En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los 27 días del mes de Octubre del año dos mil veintiuno, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial con asiento en Trelew, integrada por los doctores Roberto Adrián Barrios, Alejandro Gustavo Defranco y Hernán Dal Verme, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados "V., L. y otro psa/ robo doblemente calificado en grado de tentativa Trelew .—" (Carpeta 8688 Ofiju Tw - Legajo Mpf Tw 88125) , con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por el Defensor Público, Dr. L. B., contra la sentencia dictada en fecha 26/05/21 por el Tribunal colegiado de juicio integrado por los Dres. César Marcelo Zaratiegui, Marcelo Nieto Di Biase y Mirta del Valle Moreno, registrada bajo el N º 1364/2021.

Mediante la sentencia impugnada el Tribunal condenó a R. L. V., DNI X., hijo de S. S. y de M. A. J., nacido el 07/10/99, Trelew, Chubut, con domicilio en Barrio T. F., calle J. I. N º X. de esta ciudad, actualmente alojado en el Instituto Penitenciario Provincial N º 1, a la pena de 4 años y seis meses de prisión; accesorias legales y costas, por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de lesiones graves en concurso real con lesiones leves, ambas agravadas por el uso de arma de fuego , en concurso real, en calidad de autor, en perjuicio de O. R. R. y L. V., por los hechos cometidos el día 30 de noviembre de 2019, aproximadamente a las 06. 00hs, en proximidades de la laguna Chiquichano (Cfr. Arts. 29, inciso 3 º 41 bis; 45; 55; 89 y 90 del Código Penal y Arts. 25; 304; ss. y cc. Del Código Procesal Penal) " —hecho descripto acabadamente en el libelo acusatorio es os actuados.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 12/10/2021 en sede de este Tribunal intervino el imputado junto a su defensor actual y abogado de confianza, Dr. S. O. D.; compareció asimismo por el Ministerio Público Fiscal el Dr. Fabián Moyano, Fiscal General.

Durante el desarrollo del acto, el defensor se remitió al escrito impugnaticio glosado en la carpeta judicial, aclarando que efectuaría una serie de puntualizaciones para ampliar sus fundamentos en relación a: a) la afectación al principio de congruencia incurrida por los sentenciantes al condenar por un delito por el que no se acusó a V. y b) la inaplicabilidad de la agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal a la figura de lesiones, por afectar principios constitucionales inderogables, además del principio de congruencia.

Recordó que la acusación fiscal dirigida contra V. era por el delito de Robo agravado por lesiones, un hecho, y el tribunal condenó por un concurso real de dos hechos, que contiene por ende dos dolos diferentes, fincando en esta circunstancia con
claridad la violación al principio de congruencia, que de otra parte fue sorpresiva, privando del ejercicio del derecho a defensa.

Sobre el punto citó el voto del Dr. Zaratiegui, que diferenció dos momentos , primero cuando fue detenido el auto en el que se conducía V. y luego aquel en que él habría disparado produciendo lesiones a R. y V., todo lo cual entendió, constituía un concurso ideal, a diferencia del real plasmado en la condena. Amplió con cita de los votos restantes obrantes en la sentencia atacada y enfatizó en la sorpresa que aparejó la condena dictada por dos hechos en concurso real, cuando la acusación contenía uno, privando así de resistir el hecho de lesiones leves, a lo que no se dio ninguna explicación satisfactoria por ninguno de los jueces de grado.

En referencia al S. agravio, la aplicación de la agra Van te genérica del art. 4 Ibis del Código Penal, recordó que el robo no estaba agravado por la utilización de un arma de fuego, sino por las lesiones. Pero además los jueces de juicio utilizaron el argumento del empleo del arma de fuego durante el hecho para despegarse del mínimo en la mensuración de la pena, incurriendo así en doble valoración de tal elemento de agravación, a excepción de la Dra. Moreno, que por no hacerlo, no se explica cómo pudo despegarse del mínimo de escala punitiva, alejándose notablemente del año y cuatro meses de prisión propuesto por el defensor.

A su turno el Fiscal General Fabián Moyano relató el hecho oportunamente acusado por el Ministerio Público Fiscal para poner en contexto su responde y explicó mediante detalle de la prueba rendida en juicio cómo se imputó finalmente el robo doblemente agravado por el uso de arma de fuego y por el tipo de lesiones provocadas a las víctimas.

En síntesis, por carencias en los testimonios, la acusadora postuló que no se había acreditado suficientemente el dolo del robo, y conforme a las prescripciones que fundó el tribunal en el art. 332 del C.P. P. Ch. fue mutada la calificación jurídica a la de lesiones graves en el caso de R., y leves en el caso de V., ambas provocadas por la utilización de un arma de fuego por V., añadiéndose así la agravante del art. 41 bis del Código Penal.

Esta situación fue expuesta como agravio al principio de congruencia de modo insuficiente por la Defensa según el acusador, que ilustró su afirmación con cita y paráfrasis de jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia, confrontada analíticamente con el sub exámine.

En cuanto al agravio por aplicación agravante del art. 41 bis del Código Penal, solicito su rechazo por

ser anterior su vigencia al hecho imputado, resultando pacífica la jurisprudencia que admite su constitucionalidad.

Concluida la deliberación se estableció por sorteo el siguiente orden para la emisión de los votos: Alejandro Gustavo DE FRANCO, Roberto Adrián BARRIOS y Hernán DAL VERME.

El Juez de la Cámara en lo Penal Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1 . - Vienen estos folios a este Tribunal de Impugnación, a resultas del recurso ordinario incoado por el Sr. Defensor Oficial de R. L. V., abogado L. B., sostenido en la audiencia por el abogado particular S. D., quien se queja de la resolución dictada en fecha 26 de mayo del corriente año, por la cual se condenó a su asistido a la pena de cuatro años y seis meses de prisión por habérselo encontrado autor material y responsable de la comisión de los delitos de lesiones graves en concurso real con lesiones leves, ambas agravadas por el uso de arma de fuego, de los arts. 41 bis, 55, 89 y 90 del Código Penal.

2 . Los ejes sobre los cuales giran los agravios del apelante pueden resumirse, a estar al escrito de impugnación, como la afectación al principio de congruencia y la inaplicabilidad de la agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal.

Respecto a lo primero, manifiestan los quejosos que siendo que su asistido fue acusado por el delito de Robo doblemente calificado por ser cometido con armas y por causar lesiones, al condenárselo por los delitos de lesiones, se sorprendió a la defensa, vulnerándose el principio de congruencia, por lo que solicita la absolución.

En lo que hace al segundo agravio, afirman los apelantes que el Ministerio Publico Fiscal solicitó sorpresivamente la aplicación de la agravante del art. 41 bis que antes no había sido postulada, también vulnera el derecho de defensa.

3 . - Escrutada la sentencia en crisis, se advierte que los jueces penales del caso se avocaron a resolver la cuestión aquí recreada, de forma suficiente a mi criterio.

En efecto, la Jueza Moreno, en la parte que resulta útil a estos efectos, dijo que esta recalificación no sorprende a la defensa. Tuvo la posibilidad de resistir la calificación originaria que incluía las lesiones graves. Asimismo, tuvo la posibilidad del contradictorio de los testigos propuestos por el acusador público que describió y calificó las lesiones... como del perito que describió el tipo de vainas secuestradas determinando el calibre... concretamente, sobre la vulneración al principio de congruencia, más adelante dijo: "...el fallo debe versar sobre los hechos que han sido probados, pudiendo, como en el caso, ser merecedor de una calificación jurídica distinta...".

Por su parte, el Juez Zaratiegui dijo que los hechos probados motivaron un cambio de calificación... sin que tal circunstancia importe menoscabo alguno a la efectiva defensa que pudo esgrimir el Sr. V., atento que aquel accionar se encuentra incluido en el hecho imputado de la acusación fiscal que motivara el debate pasado ante mi presencia...".

Por último, el Juez Nieto Di Bi ase, entiende que el cambio de calificación no comporta una afectación al principio de congruencia, y por ende de garantía constitucional alguna, por cuanto se declara responsabilidad penal del sujeto en función de un precepto jurídico distinto, más favorable, conforme lo

permite art. 322 del CPP, manteniéndose la plataforma fáctica que fuera imputada en la acusación fiscal...

4. - Puesto a resolver, debo decir, en primer lugar y respecto a la presunta afectación al principio de correlación entre acusación y sentencia, que resulta improcedente el intento de los Sres. Defensores de recrear en esta sede los mismos planteos evacuados en su momento por los jueces del debate.

Por el contrario, sí sería Válido que los agravios contra la sentencia radicaran en la protesta acerca la forma en que los magistrados hubieran resuelto la cuestión, la falta de fundamentación o la motivación aparente.

Pero tampoco sería de recibo tal supuesto; por el contrario, han resuelto adecuadamente el punto en crisis tal como se advierte de la simple lectura de los fragmentos seleccionados más arriba.

Es que, tal como se ha motivado, más allá de la disconformidad del apelante, dable sostener sorpresa alguna para la estrategia defensista y la construcción de su teoría del caso toda vez que, ya desde la presentación de la acusación, se aludía expresamente a que , amén de la sustracción del V. V., dominio X., que en definitiva no fue debidamente acreditado, se le imputaba a V. el efectuar dos disparos con una pistola 9m.m contra la humanidad de R., para luego hacer lo mismo contra V., uno de cuyos proyectiles dio en uno de sus pies.

Además, tal como se puede advertir en algún tramo de la sentencia, si la imputación originaria de la Fiscalía, en clave de calificación jurídica, fue la de Robo agravado por la producción de lesiones (además de la agravación por el uso de armas) , la absolución por el desapoderamiento violento permite que cobren virtualidad los hechos contenidos en la agravante que,

ahora como delitos básicos, habrán de subsumirse en los dispositivos que protegen la integridad física de las personas .

5 . - Es que corno he dicho en "MINISTERIO PÚBLICO FISCAL S/ INVESTIGACIÓN" (Carpeta 7329 Ofiju Rw Legajo Mpf Rw N0 20961), el principio de congruencia implica la correlación entre el hecho imputado en acusación intimada y el descripto en la sentencia; otro modo, que el fallo de condena mantenga idéntico al suceso histórico (con sus elementos objetivos subjetivos) por el cual fuera debidamente intimado imputado a través de la acusación.

Más no implica, como pareciera reclamarse en la queja, que un cambio en la calificación jurídica afecte a la garantía en cuestión (siempre que la condena mantenga la identidad de los hechos que fueran objeto de debate en la causa), salvo que la alteración del dispositivo legal aplicable incluya nuevas premisas fácticas respecto de los cuales fuera sorprendido el imputado.

En orden a la aplicación de la agravante del art. 41 bis, no puede compartirse la queja del apelante en cuanto a que también hubiera sido sorprendido.

Ya desde la acusación misma la Fiscalía pretendía agravar la sustracción violenta del rodado por el uso de armas; ha sido intimado V. por la utilización de un arma para lesionar a dos personas, por lo que no se ha verificado (ni tampoco se ha indicado cual hubiera sido la estrategia cercenada) afectación al derecho de defensa.

Y, tal como se viene diciendo desde "C., J. psa homicidio tentado r/ víctima C., J. A.-Tre1ew", Carpeta 6156, Legajo 59564 MPFTw" en cuanto a la no aplicabilidad en el' caso de la agravante genérica prevista en el art. 41 bis, C. P., he de decir que, a

pesar de que en sufragios anteriores he votado en el sentido que el instituto viola el principio de legalidad, por lo que no resultaría aplicable a las lesiones y a los homicidios, repasados en esta instancia los antecedentes del cimero Tribunal local, en el caso "D. , D . A. s/homicidio (Expte. 20., entre otros, en el que se ha decidido acerca de su aplicación a casos como el ventilado aquí, no encontrando nuevos argumentos para sustentar mi posición y por exclusivo apego a la "doctrina del leal acatamiento" delineada el Alto Tribunal in re "C. S. L. " (Fallos 307:1094), más allá de mi opinión personal al respecto que continuaré exponiendo en la cátedra, es que no haré lugar a la queja del defensor y confirmaré la sentencia también en este sentido.

Por todo ello, voto en el sentido de rechazar la impugnación efectuada imponiendo las costas del presente proceso al acusado (arts. 239, 240, concs. C PP) y regulando los honorarios profesionales de la Defensa Particular a cargo del Dr. S. O. D., en el monto de TREINTA (30) JUS, en atención al mérito y extensión de su labor profesional desarrollada en esta etapa (arts. 5, 13 y 44 de la ley XIII-NO 4, antes decreto ley 2.200 y Ley V—N 0 90).

Así voto.

El Juez de la Cámara en lo Penal Roberto Adrián Barrios dijo:

No he de volver sobre los antecedentes del caso, puesto que ya han sido prolijamente reseñados en los resultas de esta sentencia.

Así, llevaré el orden de los agravios cual fueran presentados en el recurso sostenido por el recurrente.

1. Afectación del principio de congruencia.

Dijo oportunamente el defensor oficial por escrito, y luego el defensor particular, en la instancia del

artículo 385 del CPP ante este Cuerpo, que R. L. V. fue acusado por el delito de robo doblemente calificado por ser cometido con armas y por causar lesiones, pero luego del debate, se lo encontró autor de los delitos de lesiones leves y lesiones graves, agravadas por la utilización de armas de fuego y en concurso real, circunstancia que ameritaría su absolución, por haberse vulnerado el principio de congruencia .

La fiscalía en su vista, dijo que acusó al hoy condenado por un hecho y que en el juicio, tras cambios de versión de algunos testigos, por imperio del artículo 332 del CPP el Tribunal mutó la calificación jurídica. Agregó que la resolución es legal, no excedió su competencia, y valoró la misma prueba que fue agregada y aportada por la fiscalía, no habiendo sorpresa en la defensa que amerite hacer lugar a su pedido.

La pregunta cuya respuesta ante estos planteos, nos lleva a la solución del caso es: la mutación efectuada por el A Quo, de la calificación original de la acusadora, ¿fue realmente una sorpresa a la estrategia de la defensa?.

Si bien es sabido que los jueces poseen la facultad de modificar la calificación jurídica, lo pueden hacer bajo ciertas condiciones. La principal, es, justamente, que no se afecte el principio de congruencia, que tiene que ver con la capacidad del juez al decidir sobre una petición, que le impide proceder de oficio, ir más allá de lo pedido, y que lo obliga a decidir según lo alegado y lo probado (ne procedat iudex ex officio; ne eat judex ultra petita partium, judex allegata et probata decidete debet).

Su objeto es el de evitar la lesión de los derechos del encartado, impidiendo que éste se encuentre sorpresivamente en el debate con variaciones del marco

fáctico, y que le impida el ejercicio del derecho de defensa, base misma de la congruencia.

Sin embargo, la base normativa tiene directa relación con el resto de los elementos que componen una teoría: las proposiciones fácticas y la evidencia, y es en definitiva sobre estas últimas en donde no puede haber modificación alguna, bajo riesgo de afectar el mentado principio.

En la causa "L., S. y otro-A., D. A." (Expte. 92-fo. 112-año 2003-Letra A), extraído del fallo "M., R. M. s/ abuso sexual impugnación" Legajo 21123-fo.53-To.2-año 2008, Letra M, dictado el 23 de septiembre del año 2009, el Dr. Pfléger dijo que el principio de congruencia importa fallo se expida sobre el hecho y las circunstancias contenidas en la acusación, que han sido debidamente intimadas y sobre las que tuvo ocasión de ser oído el acusado. Se veda así que el fallo se extienda a hechos no contenidos en el proceso, en resguardo de la regla de correlación entre la acusación y la sentencia (señalando que esto pertenece a Julio B. Maier en su obra Derecho Procesal Penal —Tomo 1, Pág.569).

La función principal de notificar acabadamente a los ciudadanos de los hechos por lo que se lo ha de acusar y juzgar, es la de asegurar el contradictorio, es decir, el derecho de control de la contraparte de toda la prueba y posibilidad real de refutarlas, dándoles concomitantemente la posibilidad de declarar respecto de esos hechos.

Así, el punto neurálgico del agravio es constatación que ninguna modificación ha existido entre los presupuestos facticos de la teoría del caso fiscal, como para considerar alterada fatalmente la posibilidad del encartado de resistirla.

En el caso, no se advierte que el tribunal haya fallado sobre una base fáctica distinta a la contenida en la acusación de la fiscalía.

En su caso, lo hizo sobre algunas proposiciones fácticas de la teoría de la fiscalía, las que se pudieron acreditar. Podemos interpretar que la sorpresa de la defensa se refiere a la base normativa, no a la prueba, no a los hechos.

Tras el control de los votos que componen el fallo, colijo que los jueces fundaron plausiblemente ese temperamento, y lo que resulta de mayor trascendencia, ninguna garantía a favor de V. ha sido violentada.

La jueza Moreno se valió de la doctrina y precedentes jurisprudenciales locales que acabadamente fundan su decisión, como así también lo hicieron los doctores Zaratiegui y Nieto, en una reseña que el primer votante en este fallo ha efectuado y me exime de repetirlos.

Los tres han coincidido en la procedencia de aplicación del artículo 322 del rito doméstico en el cual se ha podido acreditar mediante prueba válida, hechos a los que corresponde una calificación jurídica más favorable para el acusado, que la inserta en la pretensión estatal.

Merece recordarse la letra de dicha normativa.

Dice el artículo 322 de nuestro código de procedimiento penal: "Sentencia y acusación — La sentencia de condena no podrá sobrepasar el hecho imputado con sus circunstancias y elementos descriptos en la acusación y en el auto de apertura o, en su caso, en la ampliación de la acusación.

"En la condena, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella indicada en la acusación o en el auto de apertura o aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que no exceda

su propia competencia; pero el acusado no puede ser condenado en virtud de un precepto penal más grave que el invocado en la acusación, comprendida su ampliación, o en el auto de apertura, si previamente no fue advertido de modificación posible del significado jurídico de la imputación, conforme al artículo 322, IV párrafo" .

Por estos argumentos que he detallado, mi posición respecto al primer agravio coincide con la posición desarrollada por el tribunal de condena.

Pasemos al segundo agravio

2. Inaplicabilidad de agravante genérica prevista en el art. 41 bis del código penal

2.1 En cuanto a este punto, debo advertir primeramente que he de mantener el criterio que he sostenido aun en tiempos que ejercí como juez penal, y que estima que la agravante puede válidamente ser aplicada en estos casos.

La agravante prevista en el art. 41 bis del C.P (empleo de arma de fuego), puede aplicarse a aquellos tipos penales que no contemplen la circunstancia que la norma prevé, como elemento constitutivo o calificante del tipo básico.

Es el mayor poder vulnerante del medio empleado para ejercer violencia o intimidación contra las personas lo que justifica mayor reproche.

Es posible que la técnica legislativa de insertar una agravante en forma genérica para todo delito de la parte especial en su primer parte sea inapropiada, mas ello no invalida su aplicación.

La norma es válida y de plena operatividad.

En el presente caso, los tipos penales enrostrados a V. no contienen en forma expresa dentro de su estructura, la circunstancia consistente en el empleo de un arma de fuego.

A más abundar, ha dicho la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, en los autos "M., L. A. s/recurso de casación. 26/06/07, Causa n 0 7883, Registro n° 874. 07.3, que es "correcta la aplicación de la agravante prevista en el art. 41 bis del C.P a aquellas figuras típicas que no contienen como elemento constitutivo o califican te la utilización de un arma de fuego,…"

2. 2 Ingresando al motivo concreto del planteo defensista, se colige que en juicio y su correspondiente sentencia a la que fuimos llamados a revisar, los presupuestos relativos a la forma de intimidación contra las víctimas se encontraban insertas en la teoría fiscal, tanto en el relato, como en el plexo de evidencias apontocadas en la acusación, dispuestas a ser realizadas.

Para el Tribunal de juicio, la labor de -la acusadora no alcanzó a acreditar, fuera de toda duda razonable, los presupuestos que tenían que ver con el desapoderamiento de la- base normativa original, pero sí lograron arribar certeza de las lesiones ocasionadas y el modo de producirlas.

La defensa, como se analizó en el punto anterior, siempre estuvo en condiciones de controlar la a producir sobre este respecto.

Con y por ello, al igual que en la primer queja del impugnante, no se vislumbra menoscabo de su derecho de defensa efectiva contra la imputación estatal, motivo por el cual también voto por su rechazo.

3. Por estos argumentos que he detallado, mi posición respecto al agravio coincide con la posición desarrollada por el A Quo, y por ello voto por la confirmación integral de la sentencia.

En punto a las costas y honorarios de la Defensa, voto de conformidad a lo decidido por el colega que lidera esta sentencia.

Así voto.

El Juez de la Cámara en lo Penal Hernán Dal Verme dijo:

En virtud de la impugnación ordinaria deducida por el Dr. L. B., en su calidad de defensor público a cargo de representar a L. R. V., ésta Cámara en lo Penal ha sido llamada a revisar, en lo que es motivo de impugnación, la sentencia dictada por el Tribunal Colegiado de juicio integrado por la Dra. Mirta Del Valle Moreno, Y los Dres. César Zaratiegui y Marcelo Di Biase, bajo la presidencia de éste último. Dicho Tribunal, con fecha 26 de mayo de 2021 declaró al señor V. autor penalmente responsable de los delitos de Lesiones Graves en concurso real con Lesiones leves ambos agravados por el uso de armas de fuego, respecto de los hechos ocurridos en las proximidades de la laguna Chiquichano 30 de noviembre de 2019, en perjuicio de O. R. R. Y L. V., condenándolo a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas del proceso.

Tal como quedó consignado en las resultas, son dos los motivos de impugnación, el primero referido a una presunta violación al principio de congruencia, y otro, formulado de modo subsidiario, postulando inaplicabilidad de la agravante genérica del art . 41 bis del Código Penal. En la audiencia prevista por el art. 385 del rito el imputado designó al Dr. S. D. como letrado de su confianza, quien mantuvo los términos de la impugnación ordinaria referida.

Lo cierto es que no se ha cuestionado la recreación histórica de los hechos atribuidos al señor V., ni su calificación legal o algún aspecto de la culpabilidad

en relación a los delitos por los que fuera hallado penalmente responsable el nombrado, a título de autor.

Siendo que los antecedentes del caso fueron suficientemente consignados, habré de tratar sin rodeos los motivos de impugnación en que se sustenta la vía recursiva en análisis.

I) El señor defensor basa su primer agravio, referido a la violación al principio de congruencia, en la circunstancia de que habría mediado una modificación entre la calificación sostenida en el debate por el MPF y la impuesta por el Tribunal a cargo del juicio oral y público, argumentando que la variación sorprendió al recurrente, violentando de tal modo el derecho de defensa en juicio.

En respaldo de su impugnación, la defensa señala que el MPF sostuvo a lo largo de todo el debate que los hechos imputados debían ser calificados como constitutivos del delito de Robo doblemente agravado por haber sido cometido mediante el uso de armas de fuego y por la causación de Lesiones graves en grado de tentativa, pero luego, tras absolver a V. en orden al delito contra la propiedad, el Tribunal Colegiado condenó al nombrado en relación a las lesiones infringidas a R. y V. Sostiene que dicha mutación ha violentado el derecho de defensa en virtud de que el Fiscal no había formulado una acusación alternativa, y que la variación sorprendió a la defensa.

Desde ya adelanto que la pretensión no habrá de prosperar, compartiendo los fundamentos de los colegas que me anteceden con sus votos.

En primer lugar, debo señalar que del simple cotejo entre la descripción fáctica descripta en la acusación pública y los hechos que fueron tenidos por probados por el Tribunal Colegiado a cargo del juicio, no se advierte —en su literalidad— ninguna variación, excepción de

aquellos preceptos fácticos que posibilitaban subsumir los sucesos en el delito contra la propiedad. Es decir, para el órgano jurisdiccional algunos tramos de la imputación formulada por el fiscal no quedaron suficientemente probados.

Concretamente, Tribunal consideró que elemento subjetivo del delito contra la propiedad imputado no fue probado por el órgano acusador, pero estimó acreditados el resto de los hechos que conformaron la base fáctica imputada por el titular de la vindicta pública.

Advierto del devenir del debate que en su alegato de cierre la parte hoy impugnante argumentó que el robo atribuido a V. no se había acreditado, aspecto en el que su pretensión prosperó. Además, en tal oportunidad le solicitó al Tribunal, basándose en el principio de congruencia, que los hechos no podían ser calificados de otro modo en virtud de que el MPF no había efectuado una acusación alternativa, y pretendía la absolución de su asistido.

Como vengo afirmando, la variación en calificación se debió, en parte, a las propias postulaciones de la defensa.

Cabe aquí una aclaración. El defensor le exige al MPF una acusación alternativa. Considero que ello no corresponde. La acusación alternativa procede cuando el hecho "alternativo' justamente no es el mismo que conforma la base fáctica principal. Ejemplo de ello es el encubrimiento cuando la imputación principal es en orden al delito de robo. Son hechos distintos y merecen calificaciones diferentes.

En el caso, la relación entre las figuras delictivas en juego es de subsidiariedad, ya que, al no acreditarse parte de la base fáctica atribuida, subsisten los delitos menores contenidos en el tipo más grave atribuido.

Las lesiones inferidas a las víctimas, su modalidad —disparos con un arma de fuego— y su gravedad, fueron debidamente intimadas los respectivos actos procesales.

Como mencioné, el Tribunal de juicio accedió parcialmente a la teoría del caso de la considerando que elemento subjetivo del robo agravado no se probó. Ello implicó que las conductas también imputadas, en las que se atribuyó a V. haber efectuado disparos con un arma de fuego. a sendas víctimas, ocasionándoles lesiones cuya gravedad fue igualmente imputada; cobraran independencia del delito contra la propiedad, quedando delimitadas dos conductas lesivas independientes entre Y por correctamente concursadas materialmente.

En definitiva, no hubo mutación en el sustrato fáctico imputado, ni la aplicación de un precepto jurídico sorpresivo que torne siquiera aplicable el precedente "Sircovich" de la CSJN. Es que si ya en el alegato de cierre la defensa trató de impedir que el Tribunal no aplicara la calificación más leve a pesar de que el MPF no formuló una acusación alternativa, ni propuso una calificación subsidiaria, evidentemente la posibilidad en la modificación estaba dentro de los cálculos del defensor. No hubo sorpresa, quizás estrategia.

Tampoco puede soslayarse la circunstancia de que el impugnante, a pesar de sus loables esfuerzos, no hubiera ensayado intento alguno por demostrar las líneas defensivas de las que se vio privado por la supuesta variación en la calificación legal de los hechos. Ello impide estimar que la hipotética mutación hubiera causado algún perjuicio a la actividad defensista.

Las razones expuestas permiten descartar que hubiera mediado alguna sorpresa en la calificación asignada a los hechos, por parte del Tribunal, que hubiera impedido a la defensa resistir la imputación

objeto de controversia. Adviértase que la queja tampoco hace referencia a alguna prueba intentada por la defensa que hubiera sido denegada por el Tribunal.

Como vengo argumentando, en su impugnación la defensa no logra demostrar la existencia de una modificación que lo sorprendiera y que lo privara de resistir, de algún modo —probatorio o argumentativo— la acusación pública.

Por otra parte, el recurrente no rebate los argumentos que sobre la cuestión expusieron los sentenciantes, ya que en el pronunciamiento jurisdiccional recurrido los jueces explicaron la razón por la que el cambio de calificación no violentaba el derecho de defensa. No debe pasarse por alto que la competencia de ésta Cámara es revisora de la sentencia, y su función no es la de reemplazar a los jueces del debate, sino controlar la sentencia en la medida del recurso interpuesto.

En definitiva, en lo referido al principio de congruencia he seguido los lineamientos ya trazados por el Superior Tribunal de Justicia de nuestra Provincia, que reiteradamente ha mantenido en la materia la posición que aquí se propone. Así, el Tribunal ha sostenido "Estimo que la parte que recurre no ha considerado en su protesta el persistente criterio sentado por la Sala en lo que atañe al principio de congruencia. El tema fue tratado con pretensiones de exhaustividad en el caso "M., R. M. s/ abuso sexual impugnación (Leg. N° 21. 123, F O 53 T TT- Año 2008, letra "M"), ratificatorio de la opinión sostenida en el precedente "L., S. s/ Hurto de ganado menor" (Expediente 20. 356-L-2006) sin que desde entonces hubieran sucedido variaciones significativas al respecto. Así puede verse, por citar algunos emitidos hace tiempo, los asuntos identificados con los rótulos "M., M. H. p. s. a. Estafa

(Expte. 21. 086 - F O 32 M 2007), "M. V., A. s/ denuncia s/ impugnación (Expte. 21 .287 F O 68 11 -Letra "M" Año 2008), "I., J. A.- V., M. D., H. D. — J., H. E. s/ apremios ilegales reiterados... ' (Expte. 21 .552 -F O 114- Letra IAño 2008) o "S. S., P. M. s/ abuso sexual (Expte. 21. 309-F01io 72-T. 11-2008). Evoco que, por ejemplo, en " Inostroza señalé:

El principio de congruencia importa que el fallo se expida sobre el hecho y las circunstancias contenidas en la acusación que han sido debidamente intimadas y sobre las que —básicamente- tuvo ocasión de ser oído el atribuido, lo que implica vedar que aquél se extienda a hechos no con tenidos en el proceso que garantiza el derecho a audiencia, sintetizado en la regla de correlación entre acusación y la sentencia (claramente, al respecto, Julio B. Maier en su "Derecho Procesal Penal" T I. Pág. 568) . Y continué con remisión a "Lempi" acudiendo a Maier cuando consignaba la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y exponía: La Corte Suprema Nacional, en sus sentencias, parece requerir, como condición para casar el fallo, no solo la indicación puntual del elemento sorpresivo que se incluye en él, sino también las defensas concretas que se hubieran opuesto de no mediar la sorpresa y, en especial, los medios de prueba omitidos por esa circunstancia. . . " También puse de resalto la intención de " . . . mantener una opinión consecuente sobre el tema. De allí que, pertinazmente, aluda a la relación inescindible que debe existir entre los aspectos fácticos de la acusación (en este caso la requisitoria de elevación a juicio), el objeto del debate y la sentencia, atadas por las circunstancias de tiempo, modo y lugar que aquella, la primera, Sobre esto último marqué en "M. V. -siempre con la vista puesta en "Lempi . . . no había disvalor procesal en que se

hubiera constreñido la base de hechos de la imputación, lo que resultaba posible si así sobrevenía del debate y de la deliberación ulterior, sencillamente porque no causaba gravamen alguno . Empero, advertí, que lo grave -y sancionable— habría sido expandir el aspecto atinente a los hechos sin que se dieran las previsiones del Código Procesal, porque ello vulneraba, sin dudas, el derecho a defenderse que posee el imputado. . . " Recuérdese el repaso sobre los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el abordaje de "Ramírez vs. Guatemala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, amén de citas doctrinarias cuya pertinencia prosigo reivindicando. No me parece que con la posición asumida, que ata la validez de los pronunciamientos a la correlación fáctica apuntada, con las variables inocuas a los derechos, la alusión al caso "S., J. O. y otros s/defraudación por desbaratamiento de derechos acordados. CSJ 31/10/2006 T. 329, P. 4634. La opinión de la Procuración General que la Corte aceptó por mayoría dejó en claro que:

Si bien en orden a la justicia represiva, el deber de los magistrados , cualesquiera que fueren las peticiones de la acusación y la defensa , o las calificaciones que ellas mismas hayan formulado con carácter provisional, consiste en precisar las figuras delictivas que juzguen con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, ese deber encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyen materia del juicio. . . " (Superior Tribunal de Justicia del Chubut, del 5-02-2016, causa caratulada "L., H. extraordinaria, Expte. N 11/2014 CCPM-Carpeta N 51 78- Ofiju, Puerto Madryn -Expte. 100. 030 Año 2015).

Todo lo expuesto lleva a concluir que no se ha conculcado el derecho de defensa en juicio del imputado,

ya que no se ha producido modificación alguna del sustrato fáctico entre la acusación y la sentencia de condena recurrida. Por otro lado, la modificación en la calificación, además de ser el resultado de la pretensión del propio recurrente y a favor de su pupilo procesal, tampoco ha privado a la defensa de ejercer debidamente su defensa, ni fue sorpresiva.

Tal como lo indica el MPF en su responde, trámite se adecúa a los lineamientos establecidos por el art. 332 del rito. En consecuencia, considero que debe rechazarse el primer motivo de impugnación en que se sustenta la queja defensista.

II) En el S. motivo de agravio, el Dr. B. engarza su postulación referida al principio de congruencia con la imposibilidad agravar las

lesiones infringidas a las víctimas, afirmando que el uso del arma de fuego no fue imputada por el MPF como agravante, y por lo tanto el Tribunal Colegiado tenía vedada la agravación genérica del art. 41 bis. del ordenamiento sustantivo.

Nuevamente debo discrepar.

Dada la teoría del caso inicial del MPP, el uso del arma de fuego quedó subsumida entre las hipótesis del art. 166 inc. 2 0 del Cód. Penal, en consecuencia, por imperio del propio art. 41 bis de mismo plexo normativo, el Fiscal tenía vedado basarse en el uso de las armas de fuego como agravante genérica, ya que la norma lo excluye expresamente, "Este agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre con templada como elemento constitutivo o califican te del delito del que se trate" .

Descartada la calificación que contemplaba en su estructura típica el uso del arma de fuego, nada impide que las lesiones sean agravadas por verificarse la hipótesis en trato, ya que las lesiones leves o graves

no contemplan el uso de armas en su descripción típica. Nuevamente, el uso del arma de fuego para cometer las lesiones contra las víctimas fue debidamente intimada desde el plano fáctico por el acusador. De allí, que al considerar probados los delitos de Lesiones Leves y Graves en los términos de los arts. 89 y 90 del Cód. Penal respectivamente, los jueces aplicaron la agravante genérica del art. 41 bis de fondo, de obligatoria ponderación según la ley.

En cuanto a la aplicabilidad concreta de la norma, me remito, por su claridad expositiva, Y en aras de ceñirme a los precedentes del Superior Tribunal provincial, a lo sostenido por el Dr. Pfleger, quién al respecto consideró que " Como lo he dicho en otras causas, no veo obstáculo a la aplicación en la especie del art. 41 bis del C.P. Se trata de una agravante genérica que incorpora a la ley de fondo figuras agravadas respecto de todos los tipos penales que pueden cometerse con las referidas modalidades. Como se enseña en el "Código Penal de la Nación -Comentado y anotado" dirigido por Andrés J. D 'Alessio" (Ed. La Ley, T T, página 658, Ed. 2009) esta calificante tuvo en miras "...el mayor poder vulnerante de las armas de fuego que, por sus condiciones, provocan un peligro mayor para los bienes jurídicos vida e integridad física... y esto es lo que se ha dado en el bajo examen. No causa perplejidad el texto mismo de la norma, pues lo que ha discutido la doctrina y la jurisprudencia es su aplicación en los delitos en donde el uso de arma ya estaba contemplado, mas no en este deli to- el homicidio simple, art. 79 del C.P- que no prevé ninguna distinción en lo que atiende al medio empleado para su comisión. Es la superioridad de medios lo que justifica la mayor severidad punitiva, pues el contenido de ilícito aumenta por un criterio valorativo de agravación en función la mayor indefensión

del bien, y la mayor intimidación que se ejerce sobre la víctima y el mayor peligro corrido por ella...' (Ver "Código Penal y normas complementarias

David Baigún y Eugenio Zaffaroni - Directores, Ed. "Hammurabi" T 2, página 92, Ed. 2002). El comentario, crítico del debate legislativo y de las razones tenidas en consideración para la sanción del artículo de marras, no es obstáculo para adherir a lo que pareciera el argumento racional, el sentido mismo de existencia del precepto, destinado a recrudecer las consecuencias de las conductas que poseen, en sí, mayor capacidad letal y del otro lado sitúan al activo en una condición de poder que enerva cualquier reactividad en la víctima, puesta en condiciones ilícito un mayor contenido caratulados "G. , J. s / Impugnación " —Expediente N O de labilidad que dan al de disvalor..." (autos s/ Homicidio e/ víctima 22.127 10 Año 2010-, sent., 24/6/2011) .

Por todo ello, es que propongo que se rechace S. motivo de impugnación y se confirme sentencia de grado en todos sus términos.

III) En lo concerniente a la regulación de los honorarios profesiones que corresponden a la actividad de la defensa pública, he de compartir la propuesta efectuada por quién lidera el acuerdo por estimarla ajustada el caso y a la normativa aplicable.

Así voto

De conformidad con los votos precedentes, por unanimidad esta Cámara en lo Penal

S E N T E N C I A:

1) Rechazar la impugnación ordinaria deducida a favor de R. L. V. —de demás circunstancias obrantes en autos- por su Defensor de confianza, Dr. S. O. D.;

2 ) Confirmar la sentencia N°1364/2021OJTW dictada en fecha 26 de Mayo de 2021;

3 ) Imponer las costas del presente proceso al acusado (arts. 239, 240, 241 y concs. C PP) y regular los honorarios profesionales de la Defensa Particular a cargo del Dr. S. O. D., en el monto de TREINTA (30) JUS, en atención al mérito y extensión de su labor profesional desarrollada en esta etapa (arts. 5, 13 y 44 de la ley XIII —N O 4, antes decreto ley 2 .200 y Ley V-N 0 90);

4 ) Regístrese, protocolícese y notifíquese, fecho, devuélvase a la Oficina Judicial a sus efectos.

El Dr. Hernán Dal Verme no suscribe materialmente la presente, habiendo remitido su voto a esta sede firmado digitalmente mediante correo electrónico oficial.

El Dr. Roberto Adrián Barrios no suscribe materialmente la presente por haberse retirado con posterioridad al acuerdo (arts. 331 "in fine " del habiendo remitido su voto mediante correo electrónico oficial.

Registrada con el Nro. : 66/2021 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew .

Conste.