En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los 22 días del mes de junio de 2017, los jueces de la Cámara en lo Penal de Trelew, integrada por los doctores Omar Florencio Minatta, Roberto Adrián Barrios y Alejandro G. Defranco, con la presidencia del primero, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"B., C. J. s/homicidio r/víctima-Trelew" Carpeta 6164 Legajo 59427**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por el defensor particular, Dr. A. O. M., contra la sentencia Nro. 298 OJTw dictada en fecha 15/11/2016.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP), celebrada el día 6 de junio ppdo. en la sede de este tribunal, estuvieron presentes el acusado F. J. E. C., de demás circunstancias personales obrantes en autos, su abogado defensor Dr. A. M., los padres y hermanos de la víctima. En representación del Ministerio Fiscal, acudió el Fiscal General Omar Rodríguez.

Por la sentencia recurrida el Tribunal, integrado por los jueces penales Mirta Moreno, Fabio Andrés Monti y César Marcelo Zaratiegui, condenó a F. J. E. C. a la pena de quince años de prisión, como autor penalmente responsable del delito de homicidio simple, agravado por la utilización de arma de fuego, en carácter de autor, (arts. 79, 41 bis y 45 del C.P.), por el hecho ocurrido en Trelew, Chubut, el 12 de abril del 2015, en perjuicio de C. G. B..

El letrado Defensor, en su escrito, criticó la valoración de la prueba realizada por el Tribunal y solicitó la absolución de su defendido. Subsidiariamente, solicitó se modifique la calificación jurídica escogida por la de homicidio culposo y en caso de no hacerse lugar a lo peticionado, se reduzca la pena al mínimo legal.

En orden al primero de los enunciados criticó la realización del recorrido fotográfico en sede policial ya que, desde el inicio de las actuaciones, se tenía conocimiento de la autoría de C. en el hecho.

Consideró que la participación activa de los familiares de la víctima, en la investigación, ha

contaminado los datos por ellos aportados. Asimismo, destacó que la imagen de su defendido fue publicada en las redes sociales, varios días antes de producirse su detención, lo que vicia de nulidad los recorridos fotográficos realizados. Criticó la evaluación realizada por el tribunal al testimonio de K. D. por entender que no le fue posible percibir, desde la distancia en que se encontraba, los detalles que narró.

Como segundo punto de su agravio solicitó se modifique la calificación jurídica por la que fue condenado C. por la de homicidio culposo. Según su teoría, C. no pudo ver que había personas en el interior del domicilio y menos aun que, detrás de la puerta ciega, había una persona sentada.

Como última cuestión, y subsidiariamente, consideró que la pena aplicada es excesiva. Para fundar su agravio destaco, por un lado, la falta de antecedentes de su defendido y, por otro, el incumplimiento en los centros de detención y cárceles locales de las condiciones ordenadas por la Constitución.

En la audiencia, realizada para dar trámite a la impugnación, sostuvo y amplió sus agravios.

El Dr. Omar Rodríguez, por el Ministerio Fiscal, defendió la sentencia, entendiendo que fue producto de un análisis profundo, serio y conteste con la prueba producida en el debate.

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

El Juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Tras sustanciar en audiencia la pretensión impugnativa, corresponde revisar la decisión tomada por el tribunal de condena.

2. En primer lugar, el impugnante acusó a los Jueces de grado de haber efectuado una errónea valoración sobre la prueba producida en el debate.

2.1 La primera se refiere a que si desde un primer momento se sabía que el autor del hecho era su cliente C., ¿porqué se realizó entonces la diligencia de recorrido fotográfico?.

Dijo que existió una *contaminación* en los datos que aportaron a la investigación, efectuada por la intervención de la familia de la víctima.

Afirmó que las redes sociales poseen datos ciertos de la mayoría de los habitantes del mundo, y como el nombre e imagen de su cliente se viralizó en esas redes, previo a su detención catorce días después del hecho, los recorridos fotográficos fueron viciados de nulidad.

2.2 En primer lugar se impone aclarar que la impugnación ordinaria coloca a los jueces *Ad Quem* en un lugar desde el cual puedan controlar la razonabilidad de la motivación de la decisión que une la actividad probatoria producida en el juicio, con el relato fáctico de la acusación. No coloca a los jueces de revisión en un lugar que sustituye a los jueces de grado.

Es por ello que a la valoración del agravio del recurso que ahora nos convoca, se advierte que más que un agravio concreto, en base a una verdadera revisión, se ensayó una crítica a la labor investigativa del caso.

2.3 Sin perjuicio de ello, para evitar una resolución simplista del recurso, avocado a la revisión integral de la sentencia (reitero, único marco de competencia de este Tribunal), se colige que en solo tres instancias de la pieza recurrida, cada uno de los jueces hizo referencia a algún reconocimiento fotográfico, de poca entidad por cierto como para desestabilizar la decisión final del Tribunal.

Es fácilmente comprobable que a fojas 199 vuelta de la pieza jurisdiccional, la juez Mirta del Valle Moreno, y a foja 211 vuelta, el juez Cesar Zaratiegui, se refirieron al testimonio de G. B., quien en la oportunidad confirmó su

participación en la diligencia de la que da cuenta el acta agregada a foja 30 del legajo de prueba fiscal.

Por su parte, el doctor F. M. a foja 225 vuelta, se refirió al acta de foja 28, en la que el funcionario policial A. J. T. para ese entonces asignado a la seccional tercera de esta ciudad, participó de idéntica diligencia.

Tales actos, atacados de nulos por la defensa, atenta la supuesta participación activa de familiares de la víctima en la promulgación del nombre e imagen de su cliente en las redes sociales, fueron realizadas a menos de 24 horas del hecho. La de G. B. se realizó el 13 de abril de 2015 a las 10.49 horas (ver acta de foja 30 del LPF), la de T. el mismo día a las 17:30 (ver acta de foja 28 del LPF), cuando el hecho reprochado al encartado ocurrió aproximadamente a las 19.00 horas del día anterior.

¿Cómo y cuando se promulgaron las imágenes en redes sociales?, no se sabe, el recurrente nada dijo de ello.

Los testigos ¿las vieron en esas redes, y como influyeron en ellos?, tampoco se sabe, el recurrente no lo preguntó.

2.4 Tengo para mí, en sentido totalmente opuesto al del recurso, que el Cuerpo de Jueces de condena realizó un profuso análisis de la prueba testimonial producida en el debate, que incluyeron referencias concretas de las declaraciones que sostuvieron los presupuestos fácticos de la teoría del caso de la acusadora, sin que prospere la defensa positiva del incurso.

Los magistrados ponderaron las afirmaciones de R. y de G. B., de G. C., de P. L. C. y de R. Todos ellos, a criterio de la juez Moreno, "*…coincidieron que la persona con la que tuvieron este primer incidente en el Coronda, es el imputado C. a quien identifican como "E. C.", que vestía una camiseta deportiva de argentina o Racing, con rayas celestes y blancas, bermudas clara y tenía barba tipo candado. Que se subió a su auto Fiat 1 color blanco y luego, colocándose detrás del auto de G. B., lo empujó haciendo chocar éste último contra las rejas de una vivienda, provocando la*

reacción del grupo y mientras R. B. lo tomó del cuello a C., el resto del grupo le arrojaba piedras, contra C. y su auto"

Relacionó estas probanzas con la intervención del personal policial, cabo M. del C. C. y el sargento A. J. T., cuando identificaron a C. (que vestía camiseta deportiva de argentina o racing, rayas azules o celeste y bermuda, y que a la altura del hombro tenía sangre) que estaba sentado sobre el capot de un Fiat I color blanco, luego que un grupo de personas querían que se retirara del lugar, alegando que había empujado a un Fiat uno color azul, chocándolo contra a reja de una vivienda.

Tras este incidente, es donde el Tribunal diferenció las posturas encontradas de las partes y que le tocó resolver: *"la del Ministerio Público Fiscal, que afirmó que C. fue a la casa de los B. y efectuó los disparos que produjeron la muerte de la victima; y la del encartado, que afirmó que a raíz de las lesiones que le provocaron, se quedó en su domicilio y no volvió a salir"*, según lo plasmado en el mismo veredicto.

Y de los fundamentos esbozados por los jueces, no advierto la influencia denunciada por el defensor en el agravio que nos convoca, referido al recorrido fotográfico, del que fácilmente se puede concluir, operó como verdadera pesquisa de investigación para confirmar la información que hasta ese momento se venía manejando.

Tal es así que Moreno siguió su voto ponderando los dichos de R. B., de M. I. B., hermano y madre de la víctima respectivamente, de Gonzalo y de Pedro C., de K. D., de la pareja de C. B., M. S. C., y principalmente en el testimonio de la menor L. B., para culminar así por hacer lugar a la versión del Fiscal General Omar Rodríguez, que puso en cabeza de C. la autoría del hecho.

La última testigo en el juicio según la juez, dijo que vio por la ventana de la pieza a la persona que efectuaba los disparos, que vestía con camiseta de argentina, con rayas blancas y celestes, pelo medio ondulado, *"…y llevaba*

algo en la mano derecha, que dobló en dirección al mercado L.. Que se paró frente a su casa dispara, largaba como fuego.” Ponderó la juez este testimonio con las conclusiones de la Pericia Criminalística N°131/15, efectuada por la Of. Subinspector A. P. M. y, lo complementó con la diligencia de rueda de personas, donde L. reconoció al imputado F. J. C. como a la persona que efectuó los disparos contra su vivienda y que produjeron la muerte de su hermano. En dicha diligencia la juez destacó el impacto de emoción en la menor cuando vio a escasos metros al agresor de la víctima a quien reconoció, e indicó que a diferencia del momento del hecho, en la oportunidad se había afeitado, y que inmediatamente después, la testigo se descompuso.

Así también el doctor Cesar Zaratiegui que, al igual que su colega preopinante, tomó en cuenta la misma prueba de cargo para hacer lugar al caso de la fiscalía. Rememoró los dichos de L. B., en cuanto a que mientras se encontraba junto a su hermano C. mirando un partido por televisión en determinado momento, cuando estaba parada en la cocina y su hermano sentado en un sillón, escuchó disparos, entonces se dirigió a la habitación superior, al tiempo que observó a C. ir en dirección al patio. Que entonces pudo observar, a través de la ventana que da al frente de la vivienda, a un *“…hombre que vestía una camiseta de argentina, bermuda blanca, pelo ‘como medio largo’ y que llevaba ‘algo’ en la mano derecha, identificándolo luego como al autor de los disparos que terminaron con la vida de su hermano.”*

“La niña manifestó asimismo, que esa misma persona, y en un horario cercano a las 00.00 hs regresó a bordo de un automóvil ‘Gol’ de color rojo, y que nuevamente se situó frente a la vivienda de la calle G. G. N° XXX y ‘empezó a tirar otra vez’.”

“Dijo que, en esa segunda oportunidad, ella lo divisó desde el patio de la casa de su abuelo, ubicada casa por medio con la suya, y que al pasar por el lugar pudo observarlo claramente, vestido con la camiseta de argentina, con una barba tipo ‘candado’ y lo describió como

'medio alto, gordito, morrudo'. El sujeto del que habla la menor es el mismo que ella reconoció en diligencia de rueda de personas…"

En el primer párrafo de foja 215 de la carpeta, el magistrado reprodujo el diálogo que se dio en la sala en donde se encontraba la menor al tiempo del reconocimiento, en cuanto a la rectificación de la primera indicación que efectuara respecto al autor del hecho.

No menos exhaustivo ha sido el análisis del tercer votante, doctor F. M., quien en el acápite C) de su voto analizó cada una de las declaraciones escuchadas y detalladas más arriba, lógica desde el punto de vista interno y externo, para coincidir en sus apreciaciones a las de sus colegas.

Es más, los magistrados fueron también críticos y objetivos al analizar en detalle la versión de descargo y la prueba producida a ese respecto, dando plausibles razones para descartarla.

A más abundar, aún cuando hubiera prosperado este primer agravio, si suprimiéramos mental e hipotéticamente la diligencia de reconocimiento fotográfico atacada, como vimos existen elementos cargosos suficientes que destruyen racionalmente el estado de inocencia del encartado, por lo que no variaría el resultado final de la decisión.

2.5 De esta manera, creo que los votos se caracterizan por su sólida fundamentación, y que el análisis conglobado de todo el plexo probatorio producido en el debate, llevan a descartar este primer agravio, por lo que votaré en consecuencia por su rechazo.

3. También se agravió la defensa que el tribunal entendió que su cliente actuó con dolo eventual, sin considerar que hubo seis disparos, y la víctima estaba detrás de una puerta ciega. Aseguró que salvo que C. tenga superpoderes, no pudo saber que había una persona tras esa la placa ciega. El dolo directo del homicidio no existe –dijo el letrado–, ya que nunca pudo haberlo visto de acuerdo a donde estaba ubicada.

Con ello, denunció la calificación de homicidio simple por dolo eventual, asegurando que al hecho le corresponde una calificación distinta.

3.1 Al control del agravio, se advierte que el defensor erró temerariamente cuando dijo que la puerta que atravesó el proyectil fatal es una placa ciega, toda vez que a foja 13 de la pericia 131/15, agregada al legajo de prueba fiscal, luce graficada en foto dicha abertura en donde se observa que la misma posee vidrios traslúcidos no transparentes.

Sin perjuicio de esta circunstancia, como ya he dicho en planteos similares al presente, que para tener por típica a las acciones, no obstante su significación objetiva, habrá que evaluar en forma aguda el tipo subjetivo, es decir, en el caso de delitos de contra la vida de las personas, que la intención del agente ha sido sin dudas, la de causar la muerte. Para actuar dolosamente, el sujeto activo debe saber qué es lo que hace, debe conocer los elementos que conforman el hecho típico, y debe querer los resultados, o al menos debe serle indiferente su posible ocurrencia.

En cualquier delito que pueda catalogarse de doloso, debe poder considerarse *(en forma acreditada y sin lugar a dudas)* que la persona tenía conocimiento de los elementos que conforman la acción prohibida previo al resultado, y luego, la voluntad de realizar ese tipo objetivo. Es decir que ese conocimiento debe existir previo a la voluntad. Los elementos que integran el dolo son el intelectual o cognoscitivo primero, y el elemento volitivo después. Cualquier matiz del dolo exige la convergencia de ambos elementos. Si no están, no habrá dolo.

Enseña el doctor Eugenio Zaffaroni que el tipo objetivo tiene dos funciones: la sistemática, que es la de proveer todos los componentes objetivos que emergen del análisis aislado del tipo, y que al menos algunos de ellos *"…deben ser abarcados por el conocimiento del agente para que éste configure su voluntad dolosa, pero que no son suficientes para ello, dado que el campo de análisis está,*

por definición, limitado a lo que permite deducir el tipo en particular. Se trata de una función de fijación primaria o elemental del objeto de la prohibición, que proporciona el espacio problemático de discusión de la tipicidad objetiva;…" Por otro lado, sigue el jurista, se encuentra la función conglobante, que consiste en *"…verificar la conflictividad del pragma, que implica tanto la verificación de la lesividad como de la posibilidad de que el mismo sea imputado al agente como propio (pertenencia). No hay conflicto cuando no hay lesión (lesividad), pero tampoco lo hay cuando esta lesión no puede ser imputada a un agente como obra dominable (dominabilidad), ya que se trataría de un accidente y no de un conflicto…."* ZaffaroniAlagia-Slokar; Derecho Penal, Parte General; Ediar, Bs.
As., 2000, pagina 455.

3.2 Analizada la pieza recurrida bajo la lupa del agravio, se adelanta que tampoco puede de prosperar.

La jueza Moreno tuvo en cuenta el instrumento empleado en el evento, como así también el modo y lugar donde fue ultimado C. J. B. para encuadrarla en la figura del artículo 79 del código penal.

En el mismo sentido, el juez Zaratiegui consideró que C. se dirigió a la vivienda de la víctima y efectuó diversos disparos de arma de fuego hacia el interior de la misma, que dejaron huellas en la ventana, el vidrio de la misma y la puerta de acceso, en un horario y hacia un sector de la casa en la que, de ordinario, *"…es dable suponer que se encuentren los ocupantes de aquella (recuerdo que el horario del ataque mortal puede ubicarse en un horario cercano a las 22.00 horas)."*

Estas variables, lógicas y valederas, son sensatas y prudentes para interpretar la subjetividad del imputado, en la acción reprochada. Así, con razón, el magistrado descartó que no es posible presumir que no se representara la posibilidad de quitar la vida a alguno de los ocupantes de la residencia y que esa circunstancia le fuera indiferente.

Por último, dio versados argumentos para descartar que esa acción pueda subsumirse en abuso de armas en concurso real con homicidio culposo.

El tercer votante, juez Monti, dijo que en el caso el acusado actuó con dolo eventual, puesto que no puede desconocerse que aquél *"..se representó la posibilidad de ocasionar la muerte de cualquier persona que pudiera encontrarse en el interior de la vivienda (resultado que efectivamente ocurrió). Ello se desprende del hecho objetivo de haber efectuado cinco disparos con un arma de fuego hacia el interior de una vivienda habitada, a las 22.00 hs, cuando generalmente las familias se encuentran reunidas para la cena, conociendo el autor que había personas en su interior ya que las luces se encontraban encendidas, como asimismo había al menos un televisor encendido en el living -el que se encontraba mirando la víctima-"*

Así, tras valorar las conclusiones de la pericia criminalística llevada a cabo y producida en el juicio, que habla que los disparos produjeron impacto sobre la vivienda (sobre el vidrio de la ventana, sobre el marco de la misma ventana y sobre la puerta principal de la vivienda), racionalmente concluyó que tanto el medio empleado, como la cantidad de disparos, y así también la dirección de los mismos al interior de una vivienda que se sabe habitada, acreditan que *"…el agresor se representó el resultado mortal como probable. Sin embargo, nada de ello impidió que continuara con su conducta…"*.

Al igual que Zaratiegui, fundamentó, desde el punto de vista jurídico, por qué no prosperó la calificación de abuso de armas en concurso con homicidio culposo postulada por la defensa técnica.

3.3 Con estos argumentos, considero que los magistrados han fundado en hecho y en derecho en forma acabada y plausible su decisión unánime por la cual han descartado razonada y fundadamente, cualquier subsunción de la acción a una calificación distinta, como la de abuso de armas, y

homicidio culposo; motivo por el cual votaré por no hacer lugar al agravio que nos incumbe.

4. Por último, la defensa ha cuestionado la pena impuesta.

4.1 Antes de ingresar al punto de agravio, se impone el tratamiento de la cuestión referente a la inaplicabilidad de la agravante genérica prevista en el art. 41 bis del código penal, a la figura del homicidio simple.

Esta particular circunstancia me impone tratarla previamente al agravio, puesto que su decisión podría repercutir directamente en el monto punitivo que se atacara en el recurso.

Dicho esto, y pese a reevaluar el punto, no existen motivos para variar mi posición en el tema, por lo que he de mantener el criterio que hube sostenido como juez penal, y que actualmente como juez revisor mantengo, y que estima que la agravante del artículo 41 bis del código penal puede válidamente ser aplicada en casos de homicidio.

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 incluido 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.

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) aún 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 *"DIAZ, Darío Alejandro 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 *"Nieto Víctor Hugo 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".*

4.2 Dicho esto, recordemos que el defensor alegó que su cliente es joven y que no posee antecedentes de ningún tipo. Que las condiciones de detención son cada vez más graves, la pena es reparatoria y no cumple con los parámetros constitucionales, siendo solo un fomento al ocio. Que pese a los intentos para que a los internos se los eduque y reforme, la realidad es que la pena importa en un 80% estar encerrado en un pabellón sin actividad alguna. Por ello, solicitó que en caso de no prosperar los agravios anteriores, se imponga el mínimo de la pena establecida en el tipo penal.

Tengo para mí que estos argumentos, no importan un ataque concreto a los votos de los jueces que fundaron el reproche punitivo, y no constituye agravio específico sobre la sentencia que a esta Cámara compete revisar.

4.3 Por los argumentos que he detallado en el sub acápite que antecede a este, ha quedado sentada mi posición respecto al agravante del artículo 41 bis del código penal; posición que coincide con la desarrollada por el tribunal de condena.

Queda claro entonces que la escala sobre la que debieron trabajar los jueces de condena de acuerdo al tipo penal oscila entre los 10 de mínimo a 25 años de prisión como máximo.

4.4 Sin perjuicio de lo dicho, al control de la sentencia en cuanto a la sanción a imponer al incurso se refiere, debo destacar que los magistrados ha tenido en cuenta ese agravio genérico que invoca el defensor.

La juez Moreno se remitió a versados argumentos de la doctrina, y justificó entonces la duración y el cumplimiento de la pena, en el principio de proporcionalidad, que según sus dichos, se encuentra rigurosamente custodiado en materia de plazos por la ley procesal.

El juez Zaratiegui no se apartó de las circunstancias alegadas por el acusador público, y descartó así que están contendidas y forman parte del tipo, y respecto al agravio, tras referir a la doctrina en cuanto a las diferentes teorías de la pena, coincidió con Moreno en cuanto a que la misma ha de ser proporcional al hecho cometido. Y en ello, tras el análisis que efectuó detalladamente de los atenuantes y agravantes invocados, coincidió también con aquella magistrada en la pena de quince años de prisión.

Por último, el juez Monti tomó como base de su labor mensurativa el mínimo de la escala penal, y justificó esta técnica justamente en la función acotadora del derecho penal, la aplicación restrictiva de la habilitación del poder punitivo, desarrollados en un precedente de esta Cámara Penal (conf. Voto de la Dra. Mónica Rodríguez en los autos: "Cámara en lo penal de Esquel, in re: "Pcia del chubut *cl* Antieco Roberto - Antieco Franco", Nic 441, Nuf3682). Ello no solo justifica descartar la petición del defensor, sino que torna justo el resultante de la pena arribada, que aunque difiere con sus colegas en dos años, razonable y fundadamente justifica su decisión.

Los jueces consideraron la magnitud del injusto y la gravedad del hecho, los motivos que se vislumbran y que lo

llevaron a dar muerte a la víctima, la extensión del daño y el peligro causado, la conducta posterior al hecho, y en beneficio del acusado, la falta de antecedentes.

Con estas remisiones a los votos del fallo, tengo para mí que los magistrados han ponderado el pedido del defensor, que oportunamente invocó la causal que ahora trajo a modo de agravio, lo consideraron en sus mensuraciones y, con holgados argumentos, fundaron acabadamente la pena que estimo debe ser confirmada.

5. En cuanto a la imposición de costas y regulación de honorarios, propongo imponerlas al acusado (arts. 239, 240, 241 y concordantes del C.P.P), y regular los honorarios profesionales de la Defensa particular, en un 30 por ciento de lo regulado en la anterior instancia, por la labor desarrollada en la presente etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concordantes de la ley XIII-15, antes decreto ley 2.200). Así voto.

El Juez Alejandro G. Defranco dijo:

1. Vienen estos folios excitada la jurisdicción por el Sr. Defensor de F. J. C., quien se agravia de la sentencia recaída por la que se condena a su pupilo procesal a la pena de quince años de prisión por haberlo encontrado autor del delito de Homicidio Simple agravado por la utilización de arma de fuego (art. 79, 41 bis y 45, C.P.).

2. Su primer agravio, la errónea valoración que ha hecho el tribunal sobre la prueba, según denuncia, finca, en concreto, sobre la incidencia que habría tenido la viralización de la imagen de su cliente a través de las redes sociales en el resultado del recorrido fotográfico a través del cual se indicó a C..

3. Sobre ello, en primer lugar, he de decir que equivoca el camino el quejoso al pretender reeditar las alegaciones finales materializadas en el juicio.

Como es sabido, mal puede pretenderse que en esta instancia se determine la autoría responsable del traído a juicio cuando, en puridad, es tarea de esta Cámara analizar

la existencia de fundamentación en la sentencia y si, en su caso, las motivaciones expresadas son derivaciones lógicas de la prueba producida en el juicio, todo ello guiados en la faena por los motivos de impugnación.

En el caso, la mera denuncia de la existencia de la exhibición de la fotografía del entonces sospechoso en una página de la red global nada dice acerca de la forma en que los jueces de grado resolvieron el punto en cuestión, si lo hicieron en forma correcta, ni tampoco, como es obvio, si fundaron su opinión acerca de la autoría de conformidad con la evidencia reunida.

4. Ello así, y movido por la necesidad de dotar al recurso del imputado –a pesar de la falla apuntada en la estrategia defensista- del máximo poder de rendimiento, entraré al análisis del camino recorrido por los jueces de la sentencia.

En ese sentido, en primer lugar, coinciden los jueces del caso en tener en cuenta los recorridos fotográficos materializados por G. B. (agregado a fojas 30 del LPF) y al del funcionario T. (que yace en la hoja 28) en la que reconocen al traído a juicio.

Pero, no solo no indica el defensor si efectivamente habían observado su foto en internet antes de la diligencia o de qué manera concreta se afectó el éxito de las diligencias sino que resulta claro que solo tangencialmente se refirieron los jueces a tales procedimientos motivando su declaración de responsabilidad en todos y cada uno de los restantes elementos de prueba producidos en el debate, de modo que, suprimiendo por hipótesis tales recorridos, el resultado a que se debe llegar es el mismo.

5. En efecto, han coincidido los jueces del juicio, al poner en cabeza de C. la autoría del hecho, que la misma encuentra sustento a partir del testimonio de K. D., quien, conforme de los registros de audio testificó que vio cerca del mercado "L." a una persona parada, como asustada, con un arma de fuego en la mano que vestía camiseta de argentina

celeste y blanca y pantalón corto, observando asimismo que tenía una mancha de sangre en el hombro.

También tuvieron en cuenta los dichos de M. S. C., pareja de C., la que observó a un hombre morocho, pelo larguito, con barba tipo candado, que estaba frente de la casa de C. con la mano en la cintura, como que tenía un revolver, observando cuando esta persona comenzó a disparar hacia la casa de J.. Que su amiga de nombre Vanesa, le dijo que era C., que le dicen "E. C.".

Coinciden también en apuntar los magistrados la relevancia del testimonio de la niña L. B., hermana de C., quien dijo que esa noche estaba viendo un partido de fútbol junto a C., en el living de su casa. Que cuando escucha los disparos de arma de fuego, su hermano se para y le pegan en la espalda. Que ella salió corriendo para arriba, a la parte superior de la vivienda, mientras que su hermano corre hacia el patio donde estaba su madre. Que vio por la ventana de la pieza a la persona que efectuaba los disparos, que vestía con camiseta de argentina, con rayas blancas y celestes, pelo medio ondulado, llevaba algo en la mano derecha, que dobló en dirección al mercado "L.".

6. Si a todas estas aserciones, que se compadecen exactamente con los dichos de los testigos nombrados, adosamos el hecho acreditado fehacientemente que quien gastaba la camiseta celeste y blanca, de apodo "E. C.", era C., quien había sido identificado al momento del incidente anterior, la conclusión acerca de su autoría resulta notoria.

De la lectura de los votos enumerados, no solo ha de predicarse de ellos que se encuentran hartamente motivados sino que surge diáfano su correlato con la totalidad de los testimonios rendidos en el debate, por lo que la declaración de autoría debe ser confirmada en un todo.

7. El segundo motivo de queja que transita el recurrente tuvo que ver con la ausencia de intención de matar por parte de su pupilo, toda vez que al haber

disparado hacia una puerta “ciega” no podía saber que del otro lado hubiera una persona.

De la lectura del legajo de prueba, en concreto, la fotografía obrante a fojas 13 de la pericia 131, surge claramente que la puerta de entrada al hogar del occiso no es de las que se pueden considerar “ciegas” (si nos referimos a la circunstancia de no poder verse a través de ella), sino que tiene un vidrio a lo largo de una de sus mitades que, si bien no es transparente, permitiría la visualización al menos de siluetas, tal como la niña L. pudo observar al atacante.

Ya esta consideración, y la conducta temeraria del litigante, serían suficientes para desconocer el agravio, mas la importancia que merece la situación del imputado obliga a revisar también la sentencia en este punto.

Brevemente, he de destacar que se avocan los magistrados del debate a fundar la tipicidad subjetiva de la acción del incuso, encontrando la solución en la existencia de dolo eventual.

Que esta conexión subjetiva del prevenido con el resultado la deducen, acertadamente, del “...hecho objetivo de haber efectuado cinco disparos con un arma de fuego hacia el interior de una vivienda habitada, a las 22.00 hs, cuando generalmente las familias se encuentran reunidas para la cena, conociendo el autor que había personas en su interior ya que las luces se encontraban encendidas, como asimismo había al menos un televisor encendido en el living...” (del voto del Dr. Monti, a fojas 227 vta.)

Además, acertadamente, se toma en cuenta el medio empleado, la cantidad de disparos, la dirección de los mismos al interior de una vivienda que se sabe habitada, lo que llevó a pensar que aún representándose el imputado la posibilidad de producción del resultado, nada de ello detuvo su accionar.

8. Si, por definición, “*con dolo eventual actúa quien no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que sólo prevé que es posible que se produzca, pero*

para el caso de su producción lo asume en su voluntad", o que "*quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente —aunque sólo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo— en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo*" (Roxin, Claus; Derecho Penal Parte General, Tomo I, Civitas, 1997, pags. 415 y 425), las constancias producidas en el debate permiten así asegurarlo, tal como lo han decidido los *a quo.*

9. El tercer agravio del recurrente se encamina a solicitar la aplicación del mínimo de la pena prevista para el delito enrostrado.

Alega en el sentido que "no se debe dejar de tener en cuenta que C. no tiene antecedentes (y que) nuestro mandato constitucional promete que las cárceles serán lugares de reinserción y recuperación. Al incumplir este mandato no puede apartarse del mínimo si es la primer condena, donde el estado se encuentra ausente en el cumplimiento de toda condena, donde no se aplica la ley, 24660, mucho menos la Constitución, ni los Tratados Internacionales, donde se fomenta el ocio, no siendo estos lugares de trabajo".

10. En este andarivel es necesario destacar que si bien he de compartir la preocupación del quejoso, en cuanto a que el ideal resocializador proclamado por la legislación convencional se encuentra muy lejos de ser cumplido y que la realidad cotidiana demuestra la despreocupación estatal por alcanzar el deber ser legislado, no menos cierto que la alegación en abstracto de tal circunstancia no alcanza para revocar la decisión de los Jueces penales que, por el contrario, han fundadamente justipreciado el reproche merecido de acuerdo a la magnitud del injusto.

Más precisamente, y en primer lugar, no es este el órgano competente para la mensuración de la pena impuesta a C. sino, se recuerda una vez más, analizar los fundamentos

del fallo criticado de acuerdo a agravios concretos detectados en la motivación.

Sin concreto motivo de agravio –art. 369, CPP- no es dable a este magistrado revisar la determinación punitiva impuesta por el Tribunal de Juicio.

Pero, en aras de salvaguardar las posibles afectaciones a los derechos del imputado y teniendo como horizonte la más amplia capacidad revisora que sea posible, ameritan un exhaustivo análisis de la cuestión resuelta.

11. Previo a ello, y aunque no se agravió el Sr. Defensor acerca de la aplicabilidad al caso de la agravante del art. 41 bis, debo dejar sentada de todas maneras mi opinión, tal como lo hiciera recientemente en autos "C., J. psa homicidio tentado r/víctima C., J. A.-Trelew" Carpeta 6156, Legajo 59564 MPFTw, de 5 de octubre de 2016, en los que manifesté que "...a pesar de que en sufragios anteriores he votado en el sentido que el instituto viola el principio de legalidad, por lo que no resultaría aplicable a las lesiones y a los homicidios, repasados en esta instancia los antecedentes del cimero Tribunal local, en el caso **"D., D. A. s/homicidio simple"** (Expte. 20.083-D-2005), entre otros, en el que se ha decidido acerca de su aplicación a casos como el ventilado aquí, no encontrando nuevos argumentos para sustentar mi posición y por exclusivo apego a la "doctrina del leal acatamiento" delineada por el Alto Tribunal *in re* "Cerámica San Lorenzo" (Fallos 307:1094), más allá de mi opinión personal al respecto que continuaré exponiendo en la cátedra, es que... confirmaré la sentencia también en este sentido."

12. Ello así, y adentrándome en la mensuración de la pena, han motivado los jueces de la sentencia en forma prolija y medulosa las pautas atenuantes y agravantes que ameritaban el caso.

Han tenido en cuenta, adecuadamente, como atenuante, la falta de antecedentes del imputado, tal como solicita en esta instancia el defensor.

Y han evaluado como agravante de la sanción, el móvil que animó al imputado a cometer el hecho, lejano por cierto al salvamento de bien jurídico alguno por lo que debe elevarse el grado de reproche; la conducta posterior de C., esto es, el ocultamiento del arma de fuego utilizada y el estado de vulnerabilidad de la víctima.

Por todo ello, también respecto de la sanción impuesta ha de confirmarse la pena de quince años de prisión.

13. En cuanto a imposición de las costas y regulación de honorarios, comparto lo manifestado por el primer votante.

El juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. La defensa impugna la sentencia condenatoria, afirmando que los jueces efectuaron una valoración errónea de las probanzas sobre la autoría de su defendido, postulando su absolución y proponiendo, subsidiariamente, que se cambie la calificación legal del hecho, encuadrado como homicidio doloso, por la tipicidad del imprudente, descartando así el dolo eventual con que trabajaron los jueces. Asimismo, en subsidio, afirma la arbitrariedad del monto de la pena, peticionando se revoque ella y se imponga el mínimo. Seguidamente desarrollaremos los agravios en tal orden, agregando a todo ello el análisis de la aplicación al caso de la agravante genérica establecida en el artículo 41 bis del código penal.

2. En cuanto a la autoría del imputado, estimamos que se presenta en el caso la certeza necesaria y suficiente como para destruir el estado de inocencia del imputado basada en la prueba indiciaria.

En efecto, de los testimonios de L. B., K. D., M. S. C., Carlos Guerrero y de otros elementos probatorios que analizaremos, se pueden dar por verificados determinados hechos ciertos y conocidos, de los que se puede inferir, aplicando los principios tanto de la experiencia, como de la lógica y la ciencia, la autoría de la muerte de la víctima por parte del imputado C. Recordemos que la prueba indiciaria, es una conclusión o relato de lo ocurrido que

tiene por cierto hechos desconocidos por prueba directa, pero ello no significa que se prescinda de éstas, pues los hechos de los que se parte como premisa primaria en el razonamiento de la prueba indiciaria, deben tener la calidad de ciertos y verificados por prueba directa, por lo que debe darse prioridad en el análisis a estos hechos y luego, mediante inferencias, llegar a la conclusión, la que debe tener la idoneidad necesaria y suficiente como para explicar el punto de la autoría y descartar otra versión o tesis explicativa.

3. En esta senda corresponde partir del testimonio más cercano a la verificación directa de la autoría, el que prestara L. B. quien afirma que, al momento de encontrarse en su vivienda mirando un partido de fútbol, escucha disparos y observa que su hermano se levanta del sillón y le pegan en la espalda, motivando que fuera corriendo al piso de arriba y observar por la ventana al autor de los disparos, graficando tanto la acción de disparo del arma textualmente con la oración "cómo que largaba fuego", como las características físicas y vestimenta del agresor, señalándolo como una persona que llevaba una camiseta de la selección argentina, bermuda blanca, pelo medio largo ondulado, que llevaba algo en la mano derecha y que dobló en dirección a otra arteria.

Asimismo, refiere que se trata de la misma persona que luego volviera al frente de su casa en un Gol de color rojo y disparara nuevamente contra el inmueble, oportunidad en que puedo verle la cara, agregando que también le observó la misma camiseta, la barba tipo candado y el pelo ondulado, medio largo y medio alto y morrudo. A todo esto, agréguese el reconocimiento en rueda de personas que efectuara la niña, respecto del imputado, aclarando en tal oportunidad que estaba afeitado, a diferencia de las dos veces anteriores en que lo había percibido -y que motivara la primera confusión rectificada inmediatamente-, extremo verificado con creces por la escucha telefónica mantenida por C. con otra persona que iba a intervenir en

el acto procesal, de la que se desprende claramente la petición del imputado en cuanto a que se deje la barba, en tanto él compareció sin ella al acto, todo lo cual demuestra una maniobra de desfiguración explícita.

En cuanto a la convicción probatoria del reconocimiento vale detenerse, en tanto la defensa trata de debilitarla argumentando que la fotografía del imputado habría aparecido, varias veces, en las redes sociales como indicadas. En efecto, es hoy un hecho más que posible que ello haya ocurrido, por lo que habrá que estimarse cómo puede tal circunstancia influir en un reconocimiento en el caso concreto, ya que es posible que la indicación constante y persistente de una indicación mediante imágenes, puede inclinar en uno u otro sentido alguna duda del reconocerte respecto de la persona que indicó con anterioridad, por lo que no cabe sentar reglas generales rígidas y abstractas en el punto, sino decidirlo conforme los elementos concretos del caso. En este sentido, obsérvese que la testigo, producto del temor que ocasiona a una niña volver a observar al matador de su hermano, inmediatamente se descompensa y tiene que ser asistida, hecho que arrima a favor de la veracidad de su deposición y observación, puesto que regular y normalmente no sucede tal infortunio en una persona que está mintiendo, por lo que no es irrazonable sostener que la eventual influencia de las imágenes anteriores en las redes sociales no influyó para nada en el reconocimiento.

Por su parte, el testigo Carlos Guerrero, quien observa el segundo hecho relatado por L., confirma el extremo relatado por ella en orden a las características físicas y vestimentas del imputado en tal momento, al señalar concretamente que observa un coche gol color bordó, con vidrios polarizados, del que una persona saca el brazo y dispara tres veces sobre el inmueble que habitaba la víctima y que, al seguir su trayecto, dobla en la esquina y observa a una persona con barba candado, afirmando que dos de sus amigos le dijeron que la persona que disparó le decían "E.

C.”, nombre con el que también es conocido C., tal como surge de varias piezas probatorias no contradichas.

Asimismo, otra prueba directa de la presencia de C. en el lugar del hecho, concretamente en el mercado próximo, surge del testimonio de K. D., quien transitando en moto con su marido observa a un hombre parado, con un arma en la mano y una mancha de sangre en su prenda, a la que describe como una camiseta de argentina celeste y blanca, cree que con pantalón corto. En cuanto a la falta de veracidad de este testimonio, puesto en duda por la defensa argumentando en base a la dificultad de un ser humano para observar tantos detalles en movimiento y en un corto tiempo, cabe descartarla, puesto que lo irregular y extraordinario de lo observado -persona armada, asustada y con manchas de sangre- es precisamente lo que más se recuerda de una imagen.

A todos estos hechos ciertos que transmiten los citados testimonios, hay que adicionar otros que refuerzan la convicción certera de autoría en cabeza de C., especialmente los motivos de la agresión, cuestión liminar sin la cual no puede construirse ninguna responsabilidad penal, excepción hecha de casos patológicos que no se presentan en el caso. En este orden, no existe contradicción alguna en cuanto a la participación del imputado en la reyerta anterior mantenida por el imputado momentos antes con un grupo de personas -entre los que se encontraba el padre y el hermano de la víctima-, del que surge la desventaja dañosa para C., tanto en lo material, como en lo físico, que desencadenó, sin duda, el sentimiento de venganza y compensación que motivara su reacción posterior en el que perdiera la vida la víctima, miembro de la familia protagonista de la reyerta relatada.

En suma, con todos esos elementos, tenemos verificados por prueba directa tanto el motivo o móvil, como la presencia de C. en los momentos anteriores, concomitantes y posteriores al hecho que llevan a concluir sin esfuerzo alguno la autoría del imputado. En efecto, si relacionamos todos ellos con la experiencia, es decir con lo que

normalmente se puede inferir aplicando la lógica y las reglas básicas de la ciencias empíricas, la conclusión de autoría es más que razonable, por lo que cabe declararla sin más en el caso, especialmente porque la versión del imputado no tiene plausibilidad alguna con tales hechos ciertos y verificados por prueba directa.

4. En cuanto a la posibilidad de que la muerte sea resultado de una violación del deber de cuidado, corresponde también descartarla, toda vez que el dolo del autor cabe inferirlo también de varios elementos, agravio que tratamos seguidamente, no sin antes recordar nociones teóricas básicas para decidir en forma fundada.

En este camino, recordemos que no basta con afirmar que el autor se representó el peligro del resultado como producto de su acción, puesto esto es lo que sucede también con la imprudencia consciente, con la diferencia que en este último caso el autor tiene elementos objetivos como para confiar en que el resultado no se va a producir. Es decir, antes de plantearnos que sucedió en la cabeza del autor -imprudencia consciente o dolo eventual- es imprescindible analizar siempre el caso desde el punto de vista objetivo, pues ambas tipicidades subjetivas tienen el mismo aspecto objetivo, consistente en un curso causal idóneo como para afirmar, en el caso concreto, que existió en el autor un plan de matar a otra persona, lo que se llama dominabilidad en doctrina o, si se quiere, previsibilidad objetiva de que se produzca el resultado. En este orden, no nos cabe duda que, desde lo objetivo, si nos paramos en el momento del hecho, observaremos un plan concreto de una persona para matar a otra, puesto que disparar a través de una puerta de materiales comunes con un arma de fuego con tal calibre, sabiendo que detrás de ella podría estar alguna persona con una gran probabilidad, resulta, desde lo objetivo, un plan perfectamente dominable por cualquier ser humano dotado de mínimos conocimientos al respecto.

Con tal parámetro, recién podemos entrar a la mente del autor, al aspecto voluntario, es decir, al querer, pues el

aspecto intelectual o cognoscitivo está fuera de toda duda, es decir, sabía lo que estaba haciendo, por lo que resta solo saber si podemos afirmar que también lo quería, es decir, el aspecto voluntario o conativo del dolo. Aquí, sabemos que existe desde esta óptica, el dolo directo, tanto de primer como de segundo grado, en que el autor quiere los resultados producidos, sea porque los desea o porque es una consecuencia necesaria y no eventual de su acción, mientras que en el dolo eventual, el autor no quiere o desea el resultado y el mismo tampoco es un producto necesario de su acción, pero, conociendo su alta probabilidad, no desiste de la misma y, con ello, se estima que lo incorpora a su voluntad, aunque no lo desee con la intensidad del dolo directo. En cambio, cuando en el mismo caso de alta probabilidad del resultado, el autor confía en poder evitarlo o que éste no se produzca, estamos ante la culpa consciente en lo subjetivo y temeraria en lo objetivo.

Como puede observarse, la cuestión aquí reside en probar si el autor quería matar a la víctima o podía haber confiado en que ello no se produzca, lo que nos lleva necesariamente a analizar qué elementos probatorios arriman a favor de ambas afirmaciones. En el punto los doctrinarios han elaborado varias reglas en cuanto a la prueba del dolo, partiendo de la premisa que en la mayoría de los casos debe partirse de indicios objetivos, tales como la significación o sentido social de la conducta, es decir, conductas socialmente aptas para afectar bienes jurídicos, que serían aquellas que, conforme una valoración o interpretación social, llevan a la gran probabilidad del resultado, en tanto, obviamente, el autor las conozca, por lo que no basta el baremo objetivo únicamente. De tales conductas, se diferencian aquellas llamadas neutras, donde la interpretación social las liga a comportamientos útiles o habituales, en las que se estima la improbabilidad de que el autor las ligue a una lesión concreta, salvo que en la configuración de la conducta surja otra conclusión, como si tal acción es acompañada de la exteriorización de

conocimientos, tales como las afirmaciones del talante de "te voy a matar", "achuralo", etc. o en la proximidad del resultado, como puede suceder con un golpe de puño que es neutro en cuanto a matar, pero si el autor observa a su víctima con vómitos de sangre o insuficiencia respiratoria, ella puede transformarse en no neutral. Asimismo, se trae como excepción a las conductas neutras como no demostrativas en principio de dolo, aquellas que se planifican y son útiles para llegar al resultado delictivo, pero éstas generalmente se producen no en los casos violentos, sino en los delitos económicos. Por último, en la conductas en las que influyen los estados emocionales, fuera de los casos que ellos pueden conducir a la falta o insuficiencia grave de precepción -como la furia incontenible espontánea o el pánico o miedo o la ebriedad avanzada-, se estima que deberán evaluarse principalmente en la culpabilidad, lo que es cierto, toda vez que ellos influirán decisivamente en los motivos y ámbitos de autodeterminación, pero no en el conocimiento y voluntad de lo que se hizo que es una cuestión típica subjetiva. *(Cfr. para las reglas probatorias del dolo a: RAGUES I VALLES, Ramón; El dolo y su prueba en el proceso penal, J.M. Bosch, Barcelona, España, 1999; ROXIN, Claus, Derecho Penal, TI, Civitas- Thomson Reuters, Bs As, 2015, págs. 424/452 y ZAFFARONI, E.R.; Derecho Penal, Parte General, Ediar, Bs As, 2000, págs., 4997503)*

En fin, con tal marco teórico, no cabe duda alguna que estamos en el caso ante una conducta socialmente apta para lesionar una vida humana, puesto que el grado de peligro conocido y creado por el autor que se concretó en el resultado, unido al motivo que tenía para conformarse con el resultado, son reglas de evaluación más que suficiente y certeras como para declarar que C. actuó en el caso con dolo eventual.

Por último, cabe disipar cualquier mal entendido sobre el querer del autor, pues el error que pudiera haber existido sobre la identidad de su víctima, es un error

irrelevante, es decir un error que no tiene la virtualidad de excluir el dolo, pues él dirigió el curso causal sobre personas humanas y tal plan fue el que se concretó, por lo que se da aquí, en todo caso, lo que a doctrina lama *error in persona*, que, repetimos, no excluye la tipicidad subjetiva dolosa.

5. En cuanto a la calificación legal efectuada en la sentencia debe revocarse toda vez que no corresponde aplicar la agravante genérica del artículo 41 bis del Código Penal, pues su operatividad se encuentra interferida por el art. 79 del mismo código penal, razón por la que 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 para decidir la cuestión, lo cual requiere una breve explicación.

Repetiré aquí, por aplicarse con exactitud al presente caso, lo que oportunamente dijera al emitir mi voto en los autos **"V., J. C. s/homicidio r/víctima – Trelew" (Carpeta 3.520 OJ Tw – Legajo 50.714 OUMPF Tw)** "*…Sabido es que cuando un hecho pueda tener más de una pluralidad típica, no hay que analizar la cuestión de los tipos en forma aislada, sino conforme 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, las tentativa de homicidio 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 en el caso, puede interpretarse razonablemente que estamos ante un concurso aparente de ambos tipos, pues resulta, a nuestro juicio, 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 morales. 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. Ahora bien, otra cuestión distinta es el grado de violencia utilizado, criterio que utilizará el juez para dosificar la pena en el

caso concreto, pero ello forma parte de la gravedad del injusto, tal como lo requiere la construcción del objeto a reprochar y que nuestro código recoge con las palabras "naturaleza de la acción". 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- 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 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.

En suma, sea lo que fuere -concurso aparente por consunción o especialidad por decisión expresa del legislador- el tipo penal establecido en el artículo 41 bis queda desplazado por el artículo 79, puesto que este último interfiere la operatividad de aquél, excluyendo su aplicación al caso porque en definitiva las lesiones que contempla el artículo 41 bis están incluidas en el artículo 79 (Cfr. para todo lo dicho sobre los principios que regulan la interpretación de los tipos penales a: ZAFFARONI- ALAGIA-SLOKAR, ob.cit., pags.830-834).

Por último, resta decir que esta interpretación del tipo penal es la más restrictiva que soporta su semántica y, por ello, debe prevalecer sobre otras más amplias, conforme principios básicos de interpretación de la ley penal, que se alinean y brotan de varias pautas, tales como la "ultima ratio" y el "pro-homine", nociones que ya deberían estar instaladas de forma definitiva en nuestra jurisprudencia después de la contundente y clara sentencia de nuestra Corte Suprema Nacional en la conocida causa "Acosta". Antes de terminar el punto, es pertinente traer a colación otro principio que abona a favor de esta interpretación, pues es unánime la crítica que doctrina y jurisprudencia le hace a la redacción y ubicación de la norma, producto de la irresponsabilidad manifiesta del actual legislador penal. Nos referimos concretamente al llamado "principio de limitación máxima de la respuesta contingente", elaborado por la doctrina para que ella proponga a los jueces una interpretación limitativa del poder punitivo, en todos aquellos casos en que una reforma

penal se establece sin amplio debate, consulta y elaboración responsable de los tipos (Cfr. Baratta, A; Principios de derecho penal mínimo, NDP, año 1987)".

6. Conforme todo lo anterior, corresponde confirmar la sentencia en lo que hace a la autoría del condenado por el delito de homicidio simple y revocarla en cuanto aplica el artículo 41 bis.

Como consecuencia de lo antedicho, y por imperio legal, se deben remitir las actuaciones a la Oficina Judicial a fin de fijar audiencia, ante el tribunal que corresponda, para discutir y establecer la sanción punitiva aplicable de acuerdo a esta nueva calificación (art. 387 CPP).

7. Respecto de las costas y honorarios, adhiero a lo propuesto por el primer votante.

De conformidad con los votos precedentes esta Cámara en lo Penal, por mayoría, dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1) Rechazar la impugnación ordinaria deducida por la Defensa de F. J. E. C., a cargo del Dr. A. Omar M.;

2) Confirmar la sentencia N° 2989/16 OJTW dictada en fecha 15/11/2016.

3) Imponer las costas del proceso al acusado (arts. 239, 240, 241 y concordantes del C.P.P), y regular los honorarios profesionales de la Defensa particular, en un 30 por ciento de lo regulado en la anterior instancia, por la labor desarrollada en la presente etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concordantes de la ley XIII-15, antes decreto ley 2.200);

4) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Omar Florencio Minatta

Roberto Adrian Barrios **Alejandro G. Defranco**

Registrada con el Nro. **50** del año 2017 de la Cámara en lo Penal de Trelew. Conste.