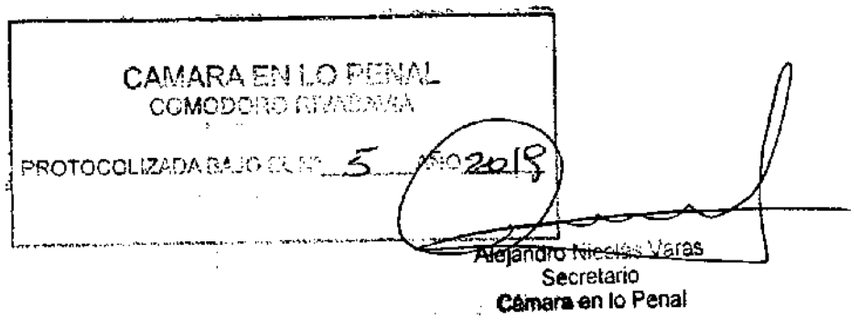


En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los diecinueve días del mes de marzo de dos mil diecinueve, el Tribunal integrado por los Dres. **Martín Roberto MONTENOVO,** en su carácter de Presidente, **G. Alberto MÜLLER y D.el Luis María PINTOS,** Jueces de Cámara, proceden a dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 84561, Carpeta individual n° 9820,** caratulada: **"M., E. D.** ***si*** **Homicidio agravado en tentativa"** de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación la Fiscal General Dra. **Maria Laura Blanco,** el Defensor de Confianza del imputado, Dr. **G. I.** y el imputado **E. D. M.;**

CONSIDERANDO: Que los días trece, veinticinco de febrero y primero de

marzo del corriente año se celebró la audiencia oral **y** pública a tenor del art, B85 del CPP, presidida por el Dr. Martín Roberto Montenovo, en la que se tradujo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de E. D. M., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso **y** como lo ordena el arto 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el arto 385, 5° párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de E. D. M. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.- Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5° pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Martín Roberto Montenovo. en segundo lugar el Dr. G. Alberto Müller y finalmente el Dr. D.el Luis María Pintos.-

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

I.- Ha generado la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por el Sr. Abogado Defensor, Dr. F. E. M., por la defensa de **E. D. M.,** contra la sentencia protocolizada por la Oficina Judicial de esta ciudad bajo el Nro.4305/2018 de fecha 1 de Noviembre de 2018, por cuanto el Tribunal Colegiado integrado por las Jueces Penales, Dres. Alejandro Soñis, Raquel Susana Tassello y Gladys Olavarría, condenó al nombrado a la pena de trece años y cuatro meses de prisión, más accesorias legales y costas del proceso, por hallarlo autor penalmente responsable del delito de Homicidio agravado por haber sido cometido contra persona con la cual se mantiene una relación de pareja y por la utilización de arma de fuego en grado de tentativa (arts. 80 inc. 1,41 bis, 42 y 45 del Código Penal), en virtud del hecho acaecido en esta ciudad el día 10 de Agosto de 2017, en perjuicio de D. G..-

1) El Sr. Defensor, en su líbelo impugnativo, solicitó la revocación parcial de la sentencia devenida en revisión, y reducir la pena impuesta a su

asistido.- Entre los motivos de agravio, señaló que el Ministerio Público Fiscal acusó a M. por los delitos de amenazas coactivas, agravadas por el uso de arma de fuego en concurso real con homicidio en grado de tentativa, agravado por ser cometido mediante el uso de arma de ¡fuego y por ser contra persona con quien se mantiene una relación de pareja y *po*r mediar violencia de género, en calidad de autor; que estableció la escala del reproche penal entre 10 y 13 años de prisión al momento de presentar la acusación y la mantuvo hasta los alegatos de clausura del juicio oral-

Indicó que en razón de que el Tribunal de Juicio consideró responsable al Sr. M. del delito de homicidio tentado 'agravado *po*r la utilización de arma de fuego y por haber sido cometido «otra una persona con la cual se mantiene una relación de pareja (arts. 80 inc. 1°,42,44, y41 bis del C.P.), la escala penal se configura, en la lógica de la Fiscalía y en el de la mayoría del Tribunal, tomando la correspondiente a la tentativa de homicidio agravado (80 inc. 1°) que va de l0 a 15 años de prisión y aumentándola en un tercio del mínimo y del máximo, obteniendo como resultado una

pena mínima de trece años y cuatro meses y un máximo de 20 años. También criticó al Ministerio Público Fiscal por haber alegado un error material al consignar en la pieza acusatoria y en los alegatos de inicio del Debate que la pena pretendida era de 13 años de prisión, omitiendo para su cálculo la agravante genérica del 41 bis del C.P.-

Afirmó que sin perjuicio de lo sorpresivo que resulto para esa defensa la pena solicitada al final de la audiencia de cesura, en razón de que aquel proceder resultó violatorio de las garantías oonstitucionales debido proceso, la defensa en juicio y del derecho de ser oído), la fiscalía sabiendo que iba a cambiar el monto mínimo de donde iba a partir la determinación de la pena no informo tal circunstancia en ninguna instancia del proceso, para dar la oportunidad a la defensa de presentar prueba o resistir dicha determinación dentro de la nueva y más gravosa escala penal escogida.-

Señaló que la aplicación de la agravante genérica del art. 41 bis del C.P. sobre el mínimo y el máximo del homicidio agravado en grado de tentativa

para calcular la nueva escala penal es una interpretación ilegal ya que las circunstancia agravantes se calculan sobre el bien jurídico, en este caso el bien jurídico "vida" sin agravantes, encontrándose dicho bien tutelado por la figura simple del artículo 79 del CP, siendo ésta la única interpretación constitucional posible del art. 41 bis para determinar la pena.-

Refirió que el art. 41 bis fue incorporado a la parte general del Código Penal debido a una necesidad social de agravar la pena de aquellos delitos en los que no contempla la utilización de un “arma de fuego” como circunstancia agravante de la pena y siempre opera sobre la figura básica que tutela al bien jurídico. En este caso el bien jurídico afectado es la “vida”, que se encuentra contemplado en el art. 79 del código sustantivo y que resulta agravado por el art. 41 bis en razón de su mayor conminación por el medio empleado para matar a otro. Que esa inteligencia surge del análisis de los antecedentes parlamentarios, a lo que agregó que la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios entendió que la mentada agravante

genérica aplica en aquellas conductas que atenían contra el bien jurídico “vida” en razón al medio empleado para ello, no así sobre un bien jurídico no previsto en el Código Penal tal como lo propuso la Fiscalía y la mayoría del Tribunal creando un bien jurídico inexistente el que se traduce en “matar a otro con el que se mantiene una relación de pareja” es a todas luces ilegal y arbitrario tal como lo manifestó la Juez Olavarria en su fallo disidente.-

Concluyó afirmando que evidentemente nos encontramos , en presencia de un concurso de figuras IDEAL del art. 54 del C.P., por un lado aquella que surge de conjugar los arts. 79, 42 y 41 bis del sustantivo - esto es homicidio en grado de tentativa agravado por la utilización de arma de fuego-, cuya escala penal va desde los 5 años y cuatro meses a 21 años 2 meses y 20 días de prisión; y la correspondiente al art. 80 inc. 1 y 44, 3° párrafo del C.P. -Homicidio agravado por haber sido cometido contra una persona con la cuál mantiene una relación de pareja en grado de tentativa-, conminado con una pena que va de los 10 a 15 años de prisión.-

Señaló finalmente que de acuerdo a las reglas del concurso y la aplicación del principio de absorción, adhiriendo además con el criterio de la jueza que ha votado en disidencia, que el marco punitivo por medio del cual se debe determinar la pena de prisión tiene un mínimo de 10 años y un máximo de 15 años, ello en virtud de los arts. 18, 19,75 inc. 22 de la C.N., art. 80 inc. 1, 42, 41 bis, 45 y 54 del C.P, y los principios constitucionales de: lesividad, legalidad, máxima interpretación taxativa, interpretación genealógica e histórica, defensa enjuicio, debido proceso y principio pro homine.-

2) La Fiscal General, Dra. María Laura Blanco, no contestó a los agravios de la Defensa en oportunidad de corrérsele traslado de la impugnación impetrada, haciendo reserva de hacerlo en ocasión de llevarse a cabo la audiencia para su tratamiento.-

3) En ocasión de celebrarse la audiencia del Art. 385 del C.P.P. se hicieron presentes todas las partes; en primer lugar el Señor Defensor de

Confianza, Dr. G. I., inició su alocución indicando que su predecesor en el cargo enfocó el agravio en el monto de la pena impuesta al Sr. M. como resultado de la calificación jurídica escogida por el Tribunal de Juicio y la forma para establecer la escala penal aplicable al caso y, que sin perjuicio de ello teniendo en cuenta que su asistido manifestó su voluntad de apelar Íntegramente la sentencia al momento de solicitar el cambio de defensor, que el Ministerio Público Fiscal no contestó el traslado en razón de la impugnación interpuesta, entiende que no se encuentra cumplido el principio de contradiction y en consecuencia no está trabada la litis, por lo que estaría en condiciones de solicitar la revisión de toda la sentencia impugnada planteando nuevos agravios en esta audiencia. – En esa inteligencia, señaló que si bien no se discute la autoría del hecho en cabeza de su asistido, en cuanto a la materialidad del hecho sólo quedó acreditado uno de los disparos en razón a que la otra marca en el esternón de la víctima pudo deberse luego de apoyar el arma a alta temperatura inmediatamente después de ser accionada. Refirió además que el *a-quo* no valoró correctamente el

testimonio de la Sra. G. que expresó durante el Debate que estaba segura que M. no la iba a lastimar y el disparó se le escapó o salió, sumado a que su asistido tenía el arma cargada para culminar con la vida de la víctima y sin embargo no volvió a disparar, pues nunca tuvo en su plan la intención de darle muerte. Por ello solicita la modificación de la calificación jurídica a lesiones culposas agravadas por el vínculo.-

En lo referente a la pena y al modo de establecer la escala penal, y en particular el mínimo de la pena, indicó que adhiere al voto minoritario de la sentencia devenida en revisión, abonado a la teoría de la magistrada disidente que no concibió la aplicación de múltiples agravantes, por lo que entiende que la escala penal aplicada al caso es la de la tentativa de homicidio agravado que va de 10 a 15 años de prisión, correspondiendo la imposición del mínimo allí establecido.-

A su turno la Sra. Fiscal General, Dra. María Laura blanco, inició su exposición dando cuenta de los motivos por los que se vio impedida de contestar oportunamente el traslado que se le hiciera de la impugnación impetrada.

Seguidamente, y previo a dejar sentada su postura de que el recurso debe ceñirse a los agravios del escrito impugnativo, se expidió sobre los nuevos agravios esgrimidos por el Sr. Defensor en esta audiencia, en ese sentido señaló: en cuanto a los dos disparos realizados por el imputado a su ex pareja el Tribunal de Juicio fue unánime en tenerlos por acreditado, para lo cual se respaldó en los informes de los médicos que atendieron a la víctima inmediatamente después de acaecido el hecho, la declaración de la médica forense, Dra. Bévolo, la pericia realizada por la bioquímica V. y los dichos de la propia víctima que expreso haber escuchado al menos un disparo. Y en razón de tener por acreditado los dos disparos es que se descartó la posibilidad de que se le haya escapado un disparo al imputado y en consecuencia también quedó acreditado el dolo de dar muerte a la Sra. G., aún a título eventual como lo consignó el voto minoritario. Por todo ello es que entendió que la calificación jurídica es la correcta, la que además se encuentra debidamente fundada por el *a-quo.*- En cuanto al monto de la pena recaída sobre el Sr. M. consideró adecuada más allá de que ese Ministerio solicitó una mayor

graduación, en igual sentido se expresó sobre la forma en que la mayoría del Tribunal estableció la escala penal para el presente caso, no así con el voto disidente pues no comulga con la idea de que la pena impuesta resulte ilegal, en virtud de que aquella también se encuentra comprendida en la escala penal propuesta por la minoría. A pregunta de uno de los integrantes de éste Tribunal aclaró que el monto de la pena expresado en la pieza acusatoria se debió a un error material-

Por su parte, luego de concederle la palabra, el imputado optó por no realizar manifestaciones.-

H.- El hecho por el cual fue acusado M., en el contexto de una larga relación con la Sra. D. G. L., desde la adolescencia de ella, y fruto de la cual tuvieron cuatro hijos, signada por la violencia de género de acuerdo al Ministerio Fiscal, consistió en que el día 10/8/017 en horas de la madrugada, en la vivienda que compartían ubicada en calle Código X nro. X del Barrio Los Tres Pinos de esta ciudad, el imputado le efectuó un planteo a su pareja basado en los celos que le generaba una

comunicación que habría tenido con otro hombre, y ante la ausencia de una respuesta que lo complaciera, regresó con un arma de fuego le manifestó que con ella tenía "el mando", la apuntó hacia su cabeza, luego hacia su abdomen, y allí la accionó, provocándole una herida en tal zona del cuerpo, efectuando al menos un disparo.- Los Jueces de grado, partieron a efecto de constatar la acreditación probatoria de la hipótesis propuesta por la Sra. Fiscal, de la versión de la víctima, la cual analizaron desde la situación evidente de violencia a la cual era sometida por su pareja, por lo cual no dejaron de computar el cambio en dicha versión, que en un principio consistió en una suerte de "asalto" perpetrado por terceros, luego en la ocurrencia de un hecho de naturaleza culposa, ya por el acusado, y por fin, la detallada más arriba.-

Merituaron las expresiones de personal policial que tomó contacto con G. momentos después del evento, de profesionales del Servicio de Asistencia a la Víctima del delito, de la madre adoptiva de la víctima, de los médicos que la atendieron, del contenido de comunicaciones telefónicas del imputado en los momentos previos al

suceso, de las conclusiones periciales genéticas, balísticas, para concluir que M. no solo accionó su arma de fuego a muy corta distancia contra el cuerpo de su pareja, en el domicilio familiar, sino que la llevó personalmente al Hospital Regional, le exigió que contara una historia falsa, luego otra, y validaron su (aclaración en Debate como su testimonio veraz, pues allí Jo pudo brindar libre de la influencia del encartado.- También coincidieron en que dicho contexto derivaba en el descarte de una conducta de naturaleza culposa, pues el acusado se hizo del arma y la accionó previo manifestarle a G. de múltiples formas su enojo basado en los celos., por lo cual dada la convivencia que mantenían y la evidente relación de pareja, tipificaron el hecho como contenido en el art. 80 inc. 1) del CP, desde ya en grado de Tentativa.-

III. - Lo expuesto hasta aquí tiene una relación directa con la manera en que fue impugnada la Sentencia, y la petición efectuada por la Defensa en la Audiencia del arto 385 del CPPCh..-

Ya hemos expresado al momento de adelantar esta

decisión, que el profesional que ejercía la Defensa de M. en el momento de impugnar el fallo de grado solo cuestionó la conformación que la mayoría del Tribunal decidió para la escala aplicable, si debía partir de 13 años y seis meses atribuyendo incidencia al arto 41 bis. del CP. o no.-

Hubo un cambio de letrado, y allí el que actualmente ejerce el rol, el Dr. I., sostuvo que al haber manifestado su asistido su voluntad, por escrito, de impugnar toda la Sentencia, se encontraba habilitado para pedirle a la Cámara que revisara, por caso, la calificación legal, en beneficio de una consagración de aquella hipótesis culposa surgida de un acta notarial que registró una versión de G., ya vimos, descartada por los Jueces de grado en virtud que a interpretaron que, en tal momento se hallaba presionada por el acusado, lo que su colega no requirió.-

Va de suyo que resulta imposible retrotraer etapas procesales por la mera circunstancia de un cambio de Defensor, sin perjuicio que aquí se garantizaron las condiciones de la intervención del nuevo letrado postergando la mentada Audiencia

del arto 385 a efecto de la mejor preparación de sus argumentos.-

Decidir en consonancia con lo peticionado y admitir una nueva posibilidad de articular otros nuevos agravios implicaría consagrar un criterio conforme al cual, el proceso podría regresar siempre a su inicio bastando para ello que él imputado cambiara constantemente de asistencia letrada para lograrlo, y ello, como resulta obvio, no corresponde.-

IV. - Pero ello no significa que esta Cámara no revise la totalidad del proceso, a la manera de un control genérico respecto del respeto a las formas básicas y mínimas del Juicio previo del art. 18 de la Constitución, alternativa permitida por el art. **369** del ritual, cuando limítala competencia del Tribunal del recurso ordinario del imputado a los agravios deducidos, salvó "control de constitucionalidad".- Desde tal enfoque, y de acuerdo a lo ya expresado, los Jueces de grado analizaron el plexo debidamente, situaron a víctima y victimario en un contexto de violencia, y especialmente, valiéndose de la sana crítica racional (art. 25 del CPPCh.), enfocaron el

testimonio de G. en Juicio de ese modo, identificaron indicios que lo corroboraban, decidiendo una calificación legal compatible con sus conclusiones, tal lo solicitado por el Ministerio Fiscal.-

Por ende, la Sentencia, revisada desde tal paradigma: resulta irreprochable. -

V. - En cuanto al único agravio deducido, considero que le asiste razón a la minoría del Tribunal de grado, aunque no necesariamente por una razón basada en la concurrencia de delitos.- Cuando hablamos de Tentativa lo hacemos respecto de ausencia de consumación de un injusto constituido por todos sus carácter. Es decir, lo hacemos de Tentativa de todo lo ilícito que no se consumó.-

Aquí, se trata de un Homicidio calificado por el vínculo, que prevé la sanción más gravosa del ordenamiento represivo, la prisión perpetua, que en el supuesto de quedar en grado de connato, habilita una escala divisible que va desde los lOa los 15 años de prisión, común a todos los incs. del art. 80, que agrupa formas

particularmente graves de ultimar a otro ser humano, como hacerlo mediante veneno, alevosamente, con ensañamiento, generando un peligro común.-

De seguir la línea de interpretación de la mayoría del Tribunal A-quo, y asignar incidencia al arto 41 bis en la conformación de la escala referida, por el uso de un arma de fuego, nos encontraríamos en la compleja situación consistente en que quién envenena para matar, incluso propaga una epidemia para hacerlo respecto de una persona determinada, y no lo logra por razones ajenas a su voluntad, se encontraría en mejores condiciones que quién le dispara con un arma de fuego a un familiar directo, conductas que, al menos, deben ser consideradas de igual gravedad.

No hace falta abundar en cuanto a que los principios constitucionales de culpabilidad, proporcionalidad e igualdad operan en función de que para dichas conductas tentadas, se aplique la misma escala, y es la aludida la del arto 44 tercer párrafo del CP., sin la incidencia del arto 41bis.-

Es claro que la utilización de un arma de fuego, de madrugada en

el domicilio familiar donde se hallaban descansando los hijos menores de la pareja, y el riesgo que ello implicaba, no carece de relevancia para el análisis de la individualización de la pena, y la tiene en el marco del art. 41 del CP. Disgrego aquí sobre los serios inconvenientes de interpretación que acarrea la agravante genérica del arto 41 bis, respecto no solo de su conjunción con el art,. 79 del CP., se ve que también con el 80, sobre lo cual el suscripto tienen una postura sentada (Sentencias nro. 34/15, 16/16,4/17, entre otras).- Entonces, desde un enfoque pura y exclusivamente basado en el aspecto objetivo del arto 41 del CP., la entidad del injusto, al nivel potencial en cuanto al peligro generado, y tomando como base una escala exigua como la del arto 44 del CP., se impone reducir la sanción aplicada, pero hacia los trece años de prisión, por la incidencia de dicho parámetro, sin dudas relevante. Así voto.

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

I. - La completa reseña de los antecedentes del caso que hice al comienzo de este

acto me exime de reiterarla, por lo que me remito a ella en honor a la brevedad.-

E. D. M. resultó condenado a la pena de trece años y cuatro meses de prisión, por haber sido hallado autor penalmente responsable del delito de Tentativa de Homicidio agravado por haber sido cometido contra una persona con la cual mantiene una relación de pareja y por haber sido cometido con armas (arts. 80 inc. 1º, 41 bis, 42 y 45 del C.P.) en razón del hecho ocurrido en esta ciudad el día 10 de agosto de 2017 en perjuicio de D. G..-

Se extrae de los registros de la audiencia de juicio y de la sentencia que no fue materia de controversia tanto la materialidad del hecho como la autoría del mismo, extremos que incluso reconoció el imputado al brindar declaración en ejercicio de su defensa material dividiendo la misma en el sentido que no tuvo intención de hacerlo, que se escapó el disparo, reaccionando a partir de ello. Por el contrario sí fue materia de discusión cuestiones atinentes a la calificación legal y luego a la

determinación al monto de pena en función de la aplicación de dos agravantes.-

1.- La particularidad del caso es que el imputado propuso la sustitución del defensor de confianza encontrándose radicado el proceso en este Tribunal y a los agravios expuestos por el antecesor, el Dr. G. I. adita uno dirigido a la significación jurídica adjudicada por el Tribunal de grado, ello en base a la situación detallada, al hecho que su asistido en su oportunidad expresó su voluntad de cuestionar íntegramente la sentencia y que se trató de una cuestión debatida en el juicio habiendo postulado como tesis desde ese Ministerio la consideración del hecho como culposo.-

La Sra. Fiscal dio respuesta a la impugnación en la audiencia del art. 385del C.P.P. y en relación al motivo que introdujo el nuevo defensor por fuera del recluso oportunamente interpuesto por el Dr. M., señaló que existe un claro impedimento legal en cuanto a la posibilidad de introducir nuevos agravios conforme lo establece la norma citada; no obstante contestó ante el eventual que este Tribunal considere corresponder su tratamiento. -

Desde luego la situación detallada amerita su análisis siguiendo los principios que rigen la materia y la postura del Tribunal sobre el particular en el sentido que, excepcionalmente resulta posible incorporar nuevos motivos de gravamen en esta oportunidad, siempre y cuando se refieran a lo que ha sido materia de la audiencia de debate, y/o a cuanto concierne al decisorio en sí mismo, siempre desde el prisma de un control amplio que impone el doble conforme, criterio sostenido en sentencias 14/2012, 16/2016, 23/2017, entre otras.-

2. - Se agravia el nuevo defensor por la calificación jurídica asignada por el Tribunal de juicio, planteando en línea con los argumentos esgrimidos durante el debate por su antecesor, que el disparo que recibió la víctima en la zona abdominal se produjo en el marco de un forcejeo y que nunca estuvo en el plan del autor una conducta homicida, debiendo calificarse tal proceder como lesiones leves culposas agravadas.-

La tesis ensayada por la defensa se apoya en cuestionar un aspecto fáctico, específicamente la falta de certeza para afirmar que fueron dos los disparos efectuados

por el autor, circunstancia que tuvieron 3or acreditada los jueces en base a las pericias médicas y bioquímica, y por o que concluyeron por mayoría que se trata de una conducta con dolo directo, en tanto quien quedó en minoría se inclinó por el dolo eventual conforme los términos de la acusación.- Ahora bien ingresando al análisis de los sufragios debo decir que tal conclusión es producto de una Valoración integral de la prueba y no solo han tenido cuenta la circunstancia antes apuntada sino otras que vienen a corroborar que la conducta del imputado ha tenido un designio homicida.-

Si bien el episodio ocurre a puertas cerradas y en definitiva se cuenta solo con la versión de los protagonistas, entiendo que no difieren en aspectos sustanciales; la agresión comenzó intimidando a la víctima para que informe la identidad de un sujeto que le había mandado un mensaje de texto valiéndose del arma de fuego que había procurado instantes previos para tal fin, episodio que también se le atribuyó al encartado en los términos del art. 149 bis, 2do. párrafo del C.P., amenazas coactivas agravadas por el uso de arma de fuego, cargo que en definitiva fue desechado

por falta de congruencia procesal, solución que si bien comparto no es por dicho motivo, pues efectivamente el suceso existió aunque se dio en otro sitio, lo que no hace a la congruencia sino a una precisión que se logró como resultado de la abundante prueba que permitió la reconstrucción del suceso en su totalidad.-

Quien en forma inmediata lleva adelante el mal anunciado debe responder solo por el delito más grave, y resulta inadmisible que en el contexto que se han producido los hechos se lo considere como un episodio distinto e independiente como lo hizo la Titular de la acción; en tales condiciones parece mejor adecuación al caso contemplar tales expresiones y conductas como demostrativas de la existencia de dolo directo, y en tal sentido nos hemos expedido al resolver en el caso "C. Carpeta N° 1762 de Sarmiento, sentencia N° *9* de fecha 27 de abril de 2018.- Luego, siempre esgrimiendo el arma e intimidando, arrinconó a su mujer contra la pared y disparó a quemarropa, de lo que no cabe la menor duda y ninguna crítica formula el impugnante a la ponderación de aquella prueba que indica que procedió de tal manera y que el

disparo lo efectuó apoyando el arma en el cuerpo de la víctima.-

Por otra parte, si bien el imputado prestó auxilio a su mujer, se pudo reconstruir además que primero procuró deshacerse del arma devolviéndola a su proveedor circunstancia que en nada contribuye para sostener una hipótesis como la que intenta la defensa.-

Por último en relación a la cantidad de disparos, al margen que las pruebas avalan que efectivamente fueron dos y la valoración de los Jueces luce correcta, otorgando relevancia a esta circunstancia para concluir la mayoría por la existencia de dolor directo, cabe señalar que aún admitiendo la hipótesis que fue un solo disparo en nada cambiaría la conclusión relativa al dolo del autor pues la exteriorización del mismo, apreciable por varios factores, como hacerse de un arma de grueso calibre, la forma y dirección que efectuó los disparo, a quemarropa, todo sin solución de continuidad desde que abordó a su mujer, constituyen signos reveladores inequívocos de tal propósito toda vez que tienen entidad suficiente para poner en peligro concreto y

real el bien jurídico protegido por la norma.-

Para concluir solo cabe reiterar que los Jueces han dado suficientes fundamentos, han seleccionado la prueba, le adjudicaron valor y en toda la reconstrucción del hecho no se advierten fisuras ni contradicciones, por lo que lejos estamos de un supuesto de arbitrariedad y por ello voto por rechazar el primer agravio.-

3. - Ingresando al último, desarrollado en su totalidad en el libelo impugnativo, cuestiona el defensor de confianza que al aplicar el Tribunal simultáneamente las agravantes de los arts. 80 inc. 1º y 41 bis del Código Penal conformó un marco punitivo ilegal con una escala penal que parte de los trece años y cuatro meses de prisión a veinte años, cuando no debería superar aquel previsto en el art. 44 del mismo cuerpo penal, diez a quince años de prisión.- La decisión fue adoptada por mayoría y adhirió el recurrente a la postura de la Dra. Olavarría, que en minoría, consideró que estamos ante un concurso ideal -art. 54 C.P.- y que la solución que contempla la norma es la que debe imperar.-

También cuestionó la actuación de la Fiscal quien al acusar estimó que la pena no debía superar los trece (13) años de prisión y luego frente a los términos en que reprochó la conducta el Tribunal de grado, en la etapa de cesura del juicio solicitó una pena mayor -15 años- lo que considera sorpresivo y violatorio de garantías constitucionales, proponiendo a esta alzada la readecuación del monto de pena, la que no debería superar el mínimo legal aplicable en función de los arts. 80 inc. P y 44 2do párrafo del C.P., diez (10) años.-

a.- Adelantando opinión entiendo que la crítica a la aplicación del arto 41 bis del C.P. en el caso resulta ajustada y que la escala penal aplicable es la que propuso la Dra. Olavarría, aunque no comparto estrictamente sus fundamentos en el sentido de una concurrencia ideal de agravantes en los términos del art. 54 del C.P. pues dichas reglas operan exclusivamente ante la multiplicidad delictiva, y si bien es factible la simultaneidad de varias circunstancias agravantes nunca podemos llegar a componer una escala distinta a aquella que fija la pena mayor.-

Aquí el empleo del arma no debió ser considerada desde la perspectiva del art. 41 bis sino solo desde la consideración del sistema de atenuantes y agravantes establecido en la ley de fondo (arts. 40 y 41 del C.P.).- Entiendo que el Tribunal a quo por mayoría erróneamente aplicó el art. 41 bis a la tentativa de un delito sancionado con pena perpetua - art. 80 inc. 1°-, y vale recordar que la norma no es una agravante general, sino que solo impacta sobre la magnitud del marco punitivo de delitos sancionados con penas temporales que no tengan contemplado su comisión mediante el empleo de armas de fuego.-

Así resulta la pena prevista para el delito consumado la que determina la inaplicabilidad de la norma en cuestión; por un lado porque es claro el art. 41 bis ya que alude a penas temporales como acabo de señalar, y porque las penas perpetuas al margen de su indeterminación en el tiempo son las de máxima gravedad, y tal inaplicabilidad se hace extensiva a la tentativa.- Por otra parte en función de un análisis elemental de las razones y motivos por los que el legislador estableció figuras

agravadas del homicidio, entre ellas el vínculo, el modo de comisión, las causas o motivos, medio empleado, entre otras, previendo la reclusión o prisión perpetua como sanción, es decir la más grave, parece desproporcionando hasta ilógico, que la circunstancia de utilizar un arma de fuego importe un mayor reproche frente a la hipótesis de conato que tiene prevista una solución legal en el art. 44 2do párrafo del C.P., violentando de tal manera el principio de culpabilidad porque la pena nunca puede superar la gravedad de la culpabilidad por el hecho asistiendo razón al quejoso en cuanto la escala penal que debió tenerse en cuenta parte de 10 años de prisión y con un máximo de quince (15) años.-

Si el empleo de otros medios para cometer el homicidio que demuestran mayor desprecio por la vida humana como el veneno han sido contemplados y sancionados con pena perpetua, incluso aquellos que importan habitualmente el empleo de un arma de fuego como los supuestos de los incs. 9 y 10 del arto 80 resulta más que excesivo y desproporcionado que si se emplea dicho

elemento le corresponda una pena mayor ante la posible tentativa de homicidio agravado.-

b.- En función de ello y como el Tribunal se inclinó por el mínimo legal sostiene el Defensor que debería entonces imponerse una pena de diez años de prisión.- 1 De acuerdo a los fundamentos brindados por los magistrados que conformaron la mayoría, indudablemente no han dejado de considerar que la escala penal que conformaron en función del arto 41 bis del C.P. resulta elevada, y por ello parecen inclinarse por el mínimo más que por las circunstancias a pautas receptadas como atenuantes.-

Desde ya el impugnante no observa las pautas consideradas por los jueces para determinar la dosis, ni indica como debieron operar, pero la cuestión transita por otro camino porque el hecho reprochado debidamente acreditado en toda su extensión en la audiencia de debate, deja expuesta una problemática algo más profunda que si bien fue descarada como agravante específica -violencia de género-,

no puede desatenderse desde lo motivacional, pues obedece a una infundada sospecha de infidelidad y la sola acciones desplegadas por el imputado también demuestran una absoluta frialdad y crueldad que entiendo no habilitaría la ubicación de la pena en el mínimo -10 años-, y una elevación como la propuesta inicialmente por la Titular de la acción al formular acusación se ajusta a los principios de proporcionalidad, razonabilidad y culpabilidad, además de despejar cualquier sospecha de afectación de derechos del imputado, y así voto.-

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

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

II. - Alcances de la impugnación (cambio de Defensor).- Sin perjuicio que

el original recurso ordinario, presentado oportunamente por escrito, solamente se agraviaba por el monto de la pena impuesta en la sentencia de condena, en atención a lo expuesto por el novel Defensor de confianza en la audiencia del art. 385 del CPP, ha de efectuarse una somera revisión de otros puntos del fallo, en el marco de la competencia de este Tribunal de Alzada.-

III. - Revisión integral: prueba, calificación legal, etc.-

En primer término, y en lo concerniente a la mecánica del hecho, el tribunal colegiado de juicio hubo de basarse en el testimonio de la víctima D. A. G. L., quien relató que en la madrugada del día 10 de agosto del pasado año 2017, su concubino E. D. M. la "acorraló" (sic del 2° voto a la primera cuestión) contra una pared de su vivienda, en la calle Código X, n° X, del Bo. Los 3 Pinos de esta ciudad, le apoyó un arma de fuego en el abdomen y le disparó.-

La prueba científica, por su parte, corroboró que se

trataba de un disparo efectuado a muy corta distancia, con trayectoria definida como “periférica” de acuerdo al estudio de TAC, y testimonios concordantes de los médicos del Hospital Regional local, la HC n° X, más la deposición de la Médica forense Eliana Vanesa Bévolo, quien claramente expuso sobre la preexistencia de disparos “tangenciales”, efectuados de costado, con cicatrices en el soma que se corresponden con dos orificios de entrada de proyectil, y dos orificios de salida. También se merituó el informe de la Bioquímica de Criminalística S. G. V., sobre el examen de las prendas de vestir de la víctima, con relación a las distancias de disparo -arrojando el estudio de una remera que aquella había sido “a quemarropa”-. -

En lo concerniente a la defensa material del acusado M., además de lo relativo a la cantidad de disparos -desmentida por el resto de la prueba, como ya se puso de resalto-, también se descartó su versión de que el arma de fuego utilizada estaba en su automóvil desde hacía va un día,

y que su única intención habría sido asustar a “D.”; toda vez que a prueba indiciaría resultante del análisis de la mensajería de su teléfono móvil, por el contrario, reveló que fue muy poco tiempo antes del hecho, que el encartado buscó hacerse del revólver, es decir con la evidente intención de utilizarlo en esa madrugada, y de un modo extremadamente peligroso para la integridad física de la ofendida.-

Asimismo, hubo de tomarse en cuenta en el decisorio recurrido, que el día inmediatamente anterior al hecho, ya M. había golpeado a su mujer, por la ira que le causó saber que ella había recibido un mensaje de un tercero, desconocido para él; y que no existió, entonces, solución de continuidad entre los dos sucesos, siempre motivados por los celos y la desconfianza acerca de la conducta de su pareja.-

Por última, respecto a la pretendida “voluntad de

salvamento” -por denominarla de algún modo- del imputado hacia su víctima, dado que la condujo hacia el Hospital, el colegiado valoró en su contra que la versión de D. nos revela, por el contrario, que en un primer momento M. ante su pedido de auxilio, pretextó que no encontraba las llaves, y ella se arrastró por sus medios hasta el automóvil, fasta que finalmente él la ayudó a subir al vehículo. Luego, ya en el nosocomio, se tuvo en cuenta que el acusado se desentendió de la suerte de su compañera, y se alejó del sitio, además de preocuparse mayormente por deshacerse del instrumento del delito, como prioridad.-

Así las cosas, la sentencia concluyó que nos hallamos frente a un supuesto tipificable como un Homicidio calificado en grado de tentativa, tanto en lo objetivo y normativo, como en lo subjetivo, teniendo en cuenta que -y siguiendo el orden expuesto en el 1er. voto de la primera cuestión, de modo muy sintético en aras de la brevedad-: M. primero se

proveyó *ex profese* del arma (calibre 38 Special), cargada y apta para disparar, o sea de un elemento idóneo para causar la muerte, poco tiempo antes del hecho; luego, se la exhibió a su víctima tanto en el automóvil, como en el interior de la vivienda, para finalmente apoyarla sobre una zona vital del cuerpo de la víctima, y disparar en dos ocasiones, asegurándose que ella estuviera inerme contra una pared, sin posibilidad efectiva de reacción defensiva; como asimismo que no le prestó auxilio en forma inmediata y espontánea. También se intentó obstruir el esclarecimiento del hecho, pretextando que G. había sido asaltada en la vía pública. -

A mayor abundamiento,, y en apoyo de lo expuesto, en la sentencia de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala 2, reg. N° 921/2018, de fecha 7 de agosto de 2018, en la causa n° CCC *55.357/20* 1*4/T*O1*/C*NC*2*, caratulada: “Mossuto, Ariel Ricardo *si* recurso de casación”, se sostuvo que: "...la jurisprudencia recurre en general a datos

objetivos de los cuales infiere la subjetividad del agente. En ese sentido, Mapelli Caffarena enumera las circunstancias que la juris prudencia española tomó en cuenta para valorar el ánimo del autor y que resultan ilustrativas para zanjar este punto. Se trata de: i. las relaciones que ligan al autor y la víctima; ii. la personalidad del agresor; iii. las actitudes e incidencias observadas o acaecidas en momentos precedentes del hecho, si mediaron actos provocativos, palabras insultantes, amenazas de males o porfía y repetición en su pronunciamiento; iv. las manifestaciones de los intervinientes durante la contienda; v. las dimensiones y características del arma empleada y su idoneidad para matar y lesionar; vi. lugar o zona del cuerpo donde se dirigió la acción ofensiva, con apreciación de su vulnerabilidad y su carácter más o menos vital; vii. la insistencia y reiteración de los actos atacantes; viii. la conducta posterior observada por el infractor...

IV. - 1) Pena, recurso ordinario del anterior Defensor de Confianza,

ratificado por el actual.-

1) Construcción de la escala aplicable.-

En mi opinión, la mayoría del tribunal de juicio no ha fundado debidamente, la aplicación del art. 41 *bis* en la construcción de la escala penal aplicable. El segundo voto a la Tercera cuestión (v. Apartado III) se limitó a considerar que en virtud del principio de especialidad del concurso aparente de leyes, el art. 80 desplaza al art. 79 del CP -lo que es correcto (cfr. Caramuti, *Concurso de delitos, Concurso de delitos,* edit, hammurabi, Bs. As., 2ª.edición, año 2010, p. 209: se aplica únicamente el homicidio calificado); para luego añadir que entonces, al no hallarse previsto el empleo del arma de fuego en el tipo penal citado en primer término, debía aplicarse la agravante genérica- aserción que carece de toda fundamentación dogmática, y se contradice abiertamente con el argumento previo del concurso aparente-.- Por su parte, el tercer voto a idéntica cuestión, solo contiene una motivación aparente, en la

medida en que se basa en un argumento de -pretensa- autoridad jurisprudencial; pero resulta que la cita de un caso del TCPBA, corresponde a un voto en disidencia, porque la mayoría precisamente resuelve lo contrario, es decir que debe “ceder" la aplicación del art. 41 bis del CP (cfr. entre muchos otros precedentes, el publicado en nucrojuris.com MJ-JU-M-45123-AR, sentencia del 14/07/09i el sumario del fallo también luce en la reseña de jurisprudencia de la obra de Caramuti, ob.cit., p. 237).-

Como consecuencia directa de lo expuesto precedentemente, se concluye que la escala penal aplicable es la derivada del juego armónico de los arts. 42,44, 80, inc. 1º, y ccs. del CPi ya que como lo ha sostenido el voto disidente, no es posible agravar una pena que ya está calificada, por imperio de la figura (agravada) del arto 80.

2) Revisión -parcial- del monto.-

No obstante la modificación expuesta, sin embargo el

monto de la sanción conforme los arts. 40 y 41 del CP, no ha de variar ^^011013111161^6 respecto al escogido por la mayoría del tribunal de la cesura, habiendo acordado en la deliberación que corresponde fijarlo en trece años de prisión, con accesorias legales y costas.-

Para ello hemos tenido en cuenta que concurren, en calidad de circunstancias calificantes —al igual que lo ha valorado el tribunal de la cesura-, extremos tales como que el suceso acaeció en la vivienda familiar, en horas de la madrugada, cuando la familia entera (cuatro hijos menores de edad) debería haber estado descansando, sin ninguna otra preocupación, y en cambio se vio inmersa en una situación de extrema violencia por parte de uno de sus miembros, que colocó a la víctima en estado de indefensión, toda vez que en el supuesto de haber huido del domicilio, y/o solicitado ayuda en el vecindario, ello podía agravar el peligro que corrieron sus hijos; con el agravante que la integrante de menor edad del grupo, la niña Z., fue testigo presencial del hecho

de sangre, incluyendo el posterior traslado de su madre al Hospital.-

V.- Por las razones expuestas precedentemente, sumo mi voto parcialmente por la afirmativa, a la presénte cuestión planteada.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo: En base al resultado del tratamiento de la cuestión precedente propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado E. D. M., contra la sentencia N° 4305/18, dictada en fecha 1 de noviembre del año 2018, confirmar parcialmente la misma, readecuando la pena impuesta y condenar al nombrado, en definitiva a la pena de trece (13) años de prisión, y costas (art. 29 inciso 3° del CP), por ser autor penalmente responsable del delito de Tentativa de homicidio agravado por haber sido cometido contra una persona con la cual se mantiene una relación de pareja (arts. 80 inc. 1,42 y 45 CP), por el hecho ocurrido en esta ciudad el día 10 de agosto del año 2017, en perjuicio de D. G. y tener presente la reserva del caso federal.-

Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales del Sr. Defensor de Confianza, Dr. F. M., en 25 JUS (Ley XIII, N° 15, modificatoria de la Ley XIII W 4 (antes Ley 2.200).- A la SEGUNDA cuestión el Dr. MULLER dijo:

En orden al resultado al que se arribara por unanimidad en la deliberación de la primera cuestión, adhiero a lo propuesto por el colega que vota en primer término y que se dicte pronunciamiento en dichos términos. -

A la SEGUNDA cuestión el Dr. PINTOS dijo:

De conformidad en un todo con el resultado de la deliberación, y votación de la cuestión precedente, alcanzado por unanimidad, es que he de adherir a la propuesta de pronunciamiento que formula el Vocal que lidera el presente Acuerdo.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por unanimidad,

---------- RESUELVE: ----------

1°) HACER LUGAR PARCIALMENTE a la impugnación deducida por la Defensa del acusado **E. D. M.,** contra la sentencia N°4305/18, dictada en fecha 1 de noviembre del año 2018 (arts. 374y382yss. del CPP):

2°) CONFIRMAR PARCIALMENTE la misma, readecuando la pena impuesta y CONDENAR al nombrado, en definitiva a la pena de trece (13) años de prisión, y costas (art. 29 inciso 3° del CP), por ser autor penalmente responsable del delito de Tentativa de homicidio agravado por haber sido cometido contra una persona con la cual se mantiene una relación de pareja (arts. 80 inc. 1,42 y 45 CP), por el hecho ocurrido en esta ciudad el día 10 de agosto del año 2017, en perjuicio de D. G..

3°) TENER presente la reserva del caso federal.

4°) REGULAR los honorarios profesionales del Sres. Defensores de Confianza,

Dres. F. M. y G. I., en forma conjunta, en 30 JUS (Ley XIII, N° 15, modifícatoria de la Ley XIIIN" 4 (antes-Ley 2.200).—-

5°) Copíese, protocolícese, notifíquese.

GuHtermo

A. MüH
Juez

Cámara en toPensí

JRARTH
PRESIDENTE CAMARA JN
LO PENAL

DANIEL LUIS MARIA PETTOS
JUEZ