En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los veinte días del mes de septiembre de dos mil dieciséis, el Tribunal integrado por los Dres. **G. A. MÜLLER** en su carácter de Presidente, **Daniel Luis M. PINTOS y L. Marcelo PITCOVSKY**, Jueces de Cámara, proceden a dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 7955**, **Carpeta individual n° 1565**, caratulada: **"D., I. A. E. s/ Homicidio agravado por el uso de arma de fuego en calidad de autor"** de la Oficina Judicial de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, en la que tuvieron debida participación el Fiscal General Dr. **Herminio González Meneses**, el Sr. Defensor de Confianza Dr. **G. I.** y el imputado **I. A. E. D.**; y

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

Que los días 31 de agosto y 6 de septiembre del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. G. A. Müller, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de I. A. E. D., 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 I. A. E. D. 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. G. A. Müller, en segundo lugar el Dr. Daniel Luis M. Pintos y finalmente el Dr. L. Marcelo Pitcovsky.-

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

I.- Ha provocado la intervención de esta Alzada la impugnación ordinaria deducida por el Dr. G. I., Defensor Particular del imputado I. A. E. D., contra la Sentencia N° 452/2016 de fecha 1/6/2016, por la que se resultó condenado al nombrado a la pena de diez años y ocho meses de prisión, accesorias legales y la imposición de costas, como autor del delito de Homicidio Agravado por uso de arma de fuego (art. 79 y 41 bis del C.P.), en razón del hecho ocurrido el día 30 de junio de 2015 en la ciudad de Río Mayo en perjuicio de N. M. L..-

1.- El impugnante en su presentación, luego de realizar una enumeración de los agravios - nueve incisos-, expone en el Punto VIII, que titula "De la Sentencia Condenatoria", una crítica a la misma haciendo en principio mención a la declaración del imputado, trayendo el análisis que efectuó en su voto el Dr. Camilo Pérez de los testimonios prestados por S. A. M., C. D. A. A. y la Licenciada A., quién se expidió en relación a la mecánica del hecho, la determinación de la posición de la víctima y victimario y la distancia del disparo, para afirmar que del pronunciamiento se puede inferir que hay elementos de juicio que no han sido ponderados en debida forma, como así también que no mereció respuesta la teoría que el autor del hecho seria M. T., como así tampoco aquello vinculado a la labor

del MPF en punto a la acreditación de los extremos del real funcionamiento del rodado y sus accesorios técnicos, calificando la labor de la lic. A. como limitada, y que se ha incurrido en un error al validarla.-

Luego introduce como agravio, a modo subsidiario, la posibilidad de ubicar la conducta dentro de la figura culposa del art. 84 del C.P., y plantea la ausencia del agravante de arma de fuego.-

Concluye en solicitar, en función de considerar que su asistido fue condenado producto de una sentencia que se ha apartado de las reglas de la sana crítica, que no ha valorado razonada ni lógicamente los medios de prueba producidos y han omitido los dichos del imputado para la solución del presente caso, se admita la impugnación y se ordene la absolución de su asistido, subsidiariamente disponga la mutación de la calificación al tipo culposo ante la inexistencia de acreditación del elemento subjetivo doloso.-

2.- A su turno, el Sr. Fiscal General, Dr. Herminio González Meneses, en su responde, advierte que el impugnante solo ha procedido a efectuar una simple enumeración genérica de planteos carentes de fundamentos sin indicar en forma precisa el agravio, convirtiéndose en una mera disconformidad.-

Respecto a la crítica a la sentencia esbozada por el impugnante en el Punto VIII de su presentación, considera que la tesis del órgano acusador, a través de las pruebas rendidas, permitió derrumbar el estado de inocencia de I. D.. En primer término y en cuanto a la declaración del imputado transcripta por el defensor, indica que fueron contrastadas por

dos testimonios el del Of. A. y el Sub. Oficial S. J., asimismo y en coincidencia con el voto del Dr. Camilo Pérez, en cuanto a que no existen mayores diferentas entre los dichos de los testigos y del imputado, salvo lo referido a los gitanos, que por último termina responsabilizando a M. T., circunstancia desvirtuada en el debate por no acreditarse la existencia de inconvenientes con los gitanos de parte de la víctima. En cuanto a la intervención de la Licenciada A., la misma indica una hipótesis avalada desde lo científico y muy razonable.-

En orden al planteo de la aplicación de la figura culposa que prevé el art. 84 del C.P., entiende que se debe descartar por existir en el presente caso dolo directo. Asimismo, solicita se rechace el planteo de la ausencia del agravante de arma de fuego, con apoyo en precedentes del S.T.J. siguiendo el voto del Dr. Pfleger, sentencia de fecha 14/4/11, Expte. 22.094-2010.-

Por todo ello, concluye en solicitar el rechazo del recurso interpuesto por la Defensa Técnica del imputado D..-

3.- En ocasión de celebrarse la audiencia prevista a tenor del art. 385 del CPP, a la que concurrió el Sr. Defensor Público, Dr. G. I., y el Sr. Fiscal General, Dr. Herminio González Meneses, las partes sostuvieron oralmente sus posturas, señalando el impugnante una serie de dudas que a su entender las pruebas no pudieron despejar, en otras, respecto del funcionamiento del sistema de seguros de la puerta y de freno, tal como consta en el acta y en audio respectivo; en tanto el Fiscal refirió que la hipótesis de la defensa trató de ser avalada con un testigo sospechoso,

refiriéndose a J.millo.-

II.- Para comenzar el análisis del pronunciamiento en función de los agravios, resulta pertinente resaltar que no se encuentra controvertida la materialidad del hecho objeto del proceso y ha quedado probado que el día 30 de junio de 2015, estimativamente entre las 06:45 y 07:15 hs. en circunstancias que N. M. L. circulaba en su automóvil marca C. Z., dominio XXX-XXX, por calle Rivadavia frente a la plaza S. M. y la Escuela N° XXX de la localidad de Río Mayo, acompañado por I. A. E. D., recibe un disparo de arma de fuego en la cabeza, en el parietal derecho, que provocó un traumatismo craneoencefálico siendo trasladado al Hospital Regional de Comodoro Rivadavia, donde fue intervenido quirúrgicamente, falleciendo el día 5 de julio del mismo año.-

Sin dejar de atender la gravedad del hecho, el caso no presentó mayor complejidad para la investigación, en cuanto que las primeras diligencias permitieron elaborar una hipótesis principal que conducía claramente a una persona, luego reforzada por una sólida pesquisa.-

Así declararon en el juicio los preventores que asistieron inmediatamente al lugar, como así también el Dr. S. G., médico que prestó los primeros auxilios a la víctima, ordenando la derivación a un centro de mayor complejidad. Los mismos dieron cuenta del estado de cosas, de los rastros levantados junto a personal de criminalística a lo que se sumó la información médica, en particular la autopsia practicada por la Dra. M. F.. Con estos elementos los Jueces tuvieron por acreditada la materialidad del hecho, y al margen de no haber formulado la defensa observación o

cuestionamiento alguno a estas pruebas, la valoración de las mismas luce correcta.-

1.- Por el contrario, se encuentra controvertida en el caso la autoría del hecho. La Defensa técnica desde el inicio del proceso apeló en principio a una tesis negativa en cuanto que el Ministerio Público Fiscal no iba a poder probar este extremo, concluyendo en la etapa final del juicio que los acusadores en definitiva no pudieron aportar prueba directa y que las producidas no alcanzaron para derribar el estado de inocencia de su asistido.-

Como deJ. asentado en la reseña del caso el recurrente en su presentación solo enumeró una serie de defectos que se pueden resumir del siguiente modo: la omisión del Tribunal de valorar prueba dirimente; las falencias que presentaba la investigación; la falta de consideración de los dichos de su asistido en ejercicio de su defensa material; la inexistencia de una conducta dolosa y la inaplicabilidad del art. 41 bis del C.P.-

El imputado durante el juicio reconoció que esa noche estuvo con la víctima en un bar, que luego aceptó dar unas vueltas en el automóvil; que encontraron a G. y lo llevaron hasta su domicilio para luego concurrir a la vivienda de L. donde estuvieron media hora aproximadamente tomando una cerveza, solicitándole que lo lleve a su casa y que en el trayecto los siguió una camioneta T. que luego los pasó y dobló para el lado de la plaza y que repentinamente apareció de la nada una persona, por lo que accionó el freno de mano, dirigiéndose el vehículo hacia el cordón cuneta donde quedó detenido, escuchando una explosión cayendo L. herido sobre su pierna, por lo que salió corriendo a la casa de su hermana sin dar aviso a la

policía ni al Hospital, sacándose la ropa procediendo a lavarla para luego acostarse, y que a la hora apareció la policía secuestrando el pantalón con sangre y unos rifles que usaba para cazar, solicitándole los funcionarios que se quede en su domicilio.-

También declaró que L. durante la noche le comentó que había comprado recientemente el automóvil y que la camioneta que los siguió era de los zingaros, para luego señalar a un tal M. T. como el presunto autor.-

Resulta válido el precedente de esta Cámara traído por el impugnante en autos "Soria Jorge s/ Homicidio r/v" Sentencia n° 5/13 de fecha 15/3/13, donde destaco la importancia de la actividad de las partes en el actual sistema de enjuiciamiento; señalo esto dado que el órgano acusador en el caso traído a conocimiento ha logrado comprobar su tesis, por ende el *aquo* debía evaluar la tesis de la defensa y su apoyatura y así lo hizo descartándola con sólidos argumentos.-

Ahora bien, esa actividad también es vital en esta instancia y para que el recurso tenga entidad y permita avanzar sobre las críticas que lo conforman, la defensa en principio debió indicar las pruebas que consideraba dirimentes, no ponderadas por el Tribunal, y de que manera debieron ser valoradas para arribar a una conclusión distinta; así la crítica ha quedado como un enunciado genérico sin fundamentos, asistiéndole razón al Fiscal General en cuanto el recurso presenta serios defectos y solo expone una mera disconformidad con el pronunciamiento.-

Los Jueces en forma absolutamente coincidente han

podido reconstruir los momentos previos al hecho y el recorrido realizado por la víctima durante esa larga noche en base a prueba aportada por el órgano acusador. Parten del testimonio de la esposa de L., la Sra. M. I. C., quien refirió que su esposa salió a las 20 hs. del día anterior a cenar a lo de su amigo F. A., e informara que lo hizo a modo de festejo porque había terminado de pagar el vehículo comprado recientemente. Luego se dirigió al Bar "C. C." de acuerdo a lo manifestado por su propietaria la Sra. A. F. M., arribando como a las 01:00 hs. del día 30/6/2015, donde permaneció cerca de una hora, para luego concurrir al Bar "L. P." conforme el relato del Sr. L. F. V. quien manifestó haber charlado con L. y que luego llegó I. D. pero que no recordaba haberlos visto juntos, hilvanando tales manifestaciones con las de otros parroquianos como V. F. G. y la información aportada por el Of. M. quien se entrevistó tanto con mujeres que trabajan en el local nocturno y otros tres individuos O., V., T. y un tal Z., quienes le informaron haberlos visto charlando a L. con D. en dicho Bar y que ellos luego se fueron a dar unas vueltas en la camioneta T. color blanca.-

Luego declaró el Sr. L. G. quien confirma lo dicho por el propio imputado, en cuanto tuvo un problema con su moto y que L. lo llevó hasta su casa encontrándose acompañado por D., y por último se dirigieron a la vivienda de la víctima donde tomaron cerveza permaneciendo treinta (30) minutos aproximadamente, lo que es confirmado por la Sa. C. y su hijo M. A. L., señalando también la esposa que avisó que se retiraba a llevar al muchacho.-

Adquiere aquí relevancia el testimonio de L. F. V. puesto

que confirma no solo la circunstancia que instantes previos L. y D. se encontraban juntos circulando en el vehículo del primero, sino también aquella que el imputado trata de mostrar como sospechosa, la presencia de una camioneta blanca que no es otra que la de V. en la que además iban T. y O., incluso refirió el testigo que los saludó y que D. respondió.-

Como puede advertirse no se extrae hasta aquí diferencia alguna con lo expuesto por el propio imputado, todo coincide perfectamente y así fue evaluado por los sentenciantes.-

El único dato aportado por D. no verificado por prueba independiente resulta ser la presencia de gitanos en el bar y las presuntas manifestaciones de la víctima relativas a diversos problemas con estos y algún incidente; al contario la prueba rendida descartó absolutamente la hipótesis traída por D. utilizada para dar verosimilitud a su inconsistente versión de los hechos y los jueces se han encargado de responder con sólidos argumentos en base a un detenido y profuso cotejo con las pruebas que aC. de mencionar, por ende la crítica del impugnante dirigida a la omisión de valorar debidamente la versión de su asistido comienza a desdibujarse.-

Es por todo ello que rápidamente la investigación llevó a una sola persona, como ya señalara al iniciar mi sufragio, y luego la prueba obtenida en la pesquisa ha permitido establecer con el grado de certeza que requiere la instancia que I. A. E. D. resulta el autor material del hecho, ostentando los argumentos de la sentencia en crisis una claridad que ciertamente conducen a la brevedad.-

De todos los elementos de mérito incorporados al plexo

surge que la muerte a sangre fría de L., mientras conducía su automóvil, de manera artera y sorpresiva, no puede más que vincularse a la sola voluntad de matar, pues nada indicaba enemistad u otros motivos anteriores o circunstanciales del momento para poder comprender al menos el luctuoso desenlace.-

Las pistas y rastros hallados llevan al pronto secuestro de la ropa que vestía en la ocasión el autor del hecho, a lo que debe aditarse las inmediatas acciones desplegadas para eludir la posible vinculación con el suceso. Tenemos que el arma no fue hallada y la ropa fue puesta a lavar en un lavarropas secuestrándose en tal circunstancia.-

Si bien los elementos hasta aquí señalados tomados individualmente, podían ser discutidos en cuanto a su aptitud para superar el estado de inocencia, en su análisis conjunto evidencian un grado de suficiencia notorio para derribarlo y así han sido evaluados por los jueces.-

Tanto lo previo al hecho, como lo posterior, conducía a D.; la ausencia de prueba directa del momento en que ejecuta a la víctima, como un testigo presencial, aunque sí vestigios del autor en la escena del crimen, pierde relevancia desde la naturaleza de la acción reprochada en la cual el sujeto activo actuó de manera tal de no ser visto u oído, como recluirse rápidamente en la casa de su hermana y no requerir auxilio atendiendo su versión, más la intención de borrar huellas, fue precisamente, para que nada pudiera conducir la pesquisa directamente a su persona.-

También corresponde referirnos a la hipótesis que trae D.; un sujeto que aparece de la nada, frente a un vehículo de importante

tamaño en movimiento, que procede a abrir la puerta delantera, lateral derecho –acompañante-, y efectuó un disparo hiriendo en la cabeza a su compañero y sin más se retira raudamente del lugar y no requiere ningún tipo de auxilio ni denuncia el suceso.-

Esta alternativa fáctica propuesta por el imputado desde ya no resiste el más mínimo análisis y los jueces se han encargado con demasiada profundidad y de manera puntillosa en descartarla sobre la base de más elementos probatorios a los ya tratados; me refiero a la pericia criminalística de la Licenciada A. analizada conjunta y armónicamente con el informe de autopsia que estableció, en base los rastros hallados, que el autor efectuó dos disparos de derecha a izquierda desde el sector del acompañante el primero que no hace blanco e impacta en el techo con un muy leve roce en la cabeza y el segundo que dá de lleno en el parietal derecho con las consecuencias ya sabidas.-

El Sr. Defensor cuestionó algunos aspectos de este trabajo y de una pericia mecánica vinculada al funcionamiento de los seguros automáticos de puertas, pero ello no fue sustancial ni idóneo para desmerecer el importante trabajo pericial en el que la perito ha detallado las operaciones realizadas, los métodos empleados para efectuar sus cálculos de distancia y dirección de los disparos, posición de las personas entre otros, adquiriendo un valor preponderante, y así se lo adjudicaron los sentenciantes.-

Por último debo destacar que la única prueba que aportó la defensa para aproximarnos a la hipótesis de su asistido, el testigo J., ha

negado en el juicio tener conocimiento acerca del suceso, menos de sus probables autores y fue ante ello que el imputado decidió ampliar su declaración en el juicio aportando una grabación de una comunicación de un teléfono celular en la que se escucha solo una voz femenina que recriminaría a J. que declare realmente lo que vio, vinculado a la circulación de una camioneta blanca, a lo que debo señalar que el punto fue aclarado suficientemente por otras pruebas, en especial el testimonio de V..-

Entonces, el Ministerio Público Fiscal construyó un caso sólido, si bien basado en indicios, pero múltiples, serios y concordantes, que por otra parte a tenor de las características del hecho, era la única modalidad probatoria posible para reconstruir lo acontecido en el tramo final y brindar una explicación racional y esencialmente posible de cómo ocurrió el suceso que derivó en la muerte violenta de N. M. L..-

En tal sentido es oportuno señalar que los principios que rigen la valoración de la prueba en el proceso penal permiten que, mediante prueba indiciaria, se arribe a un juicio de certeza pero con la ineludible condición que estos sean unívocos y no anfibiológicos, producto de un análisis conjunto no por separado, en definitiva una utilización racional de los mismo, tema que este Tribunal ha tratado en reiteradas oportunidades fijando posición –Sentencias N° 35/2014; 7/2015; 7/2016-; en definitiva entiendo que en el caso el valor adjudicado a los indicios deriva de una operación racional que los vincula necesariamente a la autoría del hecho; queda más que claro que los jueces verificaron esa relación necesaria que debe mediar entre el hecho indiciario con el indicado, por lo cual la decisión

merece ser confirmada.-

2.- Descartadas absolutamente las primeras críticas a la sentencia, corresponde introducirnos en aquella mencionada como “Omisión de ponderar la inexistencia de conducta dolosa”, la que no cuenta con mayor desarrollo pero que con esfuerzo se extrae que la dirige a una presunta insuficiencia argumental de los jueces para concluir que ha sido una conducta intencional, y ello se conecta directamente con el planteo que introdujo en el recurso y que sostuvo en la audiencia del art. 385 del C.P.P. en cuanto ubicar la conducta dentro de la figura culposa del art. 84 del C.P.-

Básicamente entiende el Sr. Defensor que el hecho pudo responder a un manejo imprudente de un arma de fuego que se caracteriza por un exceso en el obrar y que el Tribunal se inclinó por la existencia de dolo directo sin más, pese a aceptar la inexistencia de problemas previos ni sobrevinientes entre los protagonistas, agrega que ni siquiera analizaron el dolo eventual.-

El Fiscal respondió al nuevo planteo en forma sintética, lógica y efectiva, sosteniendo que el Tribunal dio sólidos argumentos para concluir que el imputado actuó intencionalmente, por ende mal pudo considerarla como una acción imprudente.-

Este nuevo planteo, no realizado durante el juicio, ciertamente trae aparejada alguna observación de carácter procesal vinculada al alcance de la revisión de la sentencia en esta instancia, cuando la cuestión no fue planteada oportunamente al Tribunal de grado y por ende no debía pronunciarse, no solo por ello, sino también porque en el caso no surgía de

ninguna de las pruebas aportadas la posibilidad de atender una hipótesis tal como la que ahora introduce el recurrente.-

Podemos decir, siguiendo precedentes tales como "Herrera Ulloa" de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y "Casal" de la C.S.J.N., que en la revisión se debe procurar la máxima capacidad de rendimiento, esto es revisar todo lo revisable con el único límite que impone el respecto de la inmediación del Tribunal del Juicio y sobre esta base examinar la validez de la sentencia recurrida en general y el respeto a los derechos fundamentales pudiendo expedirnos sobre cuestiones no planteadas.-

Ahora bien, en este caso sobre la base de circunstancias acreditadas con holgura, en cuanto el autor efectuó dos disparos en el interior del vehículo a su conductor directamente a la cabeza, a muy corta distancia porque se ubicaba en la butaca del acompañante, además de resultar una persona que tiene conocimientos y práctica sobre el manejo de armas de fuego, la hipótesis de un obrar imprudente resulta imposible desde cualquier perspectiva.-

Para concluir debo reiterar una vez más que los jueces han valorado correctamente el plexo cargoso, confrontado los testimonios recibidos y los dichos del encartado con todos los elementos rendidos en el juicio, en particular con la pericia criminalística y autopsia, la que les permitió verificar la hipótesis traída por el órgano acusador en todos sus tramos, incluida la significación jurídica asignada a la conducta reprochada en la cual los jueces dijeron acertadamente lo que es, un homicidio doloso, lo

que hago propio, por ende no puedo decir lo que no es.-

3.- 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 "Gómez, Armando Hugo s/ Homicidio", Expte. Nº 22094, Sent. Nº 26/2011, "Barría, F. Andrés s/ Homicidio agravado", Sentencia Nº 65/2011, "Millaldeo, Nicolás Matías 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.-

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

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

I.- Me remito íntegramente a la reseña del caso que ha expuesto el Juez Müller, toda vez que la misma contiene los antecedentes fundamentales de lo actuado en la presente etapa de impugnación, que deben ser materia de tratamiento en este decisorio; y además, con el fin de evitar

reiteraciones innecesA..-

II.- 1) La fundamentación de la sentencia de condena, en orden a la determinación de la autoría responsable del encartado I. A. E. D., por el hecho motivo de juzgamiento cometido en perjuicio de N. M. L., en las primeras horas de la mañana del día 30 de junio de 2015, en la localidad de Río Mayo, resulta adecuada y por ende merece ser objeto de confirmación íntegramente, como resultado del examen de revisión que implica el recurso ordinario del acusado.-

Para ello, habremos de tener en cuenta en primer término, que se produjo prueba testimonial en la audiencia de debate, dando cuenta que imputado y víctima fueron vistos juntos, momentos ante del hecho; y no solo eso, en general, sino particularmente dentro del vehículo de L. que este conducía, y en el que luego fuera ultimado (veáse en tal sentido, la deposición de L. F. V.) –D. ocupaba el asiento del acompañante-.-

También fue muy relevante en el inicio de la investigación, el aporte de la viuda de L., quien informó que su marido estuvo por unos instantes en la vivienda familiar aquella madrugada, junto al imputado D.; de donde salieron, luego que la víctima le avisara a M. I. C., que "iba a llevar a este pibe" y regresaba de inmediato -versión que respaldó asimismo, en un todo, su hijo M. A. L.-.-

A continuación, el decisorio también hubo de relevar la información anónima que aportó la autoridad prevencional, en el sentido que una vez producida ya la colisión del automóvil de L. –a causa de la herida de bala que sufrió-, se pudo ver una persona salir corriendo de su interior,

aunque no fue identificada. Si bien es cierto que ello no constituye un dato de por sí incriminante, en contra de tal sujeto acompañante, toda vez que sería perfectamente posible desde las máximas de la experiencia, hipotizar que ante un ataque por terceros al conductor, y desde el exterior desde el vehículo, cualquier eventual ocupante del mismo tendería a alejarse para preservar su integridad física, sin que ello signifique que está comprometido en la ejecución del delito; igualmente resulta altamente llamativo que en una localidad de baja población, en horas de la madrugada o primeras de la mañana, contexto en el que no debe ser habitual que se produzcan tiroteos y atentados contra la integridad física o la vida, en plena vía pública, si aquel sujeto huía del peligro causado por un/os tirador/es ignoto/s, no radicara luego ninguna denuncia, ni pedido auxilio para protegerse, comunicar espontáneamente lo sucedido, a la autoridad prevencional, etc. –quedó acreditado que nada de ello sucedió en la emergencia-.-

El propio acusado D. en una de las versiones que ha dado durante el proceso, admite que se dirigió a la casa de su hermana, y se acostó, sin llamar a la Policía, ni acudir a un nosocomio, por ejemplo –así lo destaca en su responde a la impugnación, tanto por escrito como durante la audiencia del art. 385 del CPP, el Fiscal general interviniente-. En cuanto a los desconocidos “agresores externos”, si bien el imputado alude a la presencia de una camioneta “T.”, por detrás del vehículo en el que se conducía con la víctima fatal, luego cuando relata su descenso del automóvil y la carrera emprendida, sorprende que no efectúe ninguna referencia a aquel rodado, ni tampoco a personas que pudieran haber bajado del mismo, a modo

de apoyo al ignoto “tirador”, o bien que este haya ascendido a un vehículo que lo aguardaba, todo ello a título especulativo como material de análisis, en el marco de una posible reconstrucción histórica de los hechos.-

Además, al momento de arribar al lugar testigos y funcionarios policiales, todos los vidrios de las cuatro puertas del móvil, se hallaban levantados; de manera entonces que adolece de sustento probatorio independiente, la hipótesis de un tirador que hubiera disparado hacia el interior, a través de alguna de las ventanillas, ya que carece de lógica hipotizar que alguien se hubiera ocupado, luego del episodio, de volver a cerrar los vidrios.-

2) En este estado, comienzan a pesar las pruebas técnicas sobre la mecánica del hecho, posición del tirador, dirección de los dos disparos que se efectuaron en el rodado, estudio de ADN, etc.; todo lo cual converge a indicar que L. ha sido ultimado por una persona ubicada en el sitio del acompañante, utilizando un mismo arma de fuego para ambos tiros –el último causó la lesión mortal, ya que el informe pericial criminalístico de la Lic. C. M. A. del Ministerio Público Fiscal, sobre la mecánica del hecho, apunta a reconstruir que primero hubo un forcejeo, probablemente con la finalidad del conductor de intentar desarmar (sin éxito) a su atacante-. El primer disparo dio en el techo del “C. Z.”, y siempre desde la butaca del acompañante.-

El segundo disparo fue realizado desde una distancia aproximada de cincuenta cms. (“a quemarropa” según el voto de la Jueza Penal Tassello), impactando sobre el lado derecho de la cabeza de L., por

arriba de la oreja. El protocolo de autopsia de la Médica forense M. V. F. confirma, en tal sentido, que la causa de muerte ha sido un traumatismo cráneoencefálico, debido a una herida de arma de fuego en cráneo.-

En apoyo de aquella referida tesis de la perito A., sobre la mecánica del hecho, contamos también con prueba científica a partir del secuestro de una prenda de vestir del autor –pantalón de jean-, en su domicilio y poco después del hecho; el que fuera sometido a examen de ADN, con resultado positivo en relación con el perfil genético de la víctima –el disparo hace que L. se desplome hacia la izquierda, sobre el acompañante, de allí la presencia de una mancha sanguínea en el pantalón del encartado-.-

3) Tal como ya se adelantara, la defensa material de D. carece de sustento probatorio en medios de convicción independientes. En cuanto a la prueba de descargo, también ha sido descartada fundadamente por los Jueces Penales que integraron el colegiado de juicio; en el caso del testigo nuevo M. J., porque no ha aportado datos de interés para el caso, y en el de la hermana del acusado por no resultar creíble su versión de los hechos, ni dar razón fundada de sus dichos. A mayor abundamiento, la sentencia también despeja cualquier tipo de duda, en orden a la posible intervención de personas integrantes de la comunidad gitana, desde que la familia de L. ha desmentido que pudiera existir ningún conflicto entre la víctima y aquel colectivo, ya sea por deudas pendientes, reclamos alrededor de la compraventa de un automóvil, etc..-

III.- 1) Una consideración especial, entiendo, que merece

el agravio en subsidio, y relativo a la posible calificación del caso como un Homicidio culposo (art. 84 CP), que el Defensor de confianza del encartado ha introducido en la presente instancia de impugnación. Y sostengo que debemos pronunciarnos al respecto, de un modo particularizado, a fin de no incurrir en ninguna confusión técnica; toda vez que de lo que se trata, es de dejar en claro que la imposibilidad de su recepción, como materia del recurso ordinario, en absoluto obedece a un criterio restrictivo, ni menos a una práctica susceptible de perjudicar al derecho del acusado a una revisión amplia de la condena.-

Como prueba de lo expuesto, no está demás recordar que reiteradamente hemos aceptado el tratamiento de argumentos, que fueran introducidos ya *in extremis* en la etapa de impugnación –v.g. recién en la audiencia del art. 385 CPP, ampliando el contenido del memorial escrito-; pero siempre con la salvedad que se trate de cuestiones, que han sido materia de abordaje en la precedente etapa del juicio oral y público –o bien el supuesto más excepcional aun, de algún déficit que pueda rozar la vigencia de principios constitucionales, como ser legalidad, atipicidad de la conducta, etc., y por ende debe ser asumido de oficio por este tribunal de Alzada-.-

En los precedentes de las sentencias n° 7 y 10/09, entre otras, citamos un trabajo relativo a la correlación entre acusación y sentencia, en el que se recalcaba la prohibición de cualquier cambio de calificación del hecho, que resulte sorpresivo; y, menos aún, que la nueva tipificación "… no haya sido tenida en cuenta en ningún momento del desarrollo del juicio o los debates particulares …" (cfr. Grünberg, Adrián F., *Descripción del hecho*

imputado, congruencia y defensa en juicio, publicado en el sitio elDial.com, con cita de Binder).-

A mayor abundamiento, se advierte que en el presente caso, no ha mediado acusación subsidiaria (o alternativa, art. 291 CPP) en orden al supuesto culposo, ni tampoco es posible afirmar que entre la modalidad del delito de Homicidio simple agravado por el uso de un arma de fuego, y el Homicidio culposo, exista una patente y acusada homogeneidad; tal como se requiere para poder argumentar que un cambio de calificación *iura novit curia*, no hace mella en el principio de congruencia -cfr. Maier, *Derecho procesal penal I. Fundamentos,* edit. del Puerto, Bs. As., año 2004, p. 575: "...La imputación dolosa y la culposa, aunque se refieren a un mismo resultado (por ej., homicidio) no son *fungibles*, como si fueran infracciones progresivas, según algunos parecen creer. **No puede** pasarse, sin más, de la infracción dolosa a la culposa, pues significan la descripción de **hechos distintos**, por más que el resultado sea idéntico: el dolo supone la voluntad de realización del resultado y la acción consumativa de él, circunstancia subjetiva que debe ser objeto de la acusación para poder ser reconstruida; la culpa, por el contrario, no reside en esa voluntad, sino en la infracción a un deber de cuidado –otro hecho distinto, por ejemplo: el exceso de velocidad o la inobservancia de una regla de tránsito-, que constituye la imprudencia y que provoca el resultado. Si la acusación por un delito doloso quiere contener, eventualmente, la posibilidad de la condena por el delito culposo correlativo, deberá también **contener, subsidiariamente, esta última imputación**, con descripción detallada del hecho que constituye la

inobservancia al deber de cuidado…" (el destacado me pertenece)-.-

También a modo de corolario acerca de la extemporaneidad del planteo, destacaremos por último que en la presente instancia ya no sería posible introducir el cambio de calificación, previa advertencia al imputado –aplicando el mecanismo previsto en el art. 322, IV párrafo, del CPP, al que remite el art. 332-; por afectación del derecho del acusado a la doble instancia, tal como lo destaca nuestra doctrina nacional, al comentar la jurisprudencia del TEDH sobre la materia (cfr. Gullco, Hernán V., Análisis del fallo "Robledo, Heber" de la Sala I de la entonces CNCP, de fecha 19/08/09, publicado en *Jurisprudencia de Casación Penal*, t. 3, edit. Hammurabi, Bs. As., año 2011, p. 58: "Hacia una nueva definición del principio de congruencia").-

2) Para el hipotético caso que no se comparta todo cuanto se viene exponiendo, en orden a la imposibilidad formal de acoger en esta instancia un pedido de cambio de calificación legal, en el sentido propuesto por el impugnante; añadiremos para concluir que, en nuestro caso, el cuadro probatorio ya reseñado sucintamente, resulta incompatible con un supuesto de delito imprudente, teniendo en cuenta para ello que, es posible poner fuera de toda duda que el sujeto que dispara "a la cabeza", a muy corta distancia, se representa y quiere el resultado muerte, por el "altísimo" grado de peligro de que sobrevenga ese resultado, jurisprudencia "frecuentísima" en los delitos contra la vida y la integridad, según expone la doctrina del Derecho comparado, por ejemplo española (cfr. Joaquín Cuello Contreras, Análisis del fallo *Ranno, Carlos A.*, de la entonces CNCP, sala I, del

3/10/05, en la obra colectiva *Jurisprudencia de Casación Penal*, ya citada, t. 5, ps. 55 y ss., edit. Hammurabi, Bs. As., año 2012: " … cuando se han querido peligros tan grandes, asociados, además, a acciones también queridas, es ineludible afirmar el dolo, no bastando la calificación de mera imprudencia, por lo que el Tribunal Supremo se ve obligado a imputar los hechos a título de dolo …").-

IV.- El último motivo de agravio, 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, en casos de Homicidio doloso tal como nos hemos pronunciado ya en plurales precedentes; por caso, en la 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, 24/14 y 22 y 34/15, todas de esta Cámara en lo Penal, entre muchas otras.-

En estos precedentes se tuvo 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 el voto de la citada sentencia 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 dicho 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 M. 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, V. 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 seV., en el caso del empleo de armas. La norma se aplica a los delitos que se cometen con violencia física contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego, cuando es factible llevarlos a C.

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 A. Donna en su obra: "El código penal y su interpretación en la jurisprudencia", Actualización al 31 de diciembre de 2009, Tomo I, arts. 1° al 161, Editorial Rubinzal - Culzoni, págs. 151 y 152- el destacado me pertenece.-

Más recientemente, aquel 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 A. Donna, agosto de 2013, págs. 305 y ss.).-

El voto de la mayoría sostuvo que: "… 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).-

V.- Por todo lo expuesto, y siguiendo lo acordado en la deliberación, sumo mi voto por la negativa a la presente cuestión.-

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

Llega la presente Carpeta a la Cámara Penal para resolver la impugnación ordinaria presentada por el Dr. G. I., contra la sentencia del Tribunal de juicio de la ciudad de Sarmiento, dictada el 1º de junio de 2016, decisorio que condenó a I. A. E. D. a la pena de Diez años y ocho meses de prisión, en orden al delito de Homicidio simple agravado por el uso de un arma de fuego (arts. 79 y 41 bis del CP), por el hecho ocurrido en la localidad de Río Mayo el día 30 de junio del año 2015, en perjuicio de N. M. L..-

Los agravios de la Defensa y el responde la Fiscalía se han descripto al inicio de la presente sentencia, por lo que en honor a la brevedad a ellos me remito, sin perjuicio que se encuentran detallados en los escritos correspondientes y en el audio de la audiencia.-

En el recurso presentado por escrito, ratificado en la audiencia, se precisan nueve puntos de queja. El Sr. Representante del Ministerio Fiscal, con debida atención, puntualizó que la mayoría de ellos no han sido desarrollados, es decir, que no ha desplegado el Defensor con argumentación suficiente los motivos de tales agravios.-

Pueden puntualizarse los mismos, en la omisión de valorar elementos de prueba dirimentes para la solución del caso, en la omisión de ponderar la inexistencia de una conducta dolosa, en omisiones

dirimentes en la investigación, e una defectuosa tarea policial, en la ausencia de verificación del estado del rodado, en que hecho se encuadra en un tipo culposo, en que la sentencia no es derivación del derecho vigente, en que hubo una errónea aplicación del artículo 215 del CPP y en que no procede la aplicación del artículo 41 bis del CP..-

Llevado a C. el Acuerdo de Ley previo a deliberar, hemos por unanimidad arribado a la conclusión que la sentencia debe confirmarse en todos sus términos.-

La muerte de L. ocurrió en forma violenta, de ello no han quedado dudas, por ello el hecho debe colegirse como constitutivo del delito de homicidio simple. Sobre el tópico los Jueces han sido claros y suficientemente descriptivos con la prueba que les acercara la Fiscalía al debate. El deceso de L. ocurrido días después del hecho, fue producto, conforme surge de la autopsia, de un disparo con arma de fuego. De ello no hubo queja por parte del Sr. Defensor, pero sí de cómo fue la mecánica del hecho y de qué prueba se han valido los sentenciantes para arribar a sus conclusiones de condena.-

Dijo el Letrado, ampliando los nueve puntos de queja antes señalados, que hay elementos de juicio que no se han ponderado en debida forma, y que la teoría de que el autor del hecho sería M. T. no fue tampoco debidamente respondida, como que tampoco se acreditaron los extremos del real funcionamiento del rodado y sus accesorios técnicos, más que la labor de la Lic. A. se ha limitado a realizar tareas que no requieren mayores conocimientos.-

Del repaso del voto de los Magistrados, se advierte que ello no es así, pues dieron debida respuesta a cada punto puesto a su consideración, analizando correctamente las circunstancias que rodearon el hecho criminal, las cuestiones relacionadas a la autoría, a la calificación legal y a la pena, evaluando para ello en forma pormenorizada la prueba ventilada en el juicio.-

A saber, el Dr. Pérez destaca en su voto las conclusiones de la autopsia y el resultado letal producto del disparo en la cabeza de la víctima, indicando como se encontraba la escena del hecho, con el cuerpo de L. recostado en el asiento hacia el espacio del acompañante y la cantidad de sangre derramada en el interior, esto a resultas del testimonio de M., funcionario policial que llegó primero al lugar. Respecto a la autoría, destacó el Juez lo acontecido previo al hecho, esto es, las actividades que desarrollaron ambos –imputado y víctima- en el pueblo, particularmente desde el tiempo en que ambos se encontraron esa noche. Este dato, que además no fue negado por D., es analizado en forma suficiente por los tres Magistrados.-

Tampoco procede el agravio de la Defensa en cuanto a que la sentencia no trata la presunta vinculación en el hecho de T., Los Jueces evaluaron esta circunstancia y la descartaron, por cuanto el único testigo que pudo avalar los dichos de D., que era G., desconoce una supuesta pelea entre la víctima y los gitanos de la comunidad.-

El cuestionamiento que aparece sobre la actuación y el resultado de la pericia de la Lic. A., tampoco tendrá debida acogida. Surge

de la sentencia y del repaso de la prueba, que no cabe ninguna duda respecto de la actuación de la Perito y de la fuerza convictiva de la esperticia de mención, en tanto la Licenciada describe con sumo detalle el panorama que halló en el interior del vehículo a través de una exhaustiva inspección del mismo, detallando luego la mecánica de producción del suceso, destacando que se encontró en el techo del habitáculo otro disparo con una bala incrustada con restos de pelo. Ello permite determinar que al menos hubo dos disparos con arma de fuego en el evento –el otro en la cabeza de L.-, acentuando además la Perito la posición que habrían tenido víctima y victimario en el habitáculo, elaborando su hipótesis relacionada al modo de producción del hecho, esto es, de cómo sucedieron ambos disparos, hipótesis que por lo demás acogieron favorablemente y en forma correcta los Jueces en su sentencia.-

Han analizado también los Magistrados los indicios que arrimara oportunamente la Fiscalía para probar su caso, los que analizados fueron considerados claros y unívocos, no ambiguos ni anfibológicos, infiriendo de ellos, a más de la prueba pericial y testimonial antes señalada, un conjunto armoniosos de elementos de cargo, correctamente evaluados respecto de la existencia del hecho y de que su autor fue D..-

Agregó en su queja el Profesional, que en la especie resulta de aplicación la figura del tipo penal culposo (Art. 84 del CP), dando razones en su escrito y en la audiencia de impugnación de porqué debe desecharse el dolo directo y acogerse en el suceso la acción culposa.-

Esta nueva cuestión, no menor en términos procesales

dado el momento de su presentación – en esta audiencia de impugnación-, fue contestada brevemente por el Fiscal, quien entiende que en el hecho, tal como lo expresaron los Jueces, hubo dolo directo de matar por parte del imputado, peticionando en consecuencia se rechace la aplicación del artículo 84 del CP.-

En primer lugar, debe destacarse que este cambio de calificación legal no lo propuso el Sr. Defensor en el debate, alegato de suma relevancia que sorprende no fue introducido en aquel tiempo procesal, oportunidad en que pudo ser discutido por la Fiscalía con la prueba sobre el tapete y acaso discurrir sobre la posibilidad de ocurrencia de un homicidio culposo, para luego, además, poder ser evaluado por el Tribunal de juicio.-

Que más allá de ello, se advierte que en el hecho hubo dos disparos, producidos con una misma arma desde el interior del habitáculo, conforme lo destacado por la perito actuante, por lo que en principio no aparece desde la acción del ejecutante ninguna imprudencia o acaso negligencia en el manejo del arma de fuego que pueda determinar que en el hecho hubo una violación al deber de cuidado en el gobierno de la misma, por lo que voto por el rechazo de esta petición.-

En relación a la aplicación del art. 41 bis del Código Penal adelanto que mi conclusión será en igual sentido que los votos que me preceden, pues ese ha sido el resultado de la deliberación.-

Previo realizar el análisis del caso, formularé algunas reflexiones sobre la cuestión, trayendo al efecto lo que he dicho en Carpeta Nº 3811 OFIJU CR, sentencia de fecha 23 de marzo de 2012, cuando

expresé que los jueces gradúan la pena en cada caso conforme la sanción que establece cada tipo penal y de acuerdo con los límites que el Código señala, contando para ello con las atenuantes y agravantes que prevén los artículos 40 y 41 del C.P., respecto de los delitos con penas relativas. En ese pensamiento, las agravantes (genéricas), no modifican la escala penal predeterminada en las figuras penales, pues sólo dan determinados parámetros que guían al juzgador como pautas de mensuración al tiempo de fijar la sanción atendiendo los fines de la pena, que estará sometida a los principios de culpabilidad, legalidad, humanidad y proporcionalidad, entre otros.-

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

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

la Constitución, un Derecho Penal del "hecho" –Constitución Nacional, artículo 18- tiene su medida en la gravedad del hecho. En otras palabras, y para decirlo en lenguaje técnico jurídico-penal: ***la medida de la pena está determinada por la magnitud del injusto y de la culpabilidad del actor".*** *Más luego de realizar estas apreciaciones, agregó: "Toda pena que vaya más allá de ello es inconstitucional. Hago estas reflexiones porque el proyecto en consideración introduce en nuestro Código Penal el artículo 41 bis y es sabido que el artículo 41, como el propuesto, consagra las reglas para la determinación de la pena en el caso concreto. Me preocupa que en los fundamentos de la norma propuesta no se hagan consideraciones de este tipo, y tal silencio hace pensar que el legislador puede incrementar penas sin límite alguno. Y en un Estado de Derecho el poder punitivo estatal tiene límites. Sí cierto que no hay límites matemáticos, que hay margen de decisión político criminal a la hora de construir la ley penal, pero –reitero-, no es un poder ilimitado. En el contexto de estas reflexiones cabe que nos preguntemos –ello no es tema de tratamiento en la exposición de motivos del proyecto- si existe alguna razón que justifica tal incremento de pena como el propuesto. Soy de la opinión de que sí existe y que es de fundamental importancia exponer, y quiero que ello se consigne de manera expresa en caso de sancionarse la norma,* ***a fin de que tal razón sirva en su momento como dato a ser tenido en cuenta por los jueces que deban aplicar la nueva regla."*** *-Discusión parlamentaria de la reforma al artículo 41 bis del Código Penal –agosto del año 2000-." Palabras del Senador Pardo. (Las negrillas me pertenecen.-*

Las razones de la mención a las palabras del legislador nacional, tal como lo he referenciado e*n* Carpeta *"Armando Hugo Gómez p.s.a. de Homicidio",* Nro 1550 de la Oficina Judicial de Comodoro Rivadavia, es porque estimo que la aplicación del artículo 41 bis del C. Penal no es mecánica. En aquel expediente dije, entre otras consideraciones, lo siguiente: *"(...) He de confirmar también que en el caso resulta de aplicación la agravante genérica del artículo 41 bis del C. Penal. Digo en el caso concreto, pues para su imposición, a mi juicio, se debe atender a distintos factores y no al mero uso del arma como hecho objetivo. Existen aspectos personales e intransferibles en el accionar del victimario que resultan de la utilización de este medio peligroso y que deben evaluarse en forma previa, ante la posibilidad concreta de producir un hecho delictivo, que necesariamente debe prestarse atención en la aplicación de una pena más grave. El arma de fuego no es traída o empleada por la gente de modo uniforme, ni en las distintas situaciones de modo igual. Digo esto, pues el legislador ha penado con mayor sanción el uso de este peligroso elemento, cuando previo se valió de este para no correr riesgo y actuar sobre seguro".-*

Que resulta necesario particularizar en cada caso la intensidad con que se utilizó el arma de fuego, y si acaso se pudiera, establecer el modo y motivos por los que la tuviere el autor en su poder, debiendo tomarse como relevante y fundante de la mayor punibilidad ese abuso de superioridad que el arma otorga a quien la porta, y que con plena conciencia de ello, luego ejecuta aprovechándose de la fragilidad que

concede la víctima en la ocasión. Este contexto no significa a mi juicio más que, luego de vincular en forma personalizada el injusto a su autor, graduar la pena conforme su culpabilidad en el hecho, la que operará como principal indicador del máximo de la magnitud de poder punitivo que se puede ejercer sobre él. "Zaffaroni, Raúl E., Derecho Penal Parte General".-

Sentado ello, en al caso particular que nos convoca debo analizar el tratamiento que los jueces de la sentencia le han dado a la cuestión.-

Así la Dra. Raquel Susana TASSELLO, dijo: "*Que en mi opinión habiéndose utilizado un arma de fuego para producir la muerte de la víctima resulta de aplicación la agravante genérica prevista en el artículo 41 bis del Código Penal, a la figura del homicidio simple (artículo 79 del CP), coincidiendo con la calificación legal seleccionada por el titular de la acción pública, se trata de un delito doloso, la acción típica sin dudad exige violencia en contra de las víctima y la aludida figura penal no contiene en forma expresa dentro de sus estructura la circunstancia consistente en le empleo de un arma de fuego.*

Quedó probado que el acusado utilizó en forma propia un arma de fuego –cargada y apta para el disparo- para producirle la muerte L. (autopsias, testigos e informe balístico), configurándose en el caso los elementos objetivos –violencia física y empleo de arma de fuego- y subjetivo – dolo directo- que exige la norma para la aplicación de la agravante…".-

En ese sentido el Dr. Daniel Camilo PEREZ, expresa*:*

"Luego, es de aplicación la agravante prevista en el art. 41 bis del C. Penal. Ello es así desde que se según se desprende del informe de la médico forense la muerte de la víctima obedeció a un disparo de arma de fuego. Se condice ello con los restos de plomos deformados obtenidos del techo del vehículo propiedad de la víctima, como la obtenida del cerebro de la víctima. Si bien el arma no ha sido secuestrada, según informe del licenciado Murillas se trata de un revolver calibre 32 corto".-

Más adelante el Juez explica: *"Entiendo que la manda del art. 41 bis del Código Penal es de aplicación a todas las figuras típicas de la parte especial de la ley sustantiva –o de leyes complementA.- que no hagan expresa referencia a su estructura típica a la violencia o intimidación contra las personas mediante el uso de armas del tipo de las de fuego.-*

Así, el artículo 79 del C.P a mi juicio no hace referencia alguna ni al género "armas" ni a la especie "de fuego" y por tal motivo todo ilícito imputado bajo esa tipicidad no se encuentra atrapado por la excepción que –en el segundo párrafo- contempla la citada norma. Por lo demás resulta evidente que el empleo de un arma letal revela en el homicidio cierto grado de preordinación, incrementa las posibilidades de éxito de la empresa e implica finalmente disposición de medios para delinquir. Por ende, postulo la plena aplicación de la agravante genérica del art. 41 bis a la figura del homicidio simple traída a estudio".-

En el mismo sentido votó el Dr. Casal.-

Conforme se observa, los Jueces dieron suficientes razones respecto de la aplicación en el caso concreto del artículo 41 bis del

CP., las que he de compartir, en tanto el imputado D. contó para ejecutar el hecho con un elemento decididamente seguro y extremadamente dañoso, teniendo además cabal conocimiento del letal objeto que utilizaba -tenía práctica en el uso de armas de fuego-, y con plena voluntad de conseguir el resultado que finalmente ocurrió. Así voto.-

En lo referente a la sanción de 10 años y 8 meses de prisión aplicada a I. A. E. D., también ha de ser confirmada, puesto que no obstante habérsele impuesto la pena mínima, se observa de los sufragios de los sentenciantes, que han arribado a la misma luego de una correcta fundamentación basada en los lineamientos que sobre la dosificación de la pena establecen los artículos 40 y 41 del CP.-

Conforme vengo de decir, no advierto en el caso que la sentencia criticada resulte arbitraria, pues los Jueces han dado razones suficientes, evaluando en forma correcta las cuestiones de hecho y de derecho que se han esgrimido, saliendo airosa la pieza procesal del embate de la Defensa, la que debe confirmarse en un todo. Así voto.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MÜLLER** 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 I. A. E. D., contra la sentencia condenatoria Nº 452/16, dictada en fecha uno de junio del corriente año y confirmarla en todos sus términos y tener presente la reserva del caso federal.-

Asimismo corresponde regular los honorarios

profesionales del Sr. Defensor de Confianza del imputado, Dr. G. I., 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. **PINTOS** dijo:

De acuerdo al resultado por unanimidad, al que se ha llegado en el tratamiento de la primera cuestión, adhiero a la propuesta del primer votante, es decir que se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado I. A. E. D., contra la sentencia condenatoria Nº 452/16, dictada en fecha uno de junio del corriente año, confirmarla en todos sus términos y tener presente la reserva del caso federal.-

De igual forma adhiero a la regulación de honorarios profesionales propuesta, para la presente etapa de impugnación ordinaria.-

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

Atento al resultado al que se ha arribado en la primera cuestión adhiero a lo propuesto por los colegas que votan ut supra y se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado I. A. E. D., contra la sentencia condenatoria Nº 452/16, dictada en fecha uno de junio del corriente año y confirmarla en todos sus términos y tener presente la reserva del caso federal.-

Igualmente adhiero a la regulación de honorarios profesionales propuesta.-

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 I. A. E. D., contra la sentencia condenatoria Nº 452/16, dictada en fecha uno de junio del corriente año y **CONFIRMARLA** en todos sus términos (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).----------

2º) TENER presente la reserva del caso federal.----------

3º) REGULAR los honorarios profesionales del Sr. Defensor de Confianza del imputado, Dr. G. I., 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).----------

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

La presente sentencia es firmada por dos de los Sres. Magistrados, por encontrarse el Dr. L. Marcelo Pitcosvsky en su jurisdicción, habiendo remitido el voto vía correo electrónico.-

Sentencia nº 16/16

Fdo. Dres. G. A. Müller. Daniel Luis M. Pintos.-