En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los veinte días del mes de agosto de dos mil trece, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres. **DANIEL LUIS MARÍA PINTOS**, en su carácter de Presidente, **M. Roberto MONTENOVO y Guillermo A. 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° 48.154**, **carpeta individual n° 5452**, caratulada: "M., N. M. s/ Homicidio r/v" de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación el Sr. Fiscal general, Dr. **Carlos Adrián Cabral**, los Sres. Defensores de Confianza Dr. **F. M. R.** (C.) y el Dr. **D. H. L.** (M.), los imputados **O. A. C. y M. G. M.**; y

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

---- Que los días 31 de julio y 5 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 las Defensas técnicas de O. A. C. y M. G. M. , 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 ¿Deben admitirse las impugnaciones interpuestas por las Defensas de C. y M., contra la sentencia condenatoria?, ¿Debe modificarse la pena impuesta al acusado M.?; 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. M. Roberto Montenovo, en segundo lugar el Dr. Guillermo A. Müller y finalmente el Dr. D.
L. M. Pintos.-

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

I.- Ha provocado la intervención de este Cuerpo las impugnaciones ordinarias deducidas, por un lado, por el Defensor de Confianza de O. A. C., Dr. F. M. R., a fojas 204/207, y por el otro, por el Defensor de Confianza de M. G.
M., Dr. D. H. L., a fojas 208/211, contra la sentencia N° 14/13, de fecha 13 de marzo de 2013, por la que se condenó a O. A. C. a la pena de once años de prisión, accesorias legales y costas como autor del delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego (Arts. 79, 41 bis, del

C.P.), por el hecho acaecido el 29 de octubre de 2012 en perjuicio de N. M. M.; y a M. G. M. a la pena de once años y tres meses de prisión como partícipe necesario del delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con el delito de amenazas simples (Arts. 79, 41 bis primer párrafo, 55 y 45 del C.P., por los hechos ocurridos los días 28 y 29 de octubre de 2012 en perjuicio de N. M. M. y M. S..

1) En primer lugar, el Dr. F. R., en su libelo de fojas 204/207, denuncia que el decisorio impugnado vulnera principios y garantías de raigambre constitucional, como lo son la garantía del debido proceso legal, el principio de inocencia y del in dubio pro reo y la defensa en juicio, todo ello con fundamento en los Arts. 18, 31, 75 inc. 22 de la C.N., art. 11 inc. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 8 inc. 1 y 2 del de San José de Costa Rica, Ley 48 Art. 14. Hace reserva del caso federal.

Señala que las declaraciones testimoniales recogidas durante la investigación preliminar y que fueron sustento de la pieza acusatoria que motivó la apertura de juicio oral, dieron un giro curioso y sorprendente, ya que al momento de llegar a juicio existían solamente tres testigos presenciales del hecho: la hermana de la víctima, M. A. S., la cuñada M. E. R. y la testigo de identidad reservada G. B., a los que califica

de una certeza incuestionable porque así surge de los testimonios vertidos en el juicio por el Oficial Ayudante A. R., el Sargento T., el oficial S. de la Brigada de Investigaciones y el Oficial González de la Seccional Sexta de Policía, quienes participaron en distintos tramos de la investigación inicial del hecho.

Cuestiona los testimonios brindados por M. S., L. M. y B. B., de quienes pone en duda su presencia en el teatro de los acontecimientos y el reconocimiento que los mismos efectuaron de su defendido, C..

Concluye que el juicio fue desvirtuado al entender que la familia de la víctima influyó directamente en la declaración de los testigos del hecho, por lo que resultan violadas las garantías de defensa en juicio y debido proceso, torciendo ilegalmente la suerte de su asistido ya que el Tribunal ha valorado absurdamente el plexo probatorio y ha violentado las reglas de la sana crítica.

Por último sostiene la inaplicabilidad del agravante del Art. 41 bis del C.P. por afectar los principios de doble incriminación, igualdad ante la ley, previsibilidad y proporcionalidad y solicita que en caso de resultar condena la misma no debe exceder el mínimo legal de ocho años previsto en la norma sustantiva.

2) A su turno, el Dr. D. L., en su escrito de

fojas 208/211, señala que el decisorio recurrido resulta arbitrario porque el Tribunal, sin tomar en cuenta la totalidad de la prueba incorporada a la causa y fundado únicamente en los testimonios imparciales de la madre, hermana y hermanos de la víctima, se pronuncia haciendo caso omiso de los extremos fácticos y legales del caso, arribando a una conclusión jurídicamente inadmisible, lo que provoca un daño injustificado a su defendido, M. G. M..

Peticiona se revoque la sentencia motivo de agravio absolviendo a su asistido y, subsidiariamente para el caso de que la resolución lo condene la misma sea bajo la figura de partícipe secundario con el mínimo de la pena prevista en el Art. 46 del Código Penal.

Cita doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema relacionada con la doctrina de la arbitrariedad.

Con relación a la prueba testimonial, señala que los únicos testimonios que pondera el juzgador son los de la madre y hermana de la víctima y la declaración de una testigo de identidad reservada, descartando el testimonio de una vecina, que indica como R., quien manifestó no haber visto a M..

Agrega que el Tribunal ha incurrido en un desacierto, ya que no se encuentra probado que su asistido se encontrara en el lugar del hecho ni que hubiera participado necesariamente dándole el arma

homicida al supuesto autor, puesto que los dichos de los testigos, ninguno presencial, se basan en “me dijo”, “me contaron” y que los policías que intervinieron manifestaron que al arribar al lugar fueron recibidos con una verdadera lluvia de piedras, ya que es una zona de conflictos constantes y por tales razones no pudieron realizar las pericias correspondientes.

Destaca que, se suma a la carencia en el plexo probatorio, la inexistencia de antecedentes penales de M. G. M. y el resultado de dermonitrotest realizado por la Lic. S. V. en donde se determinó la inexistencia de restos de pólvora.

Cuestiona la figura de la participación necesaria del Art. 45 del Código Penal al entender que la cooperación debe ser esencial, lo cual en la actualidad es causa de debate y controversias ya que entiende que no es tan sencillo determinar hasta que punto esa cooperación será imprescindible para la comisión del delito “sin los cuales no habría podido cometerse” según reza el Código Penal.

Señala que existe una laguna legislativa por cuanto esa cooperación no obsta a que dicha participación se pueda atribuir a una participación primaria y en consecuencia penado con la pena correspondiente a la del autor o necesariamente esa cooperación debe tener un carácter esencial por lo que el delito nunca se hubiere podido cometer sin ella, lo cual no es el caso, y entiende que de ser así no ve diferencia con

la participación secundaria con la cual el delito sin la cooperación se podría cometer igual.

Y finalmente entiende que condenar a un partícipe por su aporte no esencial o fácilmente reemplazable como lo es la entrega del arma a la pena correspondiente a la del autor afecta el principio de culpabilidad y habría un error en la aplicación de la pena al imputarle el delito del autor por la calidad de su aporte no esencial. Cita al Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni y por último solicita se revoque la sentencia motivo de agravios.

3) Los Representantes del Ministerio Público Fiscal, en su responde de fojas 221/224vta., sostuvieron que con respecto a las pruebas testimoniales los Jueces se explayaron sobre el particular y sentenciaron conforme a lo que todos los testigos, de cargo y de descargo, les transmitieron, conforme los principios que rigen el acusatorio.

Agregan que la investigación se realizó solamente en un mes y que los testigos se sumaron en este periodo con lo cual difícilmente en ese escaso tiempo hayan podido procesar detalles e información transmitida en juicio con la coherencia y naturalidad que lo hicieron, respaldados por el resto de la prueba testimonial (científica y policial), documental e instrumental acompañada al juicio (evidencias

objetivas como croquis, fotografías, planos del lugar, ropa secuestrada, comunicaciones telefónicas y certificaciones, entre otras cosas).

Señalan que en estos casos la urgencia y estado de exaltación de las personas y/o testigos que estuvieron en el lugar, o que trasladaron a la víctima justifican la falta de información o incluso el desinterés en brindar información inicialmente a la policía, pero esto dista enormemente de creer que por lo menos cinco testigos no vieron, no estuvieron y no captaron a través de sus sentidos.

Sostienen que la sentencia recurrida detenta una valoración completa de toda la prueba, la de cargo y de descargo, y que los Jueces se han expedido respecto de la misma, incluso sobre los testimonios referidos por la defensa, fundando por que los mismos resultaron creíbles y coherentes con lo relatado.

Brindan un detalle pormenorizado de las declaraciones brindadas en juicio por los testigos G. B., M. S.,
M. E. R., L. A. M., G. S., M. S. y B. O. B. y concluyen que de las mismas más las declaraciones prestadas por el personal policial interviniente surge que el plexo probatorio se direccionó desde un principio de la investigación en torno a la autoría y participación de los imputados y que las pruebas aportadas en el juicio permitieron a los Jueces sostener con grado de

certeza la responsabilidad endilgada, no alcanzando los agravios a desvirtuar los sólidos fundamentos de la sentencia.

Por último solicitan el rechazo de la impugnación del agravante del delito del Art. 41 bis del C.P. al entender que el uso del arma implicó una superioridad de medios que justifica la mayor severidad punitiva. En apoyo citan jurisprudencia del Excmo. Superior Tribunal de Justicia ("G., J. s/ Homicidio r/víctima s/ impugnación. Expte. 22.127, F° 10, Año 2010, voto del Dr. Pfleger), y de este Cuerpo (Hernández, Elías s/ Homicidio r/víctima s/impugnación, Expte. 22675, F° 101, Año 2012), esta última con cita también al voto del Dr. Pfleger.

Finalmente solicitan el rechazo de la impugnación efectuada por la Defensa de O. A. C. y la confirmación de la sentencia.

4) Conforme la pieza acusatoria formulada por el Ministerio Público Fiscal "El día 29 de octubre de 2012, siendo aproximadamente las 16:30 horas, en momento en los que M. A. S., su progenitora A. y su hermano N. M. M. se encontraban en su domicilio sito en G. **** de esta ciudad, se apersonaron en la intersección de las calles G. y T., de esta ciudad, M. G. M. y O. A. C.. En estas circunstancias con la intención de dar muerte a N. M. M. para vengar el primero de los nombrados -M. M.- la agresión sufrida por su hermana D. C. por parte de la víctima el día 27 de octubre de 2012, M. efectuó entre dos y tres disparos

de arma de fuego tipo revolver presuntamente calibre 38 con dirección a la mencionada vivienda logrando que N. M. saliera del domicilio, y luego pasó el arma a O. A. C. quien corrió hasta el frente de la casa, le efectuó dos disparos a M., uno de los cuales dio directamente contra su humanidad a la altura del pecho, y después volvió hasta la esquina donde lo esperaba M. y se dieron ambos a la fuga. Que N. M. falleció mientras era trasladado al Hospital Regional de esta ciudad, por shock hipovolémico por herida de arma de fuego por lesión en ambos pulmones y corazón. Asimismo, con fecha 28 de octubre de 2012, alrededor de las 16 horas, M. y H. M., un tal P. (P.) y uno de los R., conjuntamente con otros individuos no identificados hasta el momento, se apersonaron esgrimiendo todos ellos armas de fuego en el domicilio sito en G. **** de esta ciudad, donde se encontraban M. A. S. junto a su hija menor de edad y a su madre A., y traspasaron el portón de la casa, circunstancia en la que M. les dijo a todos "métanse adentro y rompan todo que está ahí escondido" (refiriéndose a N. M.), por lo que M. A. S. dejó pasar a uno de ellos, a P. (P.) quien revisó la casa y se dio cuenta de que N. M. no estaba allí saliendo de la misma. A continuación , ante los reproches de M. S. por esta situación, M. M. le dijo "que se callara porque también la iba a hacer cagar" y efectuó un disparo con un arma de fuego presuntamente pistola calibre 22 negra, que pasó por al lado de ella, para posteriormente irse todos del lugar".

5) Los Jueces que dictaron la sentencia traída en cuestión, realizaron un pormenorizado análisis de los testimonios brindados durante el Debate por M. R., L. M., M. S., G. S., M. S. y G. B., en consonancia con el resto de la prueba rendida, arribando a la conclusión de que los relatos son coincidentes y verosímiles sobre la mecánica del hecho que estableciera la Policía Científica y los datos recabados por esta a través de croquis, informes fotográficos, secuestros y los funcionarios de policía que depusieron en audiencia, lo que acredita con total certeza la autoría del hecho que se imputa a O. A. C. y la participación necesaria de M. G. M. (del voto de la Dra. Arcuri).

A su vez el Dr. R. refiere a la situación de los testigos considerando que la vinculación familiar de buena parte de ellos con la víctima no desvirtúa de por si el valor de su relato, agregando que sus expresiones no surgen teñidas de parcialidad o ánimo de perjudicar a los acusados en forma caprichosa y que todos dieron razón de los motivos por los cuales se encontraban en el sitio.

Con relación a la agravante del Art. 41 bis del C.P. los sentenciantes coincidieron que la misma resulta aplicable al caso ya que existió intimidación y violencia previa mediante la utilización de un arma de fuego que colocó a la víctima en un estado de indefensión al sentirse obligado a salir de su domicilio en defensa de su grupo familiar.; y con

respecto a la participación de M. coinciden en que su actividad fue de tal importancia que sin su colaboración el autor no hubiese podido consumar el hecho, por lo cual le cabe la figura del partícipe necesario.

Por último y a fin de individualizar la pena tuvieron en cuenta como agravantes las características y circunstancias del hecho violento, la participación de dos personas, la banalidad de los motivos, la escasa edad de la víctima y con respecto a M. también consideraron el concurso de delitos; y como atenuantes consideraron la juventud, el escaso nivel de instrucción, la existencia de una familia contenedora y el ser padres de familia, el difícil contexto sociocultural en que se desenvuelven sus vidas y la inexistencia de antecedentes penales computables; para el caso de C., su condición de trabajador y para M. las secuelas y padecimientos físicos que afectan a su salud. Por todo ello resolvieron imponer a O. A. C. la pena de once años de prisión y para M. G. M. la pena de once años y tres meses de prisión.

II.- Tal como quedara expuesto en el anticipo de esta decisión, a efecto de abordar las razones de la misma, estimo pertinente aludir, en tanto son los temas por los que han rondado la críticas de las Defensas a la Sentencia en crisis, al concepto estricto de prueba testimonial en el orden adjetivo que ingresó en vigencia en fecha 31/10/06 en nuestra

Provincia, y también a las herramientas con que cuentan las partes a fin de proponerla y utilizarla en procura de sus “casos”.

La Sentencia, como acto procesal culminante de un juicio requiere, conforme el sistema de la libre convicción, o sana crítica racional, que el Sentenciante exprese las razones que lo llevaron a adoptar la decisión, las cuales deben surgir de las pruebas que fueron debidamente aportadas al proceso.

En el caso traído a consideración, ambas Defensas ponen énfasis en la valoración efectuada por el Tribunal de Juicio respecto de las declaraciones testimoniales brindadas por los testigos de cargo, principalmente en la cantidad de testigos, diferencias entre los existentes en la etapa preparatoria y el Juicio Oral, eventuales contradicciones entre las deposiciones en sede del Ministerio Fiscal y las ofrecidas en el Debate.

A modo general, cabe decir que el testigo, como sujeto de prueba, se limita a transmitir sus percepciones sobre determinado suceso, apelando a sus recuerdos sobre lo ocurrido, y la fuerza probatoria del testimonio se basa en la presunción de que el que lo presta ha podido observar y querido declarar la verdad.

Jauchen (Tratado de la Prueba en materia Penal, Editorial Rubinzal Culzoni, p. 360), citando a Gorphe, (De la apreciación de las pruebas, p. 362), señala que los principales elementos psicológicos

del testimonio son: la percepción del hecho que se efectúa por medio de cualquiera de los sentidos siendo determinantes tanto las circunstancias como la situación personal respecto del hecho percibido; la memoria, que requiere necesariamente la conservación de lo percibido mediante los sentidos y luego su evocación, difiriendo el proceso del recuerdo en la capacidad de cada individuo; y la deposición, que es el momento en el que se desarrollan las dos etapas psíquicas anteriores, transmitiendo al juez el conocimiento que se tiene de los hechos.

Es decir, el testimonio implica una importante actividad psíquica que se encuentra influida por las circunstancias de tiempo, modo y lugar, aspectos personales del declarante como así también la vinculación que el mismo tiene con el hecho del cual está relatando.

Los Jueces del Debate se han valido de un esquema de razonamiento en cuanto al punto, que posee la virtud de sobrevivir a la crítica de los impugnantes aún si efectuásemos la operación de supresión, como testigos, de las personas a criterio de los letrados más débiles respecto del mérito de sus dichos.

Desde ya partimos de la base que la materialidad del suceso no ha sido cuestionada, es decir, que el día 29/10/12 en horas de la tarde, en la vivienda ubicada en calle G. ****, N. M., al salir a la puerta de

su morada sufrió el impacto de una bala eyectada por un arma activada por una persona desde el centro de la calle, que ingresó en su hemitórax, traspasó su cuerpo y le provocó un shock hipovolémico y luego el deceso.

Omitiré la reseña de la prueba médica y los aportes de los preventores, más allá de lo expresado supra, en cuanto a la escena del hecho, en los que se han basado los Sentenciantes pues, reitero, el punto no ha sido cuestionado.

Los temas de agravio han sido planteados en cuanto a la autoría de C., la participación necesaria de M. al entregarle el arma homicida y la lógica del fallo respecto de la prueba testimonial.

Si principiamos por atribuir a M. R. el carácter de insospechable de parcialidad o incoherencia como calificaron los Defensores, tendremos que era vecina del difunto, allí estaba el día del hecho, observó a una persona disparar un arma de fuego contra este en consonancia de tiempo, modo y espacio con las conclusiones médicas y de la inspección ocular, ubicó en la escena a L. M. y M. S., y manifestó que instantes después del suceso, recibió la información de algunos presentes de que el autor había sido “T. “ C., el que luego se alejó hacia la calle T., en la esquina. Pero celebrada una rueda de reconocimiento, no lo identificó.

Otra vecina, G. B., recordó haber visto a M., al que conocía previamente, dirigirse munido de un arma de fuego hacia la vivienda de la victima, efectuar disparos en esa dirección, casualmente con la mano en la que no posee problemas físicos, acompañado por otro hombre al que describió, en términos similares a la apariencia física de C., M. empujó a este, el que ya con dicha arma se aproximó a la morada del difunto y realizó los disparos, uno, mortal.

Aquí me detengo un instante, para decir que las dolencias certificadas en la salud de M., a priori no excluían que haya podido disparar con su mano útil, ni desplazarse, extremos ambos que los testigos han corroborado.

M. S. observó el último tramo, y depuso en forma coincidente. Y L. M. también, más allá de una supuesta ingesta alcohólica que podría haber afectado sus recuerdos, argumento puramente retórico que se ve superado por la coincidencia apuntada entre su versión y la de las testigos R. y S..

En definitiva, los Jueces han considerado y evaluado los testimonios recibidos, advirtiendo alguna de las contradicciones señaladas por las Defensas, pero considerando que las mismas no tenían entidad suficiente para derribar la validez de las declaraciones, máxime

que, de modo alguno, modificaban el resultado del hecho definitivamente probado.

Señala Jauchen (Ob. Cit., p. 369): “Las contradicciones que se advierten dentro de una misma declaración o entre declaraciones sucesivas de un testigo son otro de los puntos más importantes para su apreciación … de ahí que deba realizarse un examen crítico”.

Y “la realidad indica por la experiencia y por las comprobaciones científicas realizadas desde hace algunas décadas en psiquiatría, que la mente humana es falible por múltiples motivos, siendo en consecuencia absolutamente normal que cualquier individuo, aún no tratándose de casos patológicos, puedan errar acerca de alguna circunstancia o detalle en la transmisión del conocimiento que haya tenido de un hecho , lo cual en modo alguno importa una actitud mendaz ni invalidante de las adecuadas evocaciones que haga en todo el resto de su relato”.

En definitiva, los Jueces deben valerse de la prueba que consideran útil para arribar a la verdad de los hechos, siguiendo las reglas de la lógica, la experiencia común y poniendo de manifiesto cual fue el razonamiento efectuado para arribar a su conclusión.

Y ello. considero, es lo que ha realizado el Tribunal de Juicio en el presente caso, habiendo efectuado el análisis de los elementos aportados con una clara exposición de los motivos que los llevaron a culminar en una Sentencia condenatoria, no quedando dudas respecto a que el arma fue provista por M. y que C. fue el que efectuó el disparo, dirigiéndolo a una zona vital del cuerpo (lo que presupone al menos la existencia de dolo eventual), que terminó con la vida de M., resultado que de ninguna manera puede ser conmovido con las discordancias, no trascendentes, de los testimonios recibidos, como lo pretenden las Defensas.

Es decir, ya con el núcleo compuesto por R., M. S., B. y M., se podía perfectamente arribar a la vulneración del estado de inocencia en cuanto a ambos acusados, en la medida de la imputación que se le hace a cada uno.

III.- También, la Defensa de M. ha alertado en cuanto a los vínculos de parentesco y/o de amistad entre los testigos y la familia de la víctima (algunos directamente la componen), elevando tal circunstancia a la categoría de impedimento para la obtención de objetividad en sus expresiones.

De acuerdo a la experiencia en el abordaje de esta

clase de casos, considero que la prueba compuesta por testigos directos, objetivos, memoriosos y carentes de toda clase de vinculación o conocimiento con alguno de los protagonistas de un hecho ilícito, se verifica en un ínfimo porcentaje.

Por el contrario, siempre se esta ante familiares, amigos, del acusado o víctima, como declarantes en Juicio, lo cual no deja de tener su lógica pues todos solemos rodearnos de quienes conocemos y no de ajenos.

En tal contexto, reitero que siempre teniendo en cuenta de que forma pudieron haber influido en la reproducción de lo ocurrido dichos vínculos, es tarea del Tribunal determinar el mérito de los testimonios.

Y aquí lo ha realizado de la manera en que ha quedado patentizada, correctamente.

IV.- Otro aspecto de la cuestión, traído por la Defensa de M., radica en qué debe entenderse por testimonio en los términos del orden adjetivo penal hoy vigente en Chubut, pues en ello ha insistido el letrado en orden a la existencia de “contradicciones”.

No caben dudas que la declaración prestada bajo juramento de decir verdad, en Debate, lo es. O la llevada a cabo en la modalidad de anticipo jurisdiccional (art. 279 CPPCh.). No así las

recibidas urante la etapa preparatoria por el Fiscal, quién tiene prohibido requerir el mentado juramento (art. 186 última oración). Ello es así por la estructura del proceso, en donde la centralidad del Juicio resulta uno de los principios rectores (art. 3).

Además, tales actos, los de recabar información no juramentada de personas con conocimiento de un hecho presuntamente típico, por los investigadores (Ministerio Público o Policía), carecen de control por el imputado y la Defensa, sin perjuicio de la obligación que por ley se les impone a los primeros, de proporcionar a los segundos el Legajo de evidencias, el cual, por otra parte, carece de valor probatorio, pues solo es prueba aquello que ingresa al Juicio Oral, o por vía de excepción a través de los indicados anticipos jurisdiccionales, por los medios previstos (arts. 257 y 258).

Lo que pretendo significar es que aquellos actos de obtención de datos, recabados a los testigos presenciales al comienzo de la pesquisa, no constituían un testimonio. Sí lo fueron en Juicio, en donde, a partir de la propia Sentencia impugnada, el audio del Debate y la admisión de las Defensas, estas examinaron a los testigos de cargo exhaustivamente, verdadero "contra examen", en términos del modelo de litigación penal que, considero, mejor se adecua al rito vigente.

Además, los mentados testigos fueron ofrecidos como

prueba en la Acusación y tratada su incorporación en la Audiencia Preliminar, en la cual participaron ambas defensas. No es posible, hablar aquí de sorpresas en cuanto al punto.

Y el resultado, como ya hemos visto, ha sido que la prueba de cargo salió airosa, más allá de algunas contradicciones que se explican, reitero, por la naturaleza propia de la prueba testimonial y quizás, por el shock traumático generado por lo vivido.

Sí, la crítica ha apuntado a desmerecer la "coherencia intrínseca" de tales testimonios, confrontándolos con las expresiones iniciales, ello no pudo lograrse ni en cada caso puntual ni menos aún en cuanto a la coherencia "extrínseca", pues considerados en conjunto, los testigos presenciales conformaron un todo armónico, que como dijera el Acusador Público en la Audiencia del art. 385 del CPPCh., fue idóneo para reconstruir lo ocurrido en sus aspectos esenciales, y fundamentalmente, la acción atribuida a los imputados y su resultado.

Por ello los agravios relativos a la arbitraria apreciación de la prueba y la ausencia de fundamentación del decisorio en crisis no deben prosperar.

V.- Otro tema de crítica ha sido el vinculado con la

tipificación legal, el grado de participación de M. en el hecho, y la aplicación a ambos, C. y su consorte, de la agravante genérica del art. 41 bis del CP.

Respecto de lo primero, no me extenderé demasiado. Ha quedado demostrado que M. era familiar de la pareja de M., y habría intervenido en un supuesto conflicto de pareja presuntamente caracterizado como un caso de violencia doméstica, a efecto de tomar represalias con la víctima fatal. Es decir, allí habría que identificar el móvil de lo acaecido, y por ello se habría apersonado esa tarde en el domicilio del occiso efectuado disparos de arma de fuego hacia su morada, entregado el instrumento a C. con claros fines de que munido de él, emprenda contra la vida de la víctima.

En tal contexto, su intervención, desde lo subjetivo, merodea la coautoría, o al menos la instigación pero desde el aporte, a todas luces la participación necesaria, pues proporcionó un elemento de notoria capacidad ofensiva al autor, con el cual este culminó con la existencia de M..

Sí le hubiese proporcionado un arma blanca, quizás valdría la objeción, pero entregando un arma de fuego, y con la carga subjertiva referida, no caben dudas que ello fue un factor imprescindible

al resultado luctuoso. Por ello, su grado de participación, tal cual fuera invocada en la Acusación deviene indiscutible.

En lo que no hemos coincidido con mis colegas es en cuanto a la agravante del art. 41 bis del CP.

Me permito reiterar, en lo concerniente, lo expuesto en la Sentencia N° 13/12 (Carpeta Judicial N° 2188, Legajo Fiscal N° 20.982, Nieves Almonacid): "He de disentir con mis colegas en orden a la aplicación de la agravante del art. 41 bis del CP., reiterando mi posición en casos análogos al presente ("V." nº 3607).

"He sentado postura en cuanto al tema, y por ende no me extenderé demasiado. Tal lo expuesto, en principio ha quedado zanjada la cuestión a nivel Provincial por el Superior Tribunal, Sala Penal, en el precedente " D.D. A. s / Hom. Simple" Expte. 20083-D-2005".

"Pero lo ha sido desde la posible violación al principio constitucional del "ne bis in idem", no en cuanto a otros aspectos de la problemática que ha generado la desafortunada introducción del art. 41 bis al catálogo represivo.

"Más allá que considero que la aplicación del principio indicado, y el de la interpretación de las normas más favorable al reo (art 44 último párrafo Constit. Prov.), ambos postulados de envergadura

constitucional, nacional (art. 18 CN), y local, inclinan la balanza hacia la no aplicación del precepto, deviene apropiado mencionar otras aristas al análisis."

"He dicho en el caso M. (Setencia nº 56/08, Carpeta nº 56/08): que una nueva dimensión al debate ha traído el fallo "A." (auto nro. 306 de 26/6/09), de la Cámara de Acusación de la Provincia de Córdoba (por mayoría). Escuetamente, allí se ha dicho que, en tanto el art. 104 del CP., que repele la aplicación del art. 41 bis por ya prever el uso de arma de fuego, resulta subsidiario de los arts. 90, 91 y 79 el CP, ambos extremos, la subsidiariedad y la previsión arrastrarían la inaplicabilidad de la agravante genérica a los mentados dispositivos de Lesiones Graves, Gravísimas u Homicidio simple cometidos mediante armas de tal clase".

"La interpretación contraria, la cual es posible observar en el pronunciamiento mayoritario del precedente del STJ de nuestra Provincia, radica en la mayor dosis de culpabilidad que el Legislador ha pretendido atribuir a los hechos cometidos mediante intimidación, violencia y arma de fuego, en la medido que ello no se encuentre expresamente previsto en las figuras de la parte especial".

"Por más que parezca una obviedad, por matar a otro, y en este caso tal resultado se logró mediante la utilización de un arma de fuego, se cumple el tipo objetivo del art. 79 del CP. Tomar tal

circunstancia, nuevamente, a los efectos de operativizar una agravante genérica, que intensifica la sanción, pone en tela de juicio el principio del "ne bis in idem"."

"No es irracional agravar la respuesta al que mata con signos evidentes de desmotivación en el mandato que emerge de la norma penal, respetar la vida ajena, en tanto utiliza medios que demuestran una mayor dosis de reprochabilidad en la acción. Pero allí se ingresa en el campo del art. 80 del CP, donde se combinan dos circunstancias, el resultado muerte y la forma de lograrlo. Aquí, en tanto el Legislador ha adicionado otra consecuencia al hecho objetivo de matar, el uso de un arma de fuego hace aplicable el art. 79 del Código de fondo, y a su vez, el precepto cuestionado. Difícil es entonces no hablar de una doble valoración gravosa de la misma circunstancia".

"Pero aún concediendo que la cuestión no es para nada sencilla, un enfoque de mínima intervención del Derecho penal, limitación de la respuesta contingente, e interpretación más favorable al condenado de la Ley penal, impone estar a la solución adoptada por la mayoría en el precedente de la Cámara de Acusación de Córdoba, no en cuanto a la inconstitucionalidad del art. 41 bis, pero sí a su inaplicabilidad a este caso".

"Entonces, el segundo párrafo del art. 41 bis, en tanto

excluye la agravante en la medida en que la circunstancia del uso del arma de fuego se encuentre contemplada como elemento constitutivo del delito de que se trate, dirime la cuestión, pues excluye al Abuso de Armas, y todas las figuras de él derivadas, Lesiones y Homicidio perpetrados con dicho instrumento. Y a tal intepretación la avala el principio que impone estar a la más favorable al acusado".

"Por último, sí dogmáticamente las posiciones deben medirse en función de los ejemplos extremos, pues deben ser aplicables a todas las situaciones, la relación entre la participación necesaria y el Homicidio simple cometido mediante arma de fuego, ilustra aún más lo que pretendemos significar".

"Piénsese en una persona que proporciona un arma de fuego cargada a otra para que la utilice, perdiendo en definitiva la vida un tercero, de manera inmediata. Sin dudas sería una hipótesis de participación necesaria, en la cual el cooperador culminaría respondiendo penalmente por proporcionar un arma de fuego, conducta que se calificaría también por, proporcionar un arma de fuego, extremo que patentiza la violación al principio aludido".

Es decir, más allá del autor, el partícipe necesario sería cooperador imprescindible por entregar un arma de fuego al sujeto activo, ya que la naturaleza del instrumento juego un rol determinante en la

graduación de tal participación, y a su vez habría que agravar tal conducta, en términos del art. 41 bis, por, entregar un arma de fuego al autor. Es decir, una misma circunstancia fáctica que recibe dos consecuencias jurídico penales.

Por todo ello, es que propicio la exclusión de la agravante indicada tanto para C. como para M..-

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

1.- Con apoyatura en los Arts. 374 inc. 1° y 382 del C.P.P. el Sr. Defensor de Confianza, Dr. F. M. R., asistiendo a O. A. C., impugnó la sentencia dictada por el

Tribunal de juicio en el convencimiento de que se ven vulneradas garantías de raigambre constitucional, como el debido proceso legal, la defensa en juicio y los principios de inocencia e “in dubio pro reo”.

Observa que el caso tuvo un giro sorprendente en la instancia de juicio ya que durante la etapa preliminar el Fiscal elaboró todas sus conclusiones sobre la base de tres testigos presenciales trayendo al juicio otros tres que la pesquisa policial no estableció al momento de efectuar las primeras averiguaciones dudando no sólo de su presencia en el sitio sino además afirma que todos fueron influenciados por los familiares de la víctima.

También observa que las tres testigos iniciales no

fueron contundentes a la hora de señalar a su asistido como el autor del hecho; así sostiene que el juicio se desvirtuó y a partir de ello el Tribunal de juicio ha valorado absurdamente el plexo probatorio y violentado las reglas de la sana crítica.

Por último y en subsidio cuestiona la aplicación de la agravante genérica del Art. 41 bis del C.P. pues importa la afectación del principio "nem bis in idem" y que la condena no debería superar el mínimo de ocho años de prisión.

2.- El decisorio también fue impugnado por el Defensor particular de M. G. M., Dr. D. L., peticionando la revocación de la sentencia y la absolución de su asistido.

Cuestiona esencialmente el apartamiento de los Jueces de las reglas de valoración de la prueba, lo que convierte en arbitraria la sentencia dictada. Con similar observación a la prueba producida en juicio que la efectuada por el defensor de C., aditando que los Magistrados no han atendido otras constancias de la causa y que parcializaron los testimonios producidos en juicio, concluye que en definitiva el cuadro probatorio no resultó suficiente para vencer el estado de inocencia.

Subsidiariamente entiende que no es correcta la

adjudicación del hecho a M. en carácter de partícipe necesario puesto que el aporte de su asistido no fue esencial y ello afecta el principio de culpabilidad.

Por último adhirió al planteo de la Defensa del co-imputado en cuanto a la inaplicabilidad de la agravante del Art. 41 bis de sustantivo.

3.- Como se advierte existe un paralelismo entre las críticas de los impugnantes a la sentencia que cabe sintetizar en una incorrecta ponderación de la prueba dada la falta de credibilidad de los testigos, resultando los demás elementos probatorios insuficientes para formular un juicio de certeza respecto a la participación de los imputados en el hecho.

a.- Tenemos entonces que no se encuentra controvertida la materialidad de los hechos fijados en la sentencia consistentes en que el día 29 de octubre de 2012 aproximadamente a las 16:30 horas en circunstancias que N. M. M. se encontraba en la vivienda ubicada en calle G. N° 5165 de esta ciudad con su grupo familiar, sale de la misma al escuchar detonaciones de arma de fuego que provenían del exterior, apareciendo un individuo en medio de la calle efectuándole un disparo provocando una herida a la altura del hemitorax izquierdo, debajo de la tetilla, afectando los pulmones y corazón, causando un shock

hipovolémico y luego un paro cardiorespiratorio cuando ya era asistido en el Hospital Regional, falleciendo a las 19 horas del día mencionado.

En cuanto a las circunstancias fácticas también se estableció que este individuo concurrió al lugar con otro que llevó el arma homicida y que fue la persona que efectuó los disparos que alertaron a la víctima para salir de la vivienda, entregándosela para desarrollar la acción ya descripta en el párrafo precedente.

Tenemos también otro hecho que mereció reproche atribuido a M. G. M. que no fue materia de agravio en la impugnación deducida por su defensor.

Este episodio precede al detallado en los párrafos anteriores y tiene relevancia para comprender lo ocurrido frente a la vivienda de calle G. N° 5165 puesto que se estableció en el juicio que el día anterior, 28 de octubre de 2012, a las 16 horas, M. G. M. se presentó en dicho domicilio en búsqueda de N. M. para agredirlo, siendo acompañado en la ocasión por cuatro individuos. Allí se encontraban A. B., M. S. y niños. Al no encontrar la persona que buscaba, además e anunciar que la mataría, increpó a la familia manifestándole a S. “callate que a vos también te voy a hacer cagar”. Este hecho le fue atribuido en los términos del Art. 149 bis 1° párrafo del Código Penal, Amenazas simples.

b.- A los fines de dar ordenadamente respuesta a los

agravios de los impugnantes, trataré en primer término el inicial cuestionamiento del Sr. Defensor de C. quien afirma que el proceso tuvo un giro radical al encontrarse en el juicio con testigos que dijeron haber presenciado el episodio cuando de acuerdo a la investigación preliminar solo se contaba con tres, S., R. y B., elaborando el órgano acusador todas sus conclusiones en esa etapa en base a sus versiones.

La queja deja expuesta una hipotética afectación a las garantías de defensa en juicio y debido proceso, puesto que los Jueces han tomado estos testimonios como prueba de cargo, no atendiendo los fundamentos brindados para desvirtuarlos desde que existe duda razonable de la presencia de estas personas en el lugar al momento del hecho.

Corresponde entonces retrotraernos a la etapa preparatoria a los fines de verificar tales afirmaciones y entiendo pertinente efectuar algunas consideraciones previas relativas al proceso penal.

Sabemos que la etapa preparatoria tiene como finalidad determinar si hay base para el juicio mediante la recolección de elementos de prueba que permitan fundar la acusación y esos elementos, que son producto de la investigación se van acopiando en el legajo que forman los fiscales, debiendo permitir un amplio control al imputado y su defensor (Arts. 256 y 257 C.P.P.).

Se extrae de lo actuado que la investigación

rápidamente avanzó y formuló conclusiones el órgano acusador, sin denunciar el impugnante que durante dicha etapa procesal se le impidiera el acceso a las actuaciones.

Advierto de la pieza acusatoria que el Fiscal contaba con un acta prevencional de la que se extrae que la víctima al ser herida es trasladada inmediatamente en un vehículo marca Renault Kangoo y que entre las personas que auxiliaron se hallaba M. S., quien luego fue entrevistado por el Fiscal como así también el Señor L. M. y G. S. manifestando que presenciaron el hecho y que auxiliaron inmediatamente a la víctima llevándola al Hospital Regional, siendo propuestos como testigos para el juicio con estricta observancia del Art. 293 del ritual.

Efectuado el emplazamiento correspondiente se llegó a la audiencia preliminar y consultado el Dr. R. por el suscripto en la audiencia del Art. 385 del C.P.P. si la cuestión había sido debatida y/o tratada en ese ámbito, respondió afirmativamente no formulando oposición a la prueba propuesta por el Fiscal, como se extrae de los registros del mencionado acto, por lo tanto la aludida sorpresa que denuncia el impugnante no tiene asidero y resulta absolutamente desvirtuada por los actos procesales mencionados que operan como presupuesto legal de la etapa de juicio. En el presente caso han sido observados todos los principios que gobiernan el proceso y la igualdad entre las partes por lo

tanto no fueron vulneradas las garantías de rango constitucional que invoca el impugnante.

Además no se encuentra controvertido que N. M. M. fue inmediatamente auxiliado y trasladado al Hospital Regional en el automóvil Renault Kangoo, y que las personas que lo asistieron son M. y G. S. y L. M. sobre la base del testimonio de los Oficiales T. y R. que escoltaron el vehículo hasta el nosocomio, prueba absolutamente independiente, como así también las versiones de A. B. y M. S.. El más elemental análisis de tal situación indica que las personas, cuyos testimonio cuestiona la defensa de C., se hallaban en las inmediaciones del lugar, razonamiento que han seguido los Jueces de Juicio para receptar y validar sus dichos.

c.- Superado el primer cuestionamiento al decisorio corresponde introducirnos en la crítica central de las impugnaciones deducidas, en cuanto el apartamiento de los Jueces de las reglas de valoración de la prueba, adelantando que las quejas no resultan sustanciales, sin demostrar de que manera los testigos han sido influenciados por los familiares de la víctima, cuales son las pruebas que no fueron atendidas, ni como han parcializado los Magistrados las versiones de los testigos al momento de su ponderación lo que resta entidad a los recursos.

En cuanto a la hipotética influencia de los familiares de M. sobre los testigos para sindicar a C. como autor del homicidio, inicialmente no puede perderse de vista que A. I. B. es la madre de la víctima; M., M. y G. S. son los hermanos, M. E. R. la cuñada puesto que se encuentra en concubinato con M.; L. M. resulta ser el yerno de G. S. y B. B. es primo de la víctima, es decir que la única testigo que no se encuentra unida a la víctima por lazos familiares es la señora G. B., aunque se reconoce amiga de M. S.; por lo tanto hay factores de sospecha, circunstancia que no impide su aprovechamiento, si han sido ponderados conforme a la sana crítica y teniendo presente la circunstancia.

Al momento de valorar la prueba testimonial no puede desatenderse que la fuerza probatoria en el régimen de la oralidad, se extrae no solo del contenido sino también del modo en que responden al interrogatorio y desde luego los vínculos con la víctima, o el imputado, y todo ello fue apreciado por el Tribunal de mérito, en tanto no demostró el impugnante que los Jueces han caído en absurdo o en el apartamiento a las reglas de la sana crítica.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe efectuar otra reflexión en torno a esta hipotética confabulación de los testigos en contra de su asistido para indicarlo como autor del hecho, ya que de lo actuado y prueba rendida no se advierte motivación por parte del autor y por el

contrario si quedó fehacientemente establecido que M. actuó con fines de venganza puesto que reprochaba a la víctima una presunta agresión física a su sobrina, D. C., la que se encontraba embarazada y producto de esa agresión abortó.

Esto se estableció suficientemente en el juicio como hecho provocador del ocurrido el 29 de octubre. La situación detallada en el párrafo precedente ocurrió el 27 de octubre y luego comienzan las acciones que se le reprochan a M.; en primer lugar el día 28 de octubre de ese mes fue a buscar a M. al domicilio de A. B. acompañado de cuatro individuos que fueron individualizados al menos tres pero entre ellos no se hallaba C.. En tal ocasión anunció a las moradoras que lo iba a matar por lo que le hizo a su sobrina, amenazando también a M. S., hecho que no fue discutido ni materia de agravio para revisarlo en esta instancia procesal.

Desde ya tal proceder de M. alertó a la familia, tomando recaudos frente a la seriedad de las amenazas, por lo tanto se puede comprender una carga emotiva de la mayoría de los testigos hacia el nombrado pero no hacia C. que apareció en la escena y sin más disparó con el arma de fuego a M. provocándole la muerte.

Pero lo relevante para otorgar fuerza probatoria a los testimonios que señalaron a M. y C. como las personas que concurrieron al domicilio de la señora B. y actuaron en la forma ya detallada en el punto

“3.-a.-” de estos considerandos, radica en la verosimilitud, la coincidencia en los aspectos esenciales de tales relatos y la corroboración con el resto de la prueba.

Se extrae de cada uno de los sufragios que los Jueces han valorado la prueba en forma integral teniendo en cuenta tales pautas por lo que no advierto fisura alguna en el pronunciamiento definitivo.

En el caso bajo examen el número de testigos tiene valor concluyente y me refiero a las personas nombradas al responder al planteo de la Defensa de C. respecto a la influencia que ejercieron los familiares de la víctima. Existe una irreprochable coincidencia entre los testigos en relación a la aparición de los dos sujetos, como se ubicaron, que acciones realizaron, verificadas además por constataciones y prueba científica, y para ello los Jueces examinaron la validez individual de cada uno, haciendo un examen crítico de comparación recíproca verificando así la complementación entre ellos; es más se puede afirmar que aún suprimiendo los testimonios de las personas que menciona el Dr. R., y de los que duda por entender que no se hallaban presentes en el lugar y al momento del hecho, a lo que ya dí respuesta, los restantes testimonios resultan suficientes para establecer con la certeza que requiere la etapa procesal la autoría y participación.

En tal sentido resulta ilustrativo un fallo del Tribunal Oral Criminal N° 25 de Capital Federal de fecha 9 de mayo de 1997, citado por Eduardo M. Jauchen en su "Tratado de la Prueba en Materia Penal", Rubinzal Culzoni Editores, pág. 708 que dice "Lo que confiere eficacia probatoria al testimonio no es sólo la formalidad con que el testigo afirma lo que dice haber visto u oído o las circunstancias personales que pudiere invocar. La fuerza probatoria del testimonio radica antes en la verosimilitud y corroboración con otros medios de prueba independientes de lo que afirman los testigos, que en aquellas circunstancias, que se refieren a la admisibilidad del testimonio como tal. Así resulta de secundaria importancia el que los testigos hayan sido víctimas o preventores cuando sus dichos aparecen como coincidentes en sus aspectos sustantivos, resultan ricos en detalles, es verosímil lo que afirman, encuentran corroboración en el resto de la evidencia y no aparecen volcados con el ánimo de perjudicar al imputado".

4.- Superadas las críticas centrales a la sentencia, paso a tratar el segundo agravio que en subsidio planteó el Señor Defensor de M. G. M. que se reduce a afirmar una posible falencia en los votos de los Jueces en cuanto adjudican el hecho a su asistido en carácter de partícipe necesario, cuando de acuerdo a las circunstancias fácticas el aporte no fue

esencial y por ende solo se le puede reprochar a título de partícipe secundario.

Vale reiterar aquí que de acuerdo a la prueba testimonial producida en el juicio, valorada profusamente por los Jueces, quedó establecido que indudablemente existían motivos que movilizaban a M. para actuar y que la iniciativa en la agresión con arma de fuego siempre la tomó el nombrado.

Concurre al lugar acompañado de C. y comienza a disparar contra la vivienda donde se hallaba la víctima; al margen de los coincidentes testimonios que así lo indican tenemos las constataciones efectuadas por los preventores sobre la que depusieron el Oficial Canteriño y el oficial S. en cuanto verificaron orificios por impacto de proyectil, uno en la vivienda donde se hallaba la víctima y otro en la vivienda lindera, conducta que corresponde con el anuncio efectuado el día anterior a familiares de M. y que ya fuera analizada. Luego le entrega el arma a C., y a dichos de G. B. lo empuja en dirección a la casa de la víctima acercándose a metros para dispararle cuando salió de la vivienda alertado por los disparos que había efectuado M..

Los tres Jueces fueron contestes en sostener que la participación primaria en el delito se configuró esencialmente en llevar el arma homicida, utilizarla previamente de manera intimidatoria y

entregársela a C. para que le dispare a M.. Este comportamiento configura claramente el tipo de participación necesaria en el homicidio (Art. 45 del C.P.).

En reciente pronunciamiento ante un hecho de idénticas características, del 4 de julio del 2013, causa caratulada "Provincia del Chubut c/ Baujer, M. A. – Bujer, Walter", Carpeta N° 1424 de la Circunscripción Judicial de Esquel, he dicho que el hecho de poner en manos del autor el arma de fuego que llevó con fines de venganza y desde luego para ser utilizada en ese acometimiento, por sí solo configura el tipo de complicidad primaria en el delito de homicidio.

En el caso bajo examen correctamente se le atribuye a título de dolo directo, pues su intervención ha resultado intensa desde que actuaba con fines de venganza, llevando el arma, efectuando disparos intimidatorios, y entregando la misma a su compañero para que culmine la faena, como bien lo destaca la Dra. Arcuri en su voto. Claramente se puede concluir que sin su aporte o cooperación el hecho no hubiera podido cometerse; por el contrario para sostener una participación secundaria debió el impugnante demostrar que sólo cooperó su asistido de otro modo en la ejecución del hecho o prestó ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores y nada de ello ocurrió.

La Sala Penal Penal del Superior Tribunal de Justicia

ya tiene dicho en la causa "C.M.A. y L.A.A. s/ Homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego", Sentencia del 8/10/2008, Expte. 20.963-C-2007, que "Conforme nuestro ordenamiento legal, el cómplice debe conocer y querer la acción típicamente antijurídica que se realice. El principio de convergencia intencional exige que los partícipes hayan querido el hecho común. Empero esta convergencia intencional o subjetiva, exige un comportamiento exterior enderezado a un objetivo, la unidad de tipo […] La integración objetiva y subjetiva deben realizarse confluyendo ambas en el hecho típico realizado por el autor, quien tiene el dominio del hecho", por todo ello entiendo corresponde rechazar este agravio y así lo voto.-

5.- Por último corresponde dar respuesta a la crítica expuesta por los impugnantes, vinculada a la inaplicabilidad de la agravante genérica del Art. 41 bis del C.P. y conforme el análisis que hemos efectuado en el proceso deliberativo para un mejor orden y comprensión daré respuesta a dos interrogantes: a.- ¿En el caso es acertada la aplicación del Art. 41 bis del sustantivo?; b.- ¿Corresponde extenderla al partícipe necesario o ello implica una afectación al principio "nem bis in idem"?.

a.- El Tribunal de Juicio ha resuelto por unanimidad

aplicar la agravante. Sabemos que la incorporación del Art. 41 bis del Código Penal ha traído aparejado un intenso debate y la cuestión que plantea no es sencilla, encontrándonos con sólidos posicionamientos disímiles al respecto tanto doctrinaria como jurisprudencialmente.

He de disentir con mi colega que lidera la votación reiterando mi posición sobre la cuestión a tratar. Teniendo presente que la agravante se sustenta en el mayor poder vulnerante de las armas de fuego, e ínsito, mayor peligro para la vida e integridad física de las personas y mayor indefensión de la víctima, el caso que analizamos de acuerdo a sus circunstancias además se cometió con intimidación y violencia efectuando los Jueces una correcta valoración para concluir por la aplicación.

Sin perjuicio de ello debo aclarar que su aplicación no es automática, puesto que el solo hecho que se utilice como medio un arma de fuego no la habilita, debiendo analizarse si se emplea o se vale el autor de ella para no correr riesgo y actuar sobre seguro y que la violencia o intimidación necesariamente deben ser previas ya que el delito de homicidio contiene en el tipo la violencia, en tal sentido ya me he pronunciado en la carpeta N° 2188, sentencia N° 13/2012, sin dejar de atender precedentes de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia con idéntica orientación “G., A. H. s/ Homicidio, Expte. N° 22094, F° 5/2010”, “B., F. A. s/ Homicidio agravado, F° 13/2011”.

b.- Como ya dejara expuesto al principio de mi sufragio el Señor Defensor particular de M. adhirió a este planteo que originalmente solo efectuó la Defensa de C., señalando que la aplicación de la agravante del Art. 41 bis C.P. a su asistido, a quien se le reprocha el hecho en carácter de partícipe necesario, implica una afectación al principio “nem bis in idem”.

También he de disentir en el criterio sostenido por mi par preopinante en cuanto corresponde atender esta crítica ya que la conducta que se atribuye a este imputado es justamente entregar un arma de fuego a su acompañante para dispararle a la víctima, y culmina respondiendo también por el tipo de elemento que entregó, extremo que patentiza la violación al principio aludido.

Quedó plenamente establecido en el caso que el dolo del partícipe apuntó a la consumación típica del hecho principal y su aporte ha sido totalmente útil y funcional a C. en la etapa ejecutiva del delito sin el cual no hubiera podido cometerlo.

Al mismo tiempo, y en lo que aquí respecta, los Jueces encontraron acreditado que el imputado M. al hacer entrega del arma de fuego a C. tenía pleno conocimiento que era operativa y estaba cargada, ya que previamente había realizado disparos con ella y en dirección a la casa donde se hallaba la víctima, además de tomar la iniciativa con intención

homicida, no sólo porque éste al momento de entregarle el arma lo manda a C. a ejecutar a M. a culminar la faena, como dijo la Dra. Arcuri, sino porque también actuaba motivado afectiva y emocionalmente lo que quedó evidenciado con el hecho cometido el día anterior que también se le reprocha, de tal modo la subsunción efectuada por el Tribunal de Juicio se ajusta a la correcta hermenéutica de la ley sustantiva.-

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

I.- La reseña del caso ya ha sido expuesta por el primer votante, de manera entonces que solo cabe remitirse a la misma, para no incurrir en reiteraciones estériles.-

II.- Adhiero a las conclusiones a las que llegan los colegas que me preceden en el orden de votación, en lo concerniente al rechazo de la impugnación de la Defensa del coimputado C. – agravio identificado con la letra A: “Cuestiones de hecho. Crítica a la valoración de la prueba”-.-

1) Efectivamente, no se verifica ninguna irregularidad en el procedimiento cumplido, en particular en la etapa correspondiente al debate, ya que las pruebas que allí se produjeron guardan correspondencia perfecta con la precedente etapa de investigación, la acusación pública y la audiencia preliminar. Por ende, debe descartarse de plano el pedido de nulidad del juicio.-

Al solo título ejemplificativo, y a fin de no incurrir en transcripciones fatigosas, vale la pena resaltar que en el caso de una de las testigos más relevantes, según el acertado criterio de los magistrados de la audiencia pública, la hermana de la víctima fatal M. A. S., en la referida acusación ya se la había consignado muy detalladamente, como una de las pruebas fundantes de la imputación contra C.; citándose el informe policial de fecha 29 de octubre de 2012, del que se desprende que la nombrada "….**indicó** a personal de la División Policial de Investigaciones el lugar donde residían los imputados al momento del hecho, **acompañándolos** y haciéndoles recorrer calle Huergo … a la altura del 4250, donde los hizo girar hasta la izquierda en calle A. S. **señalando** una casa de construcción de chapas … se observa la numeración **** señalando que allí residía **C. (la T.)** …" (el destacado me pertenece).-

También en la referida pieza acusatoria, hubo de citarse el contenido de la entrevista llevada a cabo por el Ministerio Público Fiscal, con esta testigo de cargo; destacándose que la misma "estaba **presente** cuando lo mataron a su hermano; … que primero se escucharon varios tiros que impactaron en la pared…; que M. M. era el que disparaba hacia su casa, … que ahí salió su hermano corriendo y ella detrás de él; que lo agarraba del brazo para meterlo para adentro; que ahí se acercó **'la T.'**, se paró frente afuera donde está el cordón y le **efectuó**

un disparo a su hermano; … y ahí **cayó**, que fue un solo tiro… El arma que tenía 'T.' era un revólver con mango negro y era calibre 38 porque ella los conoce;… Que a M. M. lo conoce porque es tío de D. C. ex novia de su hermano N. y que 'T.' es de apellido C., que **lo conoce del barrio** …" (el destacado ha sido agregado al original).-

Como puede advertirse con facilidad, ninguna sorpresa podía suscitar entonces la posterior testimonial de M. A. S. en el debate, incriminando a C.. Por lo demás, tanto en este caso puntual como con todos los testigos, debemos tener presente que lo que se recomienda actualmente en materia de litigación adversarial es que, en todos los supuestos en que se estima contar con "evidencia admisible, pertinente y suficiente", ello no significa que por eso se deba dejar de trabajar con ella; sino que es indispensable hacerlo, para así "determinar la mejor forma de producirla ante el tribunal".-

Tal como lo han planteado los impugnantes, en nuestro caso, no desconocemos que esta concepción "estratégica" del litigio, es criticada por algunos como "una forma de enmascarar una actitud de manejar o esconder la verdad"; pero ello no es así, ya que existe acuerdo en que la verdad no es una sola, ni tampoco ella surge de manera "auto evidente" en la audiencia de juicio, sino que por el contrario compartimos la opinión de aquellos que sostienen que "la verdad del juicio no se genera

espontáneamente, sino que esta constituida por las distintas versiones que las partes sostienen en juicio y las evidencias que las confirman, las cuales, por decirlo de algún modo, compiten entre sí para lograr la convicción del Tribunal, y que en definitiva, la versión final sobre los hechos es la que acepta o construye el tribunal en su fallo a partir de las pruebas rendidas por las partes" (cfme. Leonardo Moreno Holman, "Teoría del caso", Colección: Litigación y enjuiciamiento penal adversarial, Director Dr. A. Binder, ediciones Didot, pág. 25).-

2) También se aprecia, tal como lo ha puesto de resalto el acusador en su escrito de responde, que el tribunal de juicio tuvo en cuenta que los principales testigos de cargo, "a pesar de ser algunos de ellos allegados a la víctima", declararon con "imparcialidad" y "falta de animosidad". Por lo demás, y también conforme a la contestación referida, debe atenderse al corto plazo de la investigación que autoriza a descartar que en tan "escaso tiempo", hayan podido armarse versiones que contengan tantos detalles e informaciones, justamente coincidentes asimismo con todo el resto de las pruebas (pericial, documental, etc.).-

Por su parte, en lo concerniente al resultado negativo del reconocimiento practicado por la testigo R. -que la propia Defensa destaca como órgano de prueba veraz-, tal como lo reconoce pacíficamente la jurisprudencia, ello "no resulta decisivo para descartar la participación" de

un imputado, en atención a “la diversidad de factores que pueden incidir en el óptimo resultado de este medio” (cfme. jurisprudencia de la CNCrim. y Correc., Sala VII; 12/03/2001; “Amarilla, Alexis M. y otros; La Ley 2001-E, 570, DJ 2001-3, 67, La Ley Online, publicado en “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Procesal

Penal”, L.L. editorial, M. Angel Almeyra, Director, Adrian R. Tellas – Julio C. Baez, Coordinador).-

Por último, en lo referente al cuestionamiento que se efectúa a la credibilidad de la testigo G. B., puntualmente respecto al modo como hubo de precisar su conocimiento, acerca de la identidad del imputado C. –en oportunidad de verlo en su lugar de detención, por encontrarse allí de visita-, el desmerecimiento que efectúa la Defensa de C. no pasa de ser una simple manifestación; pero sin que en ningún momento se llegue a insinuar, y menos demostrar, que tal circunstancia resulta inverosímil, inexistente, imposible, etc. (v.g., y al solo título de un ejercicio argumentativo, podría haberse hipotizado con sustento en prueba que lo respalde, que al tiempo que la testigo pretende haber visto al imputado en la Seccional 5ta., el mismo se hallaba alojado en otro sitio, o se hallaba en libertad; y/o que la nombrada en ningún momento hubo de visitar a su hermano en dicho lugar de detención; etc.).

En definitiva, el recurrente no ha logrado invalidar la coherencia interna de esta prueba testimonial de cargo.-

III.- 1) Primeramente, debe consignarse que todo cuanto se ha expuesto en el precedente apartado II, respecto al valor probatorio de los testimonios de cargo de M. S. y G. B., es aplicable al coimputado M.. En oportunidad de la audiencia del art. 385 del Código de rito, el Defensor de Confianza del acusado M. G. M., ha hecho especial hincapié en la discapacidad motora que padece el nombrado, pretendiendo sobre todo que esta situación incidiría en desmedro del plexo probatorio de cargo; por ejemplo, en cuanto a que no sería posible, por causa de estas limitaciones de salud, que el imputado haya desplegado algunas de las conductas que le atribuyen los testigos de la acusación fiscal, por caso, no poder disparar un arma de fuego, en razón de faltarle dedos de la mano derecha.-

Si bien es cierto, y tal como lo pone en evidencia el recurrente, que en la sentencia no se ha analizado exhaustivamente esta línea de argumentación de descargo, de igual modo es posible despejar la controversia. Para ello, debemos tener en cuenta por un lado, la respuesta al punto que expuso el acusador público en la oportunidad procesal antes señalada (art. 385 CPP); en el sentido que la mentada discapacidad no impide que M. pueda disparar con su mano izquierda –en todo caso, esta

tesis en absoluto ha sido desmentida por la Defensa, o sea no se ha demostrado en absoluto una incapacidad motora total en los miembros superiores.-

Pero además, y a mayor abundamiento en orden a este mismo agravio, es necesario destacar que la sentencia de condena impugnada le atribuye una participación primaria en el hecho, y no su autoría material -adjudicada a C. que fue quien disparó contra M.- (cfme. al sólo título ejemplificativo, el voto del Juez penal R. a la Primera cuestión: "…se ha comprobado la participación necesaria de M. en el suceso protagonizado centralmente por el coimputado C. en la agresión del día 29 de octubre contra el joven N. M. M.… Sin su intervención, el autor directo (C.), no habría podido consumar el grave hecho delictivo, ya que además de **la entrega del elemento a utilizar por C. para consumar el ilícito**, estuvo prácticamente **a su lado** en el momento de la agresión mortal, y además se mostró absolutamente solidario y queriendo para sí el resultado fatal", el destacado me pertenece); por si esto fuera poco, asimismo uno de los ejes del recurso ordinario de M., pasa por sostener que aquella cooperación debe ser calificada como secundaria. De manera entonces que, bien puede concluirse que la pretensión defensista carece de coherencia en este punto, ya que es evidente que aún a pesar de la afección física referida, existe la

posibilidad cierta de que el imputado hubiera desarrollado una actividad compatible con las exigencias del art. 46 CP, que se reclama aplicar en el caso.-

2) En idéntica oportunidad procesal (art. 385 CPP), esta parte impugnante cuestiona algunos otros aspectos de la valoración de prueba de cargo, que entiendo son de menor relevancia. En efecto, la alusión que hace a la existencia de "amenazas" a través de mensajes de texto, no alcanza para desmerecer la sentencia en este punto, toda vez que en el decisorio se reconoce que no se acreditó "la titularidad de los teléfonos que enviaran tales mensajes"; pero sin embargo, ello no impide concluir que los mismos "guardan directa relación con el enfrentamiento de familias por la al menos conflictiva relación D. C.-N. M.", lo que lleva a merituarlos como "un indicio fuerte que da crédito a lo manifestado por Nico a su hermana que provenían de la familia de D.…" (del voto del Juez penal Caviglia a la Primera cuestión).-

Una consideración semejante cabe realizar, en lo concerniente al resultado de una inspección ocular en el lugar del hecho, que permitiera el secuestro de una vaina, con fecha 2 de noviembre de 2012, medida probatoria que el impugnante califica como "sin vinculación con el hecho"; toda vez que, precisamente, en la sentencia se ha consignado respecto a estos actos de investigación de la policía

científica, que los mismos no arrojaron resultados importantes para la causa (cfme. al sólo título ejemplificativo el citado voto del Juez penal Caviglia, a la Primera cuestión, v. fs. 181), de modo que este agravio carece de incidencia concreta en la suerte de la impugnación.-

3) La Defensa de M. se agravió también, ya desde la interposición escrita del recurso ordinario, por la tipificación de su intervención en el hecho, postulando se modifique el grado de la misma, para llevarla al art. 46 C.P.. Adhiero a los votos precedentes, en el sentido que ello no debe prosperar.-

En apoyo de lo expuesto, y como argumento a contrario, se tiene en cuenta que la Sala penal del Superior Tribunal de Justicia ha destacado: "No ha de olvidarse que la participación secundaria no exige la ejecución del hecho principal, sino la cooperación de cualquier modo –no esencial- a la ejecución del delito (ver "Código Penal de la Nación – Comentado y anotado", bajo la dirección de A. D' Alessio, Ed. La Ley, página 798)", sentencia n° 39/2011, dictada en la causa "G., J. s/ Homicidio e/ víctima s/ Impugnación", del voto del Ministro Pfleger.-

Precisamente, en la obra citada por el alto Tribunal, se explica que la cooperación es secundaria "si el aporte brindado no resulta esencial para la comisión del delito –con cita de Bacigalupo, Fontán Balestra, Creus, entre otros-; por el contrario, cuando sin dicha

cooperación el hecho **no se hubiera podido** llevar adelante, se estará ante supuestos de coautoría o -eventualmente- de **complicidad primaria**", citando también la jurisprudencia que ha sostenido que: "la diferencia en los distintos grados de complicidad debe **decidirse según las posibilidades que el autor tenía en el momento concreto** para lograr la ejecución del delito prescindiendo de la colaboración ajena" (el destacado ha sido agregado al original).-

A mayor abundamiento, en la misma obra ya mencionada, se lee: "…el carácter de cómplice primario depende del aspecto objetivo del aporte brindado … y para determinar la entidad del mismo debe recurrirse a un procedimiento hipotético de eliminación de la colaboración brindada y verificar si la misma era o no indispensable para la ejecución del hecho, juicio éste que deberá basarse en la posibilidad que el autor … tenía de ejecutar el suceso son ella. ….al definir la complicidad primaria, el art 45 del Cód. Penal emplea un procedimiento hipotético de eliminación para distinguir aquella de la secundaria, y que estriba en constatar si el evento en concreto se hubiera consumado suprimiendo la contribución del partícipe…" (págs. 788 y 789).Utilizando, como herramienta de análisis del caso, tal

lo adelantáramos *ut supra*, la argumentación a contrario, puede advertirse claramente que el aporte realizado por –entrega del arma al autor en el

momento decisivo-, M. ha sido esencial para la ejecución del hecho; por lo que debe mantenerse el encuadre escogido por la sentencia de condena, respecto a la calificación legal.-

IV.- Por las razones brindadas en los apartados II y III, sumo mi voto por la negativa a la presente cuestión.-

V.- En orden al gravamen que se denuncia, respecto a la aplicación de la agravante genérica del art. 41 bis del CP, ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos reiteradamente; por caso, en la sentencia registrada bajo el n° 21 –año 2010- folio 437, que fuera confirmada 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 y 06/12, todas de esta Cámara.-

1) En mi voto en 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, H. J. R. Villanueva, Jurisprudencia, pág. 3820, edit. Abeledo Perrot).-

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 SCJBA, en cuanto que: "la sola circunstancia de que la regla incorporada agregue una disposición genérica en la Parte General del Código Penal, destinada a jugar en relación a los tipos pertinentes de la Parte Especial,… no constituye una afectación del principio de legalidad -del voto del Dr. Hitters-" (cfme. SCJBA 6-2-2008, "S.S. y O.S. s/ Recurso de casación", P. 93.717).-

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 severa, 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 en otro tipo de armas o sin ellas -del voto del Dr. Borinsky –SD- -" (cfme. Trib. Cas. Pen de Buenos Aires, sala III, 2-10-2008, "S.C. A. s/ Recurso de casación", c. 5705); "… La agravante del artículo 41 bis del Código Penal ha sido **correctamente aplicada** en lo que

respecta a los **delitos de homicidio** y lesiones graves pues, a diferencia, por ejemplo, del tipo penal de robo calificado, que alude al 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-.-

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, caratulda "R., F.A. s/ recurso de casación" rta. el 19/4/2013, publicado en "Jurisprudencia Argentina", 3, Bs. As. 17/7/2013).-

Por su parte, en la sentencia n° 65/11 del más Alto Tribunal provincial ya citada *ut supra*, puede leerse en el voto del Ministro J. Pfleger: "…Cuando **el legislador** no se aparta de los principios constitucionales en la materia en punto a la retribución que asigna a cada norma prohibitiva y actúa en ejercicio legítimo de su competencia para fijar la política criminal en ese sentido, nada puede serle reprochado. El principio de racionalidad entre la conducta y la sanción, proporcionalidad de la pena, no se ve mancillado por la agravante genérica que responde a lo que veremos más adelante. Ese es el marco en que el Tribunal de la condena ha considerado el asunto y consecuentemente sus votos no merecen objeción alguna; como tampoco la mayoría de los sufragios emitidos por los Magistrados de la Cámara Penal. **No veo obstáculo, pues, a la aplicación en la especie del art. 41 bis del C.P**. Se trata de una agravante genérica que incorpora a la ley de fondo hipótesis más severamente sancionada respecto de todos los tipos penales que pueden cometerse con las referidas modalidades, a salvo, claro está de aquellos en que la modalidad les es propia. Como se enseña en el 'Código Penal de la Nación-Comentado y anotado" dirigido por A. J. D´Alessio' (Ed. La Ley, T I, página 658, Ed. 2009) esta calificante tuvo en miras '… el mayor poder vulnerante de las armas de fuego que, por sus condiciones, provocan un peligro mayor para los bienes jurídicos vida e integridad física… ', lo que

se ha dado en el bajo examen. **No provoca perplejidad el texto mismo de la norma**, pues lo que ha discutido la doctrina y la jurisprudencia es su aplicación en los delitos en donde el uso de arma ya estaba contemplado, mas no en este delito -el homicidio simple, art. 79 del C.P- que no prevé ninguna distinción en lo que atiende al medio empleado para su comisión, salvo algunos especialmente contenidos en el art. 80 del C.P, que el legislador consideró con mayor contenido de injusto que ésta de que se trata" (el destacado ha sido agregado al original).-

"Es la superioridad de medios lo que justifica la mayor severidad punitiva, pues '… el contenido de ilícito aumenta por un criterio valorativo de agravación en función de la mayor indefensión del bien, y la mayor intimidación que se ejerce sobre la víctima y el mayor peligro corrido por ella …'"(Ver 'Código Penal y normas complementarias' David Baigún y Eugenio Zaffaroni- Directores, Ed. "Hammurabi" T 2, página 92, Ed.2002). El comentario, crítico del debate legislativo y de las razones tenidas en consideración para la sanción del artículo de marras, no es obstáculo para adherir a lo que pareciera el argumento racional, el sentido mismo de existencia del precepto, destinado a recrudecer las consecuencias de las conductas que poseen, en sí, mayor capacidad letal y del otro lado sitúan al activo en una condición de poder que enerva cualquier reactividad en la víctima, puesta en condiciones de

labilidad que dan al ilícito un mayor contenido de disvalor…" –consideraciones plenamente aplicables al presente caso-.-

En la sentencia nº 39/11, por su parte, el Ministro Rebagliatti Russel sostuvo: "…me remito a la doctrina sentada respecto a este tema en autos 'P., O. y otro s/ robo agravado seguido de muerte' (expediente 21.125-P-2007), en donde sostuve: '…la Ley 25.297 incorporó al art. 41 bis del Código Penal una circunstancia de agravación de los tipos penales cuando aquellos se ejecutan con violencia o intimidación contra las personas, mediante empleo de un arma de fuego. De esta manera transfiere lo que antes era valorado como un elemento que permitía aumentar la cuantificación de la pena, por la naturaleza del medio empleado, al nivel de la tipicidad que incorpora aquella circunstancia como elemento objetivo, como una calificante genérica respecto de todos los tipos penales que pueden cometerse con las referidas modalidades…'".-

2) También se ha denunciado en la impugnación ordinaria, de C. –a la que adhiere la Defensa de M., en la audiencia del art. 385 C.P.P.- una presunta vulneración del principio de proporcionalidad de la pena, siempre a partir de la aplicación, en nuestro caso, de la agravante del art. 41 bis del C.P. Sobre este particular, cabe señalar que comparto la posición que sostiene que el mismo se relaciona tanto con la actividad del juez como con los límites de cada decisión del legislador; de allí que

implica, no solo que en el caso concreto debe efectuarse, como examen básico, una evaluación acerca de la gravedad del hecho y del grado de culpabilidad de su autor, sino también que el legislador debe construir una escala penal, de mínimos y máximos, adecuada al delito visto desde una perspectiva abstracta y comparativa con otras figuras penales (cfme. Capuccio, Emilio A.: "Control constitucional e interpretación del viejo art. 55 del Código Penal. Notas sobre el fallo 'Estevez'", análisis de fallo publicado en "Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Leonardo G. Pitlevnik, dirección, edit. hammurabi, tomo 12, págs. 75 y ss.).-

En este artículo, se cita también la opinión de Ziffer en el sentido que "…la función de los marcos penales no es, como podría pensarse, solo la de poner límites a la discrecionalidad judicial. No se trata simplemente de ámbitos dentro de los cuales el juez se puede mover libremente y sin dar cuenta de su decisión, sino que a través de ellos el legislador refleja el valor proporcional de la norma legal dentro del sistema. De este modo, se señala la importancia y rango de la respectiva norma prohibitiva o imperativa dentro del ordenamiento social".-

Volviendo a nuestro caso, destaco que el recurrente en ningún momento demuestra mediante el recurso al método de la comparación, que nos encontremos frente a un supuesto de pena

desproporcionada, ni inusitada; ya sea, tanto desde la perspectiva de la escala penal en abstracto, como de la posterior individualización judicial, apenas por encima del mínimo legal posible.-

3) En el caso del coimputado M., mi parecer es que encontrándose calificada su intervención como una participación primaria, y al ser esta accesoria de la autoría –de C.-, debe seguir la misma suerte que lo expuesto precedentemente, en orden al consorte de causa; de manera que la agravante cuestionada en su interpretación, debe aplicarse entonces a ambos.-

4) En definitiva, y siguiendo la doctrina nacional ya citada precedentemente –Capuccio-, concluyo que en el caso la sentencia impugnada debe confirmarse, toda vez que –en lo relativo a la escala penal aplicable en concreto a los acusados-, respeta los siguientes lineamientos: "La determinación de la pena, en un sentido amplio, **es el procedimiento legal** por el cual el juez, luego de un veredicto de culpabilidad, especifica cualitativa y cuantitativamente la pena que se impondrá a quien ha sido considerado responsable de un delito… este proceso se nutre de **pautas de valoración** que el juez **debe vincular** con las características del caso, su gravedad, las condiciones personales del imputado y sus antecedentes penales, pero también del debido respeto por disposiciones legales expresas que orientan **el sentido de la pena** y fijan límites a la respuesta

punitiva del estado" (ibídem, citado en mis votos de las sentencias n° 27 y 29/12 y 10/13).-

Por lo expuesto, también respecto a este agravio adhiero al voto por la negativa en la presente cuestión, como lo hace el colega que me precede en el orden de sufragio, y en discrepancia con el emitido en primer término.-

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

Conforme ha quedado delimitado el tema de tipificación, la punibilidad he de tratarla en el marco de la escala seleccionada por mis colegas.

Al respecto, existen en mi criterio, y así hemos coincidido al deliberar, en cuanto a M., dos extremos a considerar, que juegan uno en su beneficio y otro en su perjuicio, más allá de la fundamentación de la pena efectuada por los Jueces de grado, la que en líneas generales estimo correcta.

M., tal lo aludido, desplegó un grado de compromiso subjetivo con el hecho que excede largamente el propio de un participa primario. Pero también tenía un móvil, ligado al afecto por un familiar, lo cual no justifica ni disculpa, pero sí pone su acción en el campo de lo emocional, lo cual lo beneficia en orden a la dosimetría.

Ello, más la atribución de otro ilícito, Amenazas, pronunciamiento sobre el que no hubo agravio, lo coloca en igual situación que C., que por haber sido el autor a priori merecería mayor punición, y además ha demostrado un grado de desatención hacia el bien jurídico vida notorio, si consideramos que el factor emocional mentado comprometía a su consorte y no a él mismo.

Por ende, evaluando razonable el monto en cuanto al autor, el partícipe necesario solo puede igualar la dosis de pena impuesta a aquel, por las dos circunstancias aludidas.

Pero no superarla, fundamento por el que hemos coincidido en reducir la condena de M., y ubicarla al nivel de la de su consorte, once años de prisión, accesorias legales y costas del proceso. Así voto.-

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

En cuanto a los montos de pena impuesta a los encartados, adelantaré que teniendo en cuenta el mínimo legal posible en función de los Arts. 79 y 41 bis del C.P. -10 años y 8 meses-, la elevación que definen los Jueces ha quedado muy próxima al mismo.

Del detenido examen de los sufragios extraigo que los Jueces han sido contestes en receptar las circunstancias que toM.n en cuenta como agravantes y aquellas atenuantes explicando porque a cada

una le asignan ese rango sin incurrir en contradicciones en la tarea, brindando suficiente fundamentación.

Ahora bien en lo que respecta a O. A. C. definitivamente la pena impuesta responde a los principios enunciados, pero en relación al consorte entendemos corresponde efectuar una readecuación en menos, en virtud que, como bien lo mencionan los Jueces M. actuó motivado por razones afectivas, esto corresponde a la agresión previa que sufrió su sobrina de parte de la víctima, lo que desde luego no lo justifica pero si lo beneficia, máxime la vinculación del hecho ocurrido el día anterior, que explica el hecho principal y que se le reprocha en los términos del Art. 149 bis del C.P., por lo que la respuesta punitiva no debe superar la brindada a C., debiendo quedar la pena en once años de prisión, accesorias legales y costas, y así lo voto.-

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

Centrado ahora el análisis solo en lo referente al monto de la pena impuesta al acusado M., advertimos que es necesario practicar una corrección en el mismo, reduciéndola a once (11) años de prisión, con accesorias legales y costas. En efecto, hemos acordado en la deliberación, que si bien en principio la circunstancia de haber prosperado la acusación pública en orden a dos delitos, en concurso real, respecto a este imputado, parecería autorizar la elevación del cuántum; no es menos cierto que debe

tenerse en cuenta que el móvil de represalia o venganza hacia la víctima que la sentencia tuvo por acreditado, se vincula con una relación de parentesco que une a este imputado con la pareja de M., lo que debe valorarse como un componente emocional, rayano con una circunstancia atenuante – y que obviamente, no beneficia al consorte de causa, e incumbe solo a M.-.-

Por ende, mi voto es por la afirmativa en la presente cuestión.-

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

Atento al resultado al que se ha arribado en la primera cuestión propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado O. A. C., contra la sentencia condenatoria Nº 14/13, dictada en fecha 13 de marzo del corriente año; hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado M. G. M., contra la sentencia mencionada; confirmar parcialmente la sentencia Nº 14/13 dictada respecto de O. A. C. y M. G. M., readecuando la pena impuesta al segundo de los nombrados y condenándolo en definitiva, a la pena de once años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inciso 3° del CP), por ser partícipe necesario del delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego, por el hecho ocurrido el día 29 de octubre de 2012, en esta ciudad, en perjuicio de N.

M. M.; en concurso real con el delito de Amenazas simples, ocurrido el día 28 de octubre de 2012, en esta ciudad, en perjuicio de M. S. (arts. 79, 41 bis, 149 bis, primer párrafo, 55 y 45 del citado cuerpo legal, y arts. 239 y concordantes del C.P.P.) y tener presente la reserva del caso federal formulada por los Defensores de confianza de los imputados C. y M..-

Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales de los Sres. Defensores de Confianza de C., Dr. F. M. R., por la labor desarrollada en la etapa de impugnación, en la suma de pesos seis mil cuarenta con ochenta centavos
($6.040,80) (20 JUS) y del Sr. Defensor de Confianza de M., Dr.
D. L., en la suma de pesos siete mil quinientos cincuenta y uno
($7.551) (25 JUS) Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4
(antes Ley 2.200).-

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

De acuerdo al resultado al que se llegara por mayoría en la primera cuestión, con la disidencia parcial del Juez Montenovo sobre la aplicación del art. 41 bis del C.P., adhiero a su propuesta de que el pronunciamiento a dictarse debe ser el siguiente: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado O. A. C., contra la sentencia condenatoria Nº 14/13, dictada en fecha 13 de marzo del corriente año; hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la

Defensa del acusado M. G. M., contra la sentencia mencionada; confirmar parcialmente la sentencia Nº 14/13 dictada respecto de O. A. C. y M. G. M., readecuando la pena impuesta al segundo de los nombrados y condenándolo en definitiva, a la pena de once años de prisión, accesorias legales y costas

(arts. 12 y 29 inciso 3° del CP), por ser partícipe necesario del delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego, por el hecho ocurrido el día 29 de octubre de 2012, en esta ciudad, en perjuicio de N. M. M.; en concurso real con el delito de Amenazas simples, ocurrido el día 28 de octubre de 2012, en esta ciudad, en perjuicio de M. S. (arts. 79, 41 bis, 149 bis, primer párrafo, 55 y 45 del citado cuerpo legal, y arts. 239 y concordantes del C.P.P.) y tener presente la reserva del caso federal formulada por los defensores de ambos incusos.-

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

A la **TERCERA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo: En virtud del Acuerdo al que se arribara por mayoría

en la primera cuestión, con la disidencia parcial del Juez Montenovo sobre la aplicación del art. 41 bis del C.P., y por unanimidad en la segunda, adhiero a la propuesta que formula este Magistrado, de que el pronunciamiento a dictarse debe ser el siguiente: no hacer lugar a la

impugnación deducida por la Defensa del acusado O. A. C., contra la sentencia condenatoria Nº 14/13, dictada en fecha 13 de marzo del corriente año; hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado M. G. M., contra la sentencia mencionada; confirmar parcialmente la sentencia Nº 14/13 dictada respecto de O. A. C. y M. G. M., readecuando la pena impuesta al segundo de los nombrados y condenándolo en definitiva, a la pena de once años de prisión, accesorias legales y costas

(arts. 12 y 29 inciso 3° del CP), por ser partícipe necesario del delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego, por el hecho ocurrido el día 29 de octubre de 2012, en esta ciudad, en perjuicio de N. M. M.; en concurso real con el delito de Amenazas simples, ocurrido el día 28 de octubre de 2012, en esta ciudad, en perjuicio de M. S. (arts. 79, 41 bis, 149 bis, primer párrafo, 55 y 45 del citado cuerpo legal, y arts. 239 y concordantes del C.P.P.). Asimismo, corresponde tener presente la reserva del caso federal formulada por los Dres. R. y L..-

De igual forma adhiero a la regulación de honorarios propuesta por el primer votante.-

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 O. A. C., contra la sentencia condenatoria Nº 14/13, dictada en fecha 13 de marzo del corriente año (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).--------

----

2º) HACER LUGAR parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado M. G. M., contra la sentencia Nº 14/13 dictada en fecha 13 de marzo del corriente año (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).-------

---

3°) CONFIRMAR parcialmente la sentencia condenatoria Nº 14/13 dictada respecto de O. A. C. y M. G. M., readecuando la pena impuesta al segundo de los nombrados y

condenándolo en definitiva, a la pena de once años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inciso 3° del CP), por ser partícipe necesario del delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego, por el hecho ocurrido el día 29 de octubre de 2012, en esta ciudad, en perjuicio de N. M. M.; en concurso real con el delito de Amenazas simples, ocurrido el día 28 de octubre de 2012, en esta ciudad, en perjuicio de M. S. (arts. 79, 41 bis, 149 bis, primer párrafo,

55 y 45 del citado cuerpo legal, y arts. 239 y concordantes del C.P.P.).----

---

4º) TENER presente la reserva del caso federal formulada por los Sres. Defensores de Confianza de O. A. C. y M. G. M., Dres. F. M. R. y D. L..----------

5º) REGULAR los honorarios profesionales del Sr. Defensor de Confianza de C., Dr. F. M. R., por la labor desarrollada en la etapa de impugnación, en la suma de pesos seis mil cuarenta con ochenta centavos ($6.040,80) (20 JUS) Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).----------

---

6º) REGULAR los honorarios profesionales del Sr. Defensor de Confianza de M., Dr. D. L., por la labor desarrollada en la etapa de impugnación, en la suma de pesos siete mil quinientos cincuenta y uno ($7.551) (25 JUS) Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).----------

7º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

Protocolo nº 22/13

Fdo. Dres. Daniel Luis María Pintos. Martín Roberto Montenovo. Guillermo A. Müller. Jueces de Cámara en lo Penal.-