En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los veintinueve días del mes de diciembre del año dos mil quince, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Omar Florencio Minatta, Adrián Roberto Barrios y Alejandro Gustavo Defranco, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"B., D. E. s/homicidio r/víctima - Trelew" (Carpeta 4.982 OJ Tw – Legajo 45.820 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por el Defensor Público, Dr. Lisandro Benítez contra la sentencia nro. 2630/15, dictada en fecha 08/094/15 por la que se condenara a D. E. B., a la pena de catorce años de prisión, en orden al delito de homicidio agravado por el uso de arma de arma de fuego, en el carácter de autor (arts. 41 bis, 45 y 79 del CP), por el hecho ocurrido el día 19 de abril del año 2013 en esta ciudad y en perjuicio de D. E. B., con más la declaración de reincidencia (art. 50 del CP.).

La Defensa Pública en representación del acusado dedujo impugnación ordinaria contra dicha sentencia, argumentando para ello –tanto en su presentación escrita como en la audiencia prevista en el art. 385 CPP, llevada a cabo el día 15/12/15- que dicho pronunciamiento resulta arbitrario, toda vez que la autoría adjudicada a su asistido se sostiene sobre una valoración sesgada de la evidencia de cargo, omitiendo en su totalidad la ofrecida y producida por su parte, por lo que solicitó se dicte su absolución.

Destacó que la arbitrariedad que adjudica al pronunciamiento que ataca, se torna ostensible en que los Jueces de la condena, únicamente fundaron sus votos en el testimonio de C. B., esposa de la víctima, D. B. y hermana del imputado.

Al respecto, afirmó que resulta manifiesta la falta de coherencia tanto interna como externa de su relato, por cuanto en la etapa de investigación brindó distintas

versiones de lo acaecido, como así también de los presuntos victimarios de su esposo, D. B.

En cambio, entiende que sí se acreditó suficientemente los dichos de su asistido, por cuanto este manifestó que previo al deceso de D. B., fue agredido por las personas que ingresaron a la vivienda de aquél, cuadro lesional que fuera certificado en el hospital zonal en la misma fecha.

Por último, sostuvo que dice de inconsistencia el testimonio que brindara C. B., la circunstancia que la misma le adjudicara a su cliente de estar drogado o "sacado", cuestión que también no encontró respaldo médico, por cuanto de los análisis que se le efectuaran a su asistido, no se acreditó sustancia alguna.

Concluyó el agravio, sosteniendo que en modo alguno puede afirmarse con grado de certeza que su asistido es el autor material de la muerte de D. B., por lo que solicitó se disponga la absolución de su asistido.

En forma subsidiaria y para el supuesto que no prospere la absolución que postula, requirió se declare la inaplicabilidad de la agravante genérica del art. 41 bis del C.P., por afectar principios constitucionales, imponiéndose a D. B. la pena de ocho años de prisión.

En tal sentido, sostuvo que dicha agravante no se puede aplicar al homicidio simple por que el art. 79 lo desplaza, conforme al principio de consunción, asimismo por afectar principios constitucionales como el *ne bis in idem*, el de proporcionalidad de las penas, el de legalidad, entre otros. Invoca se aplicable, la jurisprudencia que ha sentado esta Cámara en los autos **"Comisaría Primera s/investigación tentativa de homicidio a M. S. r/víctima – Trelew" (Carpeta 3.563 OJ Tw – Legajo 33.320 OUMPF Tw) Sentencia nro. 08/13 del 27/03/13.**

Asimismo, solicitó se declare la inconstitucionalidad del art. 50 del Código Penal, conforme a la doctrina sentada por este Tribunal en el caso **"M., M...." (Carpeta 4.418 OJ Tw, Legajo 42.295 MPF Tw).**

Finalmente, invitado que fue el imputado D. B. a dirigirse al Tribunal, el mismo desistió de ejercer su derecho.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Roberto Adrián Barrios, Omar Florencio Minatta y Alejandro Gustavo Defranco.

El juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Tras sustanciar en audiencia la pretensión impugnativa de la resolución dictada por el Tribunal de Juicio, corresponde ahora revisar la parte de la decisión recurrida, evitando la reiteración innecesaria de los agravios que se encuentran enunciados en los resultas.

2. He dicho recientemente en un precedente en el que me ha tocado intervenir, que es labor de este Cuerpo revisor ponderar la decisión de los jueces que juzgaron *(en ese caso era una incidencia de nulidad, pero aplicable la aclaración para el objeto del debate)*, y resolvieron, en función de la prueba producida por las partes. Y esto porque suele confundirse la competencia de las Cámaras Penales al considerar que, en esto de realizar un juicio al juicio, y la teoría del máximo rendimiento que importa agotar la capacidad revisora en todo lo que sea posible conforme a las particularidades de cada situación, se puede instar a la formulación de una nueva resolución con los mismos antecedentes, o acaso otros nuevos.

Ello no es así.

La naturaleza misma de la impugnación ordinaria prevista en la ley, en concordancia con la exigencia incorporada al bloque constitucional de la Carta Magna, es la de garantizar la revisión integral de la sentencia, no del caso, por un órgano Superior, y otorgar así firmeza a las decisiones de la jurisdicción *(consagrado en el art.18 de la constitución nacional, y por imperio del art.75 inciso 22, los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre*

Derechos Humanos y en el art. 14. 5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos).

Siempre las sentencias de los jueces penales serán la materia prima sobre la que trabajarán los jueces de las Cámaras Penales, y las consideraciones de los agravios del imputado y su defensa, el marco y límite de su competencia, salvo, claro está, supuestos de evidente vulneración a garantías constitucionales que habilita a cualquier magistrado a actuar en consecuencia.

3. Efectuada esta aclaración y analizada en detalle la sentencia recurrida, al contrario de lo sostenido por la pretensa, advierto que aparece valorada y debidamente fundados en cada uno de los votos de los jueces, los puntos atacados y mediante los cuales arribaron a la resolución que se revisa.

3.1 El Tribunal de Condena ha valorado el testimonio de la señora C. B., acaso la pieza probatoria de mayor y determinante trascendencia en lo que en materia de dilucidación del caso se ha referido, tanto en la etapa de instrucción, como en la de conocimiento en el proceso de certeza.

La defensa denuncia que C. B. ha variado su declaración en el transcurso de la investigación, puesto que al Oficial G. le dijo que la misma noche del hecho, habían ingresado entre cuatro o cinco personas al domicilio de la avenida de Los Trabajadores, y que mediante amenazas y gritos, habían terminado con la vida de D. B. por circunstancia que ella desconocía. Luego de aproximadamente nueve meses de sucedido el hecho, conforme lo dijo el Oficial A., la testigo se presentó en la Seccional Segunda de policía, y le dijo que se sentía muy amenazada, que en el mismo terreno hay dos casas, en una convivía D. B. con L. T. y sus hijos y pegado a esa casa, en otra, convivía C. B. con D. B. y su hija menor C. C. B., y que por eso tenía temor por su vida y por la de sus hijas. El Oficial A. refirió que se encontraba como "*quebrada*" en un punto, como que quería cambiar la declaración. Así fue: terminó declarando que en realidad el

autor del hecho era D. B., y no como había dicho en su momento.

Que entonces C. B. compareció ante el Ministerio Público Fiscal, realizó una denuncia en la que no dijo que la persona que la estaba amenazando era su hermano D. B..

Ahora bien, del juicio han surgido circunstancias que los magistrados ponderaron y lograron darle justificación a dicha conducta de cambiar su versión, al punto de darle verosimilitud al testimonio.

A partir de la foja 228 de la carpeta, en donde obra parte del voto del doctor Cesar Zaratiegui, se encuentra en una suerte de escrutinio quirúrgico, cada detalle que componen el devenir temporal de la versión de la testigo, y las consideraciones que tuvo en cuenta el magistrado para darle valor. Allí dio cuenta que B. tomó su decisión de contar la verdad, porque no estaba ya viviendo allí, porque sus hermanos seguían igual, porque la ultima vez que vio a su hermano fue cuando lo apuntó con una escopeta, y porque en algún momento lo tenía que contar, ya que su hija le pregunta por su papá.

La misma consideración tomó el juez Fabio Monti, cuando a partir de la foja 239, en el acápite en el que trata de la autoría del evento, evocó las partes pertinentes del testimonio, y valoró sus dichos en cuanto a que C. B. no dijo nada a la policía en ese momento por miedo. Que se limitó a decir lo mismo que decía su hermano (*condenado*). Que se decidió a contar lo que había visto, luego que su nena le preguntaba sobre lo que le había pasado a su papá *(ver segundo párrafo y primera oración del tercero, de los fundamentos que lucen a foja 240 de la carpeta de la OfiJud).*

La testigo impresionó a los magistrados de tal manera que los determinaron a darle credibilidad a sus dichos, pese al retaceo en la información que en el momento del traumático hecho padecido diera a los preventores.

También la defensa ha alegado sobre la similitud de la primera versión de la testigo con la de su cliente, en su versión de descargo; mas ésto, como bien menciona el juez Monti, lo ha justificado la misma C. B. cuando dijo que ese dia, por miedo, dijo lo mismo que decía su hermano.

Expresamente el magistrado coincidió con el Ministerio Público Fiscal en cuanto a que existe una explicación lógica y coherente de la variación del relato de C. B., al estimar que *"… se sentía atemorizada por lo que podrían hacerle sus hermanos si hablaba, temiendo correr igual suerte que su marido. Este temor se fundaba también en el estado de excitación y de "locura" (según sus propios dichos) que exteriorizaban tanto D. como Jesica cuando estaban drogados. 'Pero las explicaciones que requería su hija acerca de lo que había pasado con su padre, motivó que ella decidiera por contar lo que realmente había ocurrido esa noche." (ver foja 240 vuelta, tercer párrafo).*

Allí entonces la causa de la similitud que ahora se pretende instaurar como duda en el fallo de los decisores.

3.2 Por otra parte, dijo la defensa que esta única versión necesita ser corroborada por otros elementos probatorios producidos durante el debate ya que, de alguna manera con dicha labor, surge la incoherencia tanto interna como así también externa de la declaración.

Como nos enseña Caferatta Nores en cuanto al análisis de la sinceridad del testimonio, cuando dice que *"… será necesario, además, luego de la valoración individual de cada testimonio, cotejarlo con el resto de las pruebas reunidas, a fin de lograr una correcta evaluación de su eficacia probatoria…."* (La prueba en el proceso penal, pág. 123), o al decir de Lino Palacio, *"que en la mayor parte de los casos la prueba testimonial se relacione con el resultado de las restantes pruebas producidas en tanto ese criterio contribuye a la adecuada valoración de la primera"* (Palacio, "La prueba en el derecho penal", pag. 125, con cita de Fenech, Derecho…, t. I, pag. 692), de la lectura de los fundamentos del fallo, se colige una minuciosa exploración

que fuera realizado sobre el contenido del testimonio de C. B., en conjunción con el resto del plexo probatorio, y que echa por tierra el agravio de la Defensa.

El magistrado que presidió el tribunal, sometió los dichos de B. a confronte con el resto de la prueba, como se advierte en la lectura de su voto a partir de la foja 229 vuelta, segundo párrafo.

Así, confirmó los dichos de la nombrada a través del testimonio del oficial W. P. A. quien para el momento del suceso laboraba en la Brigada de Investigaciones local y tuvo a su cargo la investigación del hecho criminal, quien declaró que "aparece" C. B. muy consternada y que pese a que ya había entregado la investigación a la Fiscalía, le dijo que los sucesos no habían sido así como lo había dicho, sino que estaba amenazada por su hermano. Que eso lo comunicó a la Fiscalía (ver fs.229 vta y 230).

También tuvo en cuenta el juzgador, tanto las tareas que llevaron al secuestro del arma de fuego vinculado al hecho, mediante el testimonio del sargento S. B., como el resultado de la diligencia de reconocimiento de objetos, llevado a cabo en la etapa de investigación respecto de dicha arma.

En la ponderación, pese al resultado negativo de la misma, las referencias hechas por B. llevaron al magistrado a concluir con ello que si bien no pudo establecerse que el arma secuestrada hubiera sido la que empuñara el acusado para matar a la victima, *"…se yergue esta circunstancia como indicio de que al menos el victimario manipulaba armas similares a la que se utilizó para dar muerte a la víctima y que las tenía en su vivienda…." (ver foja 231, tercer párrafo)*

Cotejó el testimonio de C. B. con el testimonio de los vecinos de la vivienda en la que se produjo el homicidio: con el del señor R. V., con el de la señora M. P., el del señor S. S. T. y encontró puntos de encuentros entre ellos.

Adicionó los registros de audio del llamado al comando de policía del alerta (ver foja 231 vuelta de la carpeta).

Con dicha labor, a las que incluyó la valoración de la declaración de descargo del imputado, arribó racionalmente a que del análisis del testimonio de la señora B. y a los fines de establecer su correspondencia con el resto del plexo probatorio, que la agresión a la victima se realizó en un horario cercano a las 23.00 hs. del día 19 de abril de 2013, conforme alertara la Sra. P., quien a las 22.59 hs. dio aviso policía que un individuo de remera verde y gorrita blanca portaba un arma y amenazaba a los vecinos. Que esto es coincidente con el testimonio de V. quien observó a una persona con una escopeta de dos caños que apareció sorpresivamente, luego de haber escuchado un estampido, y lo amenazó con que no diga nada de lo que pudo haber observado. Que a través del testimonio del Oficial A., se vieron las fotos tomadas en el lugar y que dan cuenta que efectivamente, desde la posición en la que se encontraba V., como asimismo de la casa de la señora P., se observa con claridad la vivienda donde ocurrieron los hechos.

Que así entonces, las afirmaciones de C. B., referidas a la hora en la que sucedieron los hechos, a la vestimenta de D. B., a la utilización de una escopeta para producir el ataque, a la salida a bordo de una moto de aquél se encuentran corroborados.

Por su parte, el voto del primer vocal coincidiendo con el Ministerio Publico en cuanto al análisis de la versión de C. B. en extremos de coherencia a los fines apreciativos, a partir de la foja 240 cotejó sus afirmaciones con las del oficial P. G., con las del oficial A., con la mecánica de los hechos como fuera dictaminado por el comisario A., y en cuanto al consumo de drogas de D. y de J., con los testimonios de la licenciada C. R., de H. B., L. M. y L. T..

Tuvo en cuenta también los elementos indiciarios que trajeron las versiones de los señores R. V., M. P. y S. T., que lo determinaron a darle eficacia probatoria al testimonio de C. B., que se encuentra reforzado con el resto

del material probatorio que el acusador presentó en el transcurso del juicio, estimando concretamente que *"… si bien no puede desconocerse que la imputación de autoría a B. se cimienta esencialmente en el testimonio de su hermana C., no ha evidenciado este relato alertas que pongan en crisis la credibilidad de la testigo. Por el contrario considero que el testimonio presenta una coherencia interna, ya que no se ha tratado de un discurso dubitativo, contradictorio ni premeditado. La testigo se ha mostrado segura de sus dichos, ha detallado todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar bajo las cuales se desarrollaron los acontecimientos que en desgracia tuvo que presenciar, indicando claramente a sus hermanos D. y J. como aquellos que ingresaran a su domicilio la noche del hecho. Pero además de presentar su declaración una coherencia interna, sus dichos encuentran respaldo en otros elementos de prueba (coherencia externa), tal como se explicó en los párrafos precedentes…"*

Para quien votara en último término, preludiando que la certeza positiva arribada en la deliberación se basó en la coherencia interna del relato de C. B., dijo que del relato que argumenta la fiscalía, *"…solo me resta coincidir en un todo, agregando que pudimos observar en la audiencia de debate a la testigo manifestarlo, no sin esfuerzo ya que el suceso aun denota que le provoca una gran angustia, rompiendo en llanto en reiteradas oportunidades, pero sin vacilar, ni contradecirse pese al extenso interrogatorio al que fue sometida por las partes. Por su parte también se puso de manifiesto que existe una ausencia de interés por parte de la testigo a involucrar a sus hermanos en el hecho…." (ver foja 248 vuelta, segundo párrafo).*

Prolijamente enumeró en incisos la prueba que en correlato con el testimonio, desde el punto de vista externo lo tornó coherente, y que se puede apreciar a partir de la foja 249 vuelta, a partir del último párrafo, a los cuales en honor a la brevedad me remito.

"…Con lo hasta aquí expuesto en relación a la credibilidad del testimonio de C. B., queda claro que la testigo se conduce con la verdad ante el tribunal, por lo que debe tenerse como válido y veraz….", fue la conclusión del juez, a los cuales, en momento de analizar específicamente la autoría del hecho, adicionó como elementos indiciarios, el merito a los testimonios de R. V., M. P., S. T., de los policías G. y Sandoval y la pericia criminalística (ver foja 251 vuelta, a partir del ultimo párrafo).

Sabido es que nuestro código procesal establece el sistema de libre valoración de la prueba, que el tribunal puede creer o no a un testigo en particular, aun como en el caso, de un único testigo de un hecho. La carga de los jueces es ponderar lógica y racionalmente el valor de convicción del testimonio, fundando su decisión al momento de redactar el fallo. Se ha dicho que "todos los testigos valen", pero "su peso" dependerá de las condiciones de credibilidad específicas de cada caso.

Tengo para mí que los votos que componen la sentencia, contienen un desarrollo exhaustivo y completo en los extremos de este agravio: coherencia interna y externa, que, a diferencia de lo sostenido por el pretenso, se caracteriza por su adecuada fundamentación en cada uno de los elementos del plexo probatorio producido en el debate, y que lógicamente llevan a la conclusión de credibilidad del mismo.

3.3 La defensa se agravió de la poca relevancia dada al testimonio de L. T. para los jueces del Tribunal, quien declaró en defensa de su cliente.

Dijo que si bien la testigo es la pareja de D. B., le endilgan los sentenciantes el no haber dicho con anterioridad todo lo afirmado durante el debate, puesto que así podrían haber contribuido a mejorar la situación procesal de su pareja.

Creo que este punto también debe rechazarse.

El doctor Zaratiegui observó acertadamente que las afirmaciones de L. T. aportada por la defensa, no corroboró los dichos del imputado; marcó las contradicciones de su testimonio con el del descargo, como así también indicó que guardó inexplicablemente silencio del papel que tuvo C. B. en el hecho, pese a que sabia que denunciaría a D. y a J.. Además no explicó porqué esperó hasta el final del juicio para aportar los datos cuando pudo hacerlo antes, siendo que su esposo se encontraba detenido *(ver foja 233, tercer párrafo).*

El doctor Monti también indicó precisamente la contradicción de la versión de T. con la del imputado en cuanto a que dijo que su marido nunca salió del inmueble mientras que aquel dijo que se subió a una moto en busca de los autores del hecho.

Por otra parte, respecto al testimonio brindado por la pareja del acusado, dijo que además de evidenciarse un interés en el mismo por la vinculación afectiva con aquél, por tener hijos en común y por ser el único sostén económico de la familia, dijo que "… *también quedó reflejado un déficit de credibilidad en el relato aportado por la testigo. Al igual que su marido, hace mención a que C. lavaba la escena del hecho y que fue hasta el puente presuntamente a quemar evidencia, datos que nunca fueron aportados por la testigo durante el transcurso de la investigación, aún cuando sabía que los mismos podrían haber beneficiado la situación procesal de su pareja, privado de libertad…" (ver foja 243 vuelta, segundo párrafo)*

El doctor Yangüela también apreció que surge del testimonio brindado por la pareja del acusado, que aseguró que C. B. habría ido a quemar cosas debajo del puente, y que incluso "lavaba la escena del crimen", cuestionándose el magistrado con razón, porqué estos datos nunca fueron aportados a la investigación, teniendo en cuenta que beneficiaba al encartado que se encontraba detenido hace más

de un año. Agregó el juez el porque desacreditó no solo el testimonio, sino también a la testigo cuando destacó que se evidenció un marcado interés por el hecho de tener hijos en común, y por ser B. era el único sostén económico de la familia.

La valoración que hicieron los condenantes es correcta: marcaron contradicciones en su contenido al cotejo de lo declarado por el imputado, y tuvieron en cuenta la inexplicable falta de proactividad de la testigo en instancias previas del proceso, atento la detención que venía sufriendo su pareja.

Y ello no logra ser desestabilizado con la justificación ensayada por la defensa, cuando afirmó que durante el debate y a preguntas de la fiscalía, T. respondió que esa noche la llevaron a prestar declaración ante la policía en la Seccional Segunda, y que no habló mas por que no le preguntaron mas y porque el MPF nunca la citó.

Si acaso la falta de conocimiento de la testigo, de las diligencias necesarias para lograr llevar la información que pudo rápidamente mejorar la situación del condenado en la instrucción, no fue debidamente atendida por la defensa, misma falta de proactividad merece ser achacada a dicha parte.

En este mismo punto, también merece ser descartada la intención de la impugnante de forzar a considerar a la versión de D. B., con mas credibilidad que la versión dada por C. B., puesto que no es cierto que la de su cliente cuente con la coincidencia de las declaraciones efectuadas por L. T., por las razones desarrolladas mas arriba.

Menos aun con la de la menor C. B., que prestara testimonio en la modalidad de Cámara Gesell.

Como lo expresaran los jueces penales, su declaración fue confusa y con pocos detalles que pueda corroborarse con otra prueba, quizá por su corta edad (4 años), y por las dificultades de percepción e interpretación. El juez Monti hasta se cuestionó si el relato que hiciera en su testimonio

coincida temporalmente con la noche del homicidio, o bien es un hecho anterior *(ver fs.243 vuelta última parte).*

El doctor Yangüela incluso marcó que dentro de este cuadro traído por la defensa, la misma L. T. dijo que al momento de los hechos la nena estaba en su casa, por lo que es dable considerar, como lo hicieron los jueces, que no percibiera correctamente las circunstancias del evento en el que falleciera su padre.

3.4 La defensa cuestionó que no se hizo un reconocimiento de voz en la etapa de investigación, ya que la única testigo dijo que supuestamente reconoció a D. y J. por la voz, que la iluminación artificial no funcionaba en la vivienda pero que igual algo podía ver, aunque no los rostros.

Al cotejo de las constancias de la carpeta respecto al juicio, se advierte que el día 24 de agosto del corriente año, fue incluido dicho extremo en el alegato de cierre de la defensa.

Si bien los jueces nada dijeron sobre este punto, tengo para mí que dicho reclamo no posee entidad suficiente como para lograr un temperamento expreso, ya en aquel alegato el mismo letrado refirió que C. B. pudo identificar a D. B. porque reconoció su voz, premisa que el defensor reiteró en la audiencia de impugnación. Como vemos, la misma formulación hace caer por su propio peso el reclamo, puesto que es evidente que la diligencia no se justificaba.

3.5 En cuanto a los golpes que fueran acreditados en el informe del Dr. S., el médico policial y a las personas que supuestamente lo atacaron esa noche, han ponderado los jueces que mediante el informe que hizo la Brigada de Investigaciones, fue descartada esa posibilidad de autoría.

Acusa la defensa que ese descarte fue sin ningún fundamento y que no se indagó a fondo si había tenido alguna participación en éste hecho.

Sin embargo, de acuerdo a los fundamentos de los magistrados, esa línea se descartó cuando se comprobó que los Barra no estaban en la zona la noche del homicidio. Parece ser una muy buena razón para eliminar esa línea de investigación, arribada en la evacuación de la cita de descargo del imputado.

Las lesiones del imputado, constatadas por S. (foja 11 del LPF), fueron estimadas como superficiales por los jueces.

3.6 Por ultimo, la defensa sugirió que con el hecho que C. B., a pocos días que sucedió el hecho, se fue con una nueva pareja a Puerto Madryn, con la que luego tuvo un hijo, y que luego regresó a la ciudad de Trelew, podría haber desencadenado la determinación fatal respecto de D. B., como denunciara su cliente.

Dijo que la testigo era agredida permanentemente por su esposo, aspecto al que hizo mención el informe del oficial A. que hizo referencia que existe la causa judicial 22358 de 30/11/09 y otras denuncias mas que efectúo por violencia de género C. B. contra D. B., que incluso tenia muchos problemas, que era una persona conflictiva, que tenia problema en el barrio y que había sido agredido en reiteradas oportunidades.

De esta defensa positiva, los jueces desarrollaron sendos fundamentos para descartar su posible ocurrencia.

El Doctor Zaratiegui transcribió parte del veredicto, en donde constan las razones de la decisión, a las que agregó las teorías insertas en el descargo del imputado, para catalogarlas de incoherentes y autocontradictorias.

Así tituló como teoría de la deuda, en cuanto al posible móvil de los agresores que ultimaron a la victima; teoría de la venganza, en cuanto a que su hermana tenia otra pareja y quería vengarse por algo que le había hecho; teoría del miedo, por un supuesto viaje a Río Negro que la tenia asustada, y por ultimo una teoría de móvil económico, en cuanto recibiría dinero por involucrar a alguien.

El doctor Monti sometió al mismo análisis de la versión de descargo, al efectuado al de C. B., y concluyó que las variaciones en el relato no encuentran justificación lógica alguna.

Expresamente dijo que *"…No se explica porqué el imputado no mencionó a los investigadores su convicción acerca de que su hermana C. había encargado el homicidio de su marido, sobre el presunto abuso cometido por B. en perjuicio de una vecina del Barrio Progreso o bien sobre los presuntos hechos de abuso en perjuicio de la propia hija del occiso. Tampoco se comprende que el imputado haya omitido transmitir a la policía que su hermana C. había lavado la escena y quemado cosas. Todos estos datos, de haberse confirmado, podrían haber beneficiado su situación procesal y cesar su encarcelamiento, sin embargo optó por guardar silencio hasta el momento del juicio…" (ver foja 242 vuelta, ultimo párrafo).*

El doctor Yangüela finalmente coincidió con los colegas en sus conclusiones, teniendo en cuenta que las tres versiones dadas por el imputado, resultan ser una explicación irracional e incoherente de lo sucedido. Dijo el juez *"…Estas variaciones en el relato de D. B. no tienen una justificación lógica. Mas sí podemos colegir que son el resultado de una coartada construida a partir de la prueba producida y que fuera exhaustivamente documentada en forma escrita por D. B., tratando de mejorar su comprometida situación procesal en el hecho." (ver segundo párrafo de foja 253 vuelta).*

Por todo lo dicho, voto por desechar los agravios que hasta el momento se han ido revisando, invocados por la defensa y cotejados con el fallo y la prueba.

4. En cuanto al agravio que se refiere a la inaplicabilidad de la agravante genérica prevista en el art.41 bis del código penal a la figura del homicidio simple, por afectar principios constitucionales, he de

mantener el criterio que sostuve como juez penal, y que actualmente como juez revisor mantengo, que estima que la agravante puede válidamente ser aplicada en estos casos.

Así es, sin perjuicio que la aplicación de la agravante genérica prevista en el art.41 bis del C.P (empleo de arma de fuego) en la figura del homicidio puede ser válidamente discutida, toda vez que dicho delito tiene incluida la seguridad del daño mayor imaginable contra las personas como lo es la muerte, circunstancia que en alguna oportunidad pude haber compartido, a partir de mi participación en el tribunal de juicio del caso "B. D. y P. M. p.s.a homicidio en grado de tentativa y abuso de armas. Tw" (Carpeta n°3563, Legajo Fiscal n° 33.320), modifiqué mi postura respecto al tema.

En efecto, dije entonces, y sostengo ahora, que es posible la aplicación del artículo 41 bis del Código penal argentino a los tipos penales que no contemplen la circunstancia que la norma prevé como elemento constitutivo o calificante del tipo básico, puesto que es el mayor poder vulnerante del medio empleado para ejercer violencia o intimidación contra las personas, lo que justifica la agravante.

Es posible que la técnica legislativa de insertar una agravante en forma genérica para todo delito de la parte especial en su primer parte sea inapropiada, mas ello no invalida su aplicación. La norma es válida, y de plena operatividad en casos de homicidios del art. 79 del código penal, como ya nuestro Superior Tribunal de Justicia lo sostuvo en el caso *"B., M. A. s/ Homicidio simple en concurso con abuso de arma" (Expediente 20.107-B-2005) 2006,* en los que se dijo que *"En el hecho, para dar muerte a la víctima, don M. A. B. empleó un arma de fuego. La agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal se atribuye al tipo que pueda ser consumado mediante violencia o intimidación. El tipo que establece el delito de homicidio, indudablemente admite esa forma consumativa y en el caso concreto así lo consideró el tribunal de juicio. El*

legislador concibió la idea de que un delito cometido con arma de fuego aumenta la culpabilidad del autor, debido al mayor poder vulnerante del medio empleado para ejercer violencia o intimidación contra las personas. De modo que, según el Código Penal argentino matar con un arma de fuego implica, para el agente, una mayor medida de culpabilidad que hacerlo sin ella (v.g. con arma blanca o con las manos) aun cuando el bien jurídico protegido sea el mismo. Dicho de otro modo, en ambos casos el bien jurídico protegido es equivalente, la culpabilidad del autor, no" (Voto del Dr Panizzi). Otro precedente en el mismo sentido de nuestro Alto Tribunal provincial es del caso *"D., D. A. s/ homicidio simple" (Expediente N° 20.083-D-2005-sentencia N° 64/06 del 21/11/06).*

La Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en Sentencia n°74 del 27/08/03 en los autos *"N. V. H. p.s.a. Homicidio, etc. -Recurso de Casación"*, sostuvo también el criterio que este revisor comparte, en cuanto a que es aplicable el art.41 bis al delito de homicidio simple, pues se trata de un delito doloso, la acción típica sin duda exige violencia en contra de la víctima, y la figura penal no contiene en forma expresa dentro de su estructura la circunstancia consistente en el empleo de un arma de fuego *(fallo citado por NADER, A. A.: "Agravante del Art. 41 bis del Código penal y el principio de legalidad" . Revista IN IURE [en línea] 1 de Mayo de 2012, Año 2, Vol. 1. pp.156-175. Recuperado (Fecha de acceso), de http://iniure.unlar.edu.ar).*

A mas abundar, se suma a esta columna jurisprudencial la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, en los autos *"M., L. A. s/recurso de casación. 26/06/07, Causa n°7883, Registro n°874.07.3*, cuando resolvió que es *"correcta la aplicación de la agravante prevista en el art.41 bis del C.P a aquellas figuras típicas que no contienen como elemento constitutivo o calificante la*

utilización de un arma de fuego, como en el caso del homicidio, que puede llevarse a cabo por cualquier medio".

Por estos argumentos que he detallado, mi posición respecto al agravio coincide con la posición desarrollada por el tribunal de condena, y por ello mi voto es por la confirmación de la aplicación de la agravante prevista en el art.41 bis del código penal a la figura de homicidio simple del art.79 de mismo plexo legal.

4.1 Con ésta consideración, que me pone en la minoría de este tribunal, a la revisión de las circunstancias agravantes y atenuantes estimadas en forma coincidentes por los tres magistrados, sin perjuicio que no fuera motivo de agravio de la pretensa, soy de la idea que la pena impuesta a DANIEL EDUARDO BLANCO de catorce años de prisión, de efectivo cumplimiento resulta ajustada y merece ser confirmada.-

5. En cuanto al punto que hace la declaración de reincidente del imputado, destaco nuevamente mi disidencia con los distinguidos colegas con quienes integro este Cuerpo.

Luego de un profundo análisis de la cuestión he de decir que mantengo, cual he venido sosteniendo en precedentes en los cuales me ha tocado intervenir en calidad de juez penal, que la reincidencia no afecta garantías que resguarda nuestra Carta Magna, ni los Tratados Internacionales con jerarquía de tales.

5.1 En efecto, tengo para mí que el hecho objetivo en la vida de una persona de haber cumplido, al menos en forma parcial, una condena por un hecho anterior juzgado, constituye un parámetro válido de consideración jurisdiccional para la declaración del instituto.

La declaración de reincidente de una persona lo único que destaca, es el particular seguimiento en la ejecución de la pena que respecto a él debe hacerse.

Ello así, puesto que como ya lo vengo sosteniendo en casos como "C. M. A. P.S.A. DE HURTO TENTADO – TRELEW"- (Caso: No. 18413- año 2009), y acumulada "C., M. A. p.s.a.

robo – Trelew" (Caso: No. 18428 – año 2009**)**, la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito (precedente que corresponde a la cita del tribunal A-Quo, CSJN G.724, XXI, 7-7-88, Gelaberto Rubén , LL, 1988-E, p.351).

Considerando entonces que es reincidente quien con anterioridad a la comisión de un nuevo delito ha cumplido efectivamente en forma total o parcial una pena privativa de libertad impuesta por sentencia firme (concepto dado por la C.N.C.P. sala IV, 8-3-1996, B.J.F., reg.548), la declaración de tal de una persona no vulnera el principio non bis in ídem, puesto que lo que éste prohíbe es la nueva aplicación de pena por el mismo hecho.

Recapitulando, la declaración de reincidencia sólo ajusta el régimen de cumplimiento de la condena, tanto de la que fuera impuesta en un antecedente pronunciado por sentencia firme y cumplida efectivamente aunque sea en forma parcial, con la que corresponde ejecutar por el nuevo hecho.

5.2. De otra parte he de descartar la presunta violación del principio de culpabilidad de autor, vedado por nuestra Constitución.

Entiendo que el juicio de culpabilidad que ha de realizar el juzgador al momento de mensurar la pena, lo ha de hacer sobre el evento ventilado en un debate, y no sobre el que recayera condena anterior, juzgado en otro juicio.

Ese es el sentido y a su vez el límite que debe tener el tribunal para estimar la pena, y sobre esos rieles correrá el control del Ad-Quem mediante una impugnación ordinaria como la que me convoca.

En la sentencia recurrida, advierto que el tribunal tomó como dato objetivo los antecedentes condenatorios del imputado, agregados a fs.122 y 123 del LPF) y el cumplimiento real y parcial con privación de libertad. En

consecuencia, no agravó la sanción que en definitiva impusiera.

5.3 Ésta es la postura que ha sostenido nuestro Superior Tribunal de Justicia en distintas causas a partir "B., V. A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real" (expediente N°20387-B-2006), y en "L., L. A. p.s.a. de abuso sexual a J.B.L." (Expediente 20.402 – L – 2006).

Al dictar sentencia en los autos "M., M. R. y Otro p.s.a. Robo con arma de fuego s/ Impugnación" (Expediente N° 23229 – F° 196 – Año 2013), la Sala se pronunció a favor de la aplicación del instituto de la reincidencia, por no vulnerar garantías ni derechos reconocidos constitucionalmente.

En fallo unánime, los ministros evocaron los fallos en donde impusieron su postura respecto al tema, e incluso agregaron la doctrina legal sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallos en que ese Alto Tribunal Nacional justamente se inclinó proclive a la constitucionalidad del instituto, tales como "Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de J. M. Cabail Abad en la causa Cabail Abad, J. M. - causa N° 16.035", fallo del 6/3/2014, y en "Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de Martín Salomón Arévalo en la causa Arévalo, Martín Salomón s/ causa N° 11.835", del 27/5/2014.

No fue la única vez que la sala penal así se pronunció. Días antes de la resolución tomada en "M.", en idénticos términos los ministros se expidieron en "Pcia. del Chubut s/S, P.P., U.D. M..-B., C. s/ impugnación", Expte. 23325 – F°13, año 2014.

En síntesis, me mantengo enrolado en las filas que estiman que no existe razón para declarar la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, pues no vulnera el principio de culpabilidad por acto en tanto se refiere a una modalidad en el cumplimiento de la pena, y no a la imposición de la pena en sí misma; ni tampoco al principio que prohíbe la múltiple persecución penal, ya que

el imputado no es juzgado ni acusado nuevamente por la comisión del hecho anterior, no repugnando en consecuencia, garantías veladas por nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales incorporados por obra del art.75 inc. 22 en la reforma del año 1994 (art. 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 14.7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos).

Por todo ello, mi voto será por la confirmación del punto III del fallo traído en revisión, y por el cual se declara la reincidencia de D. E. B. en los términos del art.50 del código penal.

6. Conforme al modo de resolver, postulo que las costas deben ser soportadas por el acusado (art. 241 CPP), regulando los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la cantidad de VEINTICINCO (25) JUS por la labor desarrollada en esta instancia, de conformidad con lo establecido en los arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII-4 (antes decreto-ley 2.200) y, art. 59 de la Ley V, Nro. 139. Así lo voto.

El Juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. La defensa impugna la sentencia, criticando el testimonio de C. B., al cambiar versión de los hechos que había dado originalmente. Adelantamos que no puede prosperar la postulación defensista, toda vez que no solamente existe una justificación más que razonable de la conducta de la testigo, sino que su testimonio es central como elemento de cargo, al corroborarse con otros, por lo que el grado de calidad que se le dé a su información es decisivo para el desenlace del caso.

2. En esta senda, adviértase que la segunda versión se corrobora más que plausiblemente con otros hechos ciertos, y no así la primera. En efecto, afirma que la noche del hecho estaba con su esposo y su hija, golpean la puerta y entraron su hermano D. y su hermana, alterados, como locos y

drogados, había poca luz, apuntando con una escopeta su hermano a D., quien le pidió que saque a la nena, y cuando estaba haciendo esto y saliendo, escucha un disparo, lleva a su hija a otra casa, vuelve y encuentra a su marido D. tirado afuera, boca abajo, observando que su hermana Jennifer estaba arrodillada en el piso de la cocina limpiando y su hermano ya no estaba, viéndolo después cuando llega la policía. También relata que sus hermanos charlaban acerca del hecho, así como las broncas y peleas anteriores entre ambos, todo por cuestiones relacionadas con drogas, señalando que D. le dijo a la policía que unas personas habían matado a D.. Sostiene, por último, que en ese momento no quiso imputar a su hermano por miedo, pues estaba amenazada, repitiendo a la policía lo mismo que les dijo D., pero luego se decidió a contar la verdad porque la víctima era el padre de su hijita y ésta le preguntó qué había pasado con su papá.

Tal relato, se corrobora tanto con el acta labrada con motivo de la entrevista con el oficial G., a quien efectivamente le dijera, momentos después del hecho, que lo autores habían sido unas cinco personas, que llegaron a su casa y discutieron con su marido por una deuda, sacándolo de su casa por la fuerza, escucha un disparo, saliendo luego y observando a su marido tirado en el piso frente a su casa. Asimismo, se comprueba, según testimonio del oficial A., que meses más tarde se presenta en la Brigada, llorando, consternada, atemorizada, contando lo que realmente había ocurrido, reafirmándose así la imputación a su hermano.

3. Con todos esos elementos, el cambio de versión aparece más que justificado, en tanto resulta lógico y conforme la experiencia común, sentirse amenazado por dos personas que cuando estaban drogados podían actuar de igual forma que lo hicieron con su marido, es decir, que la advertencia de un hecho futuro, era cierto y posible en su misma persona. Resta, entonces, analizar si la segunda versión encuentra algún asidero en otros elementos, respuesta positiva que pasamos a analizar.

En primer lugar, la testimonial de C. B. tiene coherencia con la modalidad del hecho, tanto desde el punto de vista objetivo ilustrada por el oficial A. en cuanto al tipo de arma utilizada y mecánica del mismo, como por el estado de furor en que actuó el imputado, tal como lo expone la licenciada C. R. sobre la historia de consumo de estupefacientes de la familia del victimario y de la víctima. A ello, cabe agregar los testimonios claros y contundentes que desmienten los extremos más importantes de la defensa material- no el mismo cambio de versión, pues es un derecho del imputado-. En este camino, los testimonios de los policías que actuaron inmediatamente luego del hecho narran lo mismo que ya dijéramos en cuanto que la muerte la habían producido alguna de las cinco personas en las circunstancias relatadas, mientras que en el juicio aparece la versión de que su hermana C. contrató a esas personas para matar a su marido, pues maltrata a ella y abusaba sexualmente de su hijita. Este cambio aparece sin ninguna justificación, pues no puede explicarse la razón de su omisión a la prevención meses antes, cuando ello lo hubiese notoriamente beneficiado en su situación.

Asimismo, la afirmación del imputado en cuanto a que inmediatamente de los disparos, sale a pedir ayuda y se sube a una moto, es completamente desmentida por R. V. y M. P., afirmando el primero que fue amenazado con una escopeta por un joven que vestía remera verde a rayas-tal como lo dice la misma policía-, hecho cierto observado por ´P., ya que lo observa cuando saca la basura, lo que ocurre luego del hecho, aproximadamente a las 22:59, cuando ésta llama a la policía, pero el imputado no salió inmediatamente en la moto, sino después de unos veinte minutos, conforme lo señalado por S. T., quien observa al imputado subirse a una moto, lo que ocurrió a las 23: 25 hs., cuando llama enseguida también a la policía. En fin, tales testimonios no

interesados, son suficientes como para excluir la defensa impetrada por el imputado.

Por último, la línea investigativa en cuanto a que los autores podrían haber sido los hermanos de apellido Barra, fue descartada por el oficial A., pues éstos no se encontraban en la fecha en la zona, así como la golpiza que habría recibido debe descartarse, pues solo se comprobó por el médico policial una simple excoriación.

Todo este cuadro probatorio, es plural, concordante y lleva a la certeza de la autoría del condenado, toda vez que no ha podido la versión ser desmentida o, al menos, puesta en duda por otras probanzas o contrapruebas que refuten la hipótesis fiscal, por lo que deberá en el punto confirmarse la sentencia en el punto.

4. En cuanto a la calificación legal, lleva razón la defensa, en cuanto al agravio que le produce la aplicación de la agravante genérica del artículo 41 bis, puesto que -como ya dejara sentado en reiteradas oportunidades y que conviene aquí repetirlas, una vez más- su operatividad se encuentra interferida por el art. 79 del mismo código penal, por lo cual no pueden ambos tipos concursar, sino de forma aparente. Esto nos indica que no se trata de un hecho con doble tipicidad plural, sino de una sola, fenómeno que se presenta cuando ésta última es la única que se aplica porque neutraliza o interfiere a la otra, lo que se conoce en doctrina con el nombre de concurso aparente.

Este es el marco teórico con el que vamos a decidir esta cuestión, por lo que entendemos que requiere una breve explicación. Sabido es que cuando un hecho posea una pluralidad típica, hay que analizar la cuestión desde el punto de vista de las relaciones que existen entre ellos, para lo cual la doctrina ha delineado principios en los que basar la solución. En este camino, recordemos los tres principios básicos que entran en juego en el llamado, por la doctrina, concurso aparente.

Por un lado el ***principio de especialidad***, el cual se presenta cuando un tipo penal exige para su consumación

llevar a cabo ***necesariamente*** otra conducta que está prevista en un tipo penal distinto, más otra circunstancia- por lo general atenuante o agravante-, tal como la relación entre el robo y el robo con armas o el homicidio simple respecto de los atenuados y agravados. En estos casos, se aplica el tipo específico, conforme el adagio *lex specialis derogat legis generalis*, de forma tal que el tipo especial encierra conceptualmente- en forma necesaria- al otro, aplicándose así aquella sola figura. Amén de tal supuesto, hay autores que aplican este principio también a los casos en el cual es el mismo legislador el que desplaza la aplicación de una figura, privilegiando a otras, tal como sucede con los llamados tipos residuales, en los cuales el legislador expresa tal voluntad generalmente con las oraciones " *siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado"* (ej. arts. 150, 183, 302, etc.) u otras análogas. Se trata de casos en que es el legislador quien expresamente decide la interferencia y, por lo tanto, la exclusión de figuras, debiendo aplicarse solo una.

Por otro lado, se delinea el ***principio de consunción***, en virtud del cual se aplica aquella figura que, para su consumación, puede llevarse a cabo ***eventualmente*** mediante otra conducta prevista en otro tipo penal, de forma tal que la no aplicación de esta última se justifica porque el desvalor que ella prevé queda incluida en aquella, que resulta la única aplicable. En estos casos se aplica otro adagio latino conocido como " *lex cosumens derogat legi consuntae",* de forma tal que el tipo aplicable encierra materialmente- no conceptualmente como en la especialidad- la desvaloración del tipo que se excluye. Es decir, se trata de figuras que pueden consumarse con acciones que se corresponden con otros tipos o con acciones distintas.

Por último, el ***principio de subsidiariedad*** viene a cuento cuando analizamos todos aquellos tipos que ***afectan el mismo bien jurídico en forma progresiva***, de forma tal que el

de mayor afectación excluye a los tipos anteriores (vgr.: la consumación excluye la tentativa, la autoría excluye la participación, la tentativa de homicidio excluye a las lesiones graves, etc).

Ahora bien, en el presente caso, como se discute si corresponde aplicar ambos tipos penales (41 bis y 79) o solo uno (art. 79), desplazando al otro, estamos, obviamente, ante una cuestión de relaciones entre tipos penales, que es precisamente la médula del concurso aparente. Si esto es así, debemos considerar si resulta aplicable a la cuestión alguno de aquellos principios que regulan el concurso aparente, o bien sacar la cuestión de allí y considerarla como concurso ideal, puesto que nadie discute que se trata de un solo hecho – lo cual excluye de plano el concurso real- que encaja en más de un tipo, sólo que debemos resolver, si tal concurso es solo aparente y, por lo tanto, no ideal.

Entendemos que puede, en el caso, razonablemente entenderse que estamos ante un concurso aparente de ambos tipos, pues resulta aplicable solo uno de ellos, el artículo 79, desplazando así la figura del artículo 41 bis por el principio de consunción, lo que equivale a decir que el desvalor de la violencia exteriorizada mediante el uso de un arma de fuego que contempla esta última figura, se encuentra ya incluida materialmente en el homicidio; es decir, este último tipo penal ya encierra valorativa o conceptualmente a aquella, puesto que una de las acciones de dar muerte a otra, puede cometerse eventualmente por uso de violencia mediante arma de fuego, al no exigir la ley ningún medio expreso para el tipo básico de homicidio, ni materiales ni M.. De hecho, la inmensa mayoría de los homicidios hoy en día, se cometen utilizando armas de fuego para su comisión.

En suma, el propósito que surge del segundo párrafo del artículo 41 bis, es evitar toda doble desvaloración, al disponer que ella no es aplicable cuando la violencia mediante utilización de arma de fuego sea un elemento constitutivo del tipo penal o agravante. En el caso del

homicidio, la utilización de cualquier medio implica necesariamente violencia, por lo que cualquier medio es típico y la expresión de esa violencia mediante armas de fuego es una de las conductas eventuales con que se puede consumar, por lo que se trata claramente de uno de los elementos constitutivos del tipo de homicidio simple.

Otra cuestión distinta es el grado de violencia utilizado, punto que ponderará el juez en la dosificación del monto de la pena en concreto, pero esto forma parte de la gravedad del injusto que se tiene en cuenta para construir el objeto a reprochar y que nuestro código recoge con las palabras " naturaleza de la acción" en el artículo 41. Solo en este último sentido, la violencia que caracteriza el uso de un arma de fuego para matar puede ser causal para agravar por sobre el mínimo- descargando completo el cargador, por ejemplo o la indefensión aprovechada intencional de la víctima-,pero ello porque es un indicio de mayor injusto, no por la simple circunstancia del medio, sino por la forma más gravosa de utilizarlo.

En definitiva, para nosotros es muy claro que la utilización del arma de fuego es una de las conductas eventuales de realización del homicidio y, como tal, uno de los elementos eventuales del tipo que ya está desvalorado en éste último, por lo que si lo volvemos a considerar para agravar la pena por esa sola circunstancia, caemos en una doble desvaloración de un mismo ítem típico, lo cual está prohibido por el principio elemental de que no puede desvalorarse dos veces lo mismo. Esta interpretación, además, no es contraria ni siquiera al tenor literal de la ley, pues ella misma está estableciendo en forma expresa que no deberá aplicarse cuando el arma de fuego es uno de los elementos constitutivos del tipo penal, es decir, cuando forme parte del tipo penal.

En el caso concreto en estudio, entonces, el tipo establecido en el artículo 41 bis queda desplazado por el

artículo 79 en virtud del principio de consunción, pues la violencia típica de ésta figura, repetimos, puede ser plasmada con cualquier medio, por lo que el arma de fuego debe considerarse como uno de los modos eventuales de ejercer violencia.

Obsérvese que podría también estimarse el caso como una relación de especialidad, pero no porque las dos figuras necesariamente se implican, sino porque la especialidad puede disponerse expresamente por decisión del legislador, mediante una cláusula residual que generalmente se expresa, tal como lo adelantamos, mediante oraciones que estipulan su no aplicación cuando tal tipo implique, a su vez, un delito mayor o empleando otras oraciones análogas, como las del artículo 41 bis, que expresamente dispone la no aplicación de ella a las figuras que tienen como elementos típicos el uso de la violencia mediante armas de fuego, sea de forma necesaria- por ejemplo, robo con armas de fuego, especialidad-, sea de forma eventual -por ejemplo, homicidio- que puede cometerse por cualquier otro medio.

Conforme todo lo anterior, corresponde revocar la sentencia en tanto aplica el artículo 41 bis. Esta última decisión impone también descontar a la pena de prisión impuesta el plus que se le agregó, debiendo corregirse su monto. Sin embargo, deberá reenviarse para que se vuelva a discutir el monto de la pena, toda vez que si se le descontara solo el plus por la aplicación del artículo 41 bis, su monto quedaría arriba del mínimo, por lo que ello perjudicaría también al imputado, ya que en una discusión con otras probanzas en un pleno debate sobre la pena, podría perfectamente demostrarse, en el caso, la posibilidad cierta y concreta del mínimo de la pena, sobre todo teniendo en cuenta las fuertes razones que se dejan entrever sobre el ámbito de autodeterminación del imputado en el momento del hecho, por los efectos que produjo su alteración anímica.

5. También lleva razón la defensa en cuanto a la inconstitucionalidad de la reincidencia, ya que el instituto afecta varios principios constitucionales, aunque de

distinto modo y gravedad, tal como lo hemos sostenido en fallos anteriores, cuyos argumentos repetiremos aquí. En este camino, es pertinente analizar los votos del Ministro de nuestra Corte Suprema, Dr. Zaffaroni, que comienza por criticar la obstinación doctrinaria y jurisprudencial que aún persiste en considerar a la reincidencia como compatible con la Constitución, cuando la mejor doctrina y jurisprudencia, como la legislación de los países más avanzados en materia penal, la han desechado por completo.

Afirma el profesor que esta obstinación no es gratuita, sino que tiene un alto costo que se cobra en moneda de maltrato físico y psíquico de las personas, recordando en este punto la similitud, de causas y costos, con las instituciones de la tortura y la pena de muerte, respecto de las cuales existió la misma obstinación contra su abolición, por razones similares que hacen a las dificultades políticas coyunturales y a la posibilidad de escándalo mediático. Después de analizar y criticar los discursos que tratan de legitimarla, afirma que ninguno de ellos puede anular la consideración de que la reincidencia es una forma de agravar la pena actual impuesta, en razón de un hecho anterior. Este hecho incontrastable y verificable, afirma el ministro, es una violación flagrante al derecho penal de acto y filiatorio del derecho penal de autor, simplemente porque se trata de penar por los antecedentes o modos de vida delictuosos anteriores que ya fueron juzgados, sentenciados y compurgados. Trae a colación al respecto, la contundente letra del código Toscano de 1786 que abrió la moderna codificación penal, el cual en su artículo 57 disponía que, una vez agotada la pena, no podrán ser considerados infames para cualquier efecto, ni nadie podrá jamás reprocharles su pasado delito, que deberá considerarse plenamente purgado y expiado con la pena que habrán sufrido. Sostiene, en ese marco de derecho penal de acto, que la reincidencia implica claramente una doble punición, puesto que se agrava la pena

o el modo de ejecución, por un delito anterior que ya ha sido juzgado y penado, amén de que se pierde así la proporcionalidad de la pena con el injusto cometido y el grado de culpabilidad.

Conviene detenerse en este último punto, pues entendemos, como lo hicimos en fallos anteriores, que es éste el núcleo sobre el cual debe rechazarse el instituto de la reincidencia. Zaffaroni, en los votos que venimos analizando, refuta de manera impecable todos y cada uno de los componentes que hacen a una supuesta mayor reprochabilidad del reincidente, traído por las teorías legitimantes, sosteniendo el ministro citado que el reincidente no es más peligroso, perverso o insensible a la pena, que cualquier otra persona.

Así, la peligrosidad la descarta, pues ésta, entendida como un juicio de probabilidad de cometer nuevos delitos que se efectúa sobre una persona, es absolutamente inverificable científicamente, aún en el caso de que comprobemos que de mil personas, la mitad vuelve a cometer un delito, pues en el caso concreto, nunca sabremos en qué mitad estará el autor que estamos juzgando. Por esto, la cuestión se transforma en una presunción iure et de iure de peligrosidad, lo cual no puede aceptarse porque no tiene ningún correlato científico, ni se condice con un nivel mínimo de racionalidad republicana, amén de que las citadas presunciones en el derecho obedecen a razones prácticas, y son incompatibles con el derecho penal, cuando operan ampliando los límites de la punibilidad.

En cuanto a la mayor perversidad de los reincidentes, explica que la perversidad puede ser un componente de los caracteres de un tipo penal, o bien un elemento de mayor culpabilidad, pero ello debe analizarse siempre en el estrato de la culpabilidad del tipo concreto que queremos aplicar, pero no en base a la culpabilidad que corresponde a una conducta típica anterior y ya penada. En este último sentido, da dos ejemplos contundentes para verificar lo expuesto, afirmando que la perversidad no tiene nada que ver

con la reincidencia, pues nadie dudaría de que un asesino o violador serial tiene una mayor perversidad, aunque no sea reincidente, como tampoco puede admitirse que necesariamente exista una mayor perversidad en el autor de unas lesiones, porque anteriormente haya sido condenado por libramiento de cheques sin fondo. En cuanto a la supuesta mayor insensibilidad a la pena por parte de los reincidentes, agrega el Juez, que ello podía sostenerse en los tiempos de Carrara, pero hoy sabemos que el mismo argumento ha llevada a consecuencias dramáticas, recordando que fue utilizado por Lombroso para definir a los colonizados como seres biológicamente inferiores, y fue la base del discurso colonialista que legitimó todos los genocidios conocidos posteriores, concluyendo que presumir que quien cometió un delito, y luego comete otros completamente diferentes, padece de una hiposensibilidad al dolor, importa asimilarlos a los salvajes que, en tiempos de Lombroso eran los colonizados.

Tratamiento aparte merecen las consideraciones de Zaffaroni respecto del argumento que señala al reincidente como una persona que actuó con una mayor conciencia del injusto, al cometer el segundo hecho, así como aquel que sostiene que con ello el agente demuestra una voluntad o decisión criminal más fuerte. En tal sentido, acepta que el primer argumento puede ser válido para algunos casos de reincidencia específica, en los que se requiere cierto grado de esfuerzo y elaboración para la comprensión del injusto, pero no es aceptable en un régimen de reincidencia genérico como el nuestro y, mucho menos, automático.

Es decir, en la generalidad de los casos la conciencia del injusto del segundo hecho es por completo independiente del primer hecho, o puede ser menor o directamente no existir, por ejemplo, si se actúa en el segundo hecho con error invencible de prohibición. En cuanto a una mayor decisión del autor a cometer delitos, afirma que tal

argumento debe rechazarse, porque, si hablamos de reincidencia genérica, nadie en el mundo real -y en condiciones de salud mental- decide cometer un nuevo delito en abstracto o decide violar el código penal o delinquir a secas, sino que la decisión criminal es de algún hecho concreto en la vida real y así, ejemplifica, no hay ninguna decisión criminal más fuerte en quien estando condenado por injurias, incurre en lesiones culposas o en quien está condenado por abigeato comete una calumnia o en el que sentenciado por estupro, comete traición a la patria.

En estos argumentos sólidos y completos, que compartimos, sostiene el ministro citado la inconstitucionalidad de la reincidencia, concluyendo que, en virtud de lo señalado, no puede sostenerse ya el precedente "L'eveque" (Fallos: 311:1451), ampliamente citado por doctrina y jurisprudencia legitimante, que vuelven a ser repetidos hoy, pero que no dan nuevos argumentos a la cuestión.

Recapitulando y sistematizando los argumentos sobre la declaración de inconstitucionalidad del artículo 50, reiteraremos aquí los que ya dijimos en causas anteriores, aunque completando un poco los mismos.

En este sentido, entendemos que todos los argumentos deslegitimantes de la reincidencia se derivan, en definitiva, de un principio superior estrechamente relacionado con la forma de concebir al delito y a la pena. Nos estamos refiriendo al conjunto de teorías que conforman lo que se llama derecho penal de acto, que concibe al delito como un conflicto que produce una lesión concreta y efectiva (principio de lesividad), prevista en la ley (nullum crimen sine lege), causada por un acto humano final, en cuya decisión el sujeto actuó en forma libre(nullum crimen sine conducta), por lo que se le puede reprochar y retribuir la lesión en forma proporcional al ámbito de autodeterminación efectivo y concreto que tuvo al momento del hecho (nullum crimen sine culpa). A esta concepción que estima al delito como una infracción o lesión jurídica cuyo desvalor objetivo

y subjetivo se agota en el acto lesivo, se le contrapone la doctrina del derecho penal de autor, conformada por teorías que estiman al delito como signo o síntoma de inferioridad moral, biológica, psicológica etc, que habilita al juzgador a tomar en cuenta toda la existencia de la persona, como conjunto de varios hechos, y no solamente el hecho concreto y real, lo cual determina que la esencia del delito, para esta perspectiva, viene dada por las características del autor -sea pecador o peligroso, entre otras- que explican la pena. En el caso que estamos decidiendo, nos interesa la repercusión diferente que ambas concepciones tienen en el estrato de la culpabilidad, distinguiendo así la culpabilidad de acto y la de autor. En la primera, se reprocha lo que el autor hizo, lo que hace, su modo de actuar, por lo que solo sus comportamientos, y no su personalidad o modo de vida, pueden ser tipificados y culpabilizados. Se puede decir, en general, que todo lo anterior al delito actual que estamos juzgando, no cuenta, está fuera del alcance de la legalidad estricta que debe aplicar el juez, por lo que queda claro que la reincidencia -al agravar en todos los casos y de manera automática la pena, sin dar margen ni posibilidad alguna para demostrar lo contrario y fundada en un hecho anterior ya juzgado y penado- se basa en algo completamente extraño a la culpabilidad concreta o de acto que se debe tener en cuenta. La esencia de este algo reside, sin duda, en la personalidad o modo de vida del autor, pues no puede fundarse sino en su carácter potencialmente peligroso que, como vimos, no puede predicarse respecto de nadie, pues es un juicio de probabilidad asentado en una presunción inferida de la comisión de un hecho anterior, probabilidad que nadie puede determinar científicamente. De esta forma, se toma a la peligrosidad como elemento sustitutivo de la culpabilidad, y se vuelve a las tipologías y clasificaciones de autores y delincuentes, en sustitución de las tipologías y

clasificaciones de acciones y delitos, tal como lo son las antropologías y antropometrías somáticas que elaboraron repertorios clínicos y fisonómicos del "delincuente natural" o tipologías M., políticas y sociales, mediante la definición de distintas desviaciones mentales o M., de las que el delito sería un síntoma o efectos de tales personalidades.

En suma, no existe forma de argumentar el "plus" de pena que conlleva la reincidencia -recordemos que el efecto jurídico esencial de ella es la modificación sustancial del modo de ejecución al no permitir la libertad antes de que se cumpla totalmente la pena de prisión- sin recurrir a un hecho anterior que jurídico-penalmente no debería existir, y que solo debe quedar como hecho constitutivo de la personalidad o modo de vida del autor, lo cual no puede serle reprochado al autor. Esto no quiere decir, obviamente, que la personalidad no deba tenerse en cuenta para medir el grado de culpabilidad del autor -y, ergo, del monto de la pena-, pero ello se hace siempre dentro de la culpabilidad de acto, donde la personalidad -en que la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto son indicadores importantes- se toma en cuenta como dato verificable y empírico para determinar el ámbito de autodeterminación que el sujeto tuvo al momento del hecho, es decir, que se la toma en cuenta, no para reprochársela, sino para determinar las conductas posibles distintas que le permitía su personalidad en esa situación concreta. Así, un mitómano tendrá su ámbito de autodeterminación mucho más reducido que aquel que no lo es al cometer una estafa, pues para no mentir necesita un gran esfuerzo, lo cual reduce su culpabilidad. Lo mismo cabe decir de los reincidentes, quienes generalmente tienen una menor grado de culpabilidad, al reducirse su ámbito de autodeterminación en razón de la prisionización sufrida, que, además, aumenta la vulnerabilidad del sujeto frente al sistema penal, situación que debe tenerse en cuenta, ya que ha sido el mismo Estado el que ha contribuido, ante el fracaso de su deber de

garante en cuanto a la resocialización, a que el autor vuelva a delinquir.

En definitiva, es el principio de culpabilidad de acto el que se encuentra centralmente afectado por la reincidencia, lo que ya sería suficiente como para declarar su inconstitucionalidad, pues los otros principios que se alegan para su rechazo, tienen que ver directamente con aquél. Así, por ejemplo, habilitar mayor poder punitivo que el previsto por la ley para un tipo penal determinado, implica violar la prohibición de la doble punición por el mismo hecho, ya que, repetimos, se agrava la pena por un delito anterior ya juzgado o penado, situación que afecta la culpabilidad de acto. Entendemos que es suficiente con que se acredite la violación de uno o más principios constitucionales en una interpretación legal, para declarar a la norma contraria a la Constitución, por lo que así deberá resolverse, sin necesidad de entrar a detallar otros principios que también se encuentran directamente afectados, tal como lo vimos en el voto ejemplar del ministro Zaffaroni citado.

6. Respecto a la regulación de honorarios del profesional interviniente, comparto los propuestos por el Juez que lidera el Acuerdo.- Así lo voto.

El juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- Breve será mi sufragio en estos folios, toda vez que los agravios se circunscriben, en dos ocasiones, a cuestiones ya resueltas por el suscripto hace tiempo ya, y la tercera –expuesta en primer lugar, por cierto- no requiere un extenso tratamiento.

En primer lugar, impugna la defensa la sentencia de los jueces penales Monti, Yangüela y Zaratiegui, por entender que la condena que recibiera D. B., a la pena de catorce años de prisión, por el delito de Homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego –art. 79, 41 bis y 45, CP-, se

basó exclusivamente en el solitario testimonio de C. B. –pareja de D. B. y hermana de D. B.- quien incurre en reiteradas inconsistencias, lo que –según el recurrente- no puede calificar a la sentencia de una pieza fundada lógica y jurídicamente, es decir, es una sentencia arbitraria.

Argumenta en este sentido que la testigo manifestó que no lo pudo ver la cara a los agresores porque en el lugar no había luz; que si bien los reconoció por la voz no se realizó prueba a fin de reconocer las mismas; que la testigo había dicho que los autores del hecho estaban como "sacados, drogados", sin perjuicio que el examen médico certificó algunos golpes pero que no estaban ni alcoholizados ni bajo los efectos de estupefacientes; tópicos sobre los que también se explayara suficientemente en la audiencia que ordena el art. 385 del rito.

2.- Sin embargo, la pretensión revisora de la Defensa no puede tener acogida. Desde ya adelanto que ha de confirmarse la valoración probatoria efectuada por los magistrados del debate, por haber sido ponderada la prueba recibida en la audiencia de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional y, por ende, ratificar su conclusión de dar por acreditada su materialidad y, con ello, el delito de Homicidio Simple en cabeza del enjuiciado B..

3.- Previo a desarrollar las razones por las cuales necesariamente he de llegar a tal dictamen, bueno resulta repasar los votos de los colegas que participaron del juicio oral y público.

Ha dicho el Juez Yangüela que *"las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que sucedieron los hechos ventilados en debate fueron demostrados por la declaración testimonial brindada a lo largo del debate por C. B."*, para transcribir luego sus dichos.

A renglón seguido, explica las razones por las que brinda credibilidad a su testimonio. En cuanto a la coherencia interna, la otorga desde la explicación que brinda la testigo acerca de la variación del relato. Explica que –transcribiendo tramos del dictamen fiscal- "*en un*

primer relato ingresan dos personas lo golpean y matan a D.. Refiere que siempre es un problema para la credibilidad, excepto que se de una explicación coherente y ella logra hacerlo manifestando con sus palabras que estaba shockeado por el hecho violento donde matan a su pareja… ante la llegada de la policía D. empezó a grita que habían llegado dos y habían disparado y eso le dio miedo por eso repitió esa versión. Que ella decide a hablar porque si hija le preguntaba, no podía cargar con esto…".

Coincide en un todo el juez que viene siendo glosado, "*agregando que pudimos observar en la audiencia de debate a la testigo manifestarlo… rompiendo en llanto en reiteradas oportunidades, pero sin vacilar, ni contradecirse pese al extenso interrogatorio al que fue sometida por la partes…".*

En punto a la coherencia externa, lo relaciona con todo el resto de la prueba –la que desarrolla en cinco acápites- al que cataloga de coincidente.

Por último, dedica un extenso tramo de su voto para desacreditar –al contrastarlos con el testimonio aludido- las tres versiones contradictorias entre sí del imputado a lo largo del proceso y la de su concubina, L. T., por interesada.

5.- Por su parte, el juez Monti, coincide con su colega en que "*la prueba de cargo principal la encuentra en la declaración de la Sra. C. B., hermana del acusado, quien fuera testigo ocular del hecho…"*

Dota de credibilidad interna a su relato desde el hecho que "*existe una explicación lógica y coherente de la variación del relato… Ella se sentía atemorizada por lo que podrían hacerle sus hermanos si hablaba, temiendo correr igual suerte que su marido… pero las explicaciones que requería su hija acerca de lo que había pasado con su padre, motivo que ella se decidiera por contar lo que realmente había ocurrido esa noche…".*

Estima, con especial tino, que "*…hubiera sido más beneficioso y sencillo para ella mantenerse en su primera versión, en la cual involucraba a terceros desconocidos, lo cual no le hubiese traído complicaciones en su entorno familiar…".*

En cuanto a la coherencia externa del relato de B., explica que su declaración encuentra correlato con la mecánica de los hechos desarrollada por el perito A.; el consumo de drogas por parte de su hermano fue corroborado por el testimonio de la Lic. C. R..

6.- En un mismo sentido, el líder de la votación, Juez Zaratiegui, sentenció que la principal testigo de cargo y que involucra directamente al condenado es C. B.

En efecto, en su sufragio destaca que su relato se corresponde con el resto del plexo probatorio, en principio, con los vecinos de la vivienda. Luego, lo coteja con la prueba científica para arribar a que *"las afirmaciones de C. B., en cuanto a la hora en la que sucedieron los hechos, la vestimenta de D. B., la utilización de una escopeta para producir el ataque y la salida a bordo de una moto de aquel se encuentran corroborados…"* (foja 232).

7.- Hasta aquí entonces, tanto por la coherencia interna y por su correlato con los demás elementos traídos al ruedo por los sentenciantes, no otra consideración cabe que confirmar la línea argumentativa.

Recuérdese que, tal como ha ponderado aquí el colega de este Cuerpo, Juez Barrios, si bien la impugnación ordinaria del condenado permite un amplio examen de la sentencia impugnada, salvo supuestos de evidente vulneración a garantías constitucionales, ella, en su logicidad y completitud, es el límite de la jurisdicción y, en ese sentido, no menos que desechar el agravio y confirmar el resolutorio cabe en esta instancia.

8.- Lo mismo cabe decir en punto a la consideración de las demás probanzas colectadas que, a modo de indicios, hacen sopesar los jueces para confirmar la versión de los hechos prestada por la testigo B.

Han considerado los jueces, acertadamente, los testimonios de los vecinos del lugar, R. V. y M. P., los que permiten corroborar la versión acerca de la hora del suceso, la vestimenta del matador –coincidente con la que lucía el imputado-, la utilización de una escopeta y la disposición del inmueble.

9.- También se expidieron los jueces acerca de la entidad probatoria que les mereció el testimonio de la pareja del encartado, S. T., a pesar de la queja en contrario de la Defensa.

Han explicado, marcando las contradicciones en su contenido, cotejándolo nada menos que con la versión del imputado, teniendo en cuenta, a la sazón, el hecho de no haber declarado del modo que lo hizo en la sede a pesar de la detención que venía B..

Además, han detectado los sentenciantes la falta de credibilidad de su testimonio, no solo por lo tardío de su versión de los hechos, sino por su evidente parcialidad, tal como expresamente lo advierte el juez Monti, al decir que "(es) de evidenciarse un interés en el mismo por la vinculación afectiva con aquél, por tener hijos en común y por ser el único sostén económico de la familia…".

10.- Por último, también se dedican amplios párrafos en la sentencia para desterrar el testimonio de la niña C. B., que prestara testimonio en la modalidad de Cámara Gesell, por ser confusa, con pocos detalles que puedan corroborarse, por su escasa edad –cuatro años-, por referirse, por ejemplo, a un señor que "no tenía cabeza" y que, incluso, no se sabe a ciencia cierta si estaba en la casa ese día (voto de Yangüela) o si tal vez no se refería a algo percibido en otra ocasión (voto de Monti).

11.- Por todo ello, sin recurrir a la tediosa tarea –para el lector, obviamente- de transcribir todos y cada una de los párrafos en los que los jueces plasmaron sus argumentaciones, es posible reiterar que la sentencia ha

justificado acertadamente, y en forma individual, las razones por las que otorgaron verosimilitud a los dichos de la testigo B., en qué otras pruebas de las recibidas en el debate cimentaron su declaración de autoría, expresando, en forma lógica y con términos claros y sencillos, los motivos por los cuales desecharon la prueba de que se intentaba valer la defensa a favor de su cliente.

Por todo ello, y en los límites de la competencia de este Cuerpo, tal como se dijo antes, la sentencia en este punto debe ser confirmada en toda su extensión.

11.- En cuanto al motivo de impugnación que ronda en torno a la aplicación al caso de la agravante genérica contenida en el art. 41 bis del Cód. Penal, debo reiterar lo dicho en autos **"V., J. C. s/homicidio r/víctima – Trelew" (Carpeta 3.520 OJ Tw–Legajo 50.714 OUMPF Tw)-**, del 22/01/15, en el sentido que *"el art. 41 bis del Cód. Penal, introducido por ley 25297 (B.O. 22/9/2000), es una agravante genérica por la cual se aumentan los mínimos y los máximos de las escalas de los delitos tipificados en el código sustantivo cuando fueren cometidos con violencia o intimidación contra las personas mediante la utilización de un arma de fuego"*.

Como dije en autos **"Comisaría Primera s/investigación tentativa de homicidio a M. S. r/víctima"** (Carpeta 3.563 OJ Tw – Legajo 33.320 OUMPF Tw) "…sabido es que el motivo de la agravación fue que "la vida y la integridad física estén más protegidas…", habida cuenta el mayor poder vulnerante de las armas de fuego. "En el uso de armas se encuentra comprometida la vida humana, por ello debemos cambiar la política criminal… para lograr disminuir la creciente ola de violencia que afecta a toda la sociedad…" (Senador Agundez, dictamen de la comisión, Antecedentes Parlamentarios, T. 2001-A, pág. 179).

Empero, debo decidirme por la inaplicabilidad de la agravante en este caso por atentar contra el principio de legalidad, por una parte, y el de proporcionalidad de la respuesta punitiva, en segundo lugar.

Tal como enseña el Juez Benjamín Ramón Sal Llargués en causa **N° 10.805** del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, caratulada **"Lozano Lacay, A. Oscar s/ recurso de Casación".** *"… si la norma del art. 80 recoge el agravamiento por el empleo de ciertos medios, es o porque constituyen ataque insidioso o porque ponen en peligro otros bienes jurídicos, pero —razonablemente— quien desea matar a otro puede valerse de cualquier medio. Si se aludiera a la norma del art. 41 bis C.P.,…se concluye en lo mismo puesto que esa norma, más allá de su legitimidad, pretende aventar el empleo de armas en una clara disposición contraria a la generación de peligro derivado de su uso para otros bienes, pero si lo que se pretende es concretamente el homicidio, tipo de lesión, no puede resultar relevante un tipo de peligro…"*

En síntesis, tal como también sufrague en autos "Comisaria Segunda s/investigación…" (Carpeta 4702) salvaguardando la legalidad de la norma (a pesar de ser plausibles los argumentos que la tachan de inconstitucional), considero que no puede ser aplicada la agravante del art. 41 bis a los homicidios, por cuanto, en primer lugar, las ocasiones y modos que ameritan agravar las muerte violentas están previstas en el art. 80, por lo que en estricto apego al principio de legalidad, va de suyo que no está previsto el homicidio a mano armada entre ellos. Que tampoco puede estar previsto en la disposición del art. 41 bis, toda vez que, si el fundamento de la agravación es prevenir que mediante la violencia que implica utilizar un arma se genere el peligro de lesión contra la vida o la integridad física, y en el homicidio, por definición, dicho bien jurídico se encuentra irremediablemente perdido, mal podría agravarse la sanción por la materialización del resultado por el peligro que se cause. Voto en definitiva, por la no aplicación de la agravante en el presente caso, haciendo lugar, en forma parcial, el agravio del incuso.

12.- En orden a los agravios de la defensa que fincan en la declaración de la reincidencia en cabeza de su pupilo, debo decir y volver a sostener, por no existir plausibles razones para cambiar mi parecer, tal como he sufragado en autos "G., J. y otros psa robo agravado-Gaiman" (Carpeta 4589-OJ Tw, legajo 44034 MPFTw), sentencia nro. 21/15, que *"… considerando que... (la reincidencia) es una agravación de la pena correspondiente al segundo delito... plus de poder punitivo que se habilitaría en razón de un delito anterior que ya fue juzgado y penado, por lo que se violaría el principio de non bis in ídem… soy de la opinión que la declaración de la misma es inconstitucional… "* **(**de mi voto en **"C., C. y E., C. s/robo**… " (Expte. 55/06-C.1a.C.), sentencia del 27 de septiembre de 2006.

También he dicho, y reitero aquí, en autos **"D., W. S. y otros…"** (Legajo fiscal 4728), ampliando lo dicho en la anterior, que: *"se atentaría con la declaración de reincidencia contra el principio de culpabilidad por el acto, en beneficio de la culpabilidad de autor, por la conducción de la vida u otros sucedáneos… ".*

13.- Ello, no por desconocer los precedentes en que la Corte Suprema se expide acerca de la constitucionalidad del instituto en crisis. En el primero de ellos (in re **"G. D., S. s/recurso de revisión"**, del 16/10/1986), sustentó el criterio del *desprecio por la pena que pone en evidencia quien pese a haberla sufrido antes recae en el delito*. Allí se dijo que lo *"que interesa es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza cuyo alcance ya conoce. Se manifiesta así el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida".*

De sostenerse esta doctrina, se estaría imputando al condenado reiterante la ineficiencia del Estado al no cumplir con su función de resocializar a los condenados en

la primera condena, tal como la normativa convencional y vernácula exige.

Además, apelar a que el reiterante no obedeció a la amenaza que significó la primera condena (formula de la advertencia, en la teoría alemana) y con ello a presumir que el autor tendría mayor conocimiento de lo injusto, es una afirmación dogmática no acreditada en los hechos del debate y que, en la mayoría de los casos, es contraria a dicha afirmación.

Para sostener el valor admonitorio de la primera pena sería necesario acreditar, con prueba independiente, que a pesar de haber sido condenado una vez ha decidido libremente y con conciencia del injusto acometer contra la norma en forma voluntaria nuevamente, lo que, a luz de la clientela de nuestro sistema carcelario actual no podría ser considerado moneda corriente.

14.- Poco después, en **"L., R. R."** (LL, 1989-B-183-; Fallos, 311:1451; del 16/08/1988), la Corte admitió el tratamiento más riguroso para los reincidentes, al expresar *"… la pérdida de la libertad condicional como consecuencia de una nueva penalización, no constituye una violación de la regla "non bis in ídem", pues lo que se sancionaría con mayor rigor sería, exclusivamente, la conducta puesta de relieve después de la primer sentencia, no comprendida ni penada… en la nueva decisión…""… El distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos del art. 50 del Cód. Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquellas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica, precisamente, por el aludido desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta…" "… el principio "non bis in ídem" prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena –entendida ésta como un dato objetivo y formal-, a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para*

aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal… ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho…”, ratificando así la doctrina sentada en **“V., E. C. y otra s/ robo con armas y encubrimiento”** (Fallos 311:552) del 21/04/1988.

15.- También es cierto que, en aras de sostener la no afectación del principio de la doble punición mediante la declaración de reincidencia, se ha expedido el Superior Tribunal de Justicia del Chubut. En el legajo **“B., V. A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real”** (expediente N°20387-B-2006), el Dr. Jorge Pfleger ha dicho: *“…considero –como lo he dicho- que la reincidencia es un estado que se asume con el hecho que motiva la condena y la sentencia sólo se limita a reconocerlo, bastando que conste en el expediente y se haya incorporado al debate (con conocimiento de la defensa) la constancia que refleja el encierro con fuente en una pena, que pudo haber cumplido total o parcialmente”… “En cuanto a la inconstitucionalidad pedida, tema que importa la última ratio del orden jurídico, considero que debe también ser desestimada…”*. Y remata el citado magistrado: *“El principio que proscribe el doble juzgamiento por un mismo hecho se extiende a la determinación de la pena no pudiendo realizarse una doble valoración de iguales circunstancias, pero no impide que se pueda tomar como dato la anterior condena entendida esta como lo que es, un elemento objetivo y formal que genera, como ya lo dije, un estado que se reconoce y declara en la sentencia.”*

16.- Por el contrario, tal como dije en el primer voto citado, *“…entiendo que, efectivamente, la declaración de reincidencia afecta la prohibición de doble punición de manera clara. No cabe duda que las consecuencias más gravosas que debe sufrir quien es condenado por un segundo injusto –imposibilidad de obtener la libertad condicional, por caso-, tiene como antecedente inmediato, como causa*

eficiente, el primer delito por el que recibiera pena y que ya ha cumplido total o parcialmente.

Por más que se pretenda negar en doctrina, acudiendo a elaboraciones dogmáticas más o menos desarrolladas, es innegable que al autor responsable del segundo delito se le agrava la forma de cumplimento de la pena impuesta por el simple hecho de haber delinquido anteriormente, situación que, por el mismo delito, no sucedería en contra del primario, siendo el contenido injusto del delito del reincidente igual al del primario lo que, a la sazón, viola el principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN).

Agudamente recuerda Ferrajoli: "La pena, escribe Pagano, cancela y extingue íntegramente el delito, y el condenado que la ha sufrido se transforma en inocente... Por tanto, no se puede incomodar al ciudadano por aquel delito cuya pena ya se ha cumplido. Y Morelly llega incluso a pedir que se castigue a quien osare recordar públicamente las penas sufridas en el pasado por alguien a causa de delitos precedentes…" (Derecho y Razón, Trotta, pag. 507).

17.- Prosiguiendo con mi consideración acerca del instituto del art. 50 del Código Penal, debo decir, en la línea sentada en autos **"Di Muro y otros"**, de referencia supra, que la reincidencia afecta, también, el principio de culpabilidad por el hecho. Claus Roxin sostenía, al comentar la derogación del agravamiento de pena por reincidencia en la legislación alemana, que *"solo se podía explicar partiendo de la admisión de una culpabilidad por la conducción de la vida, y por ende, inconciliable con el principio de culpabilidad por el hecho"* ("Derecho Penal Parte General", T° 1, Madrid, 1997, Ed. Civitas, pág. 186).

En la doctrina nacional, fue agudamente Maier (a instancias de su entonces discípulo Binder) quien advirtió el problema fundamental y su radicación en el campo del principio de culpabilidad. Así, enseñó que en la reincidencia se *"responde a un autor específico, a alguien*

que de antemano se etiqueta genéricamente, estableciendo para él, si se quiere, un Código Penal especial, con penas más graves que las normales según la valoración del hecho. Criminológicamente se diría, con claridad, que el sistema penal así estructurado marginaliza a quien ya ha incurrido en un comportamiento desviado, según la ley penal, tratándolo de manera diferente al resto de las personas y colgándole la etiqueta de delincuente..." (Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos, del Puerto, pág. 640).

18.- También contraría, la reincidencia, la finalidad de readaptación social que deben tener las penas privativas de la libertad. Tanto la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5.6) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 10.3), incorporados al texto constitucional (art. 75, inc. 22, C.N.), se deciden expresamente acerca de la adopción de las ideologías "re" al momento de fijar el fin del tratamiento penitenciario.

Si la ley de ejecución de las penas privativas de la libertad (ley 24.660) expresamente consagra el régimen progresivo, para que se tienda al reintegro del condenado al medio libre, la imposibilidad que el reincidente acceda a la libertad condicional -contenida en la norma del art. 14 del Código Penal- resulta inconstitucional.

19.- En definitiva, y conocedor que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de inmensa gravedad institucional por cuanto una ley sancionada por otro poder del Estado, de acuerdo al mecanismo constitucional para su sanción y promulgación, se debe presumir legítima y operativa, no menos cierto es que *"cuando la repugnancia de la norma con la Constitución sea manifiesta, clara e indudable"* (CSJN, "Pupelis", Fallos 314:424), así debe procederse por parte de la jurisdicción quien, en definitiva, es el garante de la plena vigencia de la Carta Magna.

Por ello, voto en el sentido de revocar la sentencia recurrida en lo que hace a la declaración de reincidencia de B., declarando la inconstitucionalidad del art. 50 del

Código Penal por ser violatorio de los arts. 1, 16, 18 y 19 de la Constitución Nacional y art. 75 inc. 22 en relación a los arts. 1, 2.1, 7 y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 10.3, 14 inc. 7 y 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y arts. 1, 5.6 y 8 inc. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Así lo voto.

20.- Que ello así, deviene necesario que este Cuerpo se expida sobre la pena a imponer al declarado culpable, habida cuenta el ajuste necesario que impone la no aplicación en el caso de la agravante del art. 41 bis, tal como por mayoría se decidió en la deliberación, lo que implica, necesariamente, tener que enmarcarnos en una escala sancionatoria sensiblemente menor.

Empero, no es dable asumir competencia positiva, lo que procesalmente hablando seria más económico, toda vez que no existe parámetro concreto alguno que permita adoptar una equivalencia entre la pena efectivamente impuesta y la que podría determinarse con la simple reducción de aquella en un tercio o, incluso, aplicar, como se ha decidido en numerosos pronunciamientos, el mínimo legal.

En efecto, han considerado los jueces de la sentencia los efectos extra típicos del accionar de B. –daños psicológicos y aún económicos sobre su familia-, han considerado la irrupción violenta en el recinto de la víctima *a mano armada* (ver fojas 287, ult. Párrafo, punto 2 y fojas 245 vta., primer párrafo, al final) lo que se encuentra ya previsto en la agravante escogida por los jueces, y han tenido en cuenta, aunque sin ponderar exhaustivamente, el grado de excitación del condenado como atenuante.

Todo ello, que impide –atento el grado de injusto y sobre todo el nivel de reproche que corresponde hacer al condenado- optar por el mínimo legal en esta instancia, y sin perjuicio de ser una opción posible para una nueva cesura, obliga a considerar como adecuado remitir estos

folios para una consideración integral a la prueba a producirse en una nueva cesura (art. 304, C.P.), dentro de la nueva escala aplicable, y además, permitiendo la hipotética revisión de la nueva sanción a imponer. Así lo voto.-

21.- En materia de costas y honorarios a imponer, entiendo que el juez del primer voto ha justipreciado suficientemente los mismos, por lo que adhiero a los mismos. Así lo voto.

De conformidad con los votos precedentes y con la disidencia parcial del Dr. Roberto Adrián Barrios, esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1) Confirmar parcialmente la sentencia Nro. 2630/15 OJ Tw dictada en fecha 08/09/2015;

2) Revocar parcialmente la sentencia Nro. 2.630/15 en lo atinente a la aplicabilidad en el caso del art. 41 bis del C.P.;

3) Declarar la nulidad del debate sobre la pena, disponiendo el reenvío del caso para que, de manera inmediata, el tribunal que corresponda decida la pena a aplicar, de conformidad con lo dispuesto en la presente. (art. 387 CPP).

4) Dejar sin efecto la declaración de reincidencia de D. E. B. Epulef y declarar la inconstitucionalidad del art. 50 del C.P.

5) Imponer las costas al acusado (art. 241 CPP), regulando los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la cantidad de VEINTICINCO (25) JUS por la labor desarrollada en esta instancia, de conformidad con lo establecido en los arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII-4 (antes decreto-ley 2.200) y, art. 59 de la Ley V, Nro. 139; y

6)Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Omar Florencio Minatta

Se deja constancia que los Dres. Alejandro Gustavo Defranco y Roberto Adrián Barrios no suscriben materialmente la misma por ausencia posterior al acuerdo (art.331 "in fine" del C.P.P.). Registrada con el Nro. 28/2015 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.