsabilidad penal de su pupilo, aspecto confirmado por esta Cámara al revisar dicha Sentencia.

En una primera instancia, el Dr. I. ocurrió ante este Tribunal impugnando un pronunciamiento condenatorio en contra de su pupilo como autor del delito de Homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego. En esa oportunidad, argumentó que si bien su asistido en la emergencia efectivamente utilizó un arma de fuego calibre 9mm., la herida mortal causada a E. E. lo fue con una similar pero calibre 22, por lo cual negó la autoría de V. en orden al deceso de la víctima, considerando que este, a lo sumo, debía responder por el delito de Abuso de Armas (art. 104 del CP).

La Cámara, partiendo de la base de dicho extremo, es decir de la utilización en el evento de dos armas de fuego, excluyó a V. de la responsabilidad por el delito consumado, pues quedó demostrado, y admitido por el propio acusado, que se apersonó en la madrugada del día 15/3/010 en el domicilio sito en calle E. D. nro. XXXX de esta ciudad, y efectuó varios disparos con una pistola 9mm., pero no pudo acreditarse con el grado de certeza propio de un acto de condena que también portaba un revolver calibre 22, a la postre, la herramienta de la que saliera la bala letal.

En el mismo orden de ideas propuesto por el letrado, se excluyó el resultado, pero en lugar de seleccionar como aplicable la norma del art. 104 del CP., allí se consideró que V. debía responder como autor de Homicidio, pero en grado de Tentativa, pues se adjudicó relevancia a la circunstancia que en horas de la madrugada una persona se hiciera presente en una vivienda familiar y vaciara el cargador de una pistola contra sus moradores.

Lo que pretendo significar con esta breve reseña es que en ningún momento el Sr. Defensor de confianza cuestionó la utilización por su pupilo de un arma de fuego, ya que, reitero, el propio V. lo admitió. Se limitó a negar su autoría respecto del deceso de E. E., y a proponer la tipificación de su conducta como Abuso de Armas, norma que excluye la aplicación del art. 41 bis del CP. por imperio del último párrafo de este mismo.

El art. 369 del CPPCh, establece, como principio general, que el Tribunal de revisión debe moverse en el contexto de los agravios postulados por el impugnante. Precisamente en dicho contexto se admitió parcialmente uno de los agravios, pero se seleccionó una respuesta típica, vinculada a la Tentativa, pues se consideró que con ello no se violaba el Derecho de Defensa.

Luego, se reenvió el caso para que otros Jueces decidieran la pena en el marco de la nueva escala, la del delito tentado. Pero, claramente,

no hubo pronunciamiento sobre la agravante del art. 41 bis. del CP., pues el letrado no enfocó su crítica al Fallo en ese sentido.

Tengo una postura definida respecto de la agravante genérica referida, pero la cuestión no formó parte de lo que en aquella oportunidad debíamos tratar, pues la Defensa no lo sometió a nuestra consideración, lo cual resultó una continuación de su estrategia durante el Juicio, negar la autoría en cuanto al Homicidio, y propugnar, una respuesta punitiva vinculada al Abuso de Armas. Lo que equivale a decir que consintió su aplicación.

Por esa razón, tanto no correspondía que el nuevo Tribunal, conformado a los fines de efectuar la Cesura, se expidiera sobre el tema, como, menos aún, que se pretenda ahora identificar todo ello como un supuesto de menoscabo al Derecho al Recurso.

Tan efectivo fue aquí el instrumento previsto en el art. 374 del rito, que generó la decisión de aplicar una escala penal a todas luces más beneficiosa para el acusado, lo que en los hechos permitió la individualización de una pena algo superior a la mitad de la fijada originalmente.

Sin dudas, las demás circunstancias del trámite son atribuibles a la estrategia del letrado, a las expresiones en el libre ejercicio del derecho de defensa material del imputado, y no a falencia alguna de índole

procesal reprochable a los Jueces que hemos intervenido en esta Carpeta.

Por ende, la nueva petición de reenvío realizada en esta instancia por el Dr. I. debe ser rechazada.

III.- EL restante agravio se circunscribe a la sanción impuesta. El impugnante ha merodeado, por escrito, el tema de la inconstitucionalidad de los mínimos de todas las escalas correspondientes a los delitos, los que deberían interpretarse como de carácter indicativo (no así el máximo, que sí sería taxativo), pero en la Audiencia del art. 385 del CPPCh., ha sostenido que sin emprender el camino de la referida tacha, sería posible determinar una pena inferior al mínimo legal, en ejercicio del principio de racionalidad en la utilización del poder punitivo, atendiendo no solo a las circunstancias del hecho, sino también, a las personales del condenado.

Sin perjuicio de la respetable postura doctrinaria a la que el letrado se pliega, considero, al igual que él, que en el sub-judice no es imprescindible recurrir al control de constitucionalidad mencionado para garantizar una aplicación racional de la pena, aunque, adelanto que la determinada por los Jueces de grado representa cabalmente dicha aplicación racional.

No obstante ello, digo, que el gran inconveniente de conceptualizar los límites de las escalas como indicativos es la vigencia del

principio de igualdad ante la Ley (art. 16 CN). Es decir, si dejáramos librado al absoluto arbitrio judicial la chance de desoír los mínimos legales, podríamos encontrarnos con que por idéntica acción reprochada (lo cual podría llegar incluso a una similitud de situaciones personales de dos condenados), dos personas reciban dosis de pena completamente distintas. Entonces, si los máximos de las escalas limitan al Estado respecto del ejercicio del poder punitivo, los mínimos garantizan la igualdad de trato ante situaciones similares, y lo que limitan es la discrecionalidad judicial (conf. Ziffer, Patricia, comentario a los arts. 40 y 41 del CP, pags. 59/61, en el Código Penal comentado dirigido por Baigún- Zaffaroni, Tomo 2, Ed. Hammurabi).

Ello no impide que, en determinados casos, partiendo desde el contenido de reprochabilidad de la conducta endilgada, conjugado ello con factores subjetivos propios del encartado, pueda sostenerse que imponer un mínimo legal implique una manifestación irracional de la respuesta contingente, y por tanto corresponda "perforar", como suele decirse, dicho mínimo, es decir, individualizar una sanción cuantitativamente menor a este.

Para ello, considero, no hace falta declarar ninguna inconstitucionalidad, sino interpretar en sus debidos alcances otras normas vigentes, inspiradas también en principios de alcance constitucional, como el

principio que obliga a que exista relación de proporcionalidad entre la culpabilidad revelada en el acto y la sanción a imponerse.

Tal criterio ha sido el seguido por el Tribunal de Cesura, el que coincidió en que para una conducta como la de V., consistente en apersonarse frente a una vivienda habitada, en horas de la madrugada, y disparar un arma de grueso calibre en varias oportunidades (aproximadamente 14), con lo que ello implica a nivel del peligro causado a la vida ajena, la individualización de la sanción en cinco años y ocho meses de prisión transitaba el camino de la racionalidad.

Coincido con los Sres. Magistrados, los que correctamente descartaron el resultado fatal como una condición agravante, negaron la existencia de un enfrentamiento armado entre familiares de la víctima e imputado , el que no se corroboró, saliendo airoso este de la imputación por el delito consumado en virtud del beneficio de la duda, y evaluaron las demás circunstancia personales de V., arribando a una sanción por demás limitada, si se tiene en cuenta que el máximo de la escala del delito tentado superaba los veinte años de prisión.

Han decidido, los Jueces de grado, de forma muy próxima al mínimo legal, lo que constituye una respuesta estatal ecuánime a la acción de una persona que, por las razones que fueren, la emprendió contra una morada ocupada de manera por demás violenta, poniendo en serio riesgo

la vida ajena y demostrando desde tal conducta, cierto desprecio por la misma.

Entonces, entiendo por esos motivos que la sanción impuesta debe ser confirmada.

Así voto.

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

1º.- En honor a la brevedad me remito a la reseña que efectuaron mis pares preopinantes y sintéticamente el núcleo del recurso radica en que el Tribunal constituido para la cesura de pena producto del reenvío dispuesto por ésta Cámara en lo Penal no le permitió discutir la aplicabilidad de la agravante genérica del art. 41 bis del Código de fondo, lo que vulnera la garantía de Defensa en Juicio, pretendiendo que se ordene un nuevo reenvío para que en el marco de una nueva audiencia pueda en definitiva debatir la cuestión.-

Ello es como derivación de la Sentencia ya emitida por la Cámara en este proceso el 30 de octubre de 2012, registrada bajo el Nº 26/12, en la que no se abordó el tema atinente a la utilización de agravante del art. 41 bis del C.P.-

En subsidio de ello entiende que en el caso debe perforarse el mínimo de la escala penal que componen los arts. 79 y 41 bis del sustantivo, dado que no responde la pena al principio de

proporcionalidad, pues el accionar de su asistido no causó daños y que en la escena aparecieron dos armas, pero la que provocó daño no fue la que llevaba C. D. V., proponiendo que la misma se ubique en cuatro años de prisión.-

2.- Para abordar entonces el primer agravio que estructura la impugnación ordinaria necesariamente corresponde remitirse a las cuestiones tratadas por esta Cámara en la sentencia Nº 26/2012 sobre la base de los agravios de la Defensa en dicha oportunidad.-

En tal instancia tildó la sentencia del Tribunal de Juicio de arbitraria, y que por ella su asistido había resultado condenado a la pena de diez años y ocho meses de prisión, con más accesorias y costas por haber sido hallado autor penalmente responsable del delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego (arts. 79, y 41 bis C.P.).-

Básicamente sus agravios fueron en primer término la afectación de la defensa en juicio pues en el debate se vieron vulnerados los principios de oralidad y el contradictorio promoviendo la nulidad del mismo, con la consecuente realización de un nuevo juicio y en segundo término la revocación de la sentencia por no encontrarse debidamente acreditada la autoría debiendo encuadrarse la conducta en el delito de abuso de arma (art. 104 C.P.).-

Desde ya en el juicio la aplicación de la agravante (art. 41 bis) estaba expuesta y materia a discutir lo que la parte no hizo apuntado

como defensa de fondo a la inocencia de su asistido en relación a la calificación más gravosa por no resultar ser el autor del homicidio dejando de modo residual un reproche como autor del delito de abuso de arma (art. 104) y esto es lo que plateó en la impugnación ordinaria no resultando motivo de agravio el empleo de la agravante, por ello ésta Cámara dio tratamiento a los motivos de agravio conforme la competencia asignada por el recurso (art. 369 del C.P.P.).-

Así argumentar que no cuenta con el doble conforme, como quedó expuesto no se ajusta a lo actuado. Desde ya no escapa al suscripto que la Defensa técnica implícitamente se aventuró en la última etapa a lograr el sobreseimiento por plazo razonable dados los tiempos que demandó el proceso pretendiendo realizar un nuevo juicio por vía de reenvío y lograr el vencimiento, pero éste motivo de agravio no puede prosperar bajo ningún punto de vista.-

Sin perjuicio de la vasta jurisprudencia emitida por éste Organo, y posición asumida, en torno a la amplitud del recurso no dejamos de atender que el remedio debe valerse por sí y que su construcción debe resultar un ordenado ejercicio de crítica, lo que no advierto en este caso en el cual incluso el Defensor al argumentar en la audiencia del art 385 del CPP perdía claridad reconociendo su enredo, pero en lo esencial esta alzada en su inicial intervención jamás pudo tratar, menos modificar la sentencia en ese punto

puesto que no se formularon agravios al respecto, por lo tanto la cuestión quedó zanjada; señala Eduardo Jauchen que "Para que sea observada la garantía de defensa en juicio, por imperio del principio dispositivo, el margen de conocimiento y el alcance de la decisión del Tribunal de Alzada queda limitada a las partes del decisorio recurrido (sentencia o auto interlocutorio) que hubiera sido motivo de agravio" (Tratado de Derecho Procesal Penal, t. III, pág. 615, edit. Rubinzal Culzoni).-

Así válidamente se llega a la nueva audiencia para establecer la pena y su monto y el Tribunal constituido a tal efecto tenía acotada su competencia al solo fin de cumplir con la segunda etapa con la finalidad antes señalada como bien se dispuso en el punto "3º)" del resolutivo de la Sentencia Nº 26/12 de ésta Cámara, es decir que ya no había posibilidad de discutir cuestiones atinentes a la significación jurídica de la conducta atribuída a C. V..-

Claramente surge la limitación y por imperio constitucional solo rige la prohibición de la "reformatio in peius". La Defensa trajo a la discusión un precedente de esta Cámara, aunque conformada para el caso por Jueces de otra jurisdicción, se trata de la Carpeta Judicial nº 1564, sentencia nº 10/2011, del 18/5/2011; rápidamente se extrae de la misma que en el caso la alzada había dispuesto discutir la aplicación de la agravante y el monto de pena lo que dista de la situación dada en autos, y allí el tribunal que

realizó el reenvío omitió el análisis de la cuestión relativa a la aplicabilidad del art. 41 bis cuyo tratamiento resultaba imperativo en virtud de los términos de la sentencia que dispuso el reenvío, aunque dejan sentado que tal agravante debería discutirse en el juicio de responsabilidad que es la situación producida en éste proceso, por ende este agravio no puede prosperar y así lo voto.-

3.- En cuanto al segundo agravio, que remata solicitando la imposición de una pena de cuatro años de prisión, en la necesidad que en el caso corresponde perforar el mínimo de la escala penal, debo señalar ante todo que resulta un tema complejo la posibilidad de perforar el mínimo de las escalas penales o apartarse de ellas, para asignarles carácter indicativo, no como pautas fijas insuceptibles de disminuirse para ajustar la pena a la real exigencia del injusto y culpabilidad.-

Como bien lo destaca el Sr. Defensor en su escrito con cita a Zaffaroni a lo que adito que, “los mínimos de las escalas penales señalan un límite al poder cuantificador de los jueces, pero siempre que las otras fuentes de mayor jerarquía del derecho de cuantificación penal no obliguen a otra solución, y por ello afirmar que los mínimos legales son meramente indicativos” (Der. Penal. Parte General”, edic. 2002, pág. 995), se conecta con el fenómeno legislativo del constante aumento punitivo muchas veces con penas mínimas muy elevadas que se transforman en un peligro

concreto que afectan los principios de culpabilidad, razonabilidad y proporcionalidad que resultan de jerarquía suprema, no descartando su tratamiento en casos muy puntuales que lo justifiquen, pero el traído a conocimiento de este Tribunal lejos se encuentra de una posible afectación a los principios enunciados. En este sentido ya me he pronunciado en las carpetas Nº 2011, sentencia Nº 7/2012 del 4/4/2012 y Nº 18 de la Circunscripción de Sarmiento, sentencia Nº 8/2012 del 18/4/2012.-

Antes de ingresar de lleno a la cuestión daré una serie de parámetros que entiendo útiles para resolver el caso.-

Resulta por imperio ritual y constitucional que la cesura de pena debe dar lugar a decisiones fundadas por lo cual en ocasiones el Tribunal debe escapar de esquemas rígidos en su construcción sin dejar de atender sobremanera el principio “ne bis in idem”.-

Oportunamente esta Cámara tipificó la conducta reprochada a V. como constitutiva del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa (arts. 79, 41 bis y 42 del C.P.) y en el juicio de pena el titular de la acción solicitó nueve años de prisión, imponiendo en definitiva el Tribunal la de cinco años y ocho meses de prisión con más accesorias y costas, sin dejar de mencionar que el mínimo de la escala penal aplicable era de cinco años y cuatro meses e indudablemente los jueces para llegar a tal síntesis han ingresado por dicho mínimo lo que

resulta válido.-

Han tenido en cuenta como agravantes la extensión del peligro causado evidenciado por haber efectuado catorce disparos con un arma calibre 9 mm a corta distancia en dirección a los miembros de la familia E. y ello ya ha sido considerado por ésta Cámara al resolver la significación jurídica de la conducta de V. en la sentencia Nº 26/2012. También el estado indefensión en que se hallaban las víctimas atendiendo a las circunstancias de tiempo, lugar y modo, la nocturnidad una familia descansando y que se ve sorprendida, contexto aprovechado por el encartado para actuar más seguro como bien lo resalta el Dr. Nicosia en su voto y unánimemente han ponderado las circunstancias personales del imputado, familiar, la edad, su nivel de instrucción, su trabajo y la falta de antecedentes penales computables.-

En dicho entendimiento no encuentro que los jueces se hayan apartado de los principios rectores de ponderación, brindan suficiente fundamentación lógica y jurídica; así las pautas mensurativas de los arts. 40 y 41 del sustantivo fueron abordadas y tratadas acabadamente resultando ajustado al caso el apartamiento de la pena mínima, que además responde a los criterios de culpabilidad y proporcionalidad. Al respecto resulta pertinente el antecedente mencionado por mi par que lidera la votación al relatar sintéticamente los fundamentos que motivaron la decisión en cumplimiento

de la manda del art. 331, 3er. pár. del ritual, respecto de las consideraciones que allí efectuó en torno a la agravante de la nocturnidad y naturaleza de la acción las que comparto -Carpeta nº 3416, Sentencia nº 3/2012 del 5/3/2012-, y me remito en honor a la brevedad, por todo ello no encuentro argumentos válidos y de peso para modificar la dosis de pena impuesta en el juicio de cesura y así lo voto.-

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

En orden al resultado al que se ha arribado en la primera cuestión propongo que se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado **C. D. V.**, contra la sentencia condenatoria Nº 02/13 dictada en fecha 15 de enero del corriente año; confirmar en todas sus partes la sentencia condenatoria Nº 02/13 y tener presente la reserva del caso federal.-

Asimismo corresponde regular lo honorarios profesionales del Sr. Defensor de Confianza, Dr. G. I. por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma de pesos dos mil quinientos cuatro ($2.504), 10 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).-

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

De acuerdo al resultado al que se ha llegado en cuestión precedente coincido con lo propuesto por mi colega es decir: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado **C. D. V.**, contra la

sentencia condenatoria Nº 02/13 dictada en fecha 15 de enero del corriente año; confirmar en todas sus partes la sentencia condenatoria Nº 02/13 y tener presente la reserva del caso federal.-

De igual forma coincido con la regulación de honorarios propuesta.-

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

Atento al resultado al que se ha arribado en la primera cuestión adhiero a lo manifestado por los Jueces que votan en primer lugar: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado **C. D. V.**, contra la sentencia condenatoria Nº 02/13 dictada en fecha 15 de enero del corriente año; confirmar en todas sus partes la sentencia condenatoria Nº 02/13 y tener presente la reserva del caso federal.-

Igualmente adhiero a la regulación de honorarios profesionales.-

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

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

1º) NO HACER lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado **C. D. V.**, contra la sentencia condenatoria Nº 02/13 dictada en fecha 15 de enero del corriente año (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).------

2º) CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia condenatoria Nº 02/13.--

3º) Tener presente la reserva del caso federal.----------

4º) REGULAR los honorarios profesionales del Sr. Defensor de Confianza, Dr. G. I. por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma de pesos dos mil quinientos cuatro ($ 2.504), 10 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. Magistrados por encontrarse en uso de licencia, con posterioridad a la deliberación, el Dr. G. Alberto Müller (art. 331 ult. párr., C.P.P.)----------