Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL
CAMARA EN LO PENAL
PUERTO MADRYN

En la ciudad de Puerto Madryn, Provincia del Chubut, a los treinta días del mes de Octubre del año dos mil diecinueve, en la Cámara en lo Penal de la circunscripción Judicial de Puerto Madryn tras haberse reunido en Acuerdo los Señores Jueces integrantes del Tribunal, Dres. Rafael LUCCHELLI, Flavia Fabiana TRINCHERI, y Daniel Luis María PINTOS–Juez Subrogante de la Excma. Cámara Penal de Comodoro Rivadavia, quien fuera designado por Acuerdo 757/19 - Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia del Chubut-, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en estos autos caratulados: **"A. D. M. P.S.A. HOMICIDIO AGRAVADO S/IMPUGNACIÓN" Cpta. Nro. 7337 OFIJUD PM – Expte. Nro. 08/2019 CPPM**; seguidos contra: D. M. A., argentino, hijo de D. A. (f) y G. F. H. (f), nacido en Trelew, Provincia de Chubut, el día 7 de julio de 1990, DNI Nº X, soltero, con último domicilio en Michael Jones X, Dpto. X, de la ciudad de Trelew, actualmente alojado en la Alcaidía Policial de esa ciudad. Ello en virtud de la impugnación ordinaria interpuesta por la Dra. Gladys Mabel Del Balzo y por el Dr. Lucio Hernán Brondes, Defensores Públicos Penales, contra la Sentencia Nro. 1218/19 OFIJU, de fecha 25/04/2019 aclaratoria N° 1231/19 por la que el Tribunal de Juicio conformado por las Sras. Juezas Penales, Dras. Stella Maris Eizmendi, Patricia E. Reyes, y por el Sr. Juez de Cámara Dr. L. Marcelo Pitcovsky, en calidad de subrogante, condenaran a su asistido a la pena de ONCE AÑOS DE PRISIÓN, accesorias legales y costas, por resultar autor material y penalmente responsable del delito de HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (Arts. 79, 45 y 41 bis del Código Penal) por el hecho ocurrido en esta ciudad de Puerto Madryn el día 16 de enero de 2017 en perjuicio de quien en vida fuera P. G. M.. ----------

---------- Intervino por la acusación el Sr. Fiscal Jefe Dr. Daniel Esteban Báez y por la defensa técnica la Dra. Gladys Mabel Del Balzo y el Dr. Lucio Hernán Brondes, Defensores Públicos Penales.----------

---------- Efectuado el sorteo, resultó el siguiente orden de votos: Dr. Rafael LUCCHELLI, Dr. Daniel Luis Maria PINTOS y Dra. Flavia Fabiana TRINCHERI. ----------

---------- La Defensa en su libelo impugnatorio –glosado a fs. 156/174-se agravia y tacha de arbitraria la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal en relación a la autoría de su asistido en el hecho. Asimismo, señala motivación insuficiente e incongruencia negativa al no ponderarse los embates y señalamientos que esa parte realizara. Violación al debido proceso y defensa en juicio: Igualdad de las Partes, contradicción. Afectación al principio acusatorio al violar la garantía de imparcialidad del Juzgador (Arts. 18 C.N.; 8 CADH;14 PIDCyP; Claúsula IV Reglas de Mallorca; 44, 45, 46, 48 y 169C.Ch; 17, 25 y 329, 2° párr. CPP). ----------

---------- Expresa que en cuanto a la autoría esa Defensa sostuvo en la discusión final la falta de acreditación más allá de la duda razonable. ----------

---------- Asevera que la prueba de cargo estuvo basada fundamentalmente en el señalamiento realizado por la Sra. A. G., pareja de P. M., en el recorrido fotográfico realizado en sede policial el día 19/01/17 y en el posterior reconocimiento en rueda en sede Judicial, y que, ante la inexistencia de toda otra prueba corroborativa física como forense dichos, señalamientos resultaban insuficientes para fundar la autoría. -----

---------- Seguidamente se refiere a la fiabilidad de los reconocimientos por ser prueba subjetiva y que ello se argumentó en el Debate sobre la base de estudios serios realizados en relación a la psicología del testimonio. Que no se trata de confiar o no en el testigo, sino de comprender que éste puede estar equivocada más allá del convencimiento expresado al momento de mirar fotografías y de practicar – G.- la rueda de reconocimiento de personas. No es la seguridad lo que permite realizar una correcta valoración de la exactitud, siendo la relación entre ambas variables

prácticamente inexistente. ----------

---------- Con cita del trabajo efectuado por L., Doctora en Piscología se refirió a experiencias científicas que demuestran que la atención de testigos disminuye en exactitud de la identificación cuando se emplean armas en el suceso. También señala las publicaciones de Hegglin y Sardañosa, en el tomo 17 de Jurisprudencia de la CSJN, en cuanto a la equivocada confianza del testigo en los reconocimientos; pues al incorporarse los estudios de ADN a la práctica forense, en el marco de programa denominado “Innocense Project”, permitió comprobar que centenares de condenas por delitos graves y penas altas sobre la base de declaraciones testificales que, aunque de buena fe, eran equivocadas. ----------

---------- Así, los reconocimientos que se hacen a los muletos o terceros intervinientes en las ruedas, de los que no se duda de su ajenidad, afirma la escasa fiabilidad de los testimonios y que deben ser corroborados con otras pruebas que lleven convicción sobre ese juicio de verdad. ----------

---------- Luego se refiere a las entrevistas realizadas por A. y los actos sucesivos que dice permiten dejar en evidencia la inconsistencia de los mismos para fundar la condena. ----------

---------- Así detalla las descripciones realizadas por la testigo el día del hecho, luego el día 18 de enero en la entrevista realizada en la División Policial de Investigaciones con la presencia de Oficial A., D. B. y el ayudante F., en donde también realiza un extenso relato de las actividades ilícitas de P. M., de lo que pudieron dar cuenta en el Debate los efectivos y la propia A.. ----------

---------- Señala que a partir de dichas características se confeccionó un retrato hablado –C.- al que la testigo señaló como coincidente en un 70 %, a ello le siguieron dos recorridos fotográficos de los que dieron cuenta la policía A. y el Oficial D. B. en su deposición. Allí primero señaló a una persona que se correspondía en un 50 % y luego a una que dijo parecerse mucho pero que a la postre estaba detenida, por lo que se descartó. ----------

---------- Indica que el día 19 de enero se le exponen otras fotografías además de las que ya había visto, no pudiendo determinar A. cuántas más se agregaron, es allí que reconoce a su asistido, con las mismas características dadas anteriormente. ---

---------- Posteriormente se refiere a la rueda de reconocimiento llevada a cabo el día 21/6/2017 donde A. G. indica a su defendido en sede Judicial señalando que "se afeitó y está más flaco". ----------

---------- Asevera insuficiencia de valor conviccional de los señalamientos para fundar condena, la fabilidad de dicha prueba y la ausencia de toda prueba corroborativa de la autoría. A ello suma que no puede desconocerse que existen posiciones que le niegan validez a un reconocimiento en rueda posterior a un recorrido fotográfico debido a la imposibilidad de determinar si el sujeto reconociente evoca en el acto al sujeto que vio en el hecho o a la imagen fotográfica, lo cual impone el beneficio de la duda. ----------

---------- Añade a ello la falibilidad del reconocimiento en sí, la incerteza de cantidad de fotos que se le presentaron –según A.- en el recorrido y la falta de precisión de la propia testigo G. en cuanto al color de piel (primero blanca, luego ni blanca ni morocha), a la ausencia de descripción de otras características físicas al decir:"*no habiendo prestado atención a las cejas, frente normal, nariz norma, no tenía ninguna particularidad*" del retrato hablado; se contrapuso siempre un claro señalamiento de la altura del sujeto, así como de su cabello. ----------

---------- Sostiene que en el alegato final esa Defensa en base al fallo "M., Jorge Andrés .." de fecha 12/12/06 de la CSJN justificó la importancia del interrogatorio previo a la Rueda de Reconocimiento como verdadera válvula de garantías que operan a favor de la exactitud, la seriedad y la fidelidad del acto a fin de disminuir las posibilidades de error y resguardar la sinceridad en la identificación.

---------- Se refiere al interrogatorio previo efectuado a G., señalando de ello la cuestión de la altura del autor a quien, en ese acto dijo que era más bajo que ella que dijo medir 1, 70m, y precisó en el Debate que sería de 1:60 m cuando de la inmediación

propia del juicio se pudo observar que A. mide, conforme dijera el médico forense Cardarelli 1,83 y 1,91 según la medición policial del informe reconocido por F. y lo inserto por el Comisario V. en cuanto a la persona a capturar. ----------

---------- Agrega que tampoco el cabello de A. es mota ni rizado, ni con bucles, ni tenía tales características antes de la Rueda tal cual surge del informe de F. de Facebook. ----------

---------- Afirma que todas estas cuestiones deberían llevar a la perdida de idoneidad acreditante en la testimonial de G., base fundante según la Fiscalía, de la atribución de autoría a A.. ----------

---------- Indica que a ello se le debe sumar la falta de preservación del imputado para el posterior reconocimiento en rueda de G. pues previo a este acto fue visto por la hermana y el hermano de P. M. en la audiencia de apertura de la investigación llevada a cabo el día 26/05/17, lo que pudo acreditarse en el Juicio. ----------

---------- Añade que tampoco se derivó en evidencia cargosa las improntas de calzado tomadas del lugar por Criminalística, de lo que dio cuenta C. en el Debate, como tampoco se incorporó las huellas dactilares tomadas de la puerta de ingreso a la vivienda de la víctima, cuando del informe papiloscópico de A. ingresado por convención probatoria que tenían aptitud para cotejo. También se refirió en igual sentido a las huellas en el automóvil Fiat Siena Dominio X, que según la acusación fue utilizado por A., donde el Sargento B. indicó que uno dio positivo con una persona de apellido Almonacid, quedando las demás (cinco) en el AFI sin resultados para la causa. Cita el testimonio de la agente Irigoyen en cuanto a la aptitud de cotejo de esos.

---------- Asevera que en base a esos lineamientos en el alegato de cierre se sostuvo la insuficiencia de las conclusiones probatorias para acreditar, más allá de toda duda razonable la autoría de A., debiendo disponerse su absolución. ----------

---------- Seguidamente se refiere a ello al citar en extenso el voto de la Dra. REYES señalando que la Magistrada obvio efectuar una valoración de la prueba

conforme las reglas de la sana critica, asentando la indicación de G. en la íntima confianza por la colaboración de ésta desde el inicio de la investigación a pesar de su estado de gravidez, y la permanencia de sus dichos pero sin adentrarse en el análisis de las críticas realizada por esa parte. Ello en relación a: los estudios realizados de la psicología del testimonio acerca de la falibilidad, en especial teniendo en cuenta el fuerte impacto emocional que la testigo señaló haber sufrido; la presentación de un recorrido fotográfico anterior al reconocimiento en rueda y lo explicado sobre el riesgo de transferencia; la situación en los distintos reconocimientos fotográficos efectuados; la falta de preservación de A. como evidencia frente al reconocimiento posterior a la audiencia de apertura –del que antes dio cuenta; la inexistencia de otra prueba corroborativa de la autoría ni física ni forense. ----------

---------- Señala arbitrariedad de la Juez en la valoración al ignorar lisa y llanamente este cúmulo de razonamientos traídos por la Defensa con clara afectación del derecho de defensa al no tener una consideración al momento de dictar sentencia. Hace cita de fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Araniz, Luis …" sentencia del 23/02/10. ----------

---------- Indica que la Juez predicó realizar un análisis global de la coherencia y contradicciones del testimonio de G. que finalmente no hizo, señalando que tampoco abordó las manifestaciones de ésta que se había tratado de un arma "como las que usan la policía" cuando según C. se trató de un revolver y no de una pistola, de allí marca arbitrariedad. ----------

---------- Concluye la Defensa que no existe en el voto una convicción razonada acerca de la valoración del señalamiento de G., por lo que su decisión adolece de valor "endo procesal" de la garantía de defensa y del valor "extra procesal" de la garantía de publicidad –según palabras de Ferrajoli. ----------

---------- Critica que además de constituir una cuestión de fe la valoración del testimonio –de G.- pretende la Magistrada reforzar la autoría de A. con el informe del Oficial F. de Facebook del que, sin negar la libertad probatoria, el usar una camisa a

cuadros similar, pues no resulta la descripta por la testigo en cuanto el color, resulta ser un indicio anfibológico que debe descartarse como prueba por lo usual y común de dicha vestimenta. ----------

--------- Dice que valora la Juez como indicio de cargo el que A. se haya sustraído de la acción de la justicia, cuando el mismo dio motivos que se encontraban razonables, conforme el delito que se le imputaba vinculado en los medios a una situación de narcotráfico sin analizar el temor de éste, al ser una persona sin antecedentes penales y por ello vislumbrar la significación jurídica de ese proceder.----------

--------- Seguidamente analiza el voto de la Juez Eizmendi, y luego de citar los párrafos en extenso en cuanto a la valoración de lo sustancial, indica que ese trasunta un claro involucramiento de la actividad jurisdiccional con la acusatoria violando abiertamente el principio de imparcialidad y el debido proceso con clara afectación al derecho de defensa en juicio. ----------

--------- En concreto señala que la Juez con la finalidad de salvar la gruesa incoherencia tanto interna como externa del testimonio de G. respecto de la gran diferencia de talla entre la persona vista el día del hecho (1,60 /1.70 metros) y la de A. de 1.83 m según Cardarelli y 1.90 m según medición policial, echa mano a las fotografías tomadas a la entrada de la casa y de la planimetría realizadas por personal de Policía Científica e interpreta con una valoración propia mediciones que dice son de un desnivel descendiente en la puerta de acceso a la morada.----------

--------- Afirma que lo anterior resultó, para concluir al igual que el Dr. Pitcovsky, que seguramente la diferencia de altura señalada por la testigo se vio influenciada por dicho desnivel, pasando por alto no sólo que la testigo mencionó en la audiencia de Debate que persiguió al agresor durante media cuadra sino que con dicho razonamiento sorprendió a la Defensa al incorporar una argumentación en la sentencia que no fue traída por el Fiscal ni fue posible cuestionar; lesionando el derecho de defensa por violación al principio de congruencia. ----------

--------- Aseveró que la Magistrada echó mano a la planimetría desarrollada por

la policía científica interpretándola en soledad, cuando la misma nunca fue leída, ni introducida vía testimonial, a nadie se interrogó sobre su realización, sobre el significado de las mediciones, no formó parte de las convenciones probatorias, por ello nunca fue discutida ni controvertida. ----------

--------- De allí cita el fallo de la CSJN “Sandoval” en cuanto a que la función jurisdiccional del Tribunal de Juicio está limitada por los términos del contradictorio e indica que la sentencia así elaborada, ha violado la garantía que implica el principio de imparcialidad y por tanto no puede subsistir -8.1 CADH;14 PIDCyP; Claúsula IV Reglas de Mallorca. ----------

--------- Dice que tampoco puede pasarse por alto la contradicción que evidencia el razonamiento de la Magistrada, quien, partiendo justamente de la falibilidad del reconocimiento en rueda, dado especialmente el contexto de rapidez, en que se produjo el hecho, no obstante, seguidamente concluye sosteniendo que la testigo ha sido contundente en cuanto al señalamiento, sin que exista ninguna otra prueba que vincule a A. para sostener ese juicio de verdad. ----------

--------- Critica que la Juez para sostener la retención de la fisonomía de A., por parte de G., dijo que ésta aludió a que estaba afeitado y más flaco, que tenía el cuerpo igual cuando se daban características distintas a las aportadas en cuanto a la altura y al cabello. ----------

--------- Además, que justifica su voto con la camisa cuadrille que aparece vistiendo A. en la foto de Facebook extraída por F., cuando esa no condice con las características de color dadas por A. G., que C. no pudo dar precisión de la misma, y que resulta ser una prenda tan usual y común que no puede ser tenida como prueba, resultando por ello un indicio incierto y anfibológico. ----------

--------- Realiza similares consideraciones en cuanto a la falta de valoración de la Juez de las cuestiones traídas por la Defensa sobre el recorrido fotográfico, el ignorar cuántas fotos se agregaron para el segundo, el reconocimiento en rueda y las implicancias en relación al sujeto reconociente, la falta de preservación del

imputado como evidencia previa al Acto.----------

--------- Al referirse al voto del Juez Dr. Pitcovsky cita párrafos de éste en relación a la acreditación de la autoría y critica que de ese se evidencia que el razonamiento del Magistrado se base exclusivamente en la seguridad trasmitida por la testigo y en la confianza que según dice, le genera la sinceridad y espontaneidad de sus manifestaciones no atendiendo, al igual que las demás vocales, lo dicho por la doctrina y serios estudios basados en la psicología del testimonio; en cuanto a que no se trata de confiar o no en la palabra del testigo, sino de entender que puede estar equivocado más allá de que esté plenamente convencido de que lo que dice es cierto. Realiza citas doctrinarias al respecto. ----------

--------- Trae lo antes dicho sobre el recorrido fotográfico anterior a la rueda de reconocimiento y la mengua en la valoración de esta último al no poder determinar si se debe a una percepción del primero. Asimismo, realiza la misma critica en cuanto al quebrantamiento a la necesaria distinción de roles y a la usurpación de la función fiscal. ----------

--------- Supletoriamente la Defensa plantea agravio en relación a la calificación jurídica. Insuficiente fundamentación. Incongruencia negativa. Errónea aplicación de la Ley sustantiva (art. 41 bis del CP). Afectación al principio de legalidad (Art. 18 CN; 44 CCh). ----------

--------- Indica que planteó la inconstitucionalidad de la agravante genérica del Art. 41 bis CP, y en defecto la inaplicabilidad al caso concreto. ----------

--------- Entiende que el art. 41 bis resulta violatorio del principio de Legalidad no respetando el mandato de *lex certa*.----------

--------- Expresa que una calificante “genérica” así entendida no se vincula “específicamente” con ninguna conducta típica de la parte especial del CP por lo que no resulta sencillo determinar a qué tipos penales concretos es aplicable la agravante, por lo que si no es claramente asequible para el jurista especializado tampoco lo será para su destinatario.----------

--------- Indica que también se argumentó que el Tribunal estaba llamado a declarar la Inconstitucionalidad de la norma por colisión de esa con los principios de Igualdad y Razonabilidad, en cuanto el citado artículo genera una irrazonabilidad interna con el mismo código y externa con la Constitución Nacional. ----------

--------- En cuanto a la interna explica que ella se da en cuanto existe diferencia de trato y de penalización entre casos iguales o axiológicamente más graves en cuanto a la aplicación de la ley frente al bien jurídica vida. Cita la pena de homicidio con arma de fuego –agravado por el art. 41 bis.- y el de un homicidio causado por un puñal u otro objeto cualquiera utilizando arma impropia en cuanto a la diferencia de pena y también su consecuencia frente al derecho del condenado al momento de obtener salidas transitorias o libertad condicional.----------

--------- Señala que de no acogerse lo anterior, la norma resulta inaplicable al caso pues el art. 41 CP en su inciso primero, en la mensuración de la pena, establece "*los medios empleados para ejecutar la acción"*, es decir, ya contemplado; comprometiéndose por ello el principio de *ne bis in ídem* en su faz material relacionado con la prohibición de doble juzgamiento. Además, se invocó que la escala del art. 79 del CP resultaba suficientemente amplia para cubrir dicho margen. ----------

--------- En esa línea de razonamiento postula que la violencia o intimidación –art. 41 bis- alude a momentos previos, ya que si se entiende que el ejercicio de la violencia es concomitante con el acto mismo de producción del homicidio se estaría valorando doblemente el mismo extremo. ----------

--------- Así señala que en el caso no existió violencia o intimidación instantes antes de la propia acción, y que esta línea fue esbozada en los fallos "Araujo" del 28/7/05 –voto Dr. Slokar- y en "Medina" del 27/11/11 –voto de la Dra. Ledesma de la Cámara Federal de Casación y del Dr. Cortelezzi en el caso "D." – ex Ministro del STJ- cuando puntualmente excluye la intimidación y la violencia que sólo será atendible en el caso en que se de alguna situación del art. 80 inc. 2 y 5, no existiendo

inconstitucionalidad sino ausencia de razón válida para aplicarla en el caso. ----------

--------- Seguidamente para descartar el agravante lo relaciona con la figura del art. 104 del Código Penal, concluyendo que si la intensión legislativa era agravar los homicidios con uso de arma, debió emprender una reforma integral y derogar el 2º párrafo del art. 104, por lo que entiende que el legislador no quiso agravar esta clase de delitos. ----------

--------- A continuación, hace cita de fragmentos de los votos y entiende escueta el análisis de los Magistrados en relación al cúmulo de fundamentos planteados por esa Defensa en relación a la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la agravante tachando de arbitraria la sentencia conforme los lineamientos de la Corte Suprema Nacional.----------

--------- Por último plantea, en relación a la determinación de la pena, violación a la prohibición de doble valoración al computar el accionar sorpresivo del imputado en cuanto ese se encuentran en el trasfondo de la agravante genérica del art. 41 bis aplicado. De allí que se agravó dos veces el hecho al aplicarlo en la agravante genérica y en la fijación de la pena.----------

--------- En base a lo expuesto solicita en el caso de no atender los agravios antes reseñados se revoque la pena impuesta con apego al mínimo de la escala penal correspondiente. Hace reserva del caso Federal. ----------

--------- Por su parte la Fiscalía sostiene que en relación a la determinación de la autoría la Defensa trata de manera parcial de sembrar dudas donde no las hay, en el testimonio y posterior recorrido fotográfico y de reconocimiento en rueda de la única testigo mayor de edad al momento del hecho –A. G., sin apuntalar dicho cuestionamiento con prueba objetiva que la contrarreste. ----------

--------- Sostiene que la Defensa se equivoca al invocar que hubo un primer reconocimiento negativo no documentado, desde que el mismo fue ofrecido por esa parte e incorporado al Debate, pero ese fue descartado por el personal policial ya que

la persona señalada se aproximaba como “muy parecido” en un 50%. Que previo a ello la testigo había realizado un retrato hablado con una proximidad del 70%. Luego se realiza otro con personas aledañas señalando a A. en un 100% y finalmente en la rueda de reconocimiento judicial ésta fue categórica y sin dudas reconoce al imputado, con el debido control jurisdiccional y de la Defensa. ----------

--------- Sobre la falta de preservación de A. como evidencia previa a la rueda de reconocimiento por una alta posibilidad de comunicación entre parientes de M. y la testigo G., dice lo formula sin arrimar elemento alguno para sostener esa hipótesis.

--------- Al referirse a que el imputado se sustrajo a la acción de la justicia niega que haya dado motivos de su fuga y que éstos se presenten como razonables. -------

--------- Hace cita de párrafos de los votos y afirma que la valoración de la prueba conforme las reglas de la sana crítica, dando los jueces sobrados fundamentos en su resolución para acreditar la autoría de A., por lo que no se puede interpretar como arbitraria. ----------

--------- Sobre la calificación jurídica, entiende que la cuestión ha sido zanjada por la Jurisprudencia y así lo sostuvo el Tribunal al resolver. Hace cita textual del voto de la Dra. Reyes.----------

--------- Por último, también con citas de fragmentos de los votos, descarta violación a la doble valoración, afectación del *ne bis in ídem*, solicitando el rechazo total de la impugnación planteada y la confirmación de la sentencia pues entiende no resulta arbitraria ni errónea en cuanto a la valoración realizada sobre la prueba habiéndose analizado la misma en forma pormenorizada y bajo las reglas de la sana crítica racional.----------

--------- Establece que en igual sentido al momento de determinar el monto de la pena se fundó la agravante mencionada dando razones de porqué no es una circunstancia doblemente valorada en cuanto a tener por agravante el elemento valorado, esto es la sorpresa de la acción emprendida, solicitando la confirmación de la sentencia. ----------

--------- Realizada la audiencia que provee el rito –art. 385 del CPP- las partes mantuvieron sus escritos y oralizaron los argumentos fijados en los mismos, conforme se plasma en el acta y se encuentra en el audio respectivo.----------

La base fáctica traída por la Fiscalía es la siguiente: *"El día 16 de enero del 2017, siendo aproximadamente a las 19 hs., se hizo presente D. M. A., en la casa sita en calle L. P. S/N del Asentamiento 23 de Octubre, en cercanías al Barrio Pujol II de esta ciudad, donde residía la víctima, P. G. M., conjuntamente con su familia y en cumplimento de una orden de arresto domiciliario debidamente ordenado por Juez competente; es en ese lugar que el imputado se encuentra en el umbral de la puerta de ingreso con la concubina del damnificado, A. D. G., a quien le consultó, "Hola, ¿está P.?", a la respuesta afirmativa y cuando P. M. se levanta de la silla en la que se encontraba sentado, el imputado abre la puerta sin ningún tipo de violencia, solo desplazando la mano sobre ella, empuñando un arma de color negra, similar a la que utiliza la Policía y le efectúa dos disparos a M., produciéndole una herida a la altura del corazón que a la postre le provocó el óbito. Después de producido el suceso, el agresor sale corriendo del lugar en compañía de otra persona, aún no identificada, hasta el vehículo Fiat Siena, dominio X, que se encontraba en las inmediaciones, con el cual emprenden la huida. Posteriormente llegó al lugar una ambulancia, constatando el personal médico el fallecimiento (casi inmediato) de P. G. M.*."

-------- Tras deliberar el Sr. Presidente puso a votación las cuestiones en el orden y conforme lo prescribe el artículo 329 del Código Procesal Penal (Ley XV Nº 9, antes Nº 5.478).----------

---------- El Juez Rafael LUCCHELLI dijo: ----------

---------- Ha llegado el presente caso a la instancia planteada para resolver la impugnación ordinaria (art. 374 del C.P.P.) que fuera deducida por los Sres. Defensores Públicos Penales, Dra. Gladys Mabel del Balzo y Lucio Hernán Brondes, representando a D. M. A. contra la sentencia dictada el día 25 de Abril de 2019, mediante la que se le impusiera la pena de once años de prisión por encontrarlo autor

del delito de HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (arts. 79, 45 y 41 bis del C.P), por el hecho ocurrido en esta ciudad de Puerto Madryn el día 16 de Enero de 2017 en perjuicio de quien en vida fuera P. G. M..

---------- En la audiencia prescripta por el art. 385 del C.P.P. los Sres. Defensores ratificaron los agravios vertidos en su líbelo recursivo, y a su turno realizó la réplica el Sr. Fiscal General Jefe, Dr. Daniel E. Báez, todo lo que se encuentra detallado al inicio de la presente sentencia –y el acta respectiva-, por lo que en honor a la brevedad me remito a ellos, y paso sin más a fundar mi voto.----------

---------- Advierto en primer término que la materialidad del hecho no fue objeto de cuestionamiento. Los Magistrados tuvieron por acreditado que el día 16 de enero de 2017, aproximadamente a las 19 horas, quien en vida fuera P. G. M. murió a raíz de un disparo de arma de fuego, que le ocasionó daño directo en el corazón y taponamiento cardíaco. El autor de esa herida fue una persona de sexo masculino que tocó la puerta de su hogar –sito en la calle L. P., del asentamiento del Barrio Pujol II de ésta ciudad- y que, luego de preguntar si se encontraba P. en ese domicilio a la pareja del ahora occiso, A. G., efectúa un disparó en dos oportunidades con un arma de fuego sobre la víctima, para luego retirarse del lugar, con otro sujeto más, a bordo de un vehículo Fiat Siena gris.----------

---------- La cuestión que los Defensores intentan poner en crisis es la autoría de dicha conducta, la cual fue adjudicada a su defendido, D. M. A..----------

---------- En prieta síntesis los quejosos esgrimen que la prueba de cargo con la que los Magistrados arribaron a la certeza condenatoria estuvo basada principalmente en la sindicación que efectuó la Sra. G. respecto a A. como autor material del hecho, encontrando insuficiente sus manifestaciones ante la inexistencia de otra prueba de cargo que corrobore su afirmación por parte de esa única testigo presencial.------

---------- Asimismo, y haciendo referencia a estudios de la psicología del testimonio, cuestionan la falibilidad del recuerdo de esa testigo. A su vez, advierten la falta de coherencia interna de sus dichos, toda vez que encuentran variaciones en la

descripción que del autor efectuó en los diferentes momentos del proceso –refiriéndose a los dos recorridos fotográficos que efectuó la testigo, el retrato hablado y la rueda de personas efectuada en sede judicial-. ----------

---------- En ese orden de ideas, los Defensores parten del análisis de cada una de las diligencias efectuadas por la testigo en la etapa investigativa, señalando que "*sobre este primer recorrido depusieron en el juicio el policía A., quien refirió que G. señaló en dicha oportunidad una fotografía, pero no estaba convencida de que fuera la persona vista, fijándose una correspondencia del 50%. A lo que también agregó que "señaló a una persona que estaba detenida y que no podía ser por esa razón*". Luego advierten que el Oficial D. B. (quien también participó de esa primer diligencia de recorrido fotográfico), expresó que "*la Sra. G. había indicado una fotografía señalando que dicha persona "era muy muy parecida" a quien había sido autor del hecho, pero habiendo verificado la identidad, comprobaron que la señalada persona se encontraba presa y por lo tanto la descartaron*". ----------

--------- Continúan segmentando las descripciones dadas posteriormente por G., y así, junto al análisis psicológico del recuerdo (y su volatilidad en relación a un hecho traumático), la Defensa intenta sembrar dudas respecto al recuerdo y la sindicación en cabeza de A. de la testigo. ----------

---------- Así las cosas, luego de escuchar los testimonios brindados en el debate y examinar atentamente la sentencia recurrida, juzgo correcta la ponderación efectuada por el Tribunal de la prueba ventilada en Juicio, coincidiendo con la certeza respecto a la autoría del ahora condenado. Doy fundamentos.----------

---------- Surgen de los antecedentes del debate que el Tribunal, entre otros testimonios, escuchó a D. B. y A., quienes expresaron coincidentemente que el primer recorrido fotográfico efectuado por la Sra. G. dio **resultado negativo,** toda vez que no logró reconocer al autor del disparo entre las fotografías que se le mostraron. Así, D. B. testimonió que "*El primer recorrido de fotos con resultado negativo, después se hizo retrato hablado con el dibujante de la policía Chubut y dio, recuerdo que la viuda*

en el primer recorrido que no reconoce a nadie, dijo no es este, pero es muy parecido, y era uno que estaba preso". A preguntas de la Defensa, el oficial respondió, en relación a ese primer recorrido fotográfico: "... ***no fue individualizada ninguna persona****... por ahí cuando se hacen recorrido de fotos, cuando se habla de una persona, te dicen: no es "x" persona, pero es muy parecida. Entonces, descartando que sea esa persona, es una referencia, una orientación. Siempre por ahí le decimos a las personas, yo soy muy parecida a una persona, pero no soy tal… es un grado de convicción, de seriedad, no me acuerdo si en este caso puntual se hizo, pero en definitiva se suele señalar a estas personas, es como para que la policía no busque a un rubio de pelo largo, delgadito, de 1.70, sino que busque a una persona robusta, grandota… alta*". ----------

---------- Por su parte, el Tribunal escuchó decir al testigo A.: "*Recuerdo que hice dos recorridos fotográficos, en el primero tuvimos resultado negativo, (…) la persona que en primera instancia hizo un reconocimiento de un 50%, para nosotros, en nuestro carácter de investigación ya que es una diligencia orientativa por ahí no tiene mucho resultado. Cuando Ud. dice del 50% se refiere a que señaló a alguien claro, reconoce a una persona, pero en un 50 %, no estaba convencida que era esa persona".* Luego refiere que esa diligencia se realizó con un testigo de actuación civil y la presencia de la defensa pública. Continuó explicando "*La testigo manifestó como era la persona… no recuerdo en detalle pero, que era una persona robusta, que tenía barba en el mentón de tez trigueña (…) este primer recorrido se hizo con fotografías de personas de Puerto Madryn, y en la segunda diligencia si tuvimos un resultado positivo, y ahí se dispuso que a las fotografías que teníamos se agreguen de personas aledañas (…) "La pareja de la víctima se largó a llorar en ese momento se sentía mal porque no es una diligencia que lleva quince minutos, el mirar las carpetas de fotos con las que se cuenta en la división de investigaciones lleva una hora, hora y media. Ya habíamos hecho esa diligencia estaba intranquila, y cuando ve la fotografía que ella sindica se larga a llorar y tuvimos que hacer el acta y dejar*

constancia (…) Esta fue la persona que mato a mi marido, dijo, y ahí se largó a llorar, estaba un familiar y pidió que entre el familiar porque se sentía mal. Y uno como tantas veces hace recorrido se da cuenta enseguida, porque sino la persona empieza a dudar, dice que "me parece que el pelo es parecido"… en este caso no, cuando realmente reconocen a la persona sindican a la persona directamente, y la Sra. se largó a llorar y el defensor me pidió que cerremos el acta…----------

---------- Ya habiendo dejado en claro que en la primera recorrida fotográfica la testigo no identificó a nadie -y no como pretende la defensa que a su entender habría reconocido a una persona y que por estar detenida, se descartó dicho reconocimiento- pasaré a considerar el agravio concerniente a cómo valoraron los Magistrados el reconocimiento que hiciera G. cuando –por primera vez- vio la foto de la persona que ultimó a su esposo y el posterior reconocimiento en rueda de personas, una vez que el condenado fue apresado. ----------

---------- La esforzada Defensa, a fin de cuestionar esos actos procesales trae a consideración estudios realizados desde la psicología del testimonio sobre la falibilidad de los reconocimientos más allá de la seguridad que trasmita el sujeto reconociente, haciendo particular hincapié en el fuerte impacto emocional que señaló la testigo haber sufrido. En esa senda, los apelantes, luego de transcribir parte del sufragio del Dr. Pitcovsky explican que: "… *Surge con toda desnudez de este voto que el razonamiento desarrollado por el Magistrado se basa exclusivamente en la seguridad trasmitida por la testigo y en la confianza que según dice, le genera la sinceridad y espontaneidad de sus manifestaciones…*". ----------

Adelanto que este agravio no tendrá acogida favorable. Doy razones.----------

---------- En psicología, se entiende que estamos frente a la llamada memoria emocional cuando se almacena información que estuvo acompañada por factores de alarma o alerta a través de los cuales pudo fijarse con más facilidad. Esta es la clase de memoria que le permitió evocar el recuerdo a la testigo del rostro del agresor de su pareja. Es indudable que las imágenes emocionales – como lo expone la psicología de

la memoria- resisten mejor al paso del tiempo. Sin duda alguna, el estado de gravidez de la testigo aunada al fuerte impacto emocional que sufrió, le permitió fijar con mayor facilidad el rostro de A.. A tal punto fue el impacto emocional, que la llevó a A. G. a afirmar que: "su cara no me la olvido más". Más aún, considero que la "sinceridad y espontaneidad" a las que hiciera referencia la denodada Defensa, son claves para entender la fiabilidad del reconocimiento. Paso explicar.----------

---------- En la memoria emocional ya mencionada, cuando se evoca el recuerdo se revive la emoción que acompaña, como cemento, al mismo. Por ello, cuando vio la foto del atacante, comenzó a llorar – incluso se descompuso y tuvieron que llamar a un familiar que la asistiera- todo lo cual nos demuestra que el reconocimiento que efectuara no fue de algún modo inducido (dado que no podemos concebir en el caso, que la declarante haya simulado la emoción que la atrapó) como tampoco se puede pensar que dicha emoción se despertó fruto de una confusión, puesto que como la emoción no era placentera su mente habría notado cualquier diferencia que la hiciera dudar de la identidad del atacante a fin de evitar evocarla. Más aún, el hecho que haya sido la propia Defensa- que controló en todo momento el recorrido- la que haya entendido innecesario continuar con la diligencia –dada la certeza que manifestara la testigo- nos muestra, a las claras, lo fiable del reconocimiento, dada la "sinceridad y espontaneidad" mostrada por G..----------

---------- Tampoco se puede considerar acertado, en el caso, el agravio en cuanto a que la rueda de reconocimiento habría, de algún modo, perdido fuerza luego que la testigo hubiera participado en el recorrido fotográfico. Lejos de ello, esa diligencia sirvió como una verdadera garantía para el imputado, dado que se confrontó a G. con A. y otras dos personas de similares características al mismo. Por ello, el reconocimiento que hiciera la testigo en dicha rueda, no hizo más que confirmar el descubrimiento del homicida de su pareja, que hiciera en el recorrido fotográfico.

---------- De lo expuesto, surge prístinamente que la interpretación efectuada por los quejosos, y desde la que parten para arrimar su tesis defensista, no es fiel a los

términos brindados por los testigos señalados, siendo desajustada la reseña que efectuaran los recurrentes de esos testimonios. ----------

---------- En ese sentido, encontramos que el día 18 de Enero de 2017 la Sra. G. colaboró con la realización de un retrato hablado, describiendo al autor de la siguiente manera*: "La persona que ingresó al interior de mi morada y le disparó a G. M. es un hombre que tenía el rostro descubierto, de entre 30 y 31 años de edad, el color de piel no es blanca ni morocha es tirando a trigueña, tenía barba crecida en forma redonda aunque parecía que estaba cuidada no muy crecida a los costados, desde las patillas hasta la pera, su rostro es fornido, pelo corto, color negro en forma de mota y ondulado, ojos caídos color oscuros. Al momento que ingresó a la vivienda su rostro expresaba la sensación de miedo, aunque se lo notaba decidido, la voz era particular como aguda, no le presté atención a las cejas, la parte de la frente es normal, nariz normal no tenía ninguna particularidad, orejas chicas".* Del resultado de ese retrato hablado, la testigo encontró una coincidencia con el autor del setenta por ciento.----------

---------- Por otra parte, del acta del recorrido fotográfico efectuado el día 19 de Enero de 2017, surge que la Sra. G. manifestó *"Que la persona que ingreso a mi casa tenía el rostro descubierto, era robusto, de 1.70 de altura aproximada, tez trigueña, tenía el pelo corto con ondas color negro oscuro, utilizaba barba del todo el mentó y los cachetes, ojos de color oscuro medianos, de unos 30 años de edad aproximadamente, vestido de camisa color azul a cuadritos con blanco, y los bordes azules, de bermuda oscura no recuerdo el color (...) Que de todas las fotografías visualizadas la enumerada como 9603 es la persona que mató a mi marido"* (siendo, la imagen correspondiente al ahora condenado). En relación a esa diligencia, los testigos que la presenciaron (empleados policiales A. y D. B.; y M. como testigo de actuación) fueron contestes al expresar que la Sra. G., al ver la fotografía de A. rompió en llanto y sindicó sin dudar que esa era la persona que ultimó a su marido. ---------

---------- Ahora bien, en la diligencia de reconocimiento de personas, efectuada

el día 21/07/2017 la testigo describió al autor como *de "estatura media, ni alto ni baja, morrudo, en ese momento tenía barba, pelo negro ,corto, ojos medios chicos, no tan grandes en el momento fue lo que recuerdo, parque fue rapidísimo pero sí bastante morrudo, la piel ni blanca ni tampoco tan morocho, trigueño (…) La forma de la cara bien redonda, con muy mucha carretilla".* Expresó en esa oportunidad que reconocería al autor si lo volviera a ver, evocando que tendría 29 o 30 años (no más), que su pelo era medio rizado, no era mucho rulo, como lo tenía corto no se lo podía notar. Preguntada si había visto a la persona después del hecho, expresó que "*No. Lo vi en el recorrida, en el primero no, en el segundo…",* quedando despejado nuevamente cualquier duda sobre una posible sindicación en el primer recorrido fotográfico.

---------- Finalmente, en el debate la testigo expresó al Tribunal: "*… como era verano y hacía calor yo tenía la puerta entreabierta. En ese entonces se asoma un hombre de 1.60 cm., más o menos, pelo corto, rulos, barba, se asoma como de costado…".* Así, *lo* reseño la Magistrada Reyes, al momento de efectuar el análisis de los dichos de la deponente. ----------

---------- Se desprende de esta síntesis que la testigo, en las diferentes etapas investigativas y del proceso, claramente brindó las mismas características del autor y no sindicó a otra persona que no fuera A.. Así fue ponderado, de manera correcta, por los Magistrados quienes coincidieron en sus votos respecto a la seguridad que demostró la testigo en relación a quien había apretado el gatillo y causado la muerte de su pareja. No surge de todo este derrotero la mentada duda que pretende ingresar en esta etapa en relación al reconocimiento del autor por parte de Sra. G..---------

--------- Resulta elocuente, en tal sentido, los expresado por el Juez Pitcovsky en su voto, cuando expresó: "*Entiendo, previo a finalizar el análisis sobre este asunto, que a partir de las distintas participaciones que tuvo la testigo G. en el proceso desde el ya referido retrato hablado, desde el reconocimiento de la foto en el álbum fotográfico – recorrido previo mediante- y a partir del reconocimiento en rueda de personas hasta su declaración en juicio, se la observó con una firme actitud como cualidad y una*

sinceridad plena, que veda cualquier duda sobre la veracidad y consecuente fiabilidad de sus relatos. (...) Ha evocado la testigo siempre con suficiencia lo ocurrido, aun previo a cada uno de los actos procesales sobre a quién iba a describir y luego a reconocer, y no existió en ningúno de dichos actos contradicciones que hicieran dudar de su relato respecto al rostro de la persona que vio con el arma disparar contra su pareja P. M.".----------

---------- Ahora bien, los Magistrados no sólo dieron razones sobre la credibilidad de la testigo G., sino que también, en base al principio de razón suficiente, explicaron los motivos por los que la testigo describió al autor considerablemente más bajo que la altura del condenado, circunstancia que fuera cuestionada por los Defensores. ----------

---------- Como tengo expresado en otros antecedentes, sabido es que la sana crítica racional es el único método admitido para valorar la prueba, y está compuesto por las leyes de la lógica, la psicología y los postulados de la experiencia. Tal método fue el utilizado por los Magistrados para explicar que la testigo, quien refirió medir 1.70 y que el autor era de su altura, observó al mismo desde una perspectiva considerablemente más alta puesto que existe un desnivel que posiciona a quien se encuentra dentro de la casa por sobre quien está fuera, fundándose los sentenciantes en el informe técnico fotográfico realizado por criminalística en lugar del hecho, así como de la planimetría efectuada por esa Unidad, que dan cuenta de esa diferencia.

---------- Aduna a ello el testimonio de M. F. C., quien refirió ser vecino del occiso y que luego de escuchar los estruendos, se asomó y vio a dos sujetos que *"(...) Iban a paso apresurado se dirigían hacia un auto que estaba a media cuadra del lugar un Fiat Siena gris, los vi de espalda, un muchacho era delgado de 1.70 aproximadamente y otro robusto de 1.80 más o menos, porte grande. Caminaban rápido, no aprecié si llevaban algo en sus manos, uno iba con camisa a cuadros, la persona robusta*…" (del voto de la Jueza Reyes). Así, se despeja toda duda – si

existiera- respecto a que quien disparó, era la persona robusta que vestía una camisa a cuadros y que era de porte grande, tenía una altura que se asemeja a A..----------

---------- Con ello, juzgo que los Magistrados no se extralimitaron en sus funciones al ponderar la prueba. El principio de razón suficiente – al que el filósofo Leibniz calificó como el gran principio de la lógica- exige que develemos por qué las cosas son como son. En este caso, encontrar una explicación racional al hecho que la testigo G. expresó, de manera fiable y contunde, que A. era el Homicida a pesar de la discordancia entre la altura que el nombrado tiene y la que percibió la testigo. Pero los jueces, no sólo se encontraron con el reconocimiento de G., sino con el aporte que hiciera C., que pudo establecer que la persona que vestía la camisa a cuadros tenía una altura compatible con la que tenía el Homicida. En suma, la camisa que portaba el atacante –hecho no controvertido- es lo que en definitiva lo individualiza, más allá de toda duda. En ese sentido la Jurisprudencia ha dicho: "*Las cosas son lo que son. Si al observador lego se le presenta el cuadro que dan cuenta las imágenes fotográficas arrimadas a la carpeta de prueba incorporada al debate, la conclusión es una sola (…) Esa noción de sentido común en la decodificación de una evidencia palmaria es la única que puede reivindicarse. Los jueces no poseen una percepción diferente que los distinga. En todo caso, quizás, pueden resultar agudos a la hora de captar sutilezas con algún significado para la reconstrucción histórica. La técnica, los métodos, sólo son instrumentos o guías para conocer pero nada más que eso*." (STJCh, sentencia del 29/10/2009, voto del Dr. Plfeger, en autos **"J.M.I. s/ Homicidio r/ Víctima – Gaiman" – Expediente n° 21.454-2008**).----------

---------- También desecho el postulado defensista que da cuenta de una certeza negativa respecto a su defendido toda vez que del auto secuestrado no se hallaron muestras que puedan relacionarlo con el hecho. Los Magistrados de manera acertada lo descartaron puesto que no se pudo acreditar, con el grado de certeza necesario, que ese automotor identificado haya sido el que los autores utilizaron al momento de ultimar a M..----------

---------- Por todo lo expuesto, juzgo que debe descartarse esta queja, confirmándose en lo que respecta a la autoría la sentencia cuestionada. Así lo voto.-

---------- De manera subsidiaria se agraviaron de la calificación jurídica escogida por el Tribunal, cuestionando la constitucionalidad del agravante del art. 41 bis del CP, es decir, la perpetración del hecho con la utilización de un arma de fuego, postulado que tampoco tendrá acogida favorable. ----------

---------- Los Magistrados para aplicar la agravante han recurrido a la doctrina judicial sentada por la Corte Suprema de Justicia, así como por nuestro más Alto Tribunal Provincial (a la que en honor a la brevedad me remito), en los que se postula favorablemente la aplicación del artículo en cuestión, cuando el autor comete el delito con un arma de fuego aumentando el poder vulnerante del medio empleado para ejercer violencia o intimidación contra las personas.----------

---------- En tal sentido se ha dicho *"El delito de homicidio ha sido particularmente uno de los tenidos en mira por el legislador al dar fundamento a la incorporación de la circunstancia agravante reglada en el artículo 41 bis en la Parte General del Código Penal. Así, al defenderse en el Senado la sanción de dicha norma el miembro informante dijo, invocando como fuente ciertas estadísticas que daban cuenta del aumento de la utilización de armas de fuego en la comisión de delitos con violencia o intimidación, que uno de tales ilícitos era el homicidio, pues el 95 % de ellos se comete con armas de fuego, justificando el fundamento de la agravante en la "mayor contundencia" de las de ese tipo y el mayor poder de vulnerabilidad sobre las víctimas (conf. Versión taquigráfica de la 42ª Reunión, 15ª Sesión ordinaria, de 9-8-2000, Orden del día Nº 742)* (del voto del Juez Soria, sin disidencias). *El reclamo por el que se denuncia la errónea aplicación del artículo 41 bis en función del artículo 79 del CP resulta improcedente pues al comparar los elementos que integran la figura prevista en el artículo 79 desde la óptica del sistema de regla general y excepción propio del artículo 41 bis, la cláusula de exclusión no rige en este caso, en tanto el ilícito contra la vida en su figura básica no contempla ningún modo comisivo*

específico (del voto del juez De Lázzari) SCJBA, 10-3-2011, "L., C s/ Recurso de Casación" P. 109805, Soria, Genoud, Hitters, De Lázzari (www.scba.gov.ar). Citado en Donna. El Código Penal y su Interpretación en la Jurisprudencia. 2ª ed. ampliada y actualizada. Tomo I. Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2012, pág. 387. --------

---------- Así las cosas, entiendo que los postulados impetrados por los Defensores no conmueven el criterio asentado por los Máximos Tribunales, resultando aplicable al caso la agravante genérica del artículo 41 bis del Código Penal. Así lo voto. ----------

---------- Finalmente, en relación al esforzado planteo por parte de la Defensa de A., al denunciar que los Magistrados incurrieron en doble valoración al momento de sopesar los agravantes fundantes del monto punitivo impuesto, juzgo ajustado el análisis efectuado por el Tribunal al respecto. Explico. ----------

---------- Los Magistrados, al dar razones de la pena que le impusieran a quien fuera condenado, y luego de descartar los demás postulados llevados por el Acusador, ponderaron como agravante la sorpresa con la que actuó el autor a fin de asegurarse el resultado. ----------

---------- Ahora bien, ese ataque sorpresivo en nada se asimila al agravante del arma de fuego, la que fuera descartada como pauta mensurativa por encontrarse incluida en la tipificación legal. La sorpresa del ataque que tuvieron en cuenta los sentenciantes surge como circunstancia del hecho, es decir, como la dinámica en la que el autor decidió actuar y sorprender a su víctima, eclipsando de esa manera una posible defensa por su parte, colocando a M. en un estado de aún más indefensión que le impidió reaccionar a la agresión. Ello, resulta ser un plus que se suma al ataque perpetuado con el arma de fuego, y es en este sentido que los Magistrados volcaron la valoración de tal circunstancia. Asimismo, la falta de doble valoración también se refleja en la cercanía del monto impuesto al mínimo de la escala que la figura legal estipula.----------

---------- Finalmente, y conforme las pautas determinadas en los Arts. 40 y 41

del CP, esta circunstancia agravante, merituada en conjunto con la atenuante –falta de antecedentes – hacen que la imposición de once años de pena sea con justeza. Así lo voto. ----------

---------- Por todo ello se deberá confirmar la sentencia recurrida en todas sus partes. Así lo voto. ----------

---------- En cuanto a la regulación de honorarios profesionales de la Defensa Pública juzgo acertado fijarlos en Cuarenta (40) JUS entre ambos y con cargo a su defendido (Arts. 7, 9, 14 y ccdtes de la Ley XIII N° 4, antes N° 2200, y art. 59 de la Ley VN° 90, antes N° 4920, arts. 239, 240, 241 y ccdtes. del CPP.)----------

---------- El Juez Daniel Luis María PINTOS dijo:----------

---------- I.- A fin de no incurrir en reiteraciones, he de remitirme a la reseña efectuada al comienzo del decisorio.----------

---------- II.- 1) Cabe destacar, primeramente, que el recurso ordinario no cuestiona la validez de los elementos de cargo, sino solamente su valor probatorio. En particular, se advierte que se efectuaron algunas observaciones en orden a cuestiones menores, como ser qué criterio se utilizó para, o de qué manera se practicó, la exhibición de las fotografías en el recorrido; a partir del testimonio del Oficial Subinspector M. A. A., en el sentido que había sido su “Jefe” (entiéndase el Comisario C. F. V.), quien lo dispuso, por lo cual no estaba en condiciones de brindar mayores precisiones sobre este particular –y V. no fue interrogado al respecto-. Pero no se introduce sospecha seria acerca de cualquier posible manipulación de la medida investigativa, ni tampoco que la testigo reconociente haya sido inducida a inculpar al acusado A., ni víctima de coacción, etc. ----------

-------- 2) La testigo-víctima: entrevista, confección de un retrato hablado, reconocimientos (muestreo o recorrido, y rueda), y deposición en la audiencia de debate. No está en tela de juicio que ha mantenido su versión a lo largo del tiempo, menos aún que el relato sea verosímil, y no existe sospecha de animosidad, etc.; por ende, le son aplicables los parámetros usuales de apreciación de la declaración del

testigo único -“tres criterios de apreciación” de su credibilidad, a saber: “la ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones procesado/víctima”, la “verosimilitud”, y “la persistencia en la incriminación”, todas ellas pautas idóneas para evaluar el grado de sinceridad del testigo, y su fiabilidad como tal-.---

---------- La doctrina española enseña que: “En el sistema actual de libre valoración, apoyado en… el art. … de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a diferencia del sistema anterior, el juez es libre para obtener su convencimiento, porque **no** está vinculado a reglas legales sobre la prueba; **puede convencerse por lo que le diga un único testigo**… El **principio de libre valoración** de la prueba significa que el juez debe apreciar las percepciones durante el juicio ‘según las reglas del criterio racional' … que, según el Tribunal Supremo, tienen que referirse ‘a las reglas de la lógica y, dentro de ellas, especialmente al principio de no contradicción, así como a los principios generales de la experiencia', y, por consiguiente, añade el Tribunal Supremo, su observancia es controlable en casación …” (cfr. Manuel Jaén Vallejo, *La prueba en el proceso penal*, edit. Ad-hoc, Bs. As., año 2000, ps. 26 y ss.).

---------- También tenemos en cuenta la dogmática procesal nacional que nos enseña, respecto a la merituación de los dichos de un testigo, y en el mismo entendimiento de todo cuanto se viene exponiendo hasta aquí, que: “… es siempre **imprescindible** realizar un examen a fin de **verificar** si su relato que afirma la existencia de un hecho determinado **no cabe** ser atribuido a causas diferentes a la existencia misma del hecho, si se explica mediante otra hipótesis, a la parcialidad del mismo, o a una ilusión. Para ello **es preciso cotejar el resto del material probatorio obtenido** y mediante **un análisis comparativo lógico** examinar si no existen esas posibilidades señaladas, las que le restarán valor al testimonio. Para apreciar debidamente esta prueba, el juez deberá colocarse mentalmente en la situación en que se encontraba el testigo al momento de percibir los hechos, imaginándose **las condiciones en que se encontraba el mismo**, remontándose y recreando el momento, tiempo, lugar y demás circunstancias que se desprendan tanto del relato del testigo

como de las demás pruebas. Este permitirá **una valiosa ponderación**…" (cfr. Eduardo Jáuchen, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. II, edit. Rubinzal Culzoni, año 2012, ps. 819/820, el destacado ha sido agregado al original; también en su obra posterior *Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial*, año 2017, ps. 363/4).

---------- Por su parte, ha sostenido la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia que: "En la determinación de la sentencia será la **sana crítica** del Juez la que pondrá en valor la evidencia que justificará la conclusión. Así,…**poco** interesa la presencia de un solo testigo … Sólo debe el Juez inquirir, a través de la inmediación, acerca de su **fiabilidad**. En otras palabras, someter al testigo a **un test de confianza** y confrontarlo con otras evidencias que abonen sus expresiones **si las hubiera**…" (cfr. voto del Ministro Pfleger, entre otras, en las sentencias n° 75/06, 55/10; el destacado me pertenece).----------

---------- Puntualmente, en nuestro caso: las declaraciones testimoniales del vecino M. F. C., del Oficial Ayudante H. D. F., del testigo de actuación civil del recorrido fotográfico L. M. M., R. H. C. (confeccionó retrato hablado), y el Lic. en Criminalística J. A. C., entre otros -como los ya mencionados A. y V.-. ----------

---------- 3) En particular, acerca de la conducta exhibida por la testigo en el momento de la medida de recorrido fotográfico, la prueba es concordante en orden a la reacción de G.; así, el testigo de actuación L. M. M. indicó que la señora "quebró en llanto" al reconocer a A. en las fotografías y que manifestó que "estaba segura" de que esa era la persona. También el Oficial Ayudante A., quien ofició de Secretario en la diligencia, indicó que "la señora se largó a llorar en ese momento … cuando ve la fotografía llora", y que expresó "esta persona fue la que mató a mi marido" y, agregó, que "se largó a llorar". Asimismo, el Comisario C. F. V. señaló que G. "recordaba la imagen de la persona y hacía alusión que la voz era muy fina", que "tenía conocimiento cabal de la persona que abatió a su pareja", y que "en el reconocimiento de fotografías se larga a llorar". Ello se complementa con lo aludido por el ya nombrado Oficial

Ayudante H. D. F., en tanto indicó que la señora G. “reconoció en un 100%” a la persona de A. en la fotografía.----------

---------- De la misma forma, surge de la audiencia de reconocimiento en rueda de personas, de fecha 21 de junio de 2017, que la testigo G. reconoció positivamente al imputado, aludiendo que “se afeitó y está un poco más flaco”, y aseveró que “estaba segura”-.----------

---------- 4) Particularmente, en orden a la naturaleza del acto de reconocimiento, me inclino por la posición que entiendo es dominante, en el sentido que forma parte del testimonio y debe valorarse en conjunto –sin desconocer que alguna opinión prefiere verlo, por su naturaleza de acto definitivo e irreproductible, más como una diligencia próxima a una pericia-.----------

---------- En consecuencia, debe tenerse en cuenta que hay que integrar los datos que surgen del mismo, con todo el conjunto de aportes que brinda el testigo reconociente, en las diferentes instancias en que comparece ante los tribunales (v.g. entrevistas con investigadores y/o funcionarios judiciales; interrogatorio formal previo a la rueda en la etapa de investigación; declaración testimonial en la audiencia de debate; etc.) –cfr. Jáuchen: *La prueba en materia penal*, p. 269: “La meritación del resultado de esta prueba debe ser practicada necesariamente en conjunto con la del interrogatorio previo y de la... declaración en la que el reconociente aludió a la persona a reconocer. Pues son de fundamental importancia las condiciones en que el reconociente percibió originariamente la imagen de la persona, datos que se obtendrán de aquellas declaraciones. Así, se deberán ponderar las condiciones témporo-espaciales en que se obtuvo la primera percepción: distancia, luz, atención, perturbación emotiva, ubicación del reconociente y de la persona observada, y demás circunstancias”- (también en la obra ya citada, *Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio*…, p. 466). ----------

---------- Asimismo, cabe mencionar la jurisprudencia del T.C.P.B.A., Sala I, sentencia del 18/10/00, en la causa n° 8014, el cual se ha pronunciado resaltando que:

"... la esencia del procedimiento de individualización en rueda de personas,… consiste en la imputación de una persona a otra cuando la primera desconoce la identidad de la segunda y sólo puede identificarla por su fisonomía. La imputación corporizada en un reconocimiento no es, entonces, sino **una parte de las afirmaciones que ese testigo arrima al proceso y, en rigor, integra su declaración**…" (el destacado me pertenece). En esta misma línea, la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia local, en el expediente nº 22857, sentencia nº 26/13, voto del Ministro Pfleger sostuvo: "…El reconocimiento en rueda es, para mí, la continuidad de un testimonio, que debe ser apreciado en un contexto…". ----------

---------- En la obra dirigida por M. Angel Almeyra, *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho Procesal Penal*, tomo I, edit. L.L., Bs. As. se cita abundante jurisprudencia que sigue esa misma línea de interpretación : "La prueba testimonial se complementa cuando median reconocimientos en rueda de personas donde se sindica de modo indudable al acusado" (cfr. CNCrim y Correc., Sala V; 12/11/1985; "De Godoy, Carlos A"; La Ley 1986-D, 143, La Ley Online); y en otros fallos en la misma obra, se lee: "…El reconocimiento en rueda de personas al ser parte del testimonio que integra con el relato de los hechos, debe ser valorado según las reglas propias de dicha especie de prueba… En cualquier caso, dicha diligencia, con el resto del testimonio será valorada en función de las normas sobre mérito de la prueba de testigos." (SC Buenos Aires; 16/06/1998, "Franco, Néstor F."; "Melgarejo, R. A."; "Carballo, Guillermo J."; "Torres, Víctor M.", La Ley Online, ps. 442 y ss., y otros).----------

---------- 5) Talla o estatura del autor del hecho: en dicho contexto, manifestaciones del reconociente, tales como que su estatura sería 1,70 ms., que luego no se ve corroborada por las medidas reales del sujeto acusado, no tiene por qué desmerecer, el valor probatorio de la identificación positiva.----------

---------- En el recurso ordinario de la Defensa pública, se ha citado la doctrina que sostiene que: "…desde la psicología del testimonio,… a través de sus experiencias científicas, (se) ha demostrado que la atención de testigos y, en especial, la de las

víctimas de hechos con armas, se centra en el arma que sostiene el autor del delito, quedándose fuera del foco atencional el resto de detalles, entre ellos los rasgos faciales y apariencia del autor. En múltiples estudios se ha encontrado que cuando hay un arma en la escena se produce una reducción en la exactitud de la identificación" (cfr. *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, dirección L. G. Pitlevnik, tomo 17, edit. hammurabi, Bs. As., Análisis de fallos por Ma. Florencia Hegglin y Nuria Saba Sardañons, año 2014, ps. 208 y ss.).----------

---------- Este parámetro de evaluación de los reconocimientos, que la impugnante cita en apoyo de su tesitura sobre la poca fiabilidad de la prueba de cargo, entiendo que en el presente caso bien puede utilizarse también para sostener la tesis contraria; es decir, como producto del impacto y conmoción que generan los hechos cometidos a mano armada, bien es posible que la testigo presencial cometa errores de percepción, como ser en la apreciación de la estatura del autor. Asimismo, ello alcanza al posterior segmento fáctico –destacado por el recurrente-, cuando la testigo víctima sale en persecución del homicida: si partimos de la base de aquel particular estado anímico, es altamente probable que en esa breve "corrida", persista la errónea estimación de la talla. ----------

---------- Jordi Nieva Fenoll, en su obra *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, edit. B de f, p. 243, enseña que: "…Los relatos de las víctimas, evidentemente, puedes ser coherentes y contextualizados, pero no suelen serlo, precisamente debido a la situación de estrés, que han padecido …". ----------

---------- La Sala Penal del STJ, por su parte, y específicamente sobre la prueba de reconocimientos, ha sostenido: "Aún tomando nota de las diferencias de altura destacadas por la defensa, debo decir que … resultaron contestes en la identificación que fue sin titubeos; por ende, **no resulta aceptable descalificarlas** sobre la base de una mera discordancia entre el cálculo de altura y la realidad, **tanto y mas** cuando **no** se percibe que hayan tenido una percepción distorsionada, disociada, o aún inficionada por los prejuicios o las influencias exógenas. Si la certeza se construye sobre la base

de un juego de hipótesis que son puestas en confronte para verificar cual de ellas prevalece, la hipótesis que relaciona al condenado con el hecho comprobado es la más potente…", sentencia n° 68, año 2008, voto del Ministro Pfleger, el destacado me pertenece). ----------

---------- 6) Violación del principio acusatorio, quiebre de la imparcialidad, afectación de la congruencia: la Defensa critica la mayoría integrada por el segundo y tercer votos, en la medida en que para superar el "obstáculo" que supone la mentada diferencia de talla entre el acusado y la descripción de la reconociente, ensaya una hipótesis plausible en torno a la percepción de la testigo en el momento del hecho –vinculada con su posición, características de la vivienda, posible existencia de un desnivel, etc.-. Fundadamente, los Jueces Eizmendi y Pitcovsky concluyen que entonces, ello pudo haber incidido en el error de apreciación en torno a la estatura de A., extremo (o argumento) que no había sido tenido en cuenta por la acusación fiscal.

---------- Tal como hemos sostenido ya, en plurales precedentes de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el núcleo básico en materia de congruencia fáctica está constituido por el derecho del imputado a ser informado debidamente de la acusación -pública y, eventualmente, privada-, para permitir así la defensa en juicio; pesando la "carga informativa" sobre "los hombros de los órganos de persecución penal", que deben poner en conocimiento "completo y oportuno" de aquella, para que su destinatario tenga la oportunidad de exculparse y "ejercer su derecho a la defensa" (cfr. la opinión de Julián H. Langevin, en su comentario a fallo publicado en LL, 2007-D, 633; y también, en su obra: *Nuevas formulaciones del principio de congruencia: correlación entre acusación, defensa y sentencia*, edit. Fabián Di Plácido, Bs. As., año 2007). Todo ello se ha respetado en el presente caso.----------

---------- Desde otro ángulo de interpretación, también debe tenerse presente aquí que se recomienda siempre como necesario, en materia de motivación de las sentencias

penales, "…partir de un criterio de valoración de prueba abierto a una perspectiva cognoscitivista ajustada a la teoría de **la verdad como correspondencia**, sin que esto signifique rechazo absoluto de la coherencia narrativa, entendida también como criterio de valoración judicial… En suma, el recurso a la apreciación o valoración en conjunto del material probatorio no puede servir de excusa a los tribunales para construir narrativas judiciales sobre los hechos que estimen probados perfectamente coherentes y, sin embargo, cerradas a **un control efectivo sobre la veracidad** de los enunciados lingüísticos fácticos que integran el relato judicial, los cuales, insistimos, **deben guardar siempre una estrecha relación de correspondencia con la realidad fáctica histórica**" (cfr. Tomás Javier Aliste-Santos: *La motivación de las resoluciones judiciales*, colección "Proceso y Derecho", dirigida por Jordi Nieva Fenoll y Michele Taruffo, edit. Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Bs. As., año 2011, p. 374, el destacado me pertenece).----------

---------- La doctrina nacional sostiene incluso que se justificaría, en casos-límite, que pueden poner en crisis el modelo teórico de la imparcialidad, que "… el juez motivara una condena sobre la base de indicios que, considerados por el como graves, precisos y concordantes (aunque escasos), hubieren generado su **convencimiento libre** y necesario para la aplicación de la sanción", aún con discrepancia respecto al criterio de la acusación (cfr. Nicolás Guzmán, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Editores del Puerto, Bs. As., año 2006).

---------- 7) Concluyo: en el presente caso, el tribunal en modo alguno exorbitó la teoría del caso de la acusación, en tanto y en cuanto el Ministerio Fiscal simplemente omitió considerar aspectos vinculados con la planimetría, del sitio teatro de los hechos, que a su turno el órgano jurisdiccional sí tuvo en cuenta en la motivación; pero no se trata de cuestiones que hubieran sido explícitamente excluidas por el acusador público, en su argumentación, ni menos aún desestimadas, y luego retomadas -o reintroducidas- de oficio, de modo sorpresivo por el colegiado de juicio. De manera entonces, que nos hallamos frente a un supuesto válido de razonamiento, y conforme a la realidad del

fáctum del caso - cuyo núcleo básico en nada difiere de la acusación pública-, por lo que no merece ser materia de invalidación, en la presente instancia –v.g. por violación de la prohibición de la *reformatio in pejus*.----------

---------- A mayor abundamiento, surge de los audios de la audiencia de debate, que el Ministerio Público Fiscal incorporó por lectura el Informe técnico fotográfico n° 454/17, y también que, en ocasión de brindar su testimonio el ya mencionado Comisario J. A. C. reconoció su firma en la nota de elevación del referido informe, todo lo cual no fue objeto de controversia alguna en dicha oportunidad procesal.

---------- III.- Pena: 1) sobre el particular de la aplicación del art. 41 bis CP, he de reiterar una vez más mi posición contraria al planteo, en casos de Homicidio (simple) doloso y su tentativa -tal como nos hemos pronunciado ya en plurales precedentes; por caso, en la sentencia registrada bajo el n° 21 -año 2010- folio 437, que fuera confirmada por la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, mediante sentencia nº 65/11, de fecha 1 de noviembre del año 2011, y también en las n° 27/11, 06/12, 22/13, 16, 22, 24/14, 22, 34/15, 16/16, y 18/17, todas de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, entre otras-. ----------

---------- En estos precedentes se tuvo presente, previo a toda otra consideración, que a diferencia de la técnica legislativa que el CP utiliza en los arts. 40 y 41, donde no se fija el carácter agravante o atenuante de los elementos a los que alude (v.g. el medio empleado para cometer el delito); en los noveles apartados *bis*, *ter* y *quáter* del citado art. 41, en cambio, es la propia ley la que define la calidad agravante de los supuestos como un factor general -y no dependiendo de la regulación de cada delito, en la parte especial del Código-, para luego modificar las escalas penales de dichas figuras especiales, mediante la variación de mínimos y máximos -es decir que, además, no se trata ya de pautas destinadas a la individualización judicial de la pena-. ------

---------- En el voto de la citada sentencia n° 21/10 recordé -entre otros fundamentos- que, según la jurisprudencia de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, la agravante debe aplicarse específicamente en el

caso del delito de homicidio simple, pues "se trata de un delito **doloso** que exige violencia contra la víctima y **no** contiene en forma expresa dentro de su estructura la circunstancia agravante del empleo de un arma de fuego" (TS Córdoba, Sala Penal, agosto 27 de 2003, en *Suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal de La Ley*, octubre de 2003, p.73, el destacado ha sido agregado al original).----------

---------- Más ampliamente, también dicho Tribunal Superior ha sostenido que el art. 41 *bis* contiene una figura calificante, que actúa sobre todos los tipos que conforman la parte especial del Código Penal y leyes federales cuando esta circunstancia no se encuentre ya incluida como circunstancia típica, y no constituye una mera agravante general, sino una norma que repercute sobre la magnitud de los marcos punitivos establecidos en la parte especial y las leyes complementarias, por la incorporación de una modalidad típica de ejecución de un delito violento (uso de arma de fuego) no contemplada por aquellos -causas: "Lezcano, José L." y "Márquez, C. A.", del 17/10/2003 y 7/7/2004, y sentencia 4/17, "D.", respectivamente, publicados en *Summa Penal. Doctrina - Legislación - Jurisprudencia*, Tomo IV, Patricia Ziffer, (Directora), H. J. Romero Villanueva, (Jurisprudencia), p. 3820, edit. Abeledo Perrot, Bs. As., año 2013-.----------

---------- En otros casos, también citados en la publicación referida, se advierte que el TSJ cordobés entendió respecto a la aplicabilidad de esta agravante, en el supuesto del delito de Homicidio, que es procedente dado que como medio violento el arma de fuego brinda más seguridad, al mismo tiempo que anula las posibilidades defensivas de su víctima, todo lo cual revela una superior magnitud de injusto (v. causas: "Nieto, Víctor H." del 27/8/2003, y "Márquez" ya citada *ut supra*).--------

---------- En cuanto a la argumentación que ha pretendido que el art. 41 *bis* CP violenta el principio de legalidad, y sobre todo en su variante de *lex certa*, comparto el criterio de la SCBA, en cuanto que: "la sola circunstancia de que la regla incorporada agregue una disposición genérica en la Parte General del Código Penal, destinada a jugar en relación a los tipos pertinentes de la parte especial,… no

constituye una afectación del principio de legalidad" -del voto del Dr. Hitters- (cfr. SCBA 6/2/2008, "S.S. y O.S. s/ Recurso de casación", P. 93.717; y también 25/4/2012, "P., J. E.", voto del Dr. De Lázzari, publicada en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, edit. AbeledoPerrot, noviembre 2012, ps. 1975 y ss.). ----------

---------- En tanto, el TCPBA ha sostenido que: "…El artículo 41 bis del Código Penal -conforme ley 25.297- introdujo una agravante genérica, ante la imposibilidad de modificar delito por delito, como se hiciera a través de la ley 25.087 que llevó a los denominados abusos sexuales agravados a una escala más severa, en el caso del empleo de armas. La norma se aplica a los delitos que se cometen con violencia física contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego, cuando es factible llevarlos a cabo con otro tipo de armas o sin ellas -del voto del Dr. Borinsky -SD- -" (cfr. Trib. Cas. Pen de Buenos Aires, sala III, 2-102008, "S.C. A. s/ Recurso de casación", c. 5705); "… La agravante del artículo 41 bis del Código Penal ha sido **correctamente aplicada** en lo que respecta a los **delitos de homicidio y lesiones graves** pues, a diferencia, por ejemplo, del tipo penal de robo calificado, que alude al empleo de 'armas', vocablo que ineludiblemente comprende a las armas de fuego, los **tipos penales de los artículos 79 y 90 del Código Penal** no aluden específicamente a ningún medio comisivo en particular … las muertes o las lesiones cometidas dolosamente y 'sin armas' no impedirán la subsunción típica, lo que denota que el empleo de armas no forma necesaria y excluyentemente parte del tipo penal…" (cfr. Trib. Cas. Pen. Buenos Aires, sala III, 27-9-2007, "C.R. s/ Recurso de casación", RSD-642-7 S. En el mismo sentido Trib. Cas. Pen. de Buenos Aires, sala III, 15-4-2008, "B. V. s/ Recurso de casación", RSD-560-8 S.) -cfr. Edgardo A. Donna en su obra: *El código penal y su interpretación en la jurisprudencia*, Actualización al 31 de diciembre de 2009, tomo I, arts. 1° al 161, editorial Rubinzal - Culzoni, p. 151 y 152-, el destacado me pertenece. ----------

---------- Más recientemente, aquel Tribunal en pleno hubo de ratificar que "es aplicable la agravante genérica consagrada en el art. 41 bis. CPen., a la figura tipificada

en el art. 79 del mismo cuerpo legal" (causa 36328, caratulada "R., F.A. s/ recurso de casación" rta. el 19/4/2013, publicado en *Jurisprudencia Argentina*, 3, Bs. As. 17/7/2013, y también en la sección Jurisprudencia, de la *Revista de Derecho Penal*, tomo 2013-1, edit. Rubinzal-Culzoni, "Culpabilidad: nuevas tendencias-II", director Edgardo A. Donna, agosto de 2013, ps. 305 y ss.). ----------

---------- El voto de la mayoría sostuvo que: "… En el delito se considera tanto el desvalor de la acción como el del resultado y, en el primer caso, **la utilización de determinados medios puede significar un incremento del contenido de injusto de la conducta que se traduzca en un agravamiento de la sanción**, ya sea por la vía genérica del art. 41 del Código Penal, por la previsión de una agravante específica que califique la figura básica como en los supuestos de los incisos 2°, 5° y 6° del artículo 80 respecto del homicidio con veneno, por medio idóneo para crear un peligro común y con el concurso premeditado de dos o más personas; o mediante una agravante que si bien enunciada en forma genérica en la parte general del código, se trata de un tipo penal calificante con proyección sobre las diversas figuras de la parte especial perpetradas con violencia o intimidación mediante el uso de armas de fuego" (el destacado me pertenece).----------

---------- Para concluir que: "…Un homicidio puede ser cometido de una infinidad de formas y a través de una innumerable cantidad de instrumentos. Entre todos ellos, **la ley puede distinguir lícitamente cuáles resultaron más violentos o eficaces y, por ende, más riesgosos** para los titulares de los bienes jurídicos. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con el homicidio que se comete con alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso. Cuando se han empleado armas de fuego, habiendo **desempeñado estas un papel fundamental en el atentado contra la vida de la víctima**, es posible advertir **un mayor contenido injusto en términos comparativos** y, con ello, una **razón legítima** para agravar el homicidio" (el destacado no pertenece al original). ----------

---------- 2) El monto de la pena ha sido correctamente fijado, en función de las

circunstancias agravantes que concurren en el caso, particularmente la naturaleza de la acción, sorpresiva y artera. No existe doble valoración, ya que lo que predomina en el juicio de cesura, a mi entender correctamente como motivo para superar el mínimo legal de la escala, es el disvalor contenido en el ataque a la privacidad y tranquilidad de la vida familiar de la víctima, ultimada en pleno día, dentro de su hogar donde se hallaba junto a su familia. ----------

---------- IV.- Por todo lo expuesto, adhiero fundadamente al voto precedente, en base al resultado de la deliberación, y emito mi sufragio por la negativa. También adhiero a la propuesta de pronunciamiento, y regulación de honorarios, costas, etc.

La Juez Flavia Fabiana TRINCHERI dijo:----------

----------Llevada a cabo la audiencia, establecida la cuestión planteada y habiendo deliberado el Tribunal, daré de seguido los fundamentos de mi parecer conforme la manda legal –art. 25 del CPP y 169 de la C. Prov.----------

Los agravios traídos por la Defensa y su conteste por parte de la acusadora se encuentran expuestos en detalle al comienzo de la presente, por lo que en honor a la brevedad, a ellos me remito. ----------

---------- Brevemente diré que la Defensa tachó de arbitraria la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal en relación a la determinación de la autoría de su asistido. Adujo que la condena lo fue en base a los señalamientos realizados por la única testigo la Sra. A. G., pareja de quien en vida fuera P. M., en un recorrido fotográfico y un posterior reconocimiento en rueda de personas sin la existencia de otra prueba física o forense que corrobore la autoría resultando a su criterio insuficiente para acreditar la certeza positiva necesaria. ----------

Destacó las diferencias que existían entre las características dadas por G. y los distintos actos procesales y que, pese a los argumentos esgrimidos por esa parte en relación a estudios científicos sobre la psicología del sujeto que observa y declara y, la falibilidad del testimonio en los reconocimientos ello no fue atendido por el Tribunal.--------

---------- Esgrimió que tampoco se tomó en cuenta el planteo sobre la

disminución en la valoración del reconocimiento cuanto ese surge de un recorrido fotográfico previo por cuanto resulta imposible determinar si el sujeto lo reconoce verdaderamente o evoca la imagen fotográfica. ----------

---------- Detalló las características físicas aportadas por G. y las de su defendido, refiriéndose concretamente a la diferencia en la altura de éste, denunciando que los Jueces Eizmendi y Pitcovsky justificaron la misma apelando a un desnivel descendiente en la puerta de ingreso a la morada de la víctima, cuando ello no fue planteado por la Fiscalía. Así interpretaron en soledad una planimetría que si bien fue introducida al Debate no fue explicada ni controvertida, cayendo en una con una clara intromisión a la actividad propia del Fiscal, afectando el principio de congruencia e imparcialidad del Juzgador. ----------

---------- Alegó que, si bien se habían tomados rastros de pisadas en el lugar, huellas digitales que eran aptas para cotejo de la puerta y del automóvil Siena; la Fiscalía no las aportó como prueba de cargo.----------

---------- Criticó que la Juez Eizmendi haya tenido en cuenta para justificar su voto las fotografías extraídas por el Oficial F. del Facebook en relación a una camisa cuadrillé, cuando ella no se condice con los colores aportados por la víctima, ni fue observada por el testigo C., además de resultar una prenda de uso común que no puede ser valorada por ser un indicio anfibológico. ----------

---------- En cuanto a la calificación legal, señaló que se planteó la inconstitucionalidad de la agravante del art. 41 bis del C.P. y en su defecto la inaplicabilidad al caso. Argumentó en relación a colisión de esa con los principios constitucionales de Igualdad y de Razonabilidad, como también invocó los motivos postulados por esa Defensa en relación que esa no resulta aplicable al caso concreto pero que ellos no fueron ni siquiera tratados por los Jueces, marcando la arbitrariedad en la sentencia. ----------

---------- Por último, al referirse a la pena impuesta entendió afectada la garantía de *ne bis in ídem* por haberse valorado como agravante la sorpresa cuando dicha

circunstancia resulta el trasfondo de la agravante genérica del art. 41 bis aplicado, *resultando una doble valoración al aplicar la agravante genérica y en la fijación de pena*. ----------

---------- En primer lugar la Defensa se avoca a criticar los dichos de la única testigo presencial del hecho en cuanto a la descripción física del agresor, en cómo se desarrollaron los recorridos fotográficos, concluyendo que el reconocimiento es una prueba *falible*.----------

---------- He escuchado el testimonio de la señora G. y sus manifestaciones acerca de los reconocimientos y no advierto la falta de correspondencia aludida por la señora Defensora.----------

---------- Con acierto los Jueces encontraron en sus dichos que "*... desde un comienzo (...) se puede razonar que la testigo logró, en el momento del hecho cuando el imputado se presentó súbitamente en su puerta, retener la fisonomía de su rostro y sus detalles y otras características puntuales, tales como su robustez y prominencia de su abdomen. Ello fue puesto de manifiesto en las distintas diligencias que culminaron con el reconocimiento en rueda, sin fisuras ni contradicciones (del voto de la Jueza Eizmendi, fojas 57*).----------

---------- La señora Defensora arguye que en el primer reconocimiento fotográfico, la señora G. señaló como muy parecido al agresor - en un cincuenta por ciento- a un detenido y por tal razón fue descartado por la policía. Este hecho tal como está circunstanciado, no se ajusta a la verdad y fue aclarado por el Oficial D. B. en el debate a requerimiento de la Defensa. La testigo dijo que esa persona se correspondía en un cincuenta por ciento al victimario, y el uniformado explicó que tal respuesta consistía en un reconocimiento negativo, dando razones de cómo deben ponderarse esos testimonios y en consecuencia buscar al presunto autor.----------

---------- Los estudios a los que se refiere la Defensa practicados en el ámbito de la psicología donde *la atención de los testigos en especial cuando ha existido la presencia de armas en el suceso sufre una reducción en la exactitud de la*

identificación son sólo parte de su argumento sin que puedan aplicarse a este caso. No contamos con elementos para sostener que la psiquis de la testigo G. se vio atrapada por alguna circunstancia que la llevar a error, a señalar equivocadamente al imputado, cuando todo su testimonio impresiona como veraz. Así, la Juez Eizmendi sostiene: "*…la testigo ha sido contundente en cuanto al señalamiento sin dudas del imputado A., haciendo incluso mención a detalles de cambio en su fisonomía (…) Cabe destacar también y tal como lo han señalado el Of. Actuante como el testigo M. la emoción que generó a la testigo el ver la fotografía de quien apuntara como aquel que pusiera fin a la vida de su pareja, P. M., rompiendo en llanto tras el señalamiento*".----------

---------- Al mismo tiempo la señora Defensora, busca asirse de la inexactitud manifiesta de la testigo acerca de la estatura del imputado –el médico forense da cuenta que su estatura es de un metro con ochenta y tres centímetros y G. dice que mide un metro sesenta- para provocar una duda acerca de la autoría que le cabe a A., no ha de prosperar. ----------

---------- El conocimiento que puede tener un testigo lo adquiere por su percepción sensorial y explica lo que vio, oyó, se espera obtener un dato útil para descubrir la verdad sobre los hechos y lograr su reconstrucción conceptual. En tal sentido explica la doctrina que *"Se llama testimonio a la declaración oral realizada por una persona que transmite un conocimiento adquirido por sus sentidos sobre datos que interesan a la investigación (…) el testigo accidental posee información útil y es llamado a declarar con el propósito de exponer una experiencia personal acerca de la existencia, naturaleza y circunstancias que rodean a un hecho, aportando datos, revelando información, respondiendo a todo cuanto sepa y sea consultado. "* (La prueba en el Proceso Penal, Ruben A. Chaia, Ed. Hammurabi, 1era. Edición, año 2009, pág. 525 y ss), por lo que no puede esperarse la exactitud y precisión objetiva que la defensa exige para no invalidar sus dichos.----------

---------- Al mismo tiempo, en cuanto a la fisonomía del rostro y contextura física, lo describió de manera tal que su pudiera dar con él, es decir, no se trató de una

descripción vaga o genérica, concluyendo así que lo vio con claridad y retuvo en su mente la imagen del nombrado. ----------

---------- La estatura de una persona, su medición en centímetros como tal, puede resultar bastante aleatoria para el común de las personas, dependiendo de la mirada del observador. Me explico. Un profesional de la salud, un policía, incluso hasta quien diseña o confecciona ropa, puede ser preciso en cuanto a la talla de una persona. Pero cabe preguntarse: ¿Puede ser certera una persona que no tiene alguna de esas habilidades propias de su oficio o profesión? La respuesta es negativa.----------

---------- Por tal razón no encuentro que esta imprecisión entre sus dichos y la altura exacta de A. den por tierra con su señalamiento. El testimonio de G. en su totalidad impresiona como verdadero y la tarea de apreciación critica a fin de determinar la fidelidad de la percepción y la transmisión de lo percibido, fue ajustada a las directrices normativas de cómo ponderar la prueba.----------

------ En otro orden, la valoración de los Jueces Eizmendi y Pitcovsky realizada en cuanto a esta cuestión –que también ataca la Defensa-, se encuentra ajustada a derecho, fue sobre prueba ingresada válidamente al debate y que no haya sido utilizada por el Ministerio Publico Fiscal en su hipótesis del caso, no invalida el mérito hecho por los Juzgadores ni tampoco advierto que con ellos se arroguen facultades propias del titular de la acción pública.----------

---------- El informe técnico fotográfico que refleja la planimetría practicada en el lugar de los hechos y corroborada con su testimonio por el Comisario J. C., y que las partes conocían acabadamente, ilustró al Tribunal acerca de la escena del crimen, llevando a los Magistrados a idear lógicamente la razón por la cual la testigo podría haber apreciado una estatura menor a la exacta en relación a A.. Se advierte en las placas fotográficas número tres, cuatro y ocho el marcado desnivel estilo “rampa” que está construido en el acceso a la vivienda.----------

---------- En la fotografía ocho se ven dos hombres de pie al lado de la puerta, desde el exterior parados sobre el aludido desnivel y se aprecia como modifica la

percepción de la talla de los mismos –el sujeto de la izquierda tiene el picaporte casi a la altura de sus hombros-.----------

---------- También de otros embates la señora Defensora nutre su agravio, adelantando que no desmerecen en forma alguna lo hecho y resuelto.----------

---------- Así es como critica que no se resguardó la prueba de la huella del calzado y el Fiscal da razones de porque, aunque lo hubiera realizado, no hubiera podido valerse de ella casi cinco meses después del hecho. ----------

---------- Alude también al pasado delictivo de la víctima pero tal circunstancia no resulta desvinculante del ilícito que nos ocupa en relación a A. ni desvía la autoría hacia una tercera persona. Al contrario, esa situación judicial previa llevó a M. a estar cumpliendo prisión domiciliaria en su casa, acompañado de niños de corta edad, esperando que su pareja vuelva del supermercado y desprevenido de cualquier amenaza de vida hacia su persona. ----------

---------- Finalmente, en cuanto al agravio que la sentencia se vale de un cuadro cargoso que cuenta con pocos indicios para apontocar los dichos de la testigo presencial del hecho, encuentro que no es así. Advierto al practicar un examen exhaustivo de la sentencia, el concienzudo análisis que hicieron acerca de las pruebas. ----------

---------- Ponderan el testimonio de C. quien se encontraba en su casa, escuchó unos estruendos salió y vio a dos personas alejarse apresuradas del sitio, una de ellas robusta vistiendo una camisa a cuadros; también evalúan la fotografía de A. en su perfil público de Facebook donde vestía una prenda de tales características y su fuga hacia la ciudad de La Plata al saber que lo buscaban para detenerlo por este ilícito, pruebas éstas que resultaron indicios suficientes para el Tribunal de juicio.---------

---------- Los sufragantes dan fundadas razones de porque tienen acreditado que fue D. M. A. quien disparó contra la humanidad de P. M. y puso fin a su vida.

---------- En relación a la aplicación del Art. 41 bis del CP, soy de la opinión que es constitucional en consonancia con los Jueces de juicio. Ya tengo posición tomada

en “V., R. p.s.a. homicidio-Trelew” Carpeta 5170 OJTw-Legajo Fiscal 49396 MPF TW, donde hago referencia a tal agravante, con remisión a los sostenido en autos: **“Comisaría Dto. Segunda s/investigación tentativa de homicidio r/víctima M. A. L. - Trelew” (Carpetas 4.702 y acum. 1977 OJ Tw – Legajos 44.995 y 19772 OUMPF Tw): “…** *Es así que tal norma agrava las penas en los mínimos y los máximos en razón que se trata de la conducta del sujeto y su mayor grado de reprochabilidad por mayor incumplimiento de la ley en atención al medio de comisión empleado y su indiscutible mayor poder ofensivo. Ya no se discute –y coincido- que no debe aplicarse a aquellas figuras penales en las que el arma ya está contemplada como componente del tipo, pero sí –como en el presente caso- en aquellos hechos donde no forma parte del tipo penal. Ello, en consonancia con lo dicho por la mayoría de nuestro más Alto Tribunal en autos “D., D.…” Expte. 20.082/05 donde el Ministro Panizzi expresa: “…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 (con arma blanca o con las manos) aún cuando el bien jurídico protegido sea el mismo. Dicho de otro modo, el bien jurídico protegido es equivalente, la culpabilidad del autor, no…”* . ----------

----------Expresado esto, resta decir que al encontrar ajustado a derecho la aplicación de la agravante que eleva en un tercio el mínimo de la escala penal, la misma es de diez años y ocho meses, aplicando una pena de ONCE AÑOS teniendo en cuenta para ello la única circunstancia agravante ponderada como tal por el Tribunal y que, comparto ese mérito.----------

---------- Surge con claridad que el ataque a M. fue sorpresivo, tomó a la víctima desprevenida sin capacidad de defensa o reacción quien se encontraba, como dije ut supra, en su vivienda cumpliendo una medida de coerción privativa de libertad.

---------- El monto de pena impuesto se encuentra ajustadamente escogido y valorado por los jueces, por lo que propongo confirmar la sentencia en su totalidad. ----------

---------- Respecto a la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes comparto lo propuesto por el Juez que lidera el Acuerdo.- Así lo voto.

---------- Con lo que se dio por culminado el Acuerdo por unanimidad, pronunciándose el siguiente:

---------- **FALLO**: ----------

---------- **I) RECHAZAR** la impugnación ordinaria deducida por la Defensa de D. M. A. a cargo de los Defensores Públicos Penales Dres. Gladys Mabel DEL BALZO y Lucio Hernán BRONDES, con costas arts. 385 del CPP. ----------

---------- **II) CONFIRMAR** la sentencia dictada a fs. 114/149 de fecha 25 de abril de 2019, registrada bajo el N° Nro. 1218/19 OFIJUD y aclaratoria 1231/19**.---**

---------- **III) TENER PRESENTE** la reserva del caso Federal articulada por la Defensa. ----------

---------- **IV) REGULAR** los honorarios profesionales de los Defensores Públicos Penales en cuarenta (40) Jus entre ambos, por la labor desarrollada, con cargo a su defendido (Arts. 7, 9, 14 y ccdtes de la Ley XIII N° 4, antes N° 2200, y art. 59 de la Ley VN° 90, antes N° 4920, arts. 239, 240, 241 y ccdtes. del CPP.).----------

---------- **V) REGISTRESE**, protocolícese, notifíquese por su pública proclamación (Art. 331 del C.P.P.). ----------

La presente es firmada por dos miembros del Tribunal por encontrarse el Juez Subrogante Daniel Luis María PINTOS en distinta jurisdicción, habiendo remitido su voto vía mail con firma digital. -Art. 331 último párrafo del C.P.P-.

Flavia Fabiana TRINCHERI — Juez de Cámara

Rafael LUCCHELLI — Juez de Cámara

Ante Mí:

Andrea Mabel BOREA

Secretaria de Cámara

Registrada bajo el N° 13/19. CPPM.

Andrea Mabel BOREA

Secretaria de Cámara