En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los veintiséis días del mes de agosto de dos mil quince, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres. **Daniel Luis María PINTOS**, en su carácter de Presidente, **Martín Roberto MONTENOVO y Guillermo Alberto MÜLLER**, 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° 62084**, **Carpeta individual n° 7091**, caratulada: **"H., M. y otro s/ Homicidio r/v V., C."** de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación la Fiscal General Dra. **Ana Cecilia Codina**, el Defensor de Confianza Dr. **M. R. F.** y el imputado **M. J. H.**; y

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

Que los días 5 y 11 del corriente mes y año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Daniel Luis María Pintos, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de M. J. H., 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 M. J. H. 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. Guillermo Alberto Müller.-

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

I.- Ha provocado la intervención de este Tribunal la impugnación ordinaria deducida por el Defensor particular del imputado M. J. H., contra la sentencia Nº 1522/2015, de fecha 6 de mayo de 2015, por la que se declaró al nombrado autor penalmente responsable del delito de Homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego, y se lo condenó a la pena de quince años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12, 29 inciso 3°, 41 bis, 45 y 79 del Código Penal), por el hecho ocurrido en esta ciudad el 28 de junio de 2014, del que resultare la muerte de C. J. M. V..-

1) El recurrente, en su escrito impugnativo, esgrimió como primer agravio, la credibilidad que los jueces del tribunal de juicio otorgaron a la declaración testimonial prestada por M. V., omitiendo valorar deposiciones -como la de M. S.- que, confrontadas entre sí y con otros elementos de prueba, permiten poner en tela de juicio las afirmaciones de aquel.-

Indicó que la testigo S., al relatar los hechos, lo hizo de manera mecánica o co-construida, titubeando al describir a las personas que acompañaban a la víctima, ya que en primer lugar hizo referencia a dos personas -T. y V.-, empero luego introdujo a una tercera -S.-, como así

también a otros personajes -“G.” C. y acompañantes- sin poder precisar la fuente u origen de este aserto, limitándose a decir “me lo contaron”, o “me lo dijo un amigo de mi marido”, lo cual contradice lo expresado por V. que aseguró que quienes estaban en el lugar del suceso junto al occiso eran él mismo y T., testigo que fue desistido por el órgano persecutor en el marco del debate.-

Señaló que V. expresó ser amigo del fallecido, y las restantes personas que depusieron manifestaron ser sus familiares; por tal motivo, a su entender, la objetividad no es la misma que la de un testigo neutral. Destacó que la sentencia identificó a su asistido como autor del hecho en base a dichos de testigos “interesados” en comprometerlo, por antiguos y constantes enfrentamientos, y por la Policía que ejerció una persecución contra H. por sus andanzas de adolescente.-

Alegó que de las pericias N° 256/14 -elaborada por el Licenciado G. M. M.- y N° 216/14 -confeccionada por la Suboficial Mayor M. E. L., Técnica Superior en Criminalística de Policía Científica-, surge que todos los proyectiles y vainas secuestradas fueron disparados por una misma arma de fuego -calibre 9 mm.-, lo que denota que fue la que se utilizó en el hecho, mientras que V. manifestó que hubo dos personas que efectuaron los disparos, lo que lo lleva a concluir en que el relato no sólo es contradictorio, sino que resulta desincriminante de la participación de su asistido.-

Adujo que no existe coherencia interna en la declaración del testigo M. V., en tanto manifestó que concurrió asiduamente al Ministerio Público Fiscal, siendo sus deposiciones dubitativas, pero tampoco

se advierte coherencia externa ya que sus dichos no aparecen respaldados por otras evidencias.-

Sostuvo que, en tal orden de ideas, los déficits detallados le restan valor de convicción a las expresiones de V., y el *a quo* vulneró el principio de razón suficiente al arribar a una conclusión con ausencia total de elementos de prueba, cuya entidad convictiva permita arribar al grado de certeza que requiere el pronunciamiento dictado contra el acusado.-

Denunció que otro elemento de prueba que no ha sido valorado correctamente, guarda relación con el dermonitrotest cuyo resultado fue negativo respecto del acusado y practicado a la misma hora y fecha que a G. -que resultó absuelto-, agregando además que a su asistido no se le secuestró ningún arma.-

Señaló que, a su juicio, luego de producida la prueba en el debate desarrollado, se está en presencia de una orfandad probatoria que debe ser privilegiada en beneficio de su pupilo, conforme lo normado en el art. 28 del CPP y en la Constitución Provincial, por lo que solicitó su absolución.-

Como segundo agravio, solicitó que se declare la inaplicabilidad del art. 41 bis del catálogo sustantivo.-

Expuso, como fundamento de tal petición, el principio *ne bis in idem*, toda vez que la pena impuesta por el tribunal de juicio implica una doble valoración de la misma circunstancia o elemento, por un lado, para fundar el juicio de culpabilidad y por el otro para fijar el monto punitivo.-

Propició, por tal motivo, una interpretación legal que

compatibilice una respuesta respetuosa del postulado constitucional de proporcionalidad de la pena en el caso concreto.-

Por último, arguyó que las agravantes valoradas por el tribunal *a quo*, tales como la pluralidad de intervinientes, la violencia desplegada por el imputado y el estado de indefensión de la víctima al momento del hecho, configuran una errónea aplicación de la ley sustantiva al formar parte todas ellas del tipo objetivo enrostrado a M. J. H..-

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

2) A su turno, la representante del Ministerio Público Fiscal, en su responde, sostuvo que si bien es cierto que hay un solo testigo presencial del hecho, los testimonios no se cuantifican, se pesan.-

Destacó que el testigo M. V., al declarar, fue muy claro en cuanto a que iba caminando en compañía de C. M. V. y J. T., cuando arribaron al lugar dos personas blandiendo armas de fuego, pistolas automáticas. Si bien ambos sujetos masculinos, continuó, estaban encapuchados y a uno no le pudo ver la cara, al otro sí pudo verlo y lo reconoció como M. H.. Agregó que con respecto al sujeto a quien no le vio la cara, su acompañante T. le dijo que era G..-

Puntualizó que según el relato de V., H. pegó un grito y comenzó a disparar sólo contra M. V., y le dijo a su compañero que les disparara a ellos; que escucho entre cinco y seis disparos hasta que se alejó del lugar; uno de estos impactó en la pierna de T., y que no se quedaron a auxiliar a su amigo porque de lo contrario iban a morir los tres.-

Indicó que fue muy claro al referir que de M. V. era amigo, pero que a H. y a G. solo los conocía del barrio, y que entre M. V. y el imputado había enemistad por problemas previos, en particular durante una ingesta de bebidas alcohólicas.-

Hizo notar que, en cuanto a la mecánica del hecho, V. relató que M. J. H. efectuó entre cinco y seis disparos contra M. V. y vio que se encargó de matar a su amigo "C.", mientras que el segundo sujeto, y a pedido de H., disparó hacia ellos con otra arma de fuego semiautomática que le vio extraer entre sus ropas.-

Consideró que el testigo V. fue claro y concreto. Se lo notó temeroso pero en ningún momento dubitativo. No advirtió animosidad, fue claro en que si bien era amigo de M. V., a H. y G. sólo los conocía del barrio, estimando que el hecho de que sea amigo de la víctima, no le quita objetividad ni credibilidad a sus dichos.-

Apuntó que los dichos de V. fueron avalados por los de la menor M. S., quien dijo haber sido la pareja de M. V.; que a M. H. lo conocía de vista y a G. no lo conocía. Tomó conocimiento de lo acontecido por los acompañantes de la víctima, y que su novio fue a comprar junto a sus amigos T. y V., iban por la altura de "L. S.", y lo cruzó a M. y a "C." (G.). T. y V. le dijeron que M. H. le había disparado a su novio M. V., y G. a ellos. Esto se lo contaron los nombrados luego de ocurrido el hecho, ya que fueron inmediatamente a la casa de T., en el M. A., que allí vivían todos juntos. Ante ello, se dirigió inmediatamente al lugar del hecho donde quedó su marido, que cuando llegó no se lo dejaron ver porque lo taparon, agregando

que C. M. V. conocía a M. H. en razón de una amistad previa, y que luego se pelearon. Contó también que su relación con la víctima databa de tres años atrás, un año y medio de novios, luego el mismo tiempo de convivencia y que tienen una hija en común de dos meses y semanas. Memoró que cuando murió su pareja, ella estaba embarazada de semanas.-

Interpretó que quedó muy claro en el debate que la testigo fue conteste con los dichos de V. Puso de relieve que refirió lo narrado por los acompañantes de la víctima inmediatamente del acaecimiento de los hechos. Con respecto a la intervención de una persona apodada "G. C.", fue precisa la testigo en manifestar que le contaron que ese sujeto trasladó hasta el lugar a H. y G., pero que no tuvo intervención en el hecho, que no descendió del rodado.-

Entendió, además, que los dichos de V. quedaron reforzados con las deposiciones del Oficial R. y del Cabo Primero L. Este manifestó que llevó al joven al domicilio de los padres de la víctima, a fin de ponerlos en conocimiento de lo sucedido. Por su parte, el oficial Rocha también refirió que si bien la visibilidad en el lugar era regular, era suficiente a tal punto que con dicha luz pudieron hallar las vainas y proyectiles existentes allí.-

Señaló que el progenitor de la víctima, J. C. M. B. , ratificó los dichos de L. con respecto a que a su domicilio llegó la policía con un amigo de su hijo S., compañero del colegio de "C." y que este le refirió que M. H. había matado a su hijo y que era acompañado por una persona apodada "c., o C. o algo así". Esto mismo se lo dijeron en la Seccional

Cuarta de Policía los familiares de los amigos de su hijo, T. y V., quienes lo acompañaban cuando ocurrió el hecho. También dijo que su hijo C. M. V. vivía junto a M. S., y que tenía una herida anterior producto del disparo con arma de fuego, la cual se encontraba registrada en la historia clínica, aunque este nunca les dijo por qué, ni quién fue.-

Hizo referencia a los dichos del Oficial L. V., integrante de la Brigada de Investigaciones -reforzando los dichos de V.-, quien manifestó que el 28 de junio de 2014, pasadas las 22,30 horas personal de la Seccional Cuarta de Policía le avisa del hecho, por lo cual concurrieron al lugar junto a otros compañeros y se interiorizaron de la intervención primaria. Tomaron entrevistas a los testigos presenciales T. y V., y que ambos coincidían en sus dichos: que caminaban por calle Dr. F. hacia el predio de "La Saladita", y por una de las calles que la cruzaba, caminaban dos personas de sexo masculino que se les acercaron -logrando reconocer a M. H.-, y comenzaron a correr por la enemistad que M. V. tenía con éste. También le dijeron que tres meses atrás aproximadamente, H. hirió a M. V. con un arma de fuego. Agregaron que cuando empezaron a correr, H. le disparó a M. V. y le pidió a su acompañante que les disparara al resto, diciéndole "tirale, tirale" en referencia a T. y V.. Que según pudieron ver los testigos, sólo H. efectuó disparos contra la humanidad de la víctima que cayó al suelo herida, y en ese momento se acercó y le disparó en varias oportunidades. También explicaron V. y T. que M. V. tenía enemistad con H., debido a una lesión por disparo de arma de fuego provocada por éste con anterioridad, que le impedía a la víctima movilizarse con fluidez en ese

momento. Aclaró el funcionario policial, que ambos testigos refirieron que H. disparó contra M. V. en trece oportunidades.-

Señaló que la Dra. E. B., Médica forense, determinó que la víctima tenía nueve heridas de bala, y explicó cuáles eran los orificios de entrada y de salida, y que todas las lesiones fueron en vida, ello conforme el informe histopatológico realizado por la Anatomopatóloga V. H. D. Explicó además, al igual que ilustró con imágenes, que las lesiones fueron cuatro en el cráneo, una en el cuello, una en el corazón y tres en el tórax. Eran tres los proyectiles existentes en el cuerpo, que pudo extraer dos y un tercero quedó alojado, pero que de las radiografías realizadas al cuerpo pudo observar que era de igual tamaño a los otros dos proyectiles extraídos. Asimismo, manifestó que la víctima tenía una lesión anterior a la altura del abdomen, cicatriz quirúrgica. La causa de la muerte fue por shock hipovolémico debido a lesión miocárdica por herida de arma de fuego en tórax, y múltiples lesiones con proyectiles en cráneo.-

Resaltó que el Licenciado M. M. depuso respecto a su intervención en el lugar del hecho, y la pericia criminalística que se le encomendó realizar. Recordó que su declaración fue acompañada por imágenes que fueron proyectadas en la audiencia. Adujo que el profesional afirmó que atento a las evidencias físicas los disparos efectuados fueron doce, ello conforme a las vainas encontradas en el lugar del hecho, y que los impactos en el cuerpo del occiso fueron nueve; que por la agrupación de las vainas el agresor se movió, y luego dejó de moverse porque la víctima se quedó quieta. Precisó que la víctima cayó al suelo y le siguió disparando, que

esto lo determinó porque los proyectiles encamisados quedaron debajo del cuerpo, y el arma utilizada fue una sola, es calibre 9 mm de funcionamiento semi-automático; los disparos efectuados a la víctima fueron tres de atrás, tres en la parte de delante de M. V. y uno en su costado, y al haber gran concentración de proyectiles cerca del cuerpo de la víctima, se demuestra que el agresor se aseguró de la muerte de M. V..-

Respecto de la objeción formulada sobre la nuestra de dermonitrotest realizada al imputado H., indicó que la prueba fue efectuada el día 29 de junio de 2014 a las 10,15 horas, doce horas después de ocurrido el hecho, por lo cual los rastros de nitrato de las manos de H. pudieron borrarse.-

Con relación al segundo motivo de agravio, destacó que al momento de los alegatos el Defensor, en la primera etapa del juicio, en ningún momento solicitó la no aplicación de la agravante contemplada en el art. 41 bis del Código Penal, lo que sí hizo la Fiscalía. Aún así, agregó, el Dr. F. no manifestó que no concurriera el agravante estipulada en el art. 41 bis.-

Sostuvo que de manera extemporánea, en la segunda etapa del juicio, al realizarse la cesura, el Dr. F. al momento de alegar solicitó la no aplicación del agravante prevista en el art. 41 bis.-

Puntualizó que los Sres. Jueces han dado acabado fundamento al por qué de la aplicación del agravante por el uso de arma de fuego, contemplada en el art. 41 bis el Código Penal. Ella, continuó, se sustenta en el mayor poder vulnerante de las armas de fuego, mayor peligro para las víctimas e integridad física de las personas, y mayor indefensión.-

Asimismo, agregó, el agravante por el uso de arma de fuego contemplado en el art. 41 bis del Código Penal, no es de aplicación automática, debe probarse que hay un *plus* de violencia a la exigida por la figura básica. En apoyo de su postura, citó la sentencia 65/11, emitida por la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, transcribiendo un fragmento del voto del Ministro Jorge Pfleger.-

En lo concerniente al tercer punto de agravio, expresó que los miembros del Tribunal Colegiado fundaron nombrando taxativamente cuales eran las pautas mensurativas de los arts. 40 y 41 del Código Penal, atenuantes y agravantes, por los cuales arribaban a la pena impuesta, valorando como agravantes la naturaleza de la acción, el medio empleado para ejecutarla, y el peligro creado a terceros.-

Asimismo, señaló, los Jueces valoraron las atenuantes que aplican al caso siendo estas: la edad del imputado, la carencia de antecedente penales de condena, el hecho que sea progenitor de una niña menor de edad, y su carencia de instrucción.-

A modo de colofón, consideró que la sentencia dictada por el los miembros el Tribual de Juicio contra M. J. H., imponiéndole la pena de quince años de prisión, más accesorias legales y costas del proceso, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de Homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (arts. 79, 41 bis y 45 del Código Penal) debe ser confirmada, lo que así dejó peticionado.-

3) En la audiencia celebrada a tenor del art. 385 del CPP, la Defensa desarrolló, en parte, los argumentos expuestos en su escrito, al

que ratificó íntegramente; por su parte, la representante del Ministerio Fiscal se remitió a los plasmados en el que contestara el traslado que se le confiriera, y que se encuentra glosado a fs. 377/387.-

Previo a la finalización de la audiencia, el imputado M. J. H., invitado a pronunciar sus últimas palabras para que diga después de todo lo visto y oído tiene algo que agregar, manifestó que él no fue el que mató a este pibe, tuvo problemas con él, le pegó un tiro una vez porque le quemó la casa, pero esta vez no fue, y conoce a un "chabón" que sabe quién fue; que tiene una hija y estaba trabajando; no se siente culpable, sabe que "se la mandó en el pasado" pero ahora no, quiere que se haga justicia y no tuvo nada que ver con el hecho.-

II.- Primer agravio, arbitrariedad en la valoración de la prueba.-

1) A fin de poder determinar si se verifica tal vicio en el razonamiento seguido por el tribunal del debate, habremos de destacar en primer término que ha quedado establecido fuera de toda duda, que el testigo M. A. V. se encontraba en el lugar del hecho, junto a la víctima fatal; y también que el nombrado pudo percibir, de acuerdo a las condiciones de distancia, visibilidad, luminosidad, características del terreno, etc., la actividad desplegada por el acusado M. J. H.. Recordemos, además, que V. conocía al autor "del Barrio", según su deposición, extremo no controvertido.-

Los contraexámenes de los Defensores -en la etapa precedente, del juicio oral y público, existían dos imputados (H. y G.), cada

uno con su abogado de confianza-, por caso al preventor H. O. R. F., se refirieron a las condiciones de iluminación del sitio de los hechos, surgiendo de este ejercicio del principio de contradicción, que aquellas permitían visualizar lo que el testigo afirma haber visto -coherencia interna o consistencia de la prueba testimonial, que hace en definitiva también a su credibilidad-.-

El testimonio del Oficial de la Brigada de Investigaciones de esta jurisdicción, L. V., por su parte, confirmó que hubo de entrevistar en la Comisaría Seccional 4ª, tanto a V. como a T., en su calidad de testigos presenciales, inmediatamente después del hecho, información que fue luego transmitida al Ministerio Fiscal, y sirvió para orientar la investigación. El primero de los nombrados, ya desde el inicio, se manifestó siempre en la misma línea de su posterior deposición en la audiencia de debate.-

En la sentencia ahora impugnada, se ha razonado del siguiente modo acerca del punto que venimos desarrollando: "La sinceridad del testigo sobre a quién pudo reconocer esa noche, se ve respaldada por el testimonio de los funcionarios policiales (R. F. y L.) quienes señalaron la visibilidad era buena, toda vez que les permitió encontrar evidencias la iluminación artificial que allí había sumado a la circunstancia de que V. remarcó que el cruce con H. y su acompañante fue a escasos cinco metros, lo cual también es concordante con la planimetría que permitió establecer una distancia máxima de diez metros desde el hallazgo de las primeras cinco vainas hasta la posición final del cuerpo, tal como también lo expresara el experto Miguez Murillas" (del voto de la Jueza Penal Arcuri a la primera

cuestión, al que nos remitimos en este aspecto por compartirlo sin perjuicio de nuestra propia fundamentación autónoma).-

" … las probanzas arrimadas en relación a las acciones reprochadas al acusado H. permiten homologar la tesis de la acusación …, por cuanto: a) la descripción que de los hechos que le atañen fuera comunicada por el testigo V. luce coherente en su faz interna, sin contradicciones lógicas; b) no se advierte en la subjetividad del testigo el ánimo de perjudicar su situación en el proceso, puesto que refirió solo conocerlo del barrio aunque sin que lo uniera relación de ninguna clase; c) han sido consistentes en el tiempo todas sus manifestaciones relacionadas a la intervención de M. H. en el hecho y a qué es lo que en concreto este hizo durante su desarrollo, pues así se lo manifestó a M. B. S., quien era la novia de su amigo fallecido y a quien le informó de lo ocurrido tan solo minutos después y **en iguales términos** a lo depuesto en el debate, y también a L. V., oficial de policía que lo **entrevistó en la seccional interviniente la misma noche en la que comenzara la investigación**…; d) lucen coherentes sus dichos en cuanto a la identificación positiva que hizo del agresor con el **previo conocimiento que tenía del mismo**, con la **buena visibilidad** que aún en esas horas de la noche existía en el lugar de acuerdo a lo informado por los empleados policiales que tomaron intervención en la escena del hecho, con la **muy escasa distancia** de cinco metros que lo separaban del atacante a quien tenía a su frente, …" (del voto del Juez Penal Nicosia a la primera cuestión, el destacado me pertenece).-

2) En los interrogatorios de las Defensas, durante la

audiencia de debate, como así también en la impugnación ordinaria, se alude en un sentido peyorativo, a las sucesivas declaraciones de este testigo V., a lo largo del proceso, a su reiterada comparecencia en la sede de la Fiscalía, etc.; sin embargo, más allá que hubieran existido entrevistas en el marco ritual del art. 278 del CPP, lo concreto es que en el juicio oral y público no se echó mano al recurso de leer alguna de aquellas, confrontar al testigo con su versión anterior, cotejar dichos, etc., de manera entonces que cualquier referencia a estos antecedentes, solo tienen el valor de una anécdota sobre la secuencia de los distintos actos, llevados a cabo oportunamente por el acusador público en su investigación, pero sin ninguna incidencia relevante sobre el cuadro probatorio.-

"Se entiende por entrevista aquella técnica investigativa consistente en el proceso de comunicación que se produce, de manera informal, entre dos personas y en virtud de la cual se obtiene información relevante y de interés para el entrevistador … Ocupan un lugar **preponderante** en esta importante actividad investigativa los interrogatorios efectuados por la Policía o el Ministerio Público a la víctima, los funcionarios aprehensores y los **testigos**. De estos interrogatorios surgen, habitualmente, antecedentes de **gran interés** para construir y reafirmar la imputación fiscal. Desde la óptica fiscal es posible distinguir la entrevista del interrogatorio conforme a los siguientes criterios. I. … objeto de la entrevista: obtener de una persona la **información** que pueda poseer en relación a un hecho. II. …por medio de la entrevista se **acopia** información que sirva de base para el proceso de investigación. III. … Se entrevista al

testigo, agraviado, etc." (cfme. Moreno Holman, Leonardo "Teoría del caso", edit. Didot, año 2012, págs. 62 y ss., citado en mi voto de la sentencia n° 26/13, el destacado no pertenece al original).-

Otro dato: el acompañante del testigo, J. T. no ha comparecido al juicio, ello ha sido materia de tratamiento en la audiencia de debate -se desistió de esta prueba directa-, y también en la del art. 385 del CPP -uno de los Vocales de esta Cámara interrogó a la Fiscal general sobre el tema-, de manera que independientemente de la evaluación que sobre ello pueda efectuarse, es un tema concluido. Lo importante es que, conforme al ya citado testimonio del Oficial V. de la Brigada de Investigaciones, tanto este testigo como V. fueron individualizados en forma inmediata, luego que la Prevención tomara conocimiento del hecho, e inclusive entrevistados en la dependencia policial interviniente por razones de jurisdicción territorial, utilizándose los datos que ambos aportaron en forma coincidente, para encaminar la pesquisa, como ya se explicara.-

Solo contamos entonces con la declaración de V., y a ella debemos atenernos. También en aquel precedente, ya citado, de la sentencia n° 26/13, se citó la obra de Lorenzo Leticia: "Manual de litigación", edit. Didot, año 2012, pág. 171: "…Tanto los dichos de los abogados como las constancias de lo actuado durante la investigación son meros indicios para el tribunal (incompletos, vagos, de baja calidad); para que el tribunal considere acreditada una proposición fáctica la fuente de información deberá concurrir y enunciarla en forma directa, para cumplir con el principio de inmediación con la prueba …". A mayor abundamiento, se reitera que no ha mediado

ninguna rectificación, ni cambio de versión, en los dichos de V..-

3) Coherencia externa: los jueces del colegiado de juicio han resaltado de modo concordante que la prueba científica e independiente que se produjo en el debate, complementa adecuadamente y corrobora la versión del testigo único. Para ello, se ha tenido en cuenta que la totalidad de los proyectiles incautados, según el informe de la perito balística M. E. L., pertenecen a un mismo calibre y han sido disparadas por un mismo arma de fuego; infiriéndose que si un órgano de prueba presencial informa que el tirador, ha abierto fuego reiteradamente contra una víctima, y luego se verifica la identidad de la totalidad de los proyectiles secuestrados, tanto en el lugar como recuperados del cadáver, la conclusión lógica que se impone es todo este resultado se debe atribuir a aquel tirador.-

Asimismo, con el aporte del perito en Criminalística, y su vinculación con el protocolo de autopsia: si los rastros de sangre y aquellos vestigios de los disparos, conducen a la conclusión que la víctima en un momento dado ha perdido el equilibrio y caído al suelo, para seguir recibiendo impactos de bala ya inerme, luego aquella continuidad debe cargarse al tipo subjetivo del delito de Homicidio, como demostrativa de una voluntad decidida de ultimarla, que supera cualquier otra alternativa, como podría haber sido asustar, lastimar en un miembro inferior, etc..-

“La Licenciada en Criminalística Celia Zaira Cozzoli fue quien tuvo a su cargo las medidas de inspección ocular y de levantamiento de rastros en el lugar del hecho, luego de ser convocada al mismo por los oficiales preventores. Informó que a su arribo a la calle F. a la altura del

1700 verificó que ya había sido concretada la preservación de la escena por los uniformados actuantes, … decidiéndose como primera medida la registración fotográfica completa de la escena asistida mediante cartelería de señalamiento forense, tomando como primeras referencias el cuerpo del occiso y los sitios en los cuales se encontraron rastros de utilización de armas de fuego … La experta compuso su declaración sobre lo observado en el lugar apoyándose en el plano a escala que confeccionó a ese efecto, y explicó cómo estaban dispuestas las vainas servidas sobre la calle, evidenciando que se había producido un desplazamiento del tirador hacia la posición final en la que se halló el cuerpo de la víctima, el cual estaba sobre la calle de tierra con un charco de sangre a su costado izquierdo, …" (del voto del Juez Penal Nicosia, a la primera cuestión al que nos remitimos en este punto, por compartirlo).-

4) Otro dato de utilidad para reconstruir lo sucedido, estriba en el indicio de conducta precedente, consistente en la existencia de animosidad entre víctima y victimario, que incluía una anterior agresión con arma de fuego, aproximadamente unos dos meses antes del presente hecho, a resultas de la cual M. V. había sufrido una lesión en el muslo izquierdo, incidente cuya existencia quedó corroborada a través de las manifestaciones del acusado en la audiencia del art. 385 del CPP, al pronunciar sus últimas palabras, ocasión en la que admitió haber tenido problemas con él y que le pegó un tiro porque le quemó la casa.-

Así lo han plasmado los jueces del juicio, en su razonamiento fundante de la condena ahora recurrida que también

compartimos en este tema: “ … el Oficial Ayudante L. V. … Reveló que tomaron entrevistas a los testigos presenciales T. y V., **ambos coincidían en sus dichos** en que caminaban por calle Dr. F. hacia el predio de la ‘saladita’ y por una de las calles que la cruzaba caminaban dos personas de sexo masculino, que estos se les acercaron logrando **reconocer a M. H.** y comenzaron a correr **por la enemistad** que M. V. tenía con este. Que también le dijeron que tres meses atrás aproximadamente, H. hirió a M. V. con un arma de fuego”. Y más adelante: “La joven M. S. … pudo precisar con detalle **la existencia de una enemistad** entre M. V. y H. de vieja data, que motivó **con anterioridad otra agresión armada que lo lesionó**, de la que diera cuenta el testigo V. junto con el Oficial V. de la Brigada de Investigaciones, tal como quedó plasmado en la historia clínica de la víctima y la declaración de la Dra. B. del Cuerpo Médico Forense … historia clínica N° 221.729 del Hospital Regional local …: … en fecha 12/04/14 según constancia del Dr. J. Z. registró atención debido a herida de arma de fuego en muslo izquierdo con orificio de entrada y salida” (del voto de la Jueza Penal Arcuri a la primera cuestión, el destacado me pertenece).-

“III.- Comprobados … tanto el fallecimiento de la víctima M. V. como asimismo las causas y el contexto espacial en que se verificó ese desenlace, de las alternativas del debate surgieron elementos de conocimiento útiles para conocer cómo se desenvolvió la dinámica comisiva de la muerte violenta del causante, y al mismo tiempo, la identidad del autor del crimen. Resultó para ello fundamental el aporte de quien fue testigo presencial del hecho: M. A. V. dijo ser amigo de la víctima de autos, y

conocer de vista al acusado H. … expuso el declarante que M. V. tenía una manifiesta enemistad con M. H., desde un incidente que había sucedido tiempo antes, en una velada en la cual habían compartido bebidas alcohólicas, existiendo problemas entre ellos desde entonces … finalmente, y respecto del móvil, los testigos fueron contestes en señalar la enemistad previa y grave que existía entre M. V. y H., pues **no solo V.** expuso sobre la existencia de este encono, sino que **también lo hizo M. S.** graficando que cada vez que se encontraban se agredían, surgiendo de la declaración de esta última como asimismo de la del **oficial V.** que el primero nombrado ya había sido herido en época reciente mediante un disparo de arma de fuego que le había efectuado el acusado, estando el causante en recuperación de la misma cuando se produce el hecho materia de este proceso, lo que se corroboró mediante la historia clínica del causante y lo informado en el debate por la médica forense" (del voto del Juez Penal Nicosia a la primera cuestión, el destacado me pertenece).-

A mayor abundamiento, y siempre en relación a este punto, cabe destacar que obra agregada a la presente Carpeta de la Oficina Judicial que he tenido a la vista, copia de la sentencia n° 1252/2015, dictada en la Carpeta Judicial N° 6137 -a la que se acumulara, entre otras, la n° 6878- el 17 de abril de 2015, en el marco de un juicio abreviado. Dicho pronunciamiento, incluyó el hecho endilgado a H. en las referidas actuaciones, y que tuviera lugar el 12 de abril de 2014 a las 16.25 horas en la intersección de calles T. O. y J. C. de esta ciudad, oportunidad en la que efectuó dos disparos contra C. M. V. provocándole lesiones de carácter leve

en el muslo de pierna izquierda. Por este suceso, que fuera calificado como Abuso de armas (art. 104 del CP), y otros contenidos en diversos actuados que también se acumularon al principal, M. J. H. fue condenado a la pena de dos años y cuatro meses de prisión de cumplimiento suspendido, con costas (arts. 26 y 29, inc. 3°, del CP), imponiéndosele además las reglas de conducta previstas en los incisos 1° y 3°, del art. 27 bis del Código penal. Según surge del sistema informático SKUA, en lo que se vincula a la etapa de ejecución de sentencia, se formó el incidente n° 1916 en el que mediante providencia del 29 de julio de 2015, se dispuso la reserva de las actuaciones hasta tanto se resuelva la impugnación ordinaria interpuesta en estos actuados, ante la imposibilidad del cumplimiento de las reglas allí fijadas.-

5) Posibles errores de percepción: no invalidan el testimonio, único, de cargo.-

La Defensa critica que en la sentencia se brindara importancia a los dichos de M. V., en todo cuanto afirmó respecto a la autoría de H., pero no en el segmento en el que depuso que hubo dos tiradores, realizando disparos: un arma de fuego era portada por H. -empleada para ultimar a M. V.-, y la otra se habría accionado contra el nombrado V. y T. en su huida; agraviándose por una presunta ausencia de imparcialidad, en la valoración de la prueba de cargo, en perjuicio de su defendido y a favor del coimputado absuelto (G.).-

Ese aspecto del testimonio del principal testigo de cargo, que en definitiva no está corroborada por las pruebas técnicas, que como vimos remiten a un solo tirador -dentro de lo que es la mecánica del hecho

según la prueba científica-, ha sido correctamente resuelto por el Tribunal de juicio. Hay una explicación de los miembros del Tribunal colegiado, en cuanto a qué es lo que puede haber pasado, de qué manera se explica esta discordancia.-

En primer término, y a título meramente ejemplificativo, se expone en el sufragio ya citado de la Dra. Arcuri –pág. 34, fs. 328/vta-, la posibilidad de que haya habido una confusión en el testigo V., respecto de la utilización de una segunda arma de fuego, de las mismas características que la utilizada por M. H.; así se sostuvo, en su parte pertinente, que: "…el testigo V. vio con precisión la primera secuencia del hecho, emprende la huida frente a la cantidad de disparos iniciados contra Muñoz… a quien acompañaban, logra escuchar una segunda seguidilla de disparos que la atribuye al segundo sujeto que acompañaba a H. …además de haber visto una segunda arma de fuego… a ello debe sumarse la situación de shock emocional… sólo hubo confusión de V. respecto de la utilización de una segunda arma de fuego de las mismas características que la empleada por H., pero nada descarta que el segundo sujeto que lo acompañaba tuviera en su poder tal armamento y que producto del accionar de H. un disparo pudiera alcanzar a T..-".-

Razonamiento que luego repite, y amplía: "…el análisis global de la evidencia científica permite sostener que el agresor estaba en movimiento, que la secuencia de los disparos fue seguida (cinco disparos desde la primer posición, luego dos y finalmente cinco cuando M. V. ya había caído herido), además el relato de V. es contundente en cuanto a que es

M. H. quien inició la agresión contra la humanidad de la víctima por lo que no se puede descartar que alguno de estos disparos lesionara a los acompañantes (por caso a T. o bien a rozar al testigo V.)… Aunado a lo anterior, cobra significancia la premura de los acompañantes del fallecido por huir del lugar frente al temor de morir en el intento quienes escuchan siete detonaciones más, lo que permite inferir la causa y motivo de la presunción equivocada de V. de que los disparos fueran efectuados por el segundo sujeto al que vio blandir un arma de fuego a pedido de H..- Sólo este último y la víctima tenían una enemistad manifiesta por episodios anteriores de agresión que le provocaran dificultades en la movilidad, como quedó demostrado de los datos consignados en la historia clínica del occiso, surgiera de la autopsia y lo refirieran los testigos V., S., V. y también su padre. Y con ello, también se acreditó que esta circunstancia era conocida por H.. - V. confirmó en su testimonio que sólo fue H., a quien reconoció encapuchado y todo a cinco metros de distancia, el que mató a M. V. y la intencionalidad de su conducta de extinguir la vida de su adversario quedó patentizada en el remate final que realizó cuando yacía agonizante que con claridad pudo determinar el Lic. Miguez Murillas…" -pág. 38, fs. 330/vta de la sentencia de mención.-

En idéntico sentido, se extrae del voto ya citado del Juez Penal Nicosia -pág. 50, fs. 336/vta.- que "…no se puede descartar que, frente a la agresión armada dirigida a una única víctima (M. V.) que era acompañado por los otros dos, alguno de estos disparos efectuados por el único tirador alcanzara a lesionar a J. T. o bien a rozar al testigo V.… Se

suscita una situación de duda razonable: V. aseV. que los dos sujetos portaban armas semiautomáticas y que ambos dispararon, pero su testimonio no luce apoyado por ningún otro, y la evidencia física recogida en la escena no arroja datos que den respaldo a la aseV.ción. Ciertamente pudo el testigo haber observado una segunda arma y la misma no ser utilizada, mas sinceramente creer que ello así ocurrió por la nutrida cantidad de disparos que debió escuchar, el pánico sufrido, y la confusión reinante en *ese* momento".-

Ambos votos, aluden a las dificultades de percepción que son naturales en cualquier testimonio, ocurre permanentemente, es decir que hay aspectos que no se captan con la misma exactitud, precisión, claridad que otros. En este sentido, la jurisprudencia de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, ha advertido muy enfáticamente, respecto a: " … la imposibilidad natural de lograr … el 'testimonio perfecto' y en cambio sí rescatar la cualidad del 'testimonio lógicamente aceptable', categoría que se abastece con la observación imparcial de su contenido en sí y en relación con otras circunstancias igualmente valiosas …" (cfme. voto del Ministro Pfleger en la sentencia n° 11/2014, dictada con fecha 28/2/2014, confirmatoria de la n° 12/13 de esta Cámara en lo Penal).-

6) En lo concerniente a los vínculos de un testigo con las personas involucradas en el hecho, la citada jurisprudencia ha sostenido que: "**Poco importa** su relación de parentesco o sus antecedentes, cuando su presencia en el lugar es indiscutible y las expresiones dadas **se compadecen** con manifestaciones objetivas del hecho de la causa y de otros testimonios"

(cfme. sentencia 65/11, de fecha 1/11/11, recaída en los autos caratulados: "B., F. A. s/ Homicidio agravado s/ impugnación", confirmatoria de dictada por esta Cámara con fecha 23 de agosto de 2010; voto del Ministro Jorge Pfleger, el destacado me pertenece).-

Además, también se ha expedido el STJ sobre el testigo único: "En la determinación de la sentencia será la **sana crítica** del Juez la que pondrá en valor la evidencia que justificará la conclusión. Así,…poco interesa la presencia de un solo testigo … Sólo debe el Juez inquirir, a través de la inmediación, acerca de su fiabilidad. En otras palabras, someter al testigo a **un test de confianza y confrontarlo con otras evidencias** que abonen sus expresiones si las hubiera…" (cfme. voto del Dr. Pfleger, entre otras, en las sentencias n° 75/06 y 55/10; el destacado me pertenece).-

En la sentencia nº 18/10, de fecha 21 de abril de 2010, del Superior Tribunal de Justicia, en el Expte. Nº 21.489 de esta Circunscripción Judicial, caratulado: "G., L. s/ Impugnación", el Dr. Rebagliati Russell en su voto, por su parte, sostuvo que: "…extraer indicios desincriminantes en favor del procesado a partir de lo que el testigo no dijo o no vio, es lógica y jurídicamente inaceptable, pues sabido es que las naturales carencias humanas limitan la percepción, por lo cual, sólo algunos datos del caótico mundo circundante pueden ingresar en el campo actual de su conciencia y, ulteriormente, aflorar a través de la evocación que pueda lograr la memoria. Pretender una coincidencia absoluta de la realidad con las declaraciones de los testigos, es prácticamente imposible. Aquélla no debe hacerse depender de meros accidentes o detalles sin importancia. Debe atenderse a su contexto

general, y a su correspondencia con los demás elementos de cargo acopiados. Al respecto, debe tenerse presente el lugar, la distancia y la posición que víctima y victimario tenían respecto de la testigo y que las conductas se manifiestan de forma dinámica y variable, situación que en su conjunto, determinan los parámetros de lo que puede percibirse y de aquello que, un testigo determinado, efectivamente percibió. Por eso, los testigos no sólo no pueden sentir el universo en su totalidad, sino que sus testimonios son siempre una versión parcial, no total, de cada situación. En suma, todo testimonio dice algo muy pequeño de un todo y a menos que se incurra en la falacia "ad ignorantiam", no es lógicamente válido inferir de la no percepción de uno de los tramos del iter criminis, la falta de percepción de los restantes … ni es admisible que de la primera deba concluirse necesariamente autorizar a en la imposibilidad de identificar al autor…".-

7) En lo que respecta al resultado del dermotest, que la Defensa pretende computar como prueba de descargo, entiendo, compartiendo el razonamiento que expusiera la representante del Ministerio Público Fiscal en su responde, que no puede otorgársele ese alcance. En efecto, dado que las muestras para la realización del estudio, fueron tomadas en un lapso aproximado a las doce horas posteriores a la producción del suceso, entonces resulta que aquella negatividad de la prueba técnica puede encontrar su razón en factores varios -v.g. manipulación que desplaza las partículas de pólvora, borrado de la huella, etc.-, que no necesariamente autorizan a desincriminar al acusado.-

III.- El otro motivo de agravio, en relación con el acusado

M. H., está dado por la pretensión de que no se aplique en el caso, la agravante genérica del art. 41 bis CP. Sobre el particular, he de reiterar una vez más mi posición contraria al planteo, tal como nos hemos pronunciado ya en plurales precedentes; por caso, en la ya citada sentencia registrada bajo el n° 21 -año 2010- folio 437, que fuera confirmada por la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, mediante sentencia nº 65/11, de fecha 1 de noviembre del año 2011, y también en las n° 27/11, 06/12, 22/13, 16, 22 y 24/14 todas de esta Cámara en lo Penal, entre muchas otras.-

Si bien le asiste razón a la Fiscal General, en el sentido de que la objeción a la agravante contemplada en el art. 41 bis del CP, no fue alegada por el ahora impugnante al momento de debatirse sobre la responsabilidad del imputado en el hecho, sino cuando se discutió sobre la cesura de pena, tal circunstancia no exime a esta Alzada de la obligación de avocarse a su tratamiento. Y ello es así, en función de garantizar el derecho al recurso del imputado en toda su extensión y amplitud, lo que obliga al tribunal de impugnación a inspeccionar los puntos sometidos a estudio y decisión recurriendo a la teoría del máximo rendimiento consagrada por el más Alto Tribunal de la Nación en el precedente “Casal”.-

Cabe tener presente, previo a toda otra consideración, que a diferencia de la técnica legislativa que el CP utiliza en los arts. 40 y 41, donde no se fija el carácter agravante o atenuante de los elementos a los que alude (v.g. el medio empleado para cometer el delito); en los noveles apartados *bis*, *ter* y *quáter* del citado art. 41, en cambio, es la propia ley la que define la calidad agravante de los supuestos como un factor general -y

no dependiendo de la regulación de cada delito, en la parte especial del Código-, para luego modificar las escalas penales de dichas figuras especiales, mediante la variación de mínimos y máximos -es decir que, además, no se trata ya de pautas destinadas a la individualización judicial de la pena-.-

En mi voto de la citada n° 21/10 recordé -entre otros fundamentos- que, según la jurisprudencia de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, la agravante debe aplicarse específicamente en el caso del **delito de homicidio simple**, pues "se trata de un delito **doloso** que exige violencia contra la víctima y **no** contiene en forma expresa dentro de su estructura la circunstancia agravante del empleo de un arma de fuego" (TS Córdoba, sala penal, agosto 27 de 2003, en Suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal de "La Ley", octubre de 2003, pág.73, el destacado ha sido agregado al original).-

Más ampliamente, también este Tribunal Superior ha sostenido que el art. 41 *bis* contiene una figura calificante, que actúa sobre todos los tipos que conforman la parte especial del Código Penal y leyes federales cuando esta circunstancia no se encuentre ya incluida como circunstancia típica, y no constituye una mera agravante general, sino una norma que repercute sobre la magnitud de los marcos punitivos establecidos en la parte especial y las leyes complementarias, por la incorporación de una modalidad típica de ejecución de un delito violento (uso de arma de fuego) no contemplada por aquellos (causas: "Lezcano, José L." y "Marquez, Cristian A.", del 17/10/2003 y 7/7/2004, respectivamente, publicados en

“Summa Penal. Doctrina - Legislación - Jurisprudencia”, Tomo IV, Patricia Ziffer, Directora, Horacio J. Romero Villanueva, Jurisprudencia, pág. 3820, edit. Abeledo Perrot, Bs. As., año 2013).-

En otros casos, también citados en la publicación referida, se advierte que el TSJ cordobés entendió respecto a la aplicabilidad de esta agravante, en el supuesto del delito de Homicidio, que es procedente dado que como medio violento el arma de fuego brinda más seguridad, al mismo tiempo que anula las posibilidades defensivas de su víctima, todo lo cual revela una superior magnitud de injusto (v. causas: “Nieto, Víctor H.” del 27/8/2003 y “Márquez”, ya citada).-

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 SCBA, 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. SCBA 6/2/2008, “S.S. y O.S. s/ Recurso de casación”, P. 93.717; y también 25/4/2012, “P., J. E.”, voto del Dr. De Lázzari, publicada en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, edit. AbeledoPerrot, noviembre 2012, págs. 1975 y ss.).-

En tanto, 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 se V., en el caso del empleo de armas. La norma se aplica a los delitos que se cometen con violencia física contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego, cuando es factible llevarlos a cabo con otro tipo de armas o sin ellas -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 empleo de 'armas', vocablo que ineludiblemente comprende a las armas de fuego, los **tipos penales de los artículos 79** y 90 **del Código Penal** no aluden específicamente a ningún medio comisivo en particular … las muertes o las lesiones cometidas dolosamente y 'sin armas' no impedirán la subsunción típica, lo que denota que el empleo de armas no forma necesaria y excluyentemente parte del tipo penal…" (cfme. Trib. Cas. Pen. 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- el destacado me pertenece.-

Más recientemente, este Tribunal en pleno hubo de ratificar que "es aplicable la agravante genérica consagrada en el art. 41 bis. CPen., a la figura tipificada en el art. 79 del mismo cuerpo legal" (causa

36328, caratulada “R., F.A. s/ recurso de casación” rta. el 19/4/2013, publicado en “Jurisprudencia Argentina”, 3, Bs. As. 17/7/2013, y también en la sección Jurisprudencia, de la “Revista de Derecho Penal”, tomo 2013-1, edit. Rubinzal-Culzoni, “Culpabilidad: nuevas tendencias-II”, director Edgardo Alberto Donna, agosto de 2013, págs. 305 y ss.).-

En el voto, en mayoría, del Dr. Mahiques, se puso de resalto que no se está en presencia de una solución legislativamente novedosa, toda vez que la utilización de ciertos “medios”, ya ha sido expresamente considerada por el legislador en otras ocasiones, a los efectos de establecer formas agravadas del homicidio (v.g. art. 80, incs. 2 y 5 del CP); lo cual es razonable, en razón del mayor peligro generado por tales medios, y la más grave culpabilidad que muestra su uso. Y en cuanto al tema relativo a la ubicación sistemática de la norma de agravación, se dice que nada obligaba al legislador a ubicar todas las agravantes del homicidio, en el citado art. 80 CP -sobre todo, porque el art. 41 bis no consagra una agravante de ese solo delito, sino de muchos otros.-

Por su parte, en el sufragio, también en mayoría, del Dr. C., se trajeron a colación los antecedentes parlamentarios de la norma en cuestión, que valoraron en particular el estado de vulnerabilidad, en que el uso de armas de fuego coloca a las víctimas, y la extrema contundencia que posee este medio comisivo. Y se argumentó que: “… Si bien la muerte es el resultado que consuma el homicidio, su producción no enerva el grado de desvalor de la acción representado por la naturaleza del medio que, en el caso de la violencia ejercida durante la comisión del hecho mediante el uso

de armas de fuego, la ley ha querido sancionar especialmente atribuyéndole el carácter de agravante de la escala penal correspondiente del delito que se trate".-

Continúa el Vocal del Tribunal casatorio: "… En el delito se considera tanto el desvalor de la acción como el del resultado y, en el primer caso, **la utilización de determinados medios puede significar un incremento del contenido de injusto de la conducta que se traduzca en un agravamiento de la sanción**, ya sea por la vía genérica del art. 41 del Código Penal, por la previsión de una agravante específica que califique la figura básica como en los supuestos de los incisos 2°, 5° y 6° del artículo 80 respecto del homicidio con veneno, por medio idóneo para crear un peligro común y con el concurso premeditado de dos o más personas; o mediante una agravante que si bien enunciada en forma genérica en la parte general del código, se trata de un tipo penal calificante con proyección sobre las diversas figuras de la parte especial perpetradas con violencia o intimidación mediante el uso de armas de fuego" (el destacado me pertenece).-

Para concluir que: "… Un homicidio puede ser cometido de una infinidad de formas y a través de una innumerable cantidad de instrumentos. Entre todos ellos, **la ley puede distinguir lícitamente cuáles resultaron más violentos o eficaces y, por ende, más riesgosos** para los titulares de los bienes jurídicos. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con el homicidio que se comete con alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso. Cuando se han empleado armas de fuego, habiendo desempeñado estas un papel fundamental en el atentado contra la vida de la víctima, es

posible advertir **un mayor contenido injusto en términos comparativos** y, con ello, una razón legítima para agravar el homicidio" (el destacado no pertenece al original).-

IV.- Finalmente, en orden al agravio subsidiario sobre el monto de la pena, habremos de tener en cuenta para su rechazo, que el voto mayoritario del tribunal de la cesura, ha ponderado adecuadamente las circunstancias agravantes que concurren, particularmente en orden al medio empleado y en línea con todo cuanto expusimos en el apartado precedente acerca del art. 41 bis CP, destacándose que los motivos de agravación que se verifican, tales como la utilización de un arma de elevado poder vulnerante -pistola nueve milímetros-, la cantidad de disparos que dirigiera contra la víctima -doce, de los cuales impactaron nueve-, que varios de ellos los efectuó encontrándose M. V. ya en estado de total indefensión y lo sorpresivo del ataque, ostentan una envergadura de tal significación que autorizan a individualizar el monto punitivo de la forma en que lo ha hecho el *a quo*, toda vez que revisten mayor entidad que las atenuantes que se han alegado, como la juventud de H. y su historia de vida; extremos que, por otra parte, no han sido fehacientemente acreditados, al no haberse aportado elementos de juicio que ilustran más profundamente sobre este particular, tal como lo razonó la mayoría del tribunal, en el juicio de cesura.-

En este punto, el recurso ordinario de la Defensa tampoco ha logrado demostrar que el tribunal del juicio de cesura, hubiera incumplido con su obligación legal en torno a la determinación del monto de la pena; ni menos todavía, que el mismo sea inadecuado por ausencia de

proporcionalidad. El deber de motivación, en este punto, ha sido descripto del siguiente modo por nuestra doctrina: "… dentro de los límites que impone la actividad de las partes es tarea del juez la ponderación de la efectiva incidencia de cada pauta de agravamiento o disminución de la pena. Dentro de la propuesta acusadora y en el marco de la argumentación de su representación, el juez es el encargado de traducir cuantitativamente la valoración que se le encomienda; por cierto, explicando el razonamiento formador de ese *quantum*, en el punto de ingreso, los límites de incidencia de cada pauta votada y razones de la efectiva asignación de una cierta influencia y no de otra, de modo tal que sea posible la crítica, facilitando la actividad revisora" (cfme. Garibaldi, Gustavo E. L., Análisis del fallo "Amodio, Héctor Luis", de fecha 12/6/07, CSJN-Fallos, 330:2658, publicado en "Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", t. 9, Bs. As. año 2010, edit. hammurabi, págs. 251 y ss.).-

Aún a riesgo de incurrir en reiteraciones, dado que todos estos aspectos han sido ya evaluados de modo adecuado por el fallo impugnado, habremos de destacar -particularmente respecto a los motivos de agravación- que concurren, en el presente caso, los siguientes: la marcada situación de inferioridad física en que se hallaba la víctima, producto de una herida anterior que afectó su capacidad de movilidad -tal como ya se ha puesto de resalto en el apartado II precedente, con remisión a la sentencia de condena-; y no obstante ello, que haría suponer una rápida definición de la agresión, su extensión en el tiempo -el ataque reiterado con arma de fuego, lo que permite inferir válidamente que se ha causado un especial sufrimiento a

la víctima- (en la sentencia de grado se alude a una clara y persistente determinación de matar, que encuadra en la modalidad del dolo directo).-

Enseñan Fleming y López Viñals, acerca de la interpretación de las circunstancias "naturaleza de la acción y medios escogidos", y los componentes objetivos del injusto de acción, que resulta "… aquí **crucial la elección de los medios**, pues al autor le será estrictamente reprochado en términos de proporcionalidad haber optado por **metodologías de ejecución más dañinas o peligrosas** que otras (con cita de Maurach-Gössel-Zipf), lo que no solo tiene que ver con los elementos empleados, sino con la elección de **circunstancias de tiempo y lugar y de todo otro detalle del hecho** que guarde vinculación con la efectiva vulneración o puesta en riesgo de los bienes jurídicos tutelados por la figura penal respectiva o con otras consecuencias extratípicas" (cfme. auts. cits., "Las Penas", edit. Rubinzal-Culzoni, año 2009, pág. 381 -el destacado me pertenece-).-

V.- Por todo lo expuesto precedentemente, es que en definitiva propongo al Acuerdo mi voto por la negativa, a la presente cuestión.-

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

I.- No he de reiterar en términos generales el detalle de los antecedentes del caso, posturas de las partes, términos de la Sentencia, ni descripción de los agravios, remitiendo para ello, en orden general, a la reseña que principia el primer sufragio de la presente.-

El día 28/6/014 a las 22 30 hs., C. M. V. se encontraba

caminado junto a M. V. y J. T. por calle Dr. F. a la altura del nro. 1700, de esta ciudad, cuando fueron interceptados por M. H. y R. G.. El primero efectuó no menos de 12 disparos con un arma de fuego 9 mm. hacia la humanidad de M., a consecuencia de lo cual este falleció por un paro cardio respiratorio producido por el desgarro de un proyectil a una de las paredes del corazón. Luego le indicó a G. que hiciera lo propio, con un arma que este portaba, hacia T. y V., lo que realizó hiriendo al primero en una pierna.-

Así el Ministerio Fiscal describió el suceso por el que solicitó que H. respondiera en calidad de autor de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego, en concurso real con Tenencia de la misma, en la tipología de guerra sin la debida autorización legal (arts. 79, 41 bis, 189 inc. 2do. 2do párrafo, 45 y 55 del CP).-

La materialidad de lo ocurrido fue comprobada mediante la autopsia respectiva, el testimonio de la médica forense en Debate, los certificados pertinentes, todo lo cual arrojó que la víctima falleció como consecuencia de la lesión cardíaca apuntada, pero también de una cerebral, a raíz de los disparos de arma de fuego recibidos, nueve constatados, los que dejaron huellas en la humanidad del occiso.-

La pericia balística y la propia del criminalista M. M., confirmaron el calibre del arma usada, y la distancia del primer disparo, diez metros, acercándose el tirador efectuando otros tantos como los detallados en la Acusación, ya con la víctima en el piso, herida.-

Acompañaron a ello fotografías, sendos testimonios, entre ellos los de A. y R., que en definitiva sustentaron la posición del Acusador

en el sentido que en la fecha indicada ocurrió un hecho de relevancia penal, la pérdida de la vida de una persona en un episodio violento, todo lo cual no fue cuestionado.-

II.- La Defensa se concentró en analizar el caso desde una supuesta insuficiencia probatoria, plexo inidóneo para vencer el estado de inocencia, pues la autoría de H. se desprendió solo de las expresiones de un único testigo, V., que si bien presencial, habría recordado lo ocurrido detallando aspectos no incluidos en los resultados periciales detallados, por ejemplo identificando otro arma, y otro tirador, lo que a criterio del letrado invalidaría en un todo su declaración, y con ella, la designación de culpabilidad mediante su testimonio realizada.-

Como enseña Eduardo Jauchen siguiendo a Altavilla (Tratado de la Prueba en Materia Penal, pag. 359, Ed. Rubinzal Culzoni), en el rubro testimonios, la sinceridad no es sinónimo de V.cidad, pues mientras la primera es la tendencia subjetiva a decir lo que se sabe y lo que se piensa con franqueza, la segunda resulta la exacta correspondencia entre dicho estado subjetivo con la realidad objetiva.-

Si bien nuestro orden adjetivo en cierto modo abandona la primacía absoluta de tal realidad objetiva, en pos de la construcción de una verdad dialéctica en la que tienen especial importancia las argumentaciones e iniciativa probatoria de las partes, el imperio de aquella no desaparece absolutamente. Siempre debe haber un anclaje en la verdad objetiva, sea como sea que definamos a esta.-

En tal contexto, aportar un, único, testimonio sincero

puede no ser suficiente para hacer cesar el estado de inocencia, más aún si este cuenta con el auxilio del beneficio de la duda (arts. 18 CN, 28 CPPCh.), esquema que en la medida que deposite la decisión en la elección entre una hipótesis sobre como ocurrieron los hechos y su negación, como en el sub-lite, siendo imposible determinar si la primera puede ser asumida, justamente más allá de toda duda razonable, no es posible pronunciar una condena, a riesgo de caer en arbitrariedad.-

No resulta menor el detalle de la existencia en el caso de un único testimonio de cargo, o "designador de culpabilidad" como lo ha denominado la Defensa. Tengo una postura tomada desde antaño, derivada de todo ello, respecto de los supuestos de testigos únicos (vertido por ejemplo, entre otros, en el precedente de este Tribunal como Cámara del Crimen, sentencia nº 7/05, "Baeza"), que si bien no implica un regreso al antiguo principio de interpretación probatoria, propio de los sistemas de prueba tasada, que impedían adjudicar responsabilidad penal sobre la base de un único testimonio de cargo, se inclina por la estrictez en el análisis de tal deposición, sobre todo cuando no existen otros indicios corroborantes del mismo (conf. autor y ob. citadas pags. 372 y ssgts).-

III.- Los parámetros enunciados precedentemente han guiado la decisión ya adelantada en este caso de la siguiente manera. V. relató lo sucedido aludiendo a una mecánica similar a la relatada en la Acusación, H., al cual conocía de Barrio, comenzó a disparar, en seis oportunidades, ordenó a su ladero que hiciera lo propio hacia él y T., y allí comenzó a correr para salvar su vida, no obstante escuchar en la huida otras

tantas detonaciones.-

Se declaró amigo de la víctima, afirmó que entre esta y victimario había enemistad, e identificó el arma mortal como, semiautomática, similar a la que utilizan las fuerzas de seguridad, es decir, compatible con el calibre de las balas usadas en el hecho, 9 mm..-

No solo eso, la testigo S., pareja de la víctima, refirió que V. y T. le relataron lo ocurrido, momentos después del suceso, en términos similares; que M. V. tenía una enemistad con H., la que había motivado que en el momento de su deceso padeciera una lesión en una pierna generada por un disparo de arma de fuego realizado por el propio acusado tiempo antes, lo que coincidió con las constancias incorporadas, propias de la Historia clínica del Hospital Regional local; y que el trágico final podía preverse.-

Lo propio indicó el oficial V., como versión de V., obtenida espontáneamente luego de acaecido el luctuoso desenlace.-

Entonces, más allá de constituir un único testimonio designador de culpabilidad, V. siempre ha expresado lo mismo, desde el hecho hasta el Juicio, lo que dotó a su relato de coherencia interna. Sus expresiones se encontraron avaladas por otros elementos del plexo, tal lo ya expuesto, lo que le atribuyó también coherencia externa.-

En tales términos, lo sustancial de su declaración no puede invalidarse por la existencia de otros tramos, manifestados sobre la base de una postura de sinceridad, pero que quizás no coincidieron con otros resultados de la prueba científica, no de forma de abierta contradicción, sino sobre aspectos del evento que esta no pudo reconstruir.-

Me refiero a la existencia de evidencias sobre otro tirador y otro arma de fuego. Las pericias no llegaron a constatar ambos extremos, de hecho G. fue absuelto por el Tribunal de mérito, pero ello bajo ningún concepto esteriliza lo asertivo de las expresiones de V. en cuanto a la conducta desplegada por H..-

En todo caso, existieron en su relato parcelas atribuibles a aquel sesgo de sinceridad, que no llegaron a comprobarse, pero que cabe interpretar en el contexto de lo sucedido, mientras su amigo era acribillado, ante el temor de que le ocurriera lo mismo, con el evidente impacto emocional que de ello se deriva.-

Si, desde el método consagrado ritualmente para la apreciación probatoria, la sana crítica racional (art. 25 CPPCh.), se impone descartar principios rígidos de valoración, inherentes a la prueba tasada ya abandonada modernamente, como el atinente a los testimonios "falso en parte falso en el todo", también se impone descartar, a priori, relatos de personas por el mero hecho de sus vínculos de amistada o sentimentales con víctima o victimario, concretamente, V. y S..-

Dichos vínculos existían, no obstante sus versiones superaron airosamente el contra examen de la Defensa, y reitero, fueron avalados por el resto el plexo, aspectos dirimentes en cuadros probatorios compuestos por grupos de testigos antagónicos, lo cual se nos presenta habitualmente.-

Tales fueron los argumentos, en líneas generales, del Tribunal de Juicio para arribar a la condena, por lo cual, y no obstante la

estrictez adelantada respecto de testimonios únicos, el que nos ocupa ha cumplido los requisitos exigidos para ser a piedra angular de la declaración de culpabilidad, la que merece ser confirmada en cuanto al punto.-

IV.- Tengo postura sentada (Sentencias nros. 34 y 40/14, entre otras), respecto de la relación dogmática entre los arts. 41 bis y 79, ambos del CP.-

Ahora bien, aquí la conducta del acusado ha merodeado la alevosía, desde la forma en que acometió a la víctima, disparándole reiteradamente con un arma de fuego hasta el momento en que herido, se hallaba en el piso completamente indefenso.-

Ello, claramente, desde los propios términos del art. 41 del CP, en su faz objetiva, la evaluación del hecho en sí, dice mucho en cuanto a la reprochabilidad de la acción, a lo que se impone adicionar que la reyerta era de larga data, comenzó con una agresión, también con armas, del imputado a la víctima, y terminó con Muñoz muerto.-

En resumidas cuentas, la discusión que propone la Defensa pierde relevancia, pues partiendo aún del mínimo de la escala del art. 79, ocho años, no sería posible anclar la sanción en él, correspondiendo ir por encima, superando los diez años y ocho meses, vértice inferior a tener en cuenta de aplicar conjuntamente ambas normas, lo que en líneas generales no comparto por razones, entre otras, de "ne bis in ídem".-

Pero sí la utilidad de la contienda argumental reaparece a la hora de determinar específicamente el monto de la pena.-

He de compartir en un todo las expresiones de la Dra. A.,

las que doy por reproducidas en honor a la brevedad, y concretamente desde la faz subjetiva a tener en cuenta, la prueba rendida en el ítem cesura, evaluada desde tres parámetros, la edad de H., su escasa instrucción, su historia de vida, estrechamente vinculada a la marginación, la violencia familiar y social, y de alguna manera la criminalización primaria, más la existencia de hijos pequeños, todo lo cual debe operar en calidad de atenuantes, individualizar la prueba como lo ha realizado la Magistrada indicada.-

Entonces, considero que la cuantía de trece años y seis meses de prisión, accesorias legales y la imposición de las costas del proceso, representa el equilibrio entre un notorio desvalor de acción, y una situación particular del acusado como la reseñada. Así voto.-

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

I.- A fin de evitar reiteraciones estériles he de omitir el detalle de los antecedentes del caso, remitiéndome para ello a la completa reseña que luce al comienzo de la presente.-

1.- En principio no se encuentra controvertida la materialidad del hecho por el que resultó condenado M. J. H. y siguiendo como guía el sufragio de la Dra. Daniela Alejandra Arcuri que lideró la votación se ha tenido por acreditado que: "1. El día 28 de junio de 2014 aproximadamente a la hora 22:30, C. J. M. V. caminaba junto a M. A. V. y J. M. T. por calle Dr. F. Nº 1700 de esta ciudad … 2. En esas circunstancias la víctima junto a T. y V. se cruzaron con M. J. H. y otro joven encapuchado, ambos blandiendo armas de fuego… 3. M. H., sabiendo lo que hacía y con

claras intenciones de darle muerte efectuó cinco disparos con un arma de fuego tipo pistola calibre 9 mm. contra la humanidad de M. V., mientras le indicó a su consorte que efectuaran disparos para disparar a T. y V.… 4. J. T. fue alcanzado por uno de los disparos lesionándolo en el muslo derecho, con orificio de entrada y salida en la pared lateral y posterior tercio medio… 5. Luego de los primeros cinco disparos, V. y T. huyeron del lugar, momento en que M. V. cayó herido al suelo producto del impacto de alguno de estos disparos –dado que presentaba dificultades en su movilidad- lo que fue aprovechado por H. que continuó disparando contra éste hasta vaciar el cargador del arma de fuego tipo pistola 9 mm… 6. M. V. quedó tendido en el suelo frente a la altura catastral Nº 1755 de la calle Dr. F. a consecuencia de los disparos de arma de fuego y sufrió lesiones que le causaron la muerte casi inmediata consistentes en: nueve heridas pos disparos de arma de fuego en cráneo, cuello, torax u abdomen, que le produjo un hemo-pericardio, hemotórax derecho y hemoperitoneo, de los cuales una lesión en el ventrículo derecho con desgarro en pared le provocó un paro cardio-respiratorio".-

Tal conclusión se apoya en un importante caudal probatorio que ha sido debidamente analizado por los sentenciantes, entre ellas la inspección del lugar del hecho llevada adelante por funcionarios policiales en forma casi inmediata a partir del aviso dado por vecinos del barrio, los rastros hallados y levantados por personal de criminalística, las pericias y autopsia practicadas y el aporte de testigos, uno directo y otros que tomaron conocimiento por terceros o bien conocen circunstancias anteriores;

así pudieron reconstruir la materialidad de los hechos en función de la hipótesis presentada por el Ministerio Público Fiscal; ahora bien determinar la autoría ha resultado más compleja.-

Aquí focaliza el impugnante el ataque al pronunciamiento, discordando con la credibilidad otorgada por el tribunal a un testigo de cargo, principal elemento probatorio en que se sustenta la controvertida autoría.-

Estrictamente cuestiona el valor asignado al mismo cuando se establecieron en el juicio circunstancias que llevan a dudar de la V.cidad de sus dichos vinculados a la identificación del autor y que de tal manera ésta síntesis es producto de una valoración parcializada y forzada del caudal probatorio, considerando que no fue suficiente para establecer con la certeza que requiere la instancia procesal la autoría de H. y ante la duda debieron los jueces estar a lo más favorable al imputado correspondiendo la absolución, lo que aquí nos reclama (art. 44 Const. Prov. y 28 C.P.P.).-

Para dar un marco adecuado a la respuesta debe tenerse presente que las características fundamentales del sistema de valuación de la prueba imperante son: "…la inexistencia absoluta de dogmas legales sobre la forma en que se deben probar los hechos y sobre el valor acreditante que debe otorgársele a cada prueba, de modo que el juez puede admitir cualquier medio de prueba que estime pertinente para comprobar el objeto de conocimiento. Pero ello no implica de ninguna manera un arbitrio absoluto del juzgador, pues fuera de aquella amplitud referida al principio de la libertad probatoria, se le impone su valoración conforme a lso principios de

la sana crítica racional, o sea que debe apreciar la prueba y fundar su decisión basándose no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indica la psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano (Eduardo Jauchen. Tratado de Derecho Procesal Penal T II, pag. 718/719, ed. Rubinzal Culzoni).-

Resultando entonces que la sana crítica del Juez otorgará valor a las evidencias para dar sustento a la construcción, nada impide que ella se apoye esencialmente en único testigo cuando el mismo está dotado por un lado de coherencia interna y por otro de coherencia externa, es decir que resulta corroborado con datos que previenen de una fuente distinta y en tal dirección esta Cámara ya se ha pronunciado en no pocas ocasiones – Sentencias Nº 12/2013, autos "P., M. s/ Homicidio", carpeta Nº 4812 de fecha 27/5/2013; Nº 21/2013, autos "C., L. A. s/ Homicidio r/ víctima", carpeta Nº 4179, de fecha 7/8/2013; Nº 16/2014, autos "Seccional Quinta s/ investiga Tentativa de Homicidio", Carpeta Nº 5166, de fecha 18/6/2014, las dos primeras confirmadas por el Superior Tribunal de Justicia por Sentencias Nº 11/2014 y 22/2014 respectivamente.-

Adelantando opinión considero que la crítica de la defensa se reduce a exponer nuevamente la teoría caso desarrollada en el juicio sin efectuar un cuestionamiento serio y profundo a los argumentos brindados por los jueces del tribunal. Emerge del pronunciamiento el proceso de análisis e interpretación de la prueba bajo las pautas antes mencionadas, encontrándose así suficiente y debidamente fundado permitiendo

comprender el razonamiento seguido por los Sres. Jueces; por lo tanto descarto absolutamente que estemos frente a una sentencia arbitraria.-

Como se extrae del hecho fijado en la sentencia y las circunstancias en que se produjo, tampoco se encuentra controvertido que M. A. V. acompañaba en la ocasión a la víctima junto a J. M. T., quien por diversos inconvenientes referidos por la Fiscal actuante no pudo ser ubicado para que declare en el juicio.-

El joven V. ha dicho en la audiencia de juicio que venía caminando con la víctima y T. luego de efectuar unas compras aparecieron dos sujetos encapuchados por un costado y que comienzan a disparar; que a simple vista pudo reconocer a uno de ellos, mencionando a M. H. a quien conocía del barrio y que a dichos de T. el otro sujeto sería G.. En lo puntual señala que H. le gritó como avisando que él llegaba, procediendo a disparar contra M. V., diciéndole a su compañero que les dispare a él y a T. por lo que salieron corriendo, quedando en el lugar el primero ya que tenía dificultades para movilizarse producto de una lesión causada por disparo de arma de fuego en la zona testicular. Detalla que fueron como cinco o seis los primeros disparos efectuados por H. mientras el otro alcanzó a disparar tres o cuatro veces hiriendo a T. en una pierna en tanto a él lo rozó una bala en la pierna izquierda.-

Desde luego no resulta extraño que los testigos que forman parte de un grupo que es agredido procedan o se manifiesten con una carga subjetiva extra contra él o los agresores, o que ya la poseían en virtud de diferencias o enfrentamientos anteriores, que incluso pueden explicar lo

sucedido, como es el caso de autos, cuando las heridas que presentaba M. V. en la zona abdominal fue a consecuencia de una agresión con arma de fuego llevada adelante por el imputado poco tiempo atrás, lo que reconoció incluso H. en la audiencia del art. 385 del C.P.P., e indudablemente era de conocimiento del deponente.-

El Tribunal al valorar este testimonio no ha dejado de tener en cuenta la circunstancia apuntada y procedió considerando los dos parámetros que guían la apreciación de la prueba testimonial.-

En cuanto a la coherencia interna, el testigo mantuvo su versión a lo largo del proceso y fruto de la inmediación, la impresión que pese a que se lo veía temeroso lució sincero y coherente, no pudiendo escapar a este análisis que se trató de un suceso conmocionante que se produjo en forma inesperada y rápida lo que puede arrojar falta de precisión respecto algún tramo del episodio y eso expresaron los magistrados en particular al analizar la situación de G. desvinculándolo del cargo formulado, y también les asiste razón; sobre el particular resulta más que ajustada la síntesis que logra la Dra. Arcuri al señalar "…el testigo V. vio con precisión la primera secuencia del hecho, emprende la huida frente a la cantidad de disparos iniciados contra M. V. a quien acompañaban, logra escuchar seguidamente una nueva seguidilla de disparos que la atribuye al segundo sujeto que acompañaba H. por haber oído el pedido de éste además de haber visto una segunda arma de fuego automática en el lugar, a ello debe sumarse la situación de shock emocional frente al escenario de ver herido de gravedad a su amigo.".-

En lo que respecta a la coherencia externa tenemos que el relato de V. concuerda con la prueba técnica y científica, características del arma empleada, disparos efectuados, ubicación de la víctima, pero también coincide con prueba indirecta como resultan los testimonios de los Oficiales R. F. y V., el del padre de la víctima, Sr. Muñoz Barrientos y el de la joven M. S., pareja de Muños Villagra.-

Pudo reconstruirse con la prueba que el arma de fuego empleada se trata efectivamente de una pistola calibre 9 mm.; las pericias a las que fueron sometidas las doce vainas servidas y los cuatro proyectiles hallados en el lugar, más los dos extraídos del cuerpo así lo indican, todos fueron disparados por un arma de dicho calibre semiautomática.-

También en base a la autopsia e informes producidos por la Lic. Crozzoli y Miguez Murilla tenemos que el cuerpo presentaba quince orificios, nueve de entrada y seis de salida y tres proyectiles alojados de los cuales solo se pudieron extraer dos, lo que habla a las claras de una ejecución sin piedad, pudiéndose establecer además que fueron cinco disparos iniciales cuando víctima y victimario estaban en movimiento y los restantes como remate cuando ya se encontraba abatido en el suelo efectuados a la cabeza y al torax, lo que concuerda con lo manifestado por V. en cuanto fueron cinco disparos los realizados por H. al interceptarlos y luego cuando huían escuchó aproximadamente siete detonaciones más.-

En cuanto a la inmediata identificación del autor por parte de V., también encuentra corroboración en los testimonios de las personas ya mencionadas quienes al tomar conocimiento de lo acontecido instantes

después también son informados sobre la identidad del autor y una circunstancia anterior reveladora del móvil, pues existía una enemistad manifiesta entre la víctima y H., quienes ya habían protagonizado varias agresiones resultando M. V. poco tiempo atrás herido mediante disparo de arma de fuego por el aquí imputado, encontrándose al momento del hecho en recuperación de la lesión, sobre lo que se refirió M. S., el testigo V. el Oficial V., que participó en la investigación de este hecho, corroborado por la historia clínica del Hospital Regional, lo que reconoce H. en la audiencia del art. 385 del C.P.P., como ya señalara.-

En virtud de todo lo expuesto entiendo que la sentencia en este punto no presenta fisuras, la prueba ha sido tratada y valorada adecuadamente conforme las reglas de la sana crítica y el razonamiento suficientemente argumentado por lo que deberá confirmarse el pronunciamiento.-

2.- En relación a la aplicación de la agravante del art. 41 bis del Código Penal, se agravia la defensa dado que considera que no es operativa en el caso porque resulta en definitiva un elemento constitutivo del delito; sobre el particular ya nos hemos pronunciado reiteradamente, cabe citar las sentencias Nº 13/2012, 22/2013 y 16/2014, sin dejar de atender también precedentes de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia en tal dirección, autos "G., A. H. s/ Homicidio", Expte. Nº 22094, Sent. Nº 26/2011, "B., F. A.s s/ Homicidio agravado", Sentencia Nº 65/2011, "M., N. M. s/ Homicidio", Sent. Nº 27/2014.-

Tengo dicho que su aplicación no es automática puesto

que el solo hecho que se utilice un arma de fuego no la habilita, debiendo analizarse si se emplea o se vale el autor de ella para no correr riesgo, es decir actuar sobre seguro y que la violencia o intimidación debe ser previa. De acuerdo a las circunstancias del caso analizado el autor procedió a tal manera y los Jueces para concluir por la aplicación han efectuado una acertada valoración; señala el Dr. Nicosia en su voto que "…no puede perderse de vista que, indisputable como es que el resultado mortal ha sido alcanzado por el acusado mediante el uso de un arma de fuego, el contexto en que ese empleo instrumental ha sido desarrollado con finalidad letal nos permite vislumbrar con total claridad el aporte por sí mismo de una enorme superioridad ofensiva en relación a la víctima, y de colocación consecuente de ésta en un estado de indefensión frente al agresor, quedando a su merced ya desde el primer momento en que se inicia el ataque, en tanto éste se desarrolló desde escasa distancia, de manera sorpresiva y en detrimento de un individuo completamente desarmado. Desde esa perspectiva, y descartada por completo la concurrencia de supuestos fácticos diferentes como podrían llegar a serlo un enfrentamiento armado entre bandos antagónicos o la realización de un aporte causal consciente de la víctima a su propia desprotección frente a la amenaza del autor pertrechado, es claro en mi concepto que el uso del arma de fuego con finalidad homicida supone en el presente caso que el enjuiciado ha procurado exitosamente la colocación a sí mismo en un estado de mayor seguridad, y al damnificado en un escenario de gran indefensión, lo que al fin de cuentas autoriza la aplicación en autos de la agravación prevista en el artículo 41 Bis del código represivo, tal como

adecuadamente lo propiciara la parte acusadora.” –ver ult. párrafo fs. 349-.-

Por ello entiendo que, el agravio no puede prosperar y debe confirmarse la sentencia también en este punto, lo que así voto.-

3.- Subsidiariamente el impugnante considera que el monto de pena impuesto resulta excesivo y que en el caso se ve afectado el principio “ne bis in idem”, toda vez que el Tribunal ha incurrido en una doble valoración de la circunstancia o elemento atendido para agravar la conducta –art. 41 bis C.P.- al momento de fijar el monto de la pena, reclamando que la respuesta punitiva se ajuste al principio constitucional de proporcionalidad.-

Pasando al análisis de la sentencia, cuenta con suficiente motivación que permite el control crítico racional del proceso de decisión y es evidente que los Jueces del Tribunal para llegar al monto de pena que en definitiva aplicaron, partieron del mínimo legal de la escala prevista, resultando esta diez (10) años y ocho (8) meses de prisión, en tanto su máximo se ubica en treinta y tres (33) años y cuatro (4) meses.-

En la especie los jueces han observado las pautas que establecen los arts. 40 y 41 del Código Penal, cuantificando la pena en quince (15) años de prisión, vale aclarar con la disidencia de la Dra. Arcuri que propuso una pena de trece (13) años y seis (6) meses de prisión otorgándole mayor peso a las circunstancias atenuantes que sus colegas, pero desde ya la respuesta punitiva no resulta irracional ni desproporcionada desde que el autor sorprendió a la víctima sin posibilidades de reaccionar vaciándole el cargador de un arma de considerable calibre semiautomática a

corta distancia, culminando la agresión cuanto ésta cae abatida, boca abajo, acribillándola para asegurarse el resultado, acciones rayanas incluso con la alevosía como bien lo menciona el Dr. Nicosia, como así también que tal conducta ha resultado potencialmente un riesgo para otras personas dado que la concretó en la vía pública en una zona poblada y todo ello autorizaba a elevar la pena con la prudencia que lo hicieron los jueces, no existiendo razones de carácter subjetivo que ameriten una disminución.-

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

En base al resultado al que se arribara por mayoría en la cuestión precedente, corresponde se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado M. J. H., contra la sentencia condenatoria Nº 1522/15 dictada en fecha 6 de mayo del corriente año; confirmar en todas sus partes la sentencia condenatoria mencionada y tener presente la reserva del caso federal.-

Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales del Defensor de Confianza, Dr. M. R. F., por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma de 25 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 por mayoría en la primera cuestión, coincido con lo propuesto por el colega que me precede, es decir que se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado M. J. H., contra la sentencia condenatoria Nº 1522/15 dictada en fecha 6 de mayo del corriente

año; confirmar en todas sus partes la sentencia condenatoria mencionada y tener presente la reserva del caso federal.-

Igualmente coincido con la regulación de Honorarios profesionales propuesta.-

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

Atento al resultado al que se llegara por mayoría en la cuestión precedente, adhiero a lo propuesto por los colegas que votan ut supra y que se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado M. J. H., contra la sentencia condenatoria Nº 1522/15 dictada en fecha 6 de mayo del corriente año; confirmar en todas sus partes la sentencia condenatoria mencionada y tener presente la reserva del caso federal.-

De la misma forma adhiero a la regulación de honorarios profesionales propuesta.-

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 M. J. H., contra la sentencia condenatoria Nº 1522/15 dictada en fecha 6 de mayo del corriente año (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).----------

---

2º) CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia condenatoria Nº 1522/15.----------

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

4º) REGULAR los honorarios profesionales del Defensor de Confianza, Dr. M. R. F., por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma de 25 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).----------

5º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

Sentencia nº 22/15

Fdo. Dres. Daniel Luis María Pintos. Martín Roberto Montenovo. Guillermo Alberto Müller.-