



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

c. 55.625 y su acumulada 55.630

RUD: 05-00-003560-11

En la ciudad de La Plata a los 30 días del mes de abril de dos mil trece, se reúnen en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Sala Quinta del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, doctores Jorge Hugo Celesia y Martín Manuel Ordoqui, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para resolver el recurso de casación deducido en causa n° **55.625** y el incoado en su acumulada n° **55.630** en relación a los imputados **O.S.E.A.** y **R.O.B.**, respectivamente; y, practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: **ORDOQUI - CELESIA.**

ANTECEDENTES

El Tribunal en lo Criminal n° 3 del departamento judicial La Matanza, con fecha 04 de septiembre de 2012, resolvió por unanimidad condenar a O.S.E.A. a la pena de doce años de prisión, accesorias legales y costas del proceso por resultar autor material y responsable del delito de homicidio simple del que resultara víctima W.L.y a R.O.B. a la pena de doce años de prisión, accesorias legales y costas del proceso por resultar también autor material y responsable del delito de homicidio simple del que resultara víctima W. L.; todo ello, en los términos de los artículos 41 bis, 45 y 79 del Código Penal (cfr. puntos "I" y "II" de la sentencia obrante a fs. 53/54 del presente legajo).

Contra dicho decisorio las partes interpusieron los respectivos recursos de casación (el señor defensor particular de A. a fs. 61/79vta. de este legajo y el señor Defensor Oficial de B. a fs. 12/23 de su acumulada n° 55.630).

Que fijados los antecedentes y hallándose la causa en estado de

dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

Primera: ¿Son procedentes los recursos de casación interpuestos por los doctores Daniel Ernesto Findeisz (defensor de R.E.B.) y Miguel Ángel Racanelli (defensor de O.S.E.A.) en favor de sus representados?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la **primera** cuestión planteada, el señor Juez doctor **Ordoqui** dijo:

I. El doctor Miguel Angel Racanelli, defensor de O.S.E.A., comienza quejándose acerca de la falta de fundamentación que, a su entender, presenta la resolución recurrida; específicamente, lo vincula respecto de que su asistido fue considerado coautor del hecho ilícito probado. En este sentido, realiza extensas consideraciones teóricas (citando doctrina y jurisprudencia) acerca de la obligación de motivar las sentencias, de la sana crítica racional y del beneficio de la duda.

Dice que, los jueces del Tribunal sentenciante, no han podido demostrar de ninguna manera la existencia de la participación directa o indirecta de O.A. en el hecho.

Observa errónea comprensión de las declaraciones aportadas en el juicio, debido a que no se le brindaron el verdadero valor que ellas merecen.

Luego, sostiene que no se han manifestado claramente cuáles fueron las distintas premisas del silogismo que permiten arribar a la conclusión de que la figura penal aplicable es la descripta. Agrega que no surge de la prueba que la responsabilidad penal de su asistido se adecúe a la figura aplicada, ni a ninguna otra.

Posteriormente, se centra en la crítica concreta de la prueba de cargo.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En primer lugar, remarca que A.M.Á. hizo saber al Tribunal que M. R.C. habría dicho “que iba a arruinarles la vida a los imputado”. Recuerda que este último dijo que el día de los hechos “estaba muy borracho” (remite a las constancias del acta); agrega, a su vez, que éste relata una serie de circunstancias que colisionan con otros dos testigos, también de cargo (alude a R.M.P. y P.G.B.), que describen otros detalles y otras ubicaciones geográficas diferentes. Explica que P. recreó otra situación, brindando pormenores rayanos al heroísmo, ya que ésta sostuvo que llegó casi a ponerse en el medio de los contendores B. y L., tomándolo del brazo a B. al momento que éste iba a disparar a una distancia de tres metros del occiso, manifestando que R.C. también estaba en el lugar al momento en que se sucedían los hechos; esto último lo lleva a decir “...cuestión que llamativamente fue ‘olvidada’ por el Tribunal al momento de arribar al fallo, es obvio, sino alguno de los dos mentía, [o] mentían ambos –cuestión que asevero que es así-...”. Insiste con que P. manifestó que B. le disparó -a L.- desde una distancia no menor de tres metros, sin embargo la autopsia que luce a fs. 119/124 detalla que la herida se produjo a una distancia inferior al metro; se pregunta luego ¿por qué no expusieron los jueces este detalle?, ¿por qué ocultar esta parte del testimonio de la señora P.?

Recuerda que B. contó que estuvo con R.C. tomando vino dentro del patio de la casa de éste, cuando ambos escucharon un disparo, por lo que salieron a la vereda y vieron al muchacho tirado en la esquina; así, sostiene que el testigo “pone” a R.C. dentro de su casa, sin posibilidad de observar lo que sucedía en la esquina.

Prosigue afirmando que existen testimonios que aclaran la situación de A., en cuanto a su total falta de responsabilidad en el hecho en cuestión. Menciona a M., A.Á., M.J.A. y a J.A.V., haciendo las siguientes

observaciones: a) la primera dijo en el debate que A. salió solo con el auto y que a B. lo había visto salir antes, sin saber para dónde, porque no alcanzó a ver por la oscuridad reinante; b) la segunda, esposa de su asistido, fue totalmente conteste y veraz con lo que declarara su marido; c) el tercero manifestó que R.C. dijo “a R. y a O. los voy a hundir”; d) el último habló de un forcejeo y, en este sentido, afirma la defensa que el testigo corroboró lo que surge de la autopsia en cuanto a la distancia del disparo.

Insiste con el sentido de las declaraciones brindadas por ambos imputados a tenor del art. 308 del CPP. Sobre esto, dice que es concordante con lo manifestado por V. y M.

En síntesis, alega que A. nunca estuvo en el teatro de los hechos, sino una vez ocurridos éstos, que no tiene ningún tipo de responsabilidad penal en el evento; por lo que, solicita se case la sentencia y se absuelva a su pupilo.

II. El señor defensor oficial, representante técnico de B., esgrime tres motivos de agravio.

El primero de ellos trasunta en la violación a los principios establecidos en los arts. 210 y 373 del CPP, al tener por probada la intención de R.O.B. de causarle la muerte a L.W.L.. En este sentido, afirma que las pruebas reunidas demuestran que el disparo se produjo sin ninguna clase de intención ni voluntad por parte de su asistido, por lo cual la conducta resultaría atípica, o en caso subsidiario, podría ser atribuida a título de culpa en virtud de que, a lo sumo, puede ser achacada por la mala utilización por parte de B. del arma de fuego en cuestión.

Alega que se ha condenado a su pupilo haciendo caso omiso y sin fundamentar razonadamente los argumentos por los cuales se desechan las críticas, que fueran por él esbozadas, a las pruebas producidas por la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

Fiscalía. Sostiene que lo único que se ha demostrado en el juicio es que los hechos han ocurrido tal como su asistido lo ha declarado desde el primer día en que fue sometido al proceso, esto es, en oportunidad de declarar a tenor de lo normado por el art. 308 del ritual; luego, transcribe su declaración.

Continúa alegando que los dichos vertidos por B. no se encuentran aislados, haciendo hincapié en las declaraciones del coimputado A, de K.A. (recuerda el resultado del peritaje psicológico practicado sobre la menor), de A.M.Á. (quien detalló que B. salió de su domicilio a efectos de ayudar a su vecino A. que acababa de ser víctima de un delito), de C.M. (quien fue testigo de los hechos ocurridos en la puerta de la vivienda de B., en momentos en que A. llegaba y le pedía auxilio; asimismo, detalló que B. siempre colaboró con los demás vecinos a efectos de mantener la seguridad en el vecindario), de A.M.J. (quien también explicó que B. colaboró siempre con los vecinos para mantener al barrio más tranquilo y seguro y demás circunstancias personales de la vida de aquél) y de J. A.V. (quien –a su juicio- fue un testigo privilegiado de los hechos, pues pudo observar el momento en que B. forcejeaba con L. cuando se produjo el disparo del arma de fuego; luego, alega que este testigo ratifica la existencia de la pelea y el forcejeo que provocó el disparo del arma de fuego, lo cual desecha la versión del fiscal de que su pupilo llegó al lugar y efectuó el disparo sin ninguna clase de cuidado por la vida de L.).

A partir de aquí, critica la prueba de cargo.

Así, respecto de M.R.C., afirma que debe repararse en que el mismo se encontraba absolutamente ebrio al momento de los hechos; lo que fue reconocido por el propio testigo al explicar que estuvo tomando alcohol durante toda la tarde hasta el momento del hecho (aprox. a las 22.30hs.), lo

cual provocaba –según sus propios dichos- que no recordara acabadamente cómo sucedieron los acontecimientos. Además –prosigue la defensa- los dichos de aquél se encuentran absolutamente desvirtuados por otras dos declaraciones testimoniales, a saber: la primera es la de P.G.B., quien detalló que se encontraba en el interior de la vivienda de C. junto al mismo, en el momento preciso en el que se escuchó el estruendo del disparo del arma de fuego, explicando que por tal motivo ni él ni el propio C. presenciaron dicha situación (recuerda que B. se encontraba totalmente consciente en aquella oportunidad, sin haber tomado clase de sustancia alcohólica o de otro tipo que le alterara la capacidad de entendimiento); la segunda es la de M.J.A., quien si bien no fue testigo de los hechos acaecidos, sí pudo detallar las circunstancias en que C. le confesó personalmente que lo iba a hundir a B., en virtud de diversos inconvenientes que existían entre ambos.

En relación al testimonio de R.M.P., sostiene que también se encuentra desacreditado por los demás elementos producidos en el juicio, agregando que mintió al decir que observó presencialmente el momento en que se produjo el disparo; ello porque, en primer lugar, expresó que vio el disparo en compañía de C., lo cual es mentira y se demostró con los dichos del testigo B. y, en segundo lugar, porque del informe de autopsia de fs. 119/124 emerge que el disparo fue producido a una corta distancia, tal como lo ha explicado B. y al contrario de lo narrado por P. quien dijo que se produjo desde lejos y negando la existencia del forcejeo entre B. y L.

Agrega que resultan de extrema importancia los relatos vertidos por G.V.C. y D.A.A. (allegados de la propia víctima), pues ambos pudieron dar fe de que L. se encontraba absolutamente ebrio al momento de los desgraciados acontecimientos; detallando, además, que aquel se



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

encontraba alterado, agresivo, que no quería ir a su casa, sino que buscaba inconvenientes con toda la gente que se le cruzaba en la calle. Recuerda también que el propio A. detalló que L. gritó "...yo me vuelvo, ahora estos van a ver quién soy yo" (remite al acta de debate, específicamente a fs. 326vta.); de manera tal que, a su entender, se explica y corrobora la actitud pendenciera de la víctima, ratificando los dichos de B.

Añade que no menos importantes fueron los dichos de A.S.D., quien explicó que B. se retiró del lugar del hecho debido a que le fue requerido por numerosas personas que se encontraban en el lugar, ante lo cual el propio D. lo acompañó a B. hasta la esquina, desde donde el mismo continuó solo su camino hasta su casa.

A partir de todo ello explica que, con el caudal probatorio reunido en el debate, se ha acreditado que B. se encontraba en su casa, que llegó hasta ese lugar su vecino A. junto a su familia pidiendo auxilio en virtud de que habían sido víctimas de un hecho ilícito, que B. salió de su domicilio a efectos de verificar lo sucedido e intentar evitar que hubieran más inconvenientes en el barrio, que cuando se encontró con L. –quien se encontraba ebrio, agresivo y pendenciero- fue agredido por el mismo, generándose un forcejeo en el marco del cual se disparó sin voluntad de B. el arma de fuego, lo cual provocó el fallecimiento de L., que B. permaneció en el lugar hasta el momento en que le fue requerido por los presentes que se retirara del lugar, en virtud de lo cual se fue acompañado de D. y que luego se puso en forma voluntaria a disposición de la justicia. De allí, entiende el señor Defensor, que se acredita fehacientemente que en ningún momento B. tuvo la intención de lesionar o causarle la muerte a L.

Agrega –a su modo de ver un elemento de especial trascendencia- que "nadie pudo explicar el móvil del asesinato", sostiene que no se

entiende cuál era el motivo que tenía B. –una persona de trabajo, con una familia que mantener, sin antecedentes, colaborador con el barrio, buen vecino- para salir de su casa a las 22.30hs. e ir a matar a un sujeto que estaba a una cuadra y media de su casa y a quien ni siquiera conoce; ello – continúa- sólo tiene una explicación: B. no tenía intención de matar a nadie.

Subsidiariamente, postula que el hecho le sea imputado a B. a título de homicidio culposo, por haber obrado con negligencia o imprudencia en el manejo del arma de fuego que legalmente poseía; consecuentemente, se readecue la pena.

En síntesis solicita la absolución de su asistido o, subsidiariamente, se le imponga la pena mínima prevista para el delito de homicidio culposo.

Como segundo motivo de agravio, alega violación al principio de reserva al aplicar, en el caso concreto, la agravante prevista en el artículo 41 bis del Código Penal.

Cuenta que, en oportunidad de alegar, sostuvo la inaplicabilidad en el caso de la agravante prevista por el art. 41 bis del C.P. en relación al art. 79 del mismo ordenamiento legal, debido a la carencia de una mayor gravedad de injusto, que habilite constitucionalmente el aumento de la pena.

Así, sostiene que la agravante no debe ser aplicada por cuanto el tipo penal del art. 79 del C.P. es de resultado y, como tal, tiene un presupuesto de máxima que es “la muerte”, por lo que sostener en consecuencia que la agravante del art. 41 bis se aplica en virtud de un plus de protección al bien jurídico vida, afectado por el mayor poder vulnerante del medio, es introducir un concepto que ya se encuentra incluido en el tipo penal del art. 79 del C.P. y su aplicación importaría una agravación violatoria de la “prohibición de la doble desvalorización”. Afirma también que no se explicó cuál resulta



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

ser el mayor “valor” del injusto cometido por su asistido al ser realizado con un arma de fuego.

Cita extractos de los antecedentes parlamentarios y jurisprudencia de la ex sala I de este Tribunal.

En consecuencia, solicita se case la aplicación de la agravante por encontrarse violentado el art. 19 de la Constitución Nacional (se refiere específicamente al principio de reserva), reduciéndose en consecuencia la pena impuesta.

Como tercer y último motivo de agravio, alega violación al principio constitucional de culpabilidad y errónea aplicación de lo normado por los arts. 40 y 41 del C.P. al momento de meritarse la pena impuesta.

Comienza citando lo expresado por el Tribunal en la cuestión segunda de la sentencia y afirma que la cuestión del monto de la pena que corresponde aplicar al caso resulta una circunstancia que, por su importancia, no puede fundarse en una mera remisión general a las pautas de los arts. 40 y 41 del C.P. Tal forma de proceder –agrega– revela la idea subyacente de que la determinación de la pena es, en definitiva, una decisión sujeta a la discrecionalidad de los jueces. Cita doctrina.

Insiste con que no se puede dar por satisfecha la necesidad de motivación con la mera enunciación de las atenuantes y agravantes. Habla de la naturaleza de las circunstancias que contempla el art. 41 del C.P. y sostiene que el Tribunal no ha hecho explícita su posición respecto de las finalidades antinómicas que presentan los criterios que subyacen las pautas establecidas legalmente; lo que le impide cuestionarla.

Alega que no se advierte de la sentencia qué consecuencia ha tenido el hecho de haberse valorado como atenuantes la carencia de antecedentes penales, la circunstancia de haberse puesto voluntariamente a disposición

de la justicia, el buen concepto vecinal de B., como así también la ocupación lícita del mismo.

Finaliza efectuando consideraciones teóricas sobre el principio de culpabilidad y su función limitativa de la pena, sobre el principio constitucional de acto. Cita doctrina; solicita, en consecuencia, se case el monto de la pena impuesto a su asistido, aplicándose el mínimo legal, por cuanto se realizó una errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del C.P., vulnerando el principio de culpabilidad.

III. Que efectuadas las vistas correspondientes, el señor Defensor adjunto de este Tribunal desistió de la audiencia prevista por el art. 458 del ritual, presentando el memorial respectivo (cfr. fs. 99/105vta. de este legajo).

En dicha oportunidad, introduce el Defensor de esta sede, referido al segundo agravio postulado por su inferior jerárquico, un nuevo argumento en favor del imputado B. El doctor Sureda solicita que se declare la inconstitucionalidad del art. 41 bis, atento la afectación al principio de legalidad establecido constitucionalmente (cita los arts. 18 y 75 inc. 22 de la Const. Nac.; 9 de la C.A.D.H.; 15.1 del P.I.D.C.yP., 11.2 de la D.U.D.H.; 11 y 25 de la Constitución de la provincia).

El citado artículo –afirma- contiene un texto indeterminado y general que no satisface las exigencias de precisión (*lex certa*) que se derivan del Estado Constitucional de Derecho y del principio de culpabilidad.

Considera que el citado precepto ha sido introducido al Código Penal a través de una técnica legislativa imprecisa, inexacta y desprolija al trasladar al ámbito de la tipicidad aquello que se analizaba al momento de la determinación de la pena. Contempla –continúa su exposición- una cláusula general que remite a la parte especial, incorporando un elemento típico (arma de fuego) y elevando los marcos de las escalas penales.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

Prosigue explicando el alcance de la máxima “*nullum crimen nulla poena sine lege certa*”, con cita de Ferrajoli.

Agrega que la norma deja un margen extremadamente amplio al juez para decidir en qué casos se debe aplicar y, con ello, se abre paso a la discrecionalidad y a la arbitrariedad.

Cita doctrina autorizada, explicando la función del principio de legalidad. Añade que el mencionado principio goza de un rango constitucional reconocido por la CSJN (cita el precedente “Mussotto” de la Corte Federal, el caso “Kimel vs. Argentina” resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y jurisprudencia de la Suprema Corte de esta provincia).

Añade que, si el legislador tenía en mente elevar las escalas penales de determinados delitos cometidos mediante el empleo de armas de fuego, en tanto entendía que dicha modalidad configuraba una forma de comisión agravada, no debió recurrir a una fórmula general e imprecisa cuando disponía de los medios técnicos para la confección de un texto que garantice la precisión de la conducta prohibida y su alcance. Así, considera que una mejor técnica legislativa en lo relativo a la cuestión, lo hubiera constituido la creación de figuras específicas en la parte especial, estableciendo con precisión la conducta calificada y la nueva escala penal. Pone como ejemplo la sanción de la ley 25.882.

Por otro lado, entiende que cuando el legislador prohíbe conductas mediante este tipo de cláusulas generales –no sabiéndose bien a qué delitos se aplica-, pudiendo hacerlo mediante figuras específicas dotadas de mayor precisión, está delegando la función de precisar el alcance de la prohibición al juez, consagrando la discrecionalidad y la arbitrariedad, y quebrantando la división de poderes, en tanto implica una delegación de

facultades propias del legislador (art. 75, inc. 22, de la C.N.) en el órgano judicial, que resulta inconstitucional. Explica el alcance de la división de poderes consagrada por nuestra Carta Magna.

Cierra diciendo que, el art. 41 bis del Cód. Pen., viola el principio de legalidad, en tanto se trata de un texto indeterminado y general que no satisface las exigencias de precisión (*lex certa*) que se derivan del Estado Constitucional de Derecho y del principio de culpabilidad, importa –a su vez– una delegación por parte del legislador de sus facultades, incompatible con las obligaciones constitucionales; por lo que, solicita se declare la inconstitucionalidad de dicha norma de la parte general del Código Penal.

Por su parte, la señora Fiscal adjunto de Casación hizo también uso de la facultad reglada por el último párrafo del art. 458 del ritual, en donde propició el rechazo de los recursos de casación deducidos en favor de los imputados (cfr. fs. 108/113, íd.).

IV. Que a partir de la interpretación dada por la Corte Federal al recurso de casación, en resguardo de la garantía contenida en los arts. 8, inc. 2º, ap. h., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, inc. 5º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, resulta aplicable en nuestro Derecho la teoría de la *Leistungsfähigkeit* consagrada en la doctrina y jurisprudencia alemanas, que impone –al momento de examinar la sentencia recurrida– efectuar el máximo esfuerzo por revisar todo aquello que sea susceptible de ser revisado, es decir que debe agotarse la revisión de lo revisable. De este modo aparece la necesidad de determinar que aquello no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación, bajo el recaudo de no magnificar este tipo de cuestiones (por todo, cf. CSJN, C. 1757. XL, “RECURSO DE HECHO. Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa –causa N° 1681–”, del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

20/09/2005, especialmente considerandos 23º, 24º, 25º, 26º, 32º, 33º y 34º del voto de la mayoría).

El Tribunal tuvo por acreditado el siguiente hecho: "...el día 30 de enero del año 2011, aproximadamente a las 22.30 horas, sobre la arteria Richet casi esquina Espejo del Barrio 'Mi Esperanza', localidad de Virrey del Pino, partido de La Matanza, Provincia de Buenos Aires, dos sujetos masculinos llegaron hasta el lugar, uno, el que conducía el automóvil marca Renault 9 color bordó interceptó con el mismo a L.W.L. [o L.] quien se hallaba caminando por la primera arteria en dirección a Espejo y con la intención de darle muerte el otro sujeto le efectuó un disparo con arma de fuego –escopeta marca 'Boitto', calibre 1270- provocándole lesiones en la [] zona del cuello parte derecha del cuerpo, de tal magnitud que causaron la muerte del nombrado" (véase, fs. 34, del presente legajo [nº 55.625], el agregado entre corchetes me pertenece).

Asimismo, concluyó que tanto O.S.E.A., como R.O.B., resultaron coautores de aquel ilícito (cfr. cuestión segunda del veredicto, fs. 32vta. y ss. de este legajo).

Si se analizan ambos recursos, se advierte claramente una cierta similitud entre ellos, dado que los dos impugnantes se valen de una versión del hecho distinta a la que fuera probada en el debate, el uno para sostener la falta de dolo de B. (este defensor agrega dos agravios más), el otro para afirmar la no intervención de A. en el suceso fatídico.

Por una cuestión metodológica, se abordará en primer lugar el recurso incoado por el defensor de B., pues el cuestionamiento central de ese Ministerio trasunta en la falta de dolo de su asistido; de modo que, inexorablemente debemos primero verificar aquello en el entendimiento de que, si le asistiese razón, la situación del coimputado variaría desde que la

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

posibilidad de la coautoría se limita –según entiendo- a los hechos dolosos (cfr., en este sentido, DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte General*, t. V, 1era. ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 359).

Vayamos, entonces, por partes.

IV. a. Los agravios esgrimidos por la defensa técnica de B. (Dr. Findeisz y Dr. Sureda)

Como ya se pudo apreciar, tres son los ejes de la crítica: 1) la falta de dolo; 2) la errónea aplicación de la agravante prevista por el art. 41 bis del C.P. (en su caso, la cuestión federal compleja directa que agrega el Defensor de esta sede en torno a dicha disposición legal); y, 3) la pena impuesta.

IV. a. 1. Luego de una lectura pormenorizada del fallo recurrido, específicamente de las cuestiones primera y segunda del veredicto, podemos hacer la primera afirmación: el dolo de B. requerido por el tipo penal previsto por el artículo 79 del Cód. Pen., en su forma de intención (*die Absicht*), ha quedado debidamente corroborado a lo largo del debate; de ahí que esa fuera la conclusión a la que arribaran correctamente los magistrados de grado.

Ya algo había adelantado en el sentido de que los recurrentes se valen de una versión distinta de los hechos para fundar sus quejas, en este caso con la consecuencia de pretender afirmar la falta de intención de B. de disparar el arma y, por ende, de causarle la muerte a L.; sin embargo, el Tribunal tuvo la certeza de que otra fue la verdad histórica ocurrida y, a partir del análisis de los fundamentos esbozados en la sentencia, me permito adelantar que ella trasluce un razonamiento acabado con apego a las reglas de la sana crítica racional en lo que respecta a la acreditación de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

todos los extremos de la imputación formulada a B., afirmación que por supuesto se extiende al aspecto sobre el cual se agravia su defensor.

El hecho delictuoso imputado a B. y a su consorte de causa (véase *supra*, al inicio del punto IV del presente voto) fue acreditado, en líneas generales, a raíz de diversos testigos que lo presenciaron y que pudieron exteriorizar ante el Tribunal de mérito lo percibido por sus sentidos.

Ahora bien, antes de comenzar con el análisis del fallo en el punto agraviado, es dable recordar que, en principio, la materia insusceptible de revisión –por vía del recurso de casación– es la inmediación dado el impedimento que aparece por imperio de la oralidad y por la propia naturaleza de las cosas. De modo que dicha cuestión quedaría supeditada únicamente a la impresión que los testigos hayan causado en los jueces de mérito; sin embargo, la Corte Federal ha sostenido, respecto de esto, que el Tribunal de Casación puede también revisar criterios (cfr., CSJN, *in re* “Casal” cit., considerando 25º, del voto de la mayoría).

La imputación, formulada conforme a las circunstancias ya marcadas, se sostuvo básicamente con las declaraciones de M.R.C., R.M.P. y A.S.D. (hijastro del primero), todas ellas prestadas durante el juicio oral; el resto de los testigos aportan datos que vienen a apoyar o a desmentir la versión de aquellos. Veamos qué sucedió.

R.C. declaró que cuando salió de su casa, dirigiéndose junto a su vecino P.B. a un quiosco que se encontraba frente a su vivienda, vio que venía O.A. (el coimputado de la causa) con la familia en el auto (un Renault 9, color bordó), siendo que éste bajó la ventanilla del vehículo y se pusieron a conversar. En ese momento, pasó W.L. (o L.; esto es, la víctima de autos), a quien se lo veía bastante tomado, con dos personas más que eran del barrio; ahí mismo, B. le dice “vayamos para adentro”, al advertir que “W.

quiere quilombo”. El testigo prosiguió con su relato manifestando que pudo ver a W. (L. o L.) que estaba discutiendo y forcejeando con dos personas, un señor y una señora que lo llevaban para la casa, pero que aquel logró “zafar” y se dirigió hacia el lugar en donde estaban O. A. y él; momento en el cual, A. le dice “mejor yo también me voy porque va a ser para quilombo”, retirándose con el auto regulando, mientras que W. (L. o L.) venía caminando tras el auto y él (R.C.) tras de W. Posteriormente, cuenta que habló con W. y logró convencerlo de que se fuera de allí; sin embargo, “[e]n esas circunstancias el dicente lo ve a O.A. con el auto que se dirige y golpea la casa de R.B. –que se ve desde donde estaba el deponente- que tiene local y vivienda arriba y entrada para vehículos. Que luego de ello ve que por la esquina vienen los dos, A.y B. con el auto. Luego aclaró que O.A. manejaba el auto y se lo cruza a W. [L.o L.] y B. iba en el lugar del acompañante –el dicente estaba a media cuadra que es mucho menos de 50 mts.- y O.B. se baja primero del auto y le dice algo o le gritan a W. – insistió el testigo yo estoy a media cuadra- baja él con la escopeta, se abre la puerta del acompañante y se escucha un fogonazo y W. se queda ahí tirado. Aclaró el deponente que vi[o] el fogonazo del arma y lo escuchó, y era una escopeta[,] entonces le dicen a B. ‘qu[é] hiciste’ y [é]l responde que ‘no pas[ó] nada’. Este muchacho R.B. estaba con el arma –la escopeta- y decía que no había pasado nada porque el herido no se había lastimado mucho...”, agregando que “...al momento de ser agredido con la escopeta, W. se estaba yendo para su casa, es decir para el lado derecho de la casa del dicente hacia la calle Espejo...” (véase por todo, fs. 34 y ss. del legajo).

Contestes con el anterior testimonio fueron las manifestaciones vertidas por R.M.P. Ella contó que aquel día estaba en su casa y que, al sentir que había parado un auto a la altura de su domicilio, se asomó y vio a



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

R. (C.) hablando con A. y que, a su vez, pasó L. (o L.); relató que escuchó a M. (R.C.) cuando le decía a A. “que te va a robar, te pidió para un vino”. Declaró que R.(C.) “conducía” a L. (o L.) para que se fuera a su casa, pero luego vio que el auto volvía “a una velocidad!”, siendo que R. le dijo que A. se había ido a buscar a R. (B.), expresándole que “[é]ste va a cometer una locura”; así, la testigo prosiguió su relato diciendo “[q]ue el auto iba a toda velocidad a Richet y Espejo con tal impunidad se baja R.B. y pobrecito L. [o L.] levantó los brazos como diciendo ‘no me disparen’ y ahí le disparó B. que baj[ó] del auto para matarlo. Que a B.lo había traído A. y [é]ste estaba tomado”. Contó además que L.(o L.) estaba ebrio e iba tambaleando, que la primera vez que lo vio a L. (o L.) iba detrás del auto color bordó y que R. (C.) lo convenció a aquel para que se vaya a su casa; finalmente detalló “[q]ue cuando L. [o L.] recibió el disparo estaba en la esquina de Espejo, frente al auto y ya se iba para la casa pero miró para el auto cuando vi[o] que [é]ste paró. Que el auto se le arrimó a W. [L.o L.], por eso él se par[ó] pero se iba para su casa”, dijo también que R. (B.) le tiró a quemarropa y que le destrozó la garganta (por todo, véase fs. 35vta. y ss. del legajo).

A su turno, y en igual sentido, declaró A.S.D. (hijastro de R.C.). Relató que estaba en la casa de su padre y que cuando salió, dado que un vecino (“N” B.) le comenta que su papá se estaba por pelear con un hombre, ve que estaba W. (L. o L.) con su papá que le decía que se vaya para la casa. Continúo el citado testigo manifestando “[q]ue ve que pasando la esquina sube R. [B.] en el auto de O. [A.],[.] éste va con R. y lo cruzan en la [ante-esquina] con el auto[,] éste se va para el costado y lo cruza de frente, ve que baja R. del vehículo, L. [o L.] quiere saltar la zanjita y ve que aquél le efectúa el escopetazo escuchando el mismo. El dicente pensó que le iba a dar un palazo pero advirtió que era un arma grande como las que

usan los gendarmes, una 12/70 y el cuerpo de W. [L. o L.] queda tirado en el piso, lo lesionó en el cuello o pecho...” (por todo, fs. 36vta. y ss. del legajo).

Con estas tres declaraciones, que presento en forma resumida haciendo hincapié únicamente en lo esencial, se forma la prueba cargosa medular que contiene el fallo.

La defensa trata de refutar su credibilidad acercando una serie de argumentos que se pueden sintetizar de esta manera: a) R.C. se encontraba absolutamente ebrio al momento de los hechos –según la defensa, esto fue reconocido por el propio testigo al explicar que estuvo tomando alcohol durante toda la tarde hasta el momento del hecho-, lo cual provocó –conforme a sus dichos, según lo alega el defensor- que no recordara acabadamente cómo sucedieron los acontecimientos; b) el testimonio de R. se encuentra desvirtuado por la declaración de P.G. B.– alegando la defensa que éste detalló que se encontraba en el interior de la vivienda de C., junto al mismo, en el momento preciso en el que se escuchó el estruendo del disparo del arma de fuego; por lo que él ni el propio C. presenciaron dicha situación- y la de M.J.A. -quien manifestó que C. le confesó personalmente que lo iba a hundir a B., en virtud de diversos inconvenientes que existían entre ambos-; c) R.M.P. mintió porque dijo que vio el disparo en compañía de C. –lo cual dice que es falso, remitiendo a los dichos de B.- y porque del informe de autopsia emerge que el disparo fue producido a una corta distancia, tal como lo ha explicado B. y al contrario de lo narrado por P. quien dijo que se produjo desde lejos y negando la existencia del forcejeo entre B. y L.

Ninguno de estos argumentos es idóneo para mutar la justicia de la decisión tomada por el Tribunal sentenciante.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En primer lugar, es dable poner en claro que, el hecho de que una persona (en este caso, R.C.) haya estado tomando alcohol durante varias horas, no necesariamente implica que esa persona haya padecido un significativo estado de ebriedad que le alterase su percepción o sus recuerdos; no hay que ahondar mucho sobre este tema, únicamente vale recordar que la ingesta alcohólica no siempre produce aquellos efectos, todo depende de la cantidad ingerida, de las circunstancias físicas de la persona como su peso, la capacidad de resistencia, etc. Lo cierto es que, pese a que el testigo reconoció que “...estaba tomado...”, que “...estaba tomando vino desde las cinco de la tarde...” y que también manifestó que “...no estaba en mis cabales...”, luego aclaró esta última expresión diciendo “...no estar en mis cabales no significó ver y escuchar [lo] que pasó y recordar lo que estoy diciendo ahora...” (cfr. por todo ello, las constancias que surgen del acta de debate a partir de fs. 23vta. y ss. del legajo); además, por un lado, la testigo R.M.P. declaró que “...R.[C.] estaba bien no estaba tomado...” (cfr. cuestión primera del veredicto, fs. 36vta. del legajo) y, por el otro, como acertadamente observara el Tribunal (ver fs. 48 del legajo), y aquí lo dirimente de la cuestión, resulta llamativo –si se me permite, hasta absurdo- que una persona en esas condiciones (los jueces se refieren al hecho de que A.M.A. –concubina de A. y madre de sus hijos- había dicho que R.C. “...estaba borracho y no se podía parar s[o]lo”) hubiere narrado en el debate los diálogos sostenidos, dar detalles de lo acontecido y luego de ello dirigirse a la propia casa de A. para decirle justamente que el que había disparado había sido R. (B.), lo cual la testigo se encargó muy bien de dejar en claro sin cuestionar en este aspecto el estado del testigo (agreguese aquí que su relato –con las circunstancias detalladas- fue conteste con lo referido por P. y por D.).

En segundo lugar, debo decir que, en manera alguna, el testimonio de R. C. se encuentra desvirtuado por los dichos de B., pues no se desprende del extracto de su declaración, obrante en la cuestión primera del veredicto, que en ese instante, R. C. también se encontraba en el interior de su vivienda –como al parecer sí lo estaba B.- ya que este último al mencionar que “volvió a salir al patio” no indica que lo hizo con R. C., como así tampoco, se expresa en forma plural (cfr. fs. 40vta. y 41 del legajo); así también lo entendió el Tribunal de grado cuando afirmó: “Resulta interesante señalar que la voluntad de quedarse en la calle y no reingresar a la casa por parte de R.C. surge claramente de los dichos de P.B. cuando le pidió ‘vayamos para adentro’, porque al parecer W. quería ‘quilombo’, pero al advertir R. que las dos personas, que a la postre resultaron C. y O., -el matrimonio que depuso en el juicio y conformó la versión- que procuraban llevar a L. a su casa[,] tenían inconvenientes para ello y hasta forcejearon con él y finalmente se les largó para volverse sobre sus pasos, R. se quedó junto a O.A., que estaba allí con su auto y su familia y O. también se retira advirtiéndolo ‘mejor yo también me voy, va a ser para quilombo’, en una actitud tan razonada como la de B. que se metió nuevamente en la casa, mientras que R. se quedó conversando con W. para que se fuera a cuidar a su nene, y lo convence diciéndole ‘tenés razón’...” (fs. 44vta./45). Por lo demás, P. declaró haber visto a R.C. y hasta mantuvo un diálogo con él (cfr. cuestión primera del veredicto, fs. 35vta. y ss.), mientras que éste también dijo haberla visto a aquella (según el resultado del careo realizado entre ambos durante la audiencia de debate; cfr. acta de debate y cuestión segunda del veredicto, fs. 28 y 48vta. respectivamente), lo que así sucedió; avala ello, el testimonio de D. (cfr. fs. 36vta. y ss.).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

Por otro lado, los dichos de M.J.A. (véase para su detalle, fs. 41 del legajo) no cambian el valor convictivo que el Tribunal asigna al testimonio de R.C.; ello es así, dado que la versión que éste cuenta –repito una vez más- se condice con la relatada por P. y por D., circunstancia que permite descartar que tuviera intención de perjudicar a cualquiera de los imputados. Además, R.C. expresó ser “vecino del barrio y amigo de ambos imputados”, conceptuando a B. “como un buen vecino” a pesar del inconveniente que una vez tuvo con éste; y, por último, quiero destacar que el Tribunal de mérito, quien lo tuvo a R.C. ante sus ojos, no percibió aquella animosidad alegada por la defensa dado que nada de ello se ha consignado en el fallo.

Finalmente, y en tercer lugar, B. no desmiente los dichos de P., puesto que, como dije, aquel no afirmó lo que la defensa dice que dijo (véase *supra* y valga lo anterior como fundamento para rechazar este argumento). Menos aún, existe contradicción entre el resultado de la pericia y el testimonio de aquella. En ningún pasaje de la transcripción de su testimonio que obra en la cuestión primera del veredicto (cfr. fs. 35vta. y ss.) surge que P. haya manifestado que B. le disparó a L. (o L.) desde lejos, por el contrario ella contó que “...cuando L. [o L.] recibió el disparo estaba en la esquina de Espejo, frente al auto y ya se iba para la casa pero miró para el auto cuando vi[o] que [é]ste paró. Que el auto se le arrimó a W...” (cuestión primera del veredicto, fs. 36vta.). Asimismo, y para despejar cualquier duda al respecto, la testigo manifestó que R.B. “...le tiró a quemarropa...” (cfr. acta de debate, fs. 24vta./25 del legajo y la cuestión primera del veredicto, fs. 36vta. ibíd.); repárese en que el *Diccionario de la Lengua Española* (Real Academia Española, vigésima segunda edición, 2001 [manejo la versión online habida en www.rae.es/drae]) define –en su primera acepción- al término “quemarropa” como “1. *loc. adv.* Dicho de disparar un arma de

fuego: Desde muy cerca”.

Mas la cosa no queda allí. Hubo otros testigos que declararon ciertas circunstancias percibidas a través de sus sentidos que permiten corroborar la versión brindada por R.C., P. y D. Paso a explicar.

G.V.C. y su marido D.A.A. fueron las dos personas que se encontraban junto a W.L. (o L.) antes de que éste se topara con R. C. y A. L. (o L.), según lo declararon C. y S., había estado tomando vino junto a S., luego aquel quiso irse a su casa y estos dos procedieron a acompañarlo. En el trayecto ambos vieron parte de la situación relatada por R.C. (recuérdese que éste dijo que estaba parado hablando con A. que se encontraba dentro del auto y que, en ese momento, aparece W., sumado a que también charló con este último, convenciéndolo de que se retire) y por R.M.P. (recuérdese que ésta también dijo que vio a R.C. hablando con A. en el auto y que pasó L. [o L.]), aclarando que trataron de llevárselo pero L. (o L.) se soltó y volvió, de ahí que ambos, esto es, tanto C. como A., se retiraron y escucharon posteriormente el disparo. En este sentido, C. declaró que “...llegaron hasta Richet antes de la calle Espejo y W. se quedó conversando con M. –R.C.- y había un auto parado [luego agregó que el auto era bordó], entonces le insistimos y lo llevamos a la esquina de Espejo pero él se soltó [recuérdese el forcejeo que relató R. C.] y la dicente [...] dobla y W. se vuelve corriendo y nosotros seguimos caminando hasta la casa de él (...) y desde ahí sentimos un disparo...”, agregando que “...M. [R. C.] estuvo conversando con el del auto y luego M. se retiró y fue a la puerta de su casa para conversar con W. [L. o L.]” (todo ello, aclaró que lo vio antes del hecho, desde la esquina, cuando W. se soltó); por su parte, A. dijo que fue “...en el trayecto [se refiere al momento en que, junto a su señora, acompañaban a W. a su casa] había dos muchachos que se ponen a conversar (...) y siguieron pero luego, en la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

esquina lo agarraron a W. pero él se volvió diciendo ‘ahora van a ver qui[é]nes son [é]stos?’ y su señora y [él] fueron a decirle a la señora de W. que vaya a buscarlo y en esas circunstancias escuchó un disparo...” (por todo, fs. 37vta. y ss. del legajo).

La defensa, por su parte, pretende agarrarse de estos dos testimonios para corroborar la versión de su asistido, haciendo hincapié – resumiendo la idea- en que L. (o L.) se encontraba ebrio y agresivo; el argumento no se impone. Ciertamente L. (o L.) se encontraba ebrio y algo alterado (esto fue declarado por varios testigos conforme surge de la cuestión primera del veredicto), mas eso pasó solamente al inicio, ya que luego, como se mostró, R.C. lo persuadió y logró convencerlo para que éste se retirara del lugar, siendo que, tanto aquel como P. y D. no sólo no hablaron de un forcejeo previo entre la víctima y B., sino que, por el contrario, contaron que L. (o L.) se estaba yendo cuando apareció su ejecutor y accionó la escopeta (cfr. la reseña de estos testimonios efectuada *supra*; para más detalles, véase la cuestión primera y segunda del veredicto).

Por otro lado, P.G.G.B. (alias “N”) también atestiguó que, cuando salía con R (C), vio a O (A) con el auto en el que iba con la señora y los nenes, saludándose porque se conocen, siendo que A detuvo el auto y charló un ratito con RC y con él (cfr. fs. 40vta. y ss. del legajo).

De todo ello se puede concluir en que las declaraciones de C, A y B, permiten reforzar la versión que dieron RC, P y D, en tanto que la secuencia del hecho que aquellos pudieron únicamente precisar, dado que parte de la misma no la pudieron apreciar con sus propios sentidos (los dos primeros porque siguieron caminando hasta la casa de L [o L] y el segundo porque se retiró del lugar, ya que no quería tener problema de algún tipo), es

concordante con lo relatado por los tres testigos claves de cargo (RC, P y D).

No se me escapa que hubo otras declaraciones que se presentaron en un sentido diverso a lo anterior (algunas más, otras menos); lo que la defensa –obviamente-pretende hacer valer en apoyo a las manifestaciones vertidas por su asistido. En este sentido, menciona el representante técnico los dichos del coimputado, de KA, de AMÁ, de CM, de AMJ y de JAV.

De manera preliminar, conviene dejar en claro que el *a quo* ha esgrimido acertadas y suficientes razones para descartar la versión de los hechos acercada por B. Éste contó –entre otras cosas- que L (o L) tenía un cuchillo en la mano derecha y que, con tal elemento, lo quiso cortar, lo que motivó que tuviera que dar un paso hacia atrás y, debido a ese movimiento, se le desplazó su mano al gatillo de la escopeta cambiando de posición la misma que quedó apuntada hacia arriba, produciéndose el disparo por accidente ya que él –en ningún momento- pretendió disparar.

Por un lado, bien recuerda el Tribunal de grado que no surgía, en manera alguna, de los testimonios prestados en la audiencia (por ende, sujeto al estricto control que posibilita la inmediación) por RC, MP, AD y GB, que la víctima WL (o L) hubiere detentado un cuchillo de especie alguna ni objeto similar (cfr. cuestión segunda del veredicto, fs. 43vta. del legajo).

Por el otro, continuando con el examen sobre la declaración de B, acierta el órgano jurisdiccional cuando razona de la siguiente manera: “Tal elemento [se refiere al supuesto cuchillo] es incorporado por B con la pretensa justificación de explicar que ante ello debió dar un paso atrás y que esto motivó que todo ocurriera merced aquel movimiento que ‘inventa’ por parte de la víctima y que resultaría ser, en su falaz explicación que le llevó mágicamente la mano al gatillo para que de manera consecuente se



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

modificara la posición de la escopeta y que fortuitamente se disparara para arriba la misma”; esto, no es más que un razonamiento apegado a las reglas de la lógica que gobiernan en la sana crítica racional. Asimismo, conforme también lo destacara el Tribunal de grado, aquello no se colige con la prueba habida en la causa; recuérdese que RC, P y D pudieron observar la secuencia de cuando L (o L) se estaba retirando del lugar y, allí, aparece B y le dispara con su escopeta, sin que ninguno de ellos mencionara la existencia de un forcejeo previo, sino todo lo contrario.

A su vez, B sostuvo que en ningún momento le vio sangre a la víctima, retirándose del lugar sin saber exactamente qué daño había causado con el disparo, lo que tampoco es cierto ya que las heridas causadas por los perdigones en la zona del cuello, sector derecho de la víctima, ocasionaron que emanara abundante sangre según surge de la prueba colectada (cfr. cuestión segunda del veredicto, fs. 44).

Tampoco resultaron creíbles para el Tribunal las declaraciones del coimputado A, quien básicamente dijo que le habían querido robar (refiriéndose a L [o L]) y que, por ello, fue a buscar a B, agregando, además, que no estuvo en la escena de los hechos cuando se produjo el disparo; por su parte, KA, la hija menor de edad del coimputado, habló también de que escuchó que un sujeto le gritaba a su padre “bajate que te quemo, hijo de puta, bajate que te mato” (se refiere a lo ocurrido con anterioridad a que su padre arrancara el auto y fuera para la casa de B).

Frente a ello, corresponde efectuar algunas consideraciones. Respecto de cuando dice que él no estuvo en la escena de los hechos, no es cierto atendiendo a lo declarado por RC, P y D (cfr. *supra* y sus declaraciones obrantes en la cuestión primera del veredicto); lo mismo vale en cuanto a su afirmación de que el sujeto tenía algo en la mano como ser

un cuchillo o un arma de fuego. La menor (testimonio que fuera incorporado por su lectura), a su turno, no precisó que el objeto que dice que vio en manos del sujeto (refiriéndose a L [o L]) sea un cuchillo o cualquier otra arma, simplemente dijo que tenía algo que con el reflejo de la luz brillaba (véase fs. 11/12 del presente legajo y la cuestión segunda del veredicto, especialmente la foja 45). En rigor de verdad, no existió ese cuchillo ni arma de tipo alguna en poder de la víctima, nada de ello se halló o se secuestró y, repito, el resto de los testigos declaró lo contrario.

Ciertamente el relato de A, tal como sostuvo el Tribunal, aparece inverosímil debido a su propia incongruencia; nótese que habló de un sujeto que corría y se tambaleaba al mismo tiempo; lo cierto es que el estado de ebriedad de L (o L) era notorio según lo notaran C y O (cfr. cuestión segunda del veredicto, fs. 44vta.).

Pero, más allá de todo ello, y sin perjuicio de que su situación se abordará con mayor detalle cuando se trate el recurso interpuesto en su favor, lo importante aquí es afirmar conjuntamente con el Tribunal que, si en algún momento existió un peligro potencial, ya había cesado al instante en que aquel y su familia se alejaron del lugar utilizando su automóvil (del que nunca se bajaron), pues como declararon RC, P y D, la víctima había sido persuadida por el primero de los testigos y se estaba retirando del lugar dirigiéndose hacia su casa; el resto del episodio, el resultado letal, no es nada más ni nada menos que la consecuencia de un ataque antijurídico de dos personas (entre ellas, B) hacia la víctima L (o L), al dispararle sin permiso alguno por parte del orden jurídico (cfr. fs. 45vta.).

En relación a AMÁ el Tribunal también se encargó de valorar dicho testimonio y ponderarlo a la luz de las reglas emanadas de la sana crítica. En este sentido, consideró su situación de concubina de A, lo que es



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

perfectamente válido dado que cuando se valoran testimonios, se debe evaluar su mayor o menor sinceridad, resultando adecuado ponderar ciertas circunstancias que influyen en el ánimo del testigo y que pueden hacerlo apartar consciente o inconscientemente de la verdad, como sucede con ciertas relaciones de familia, afecto, amistad, etc. (cfr. CAFFERATA NORES, José I. y HAIRABEDÍAN, Maximiliano, *La prueba en el proceso penal*, 6ta. ed., LexisNexis, Bs. As., 2008, p. 135); mas también hizo hincapié en que ella dijo que mientras fue dejada con sus hijos por su concubino en la casa de RB, tanto aquel como éste se fueron. Por lo demás, lo del cuchillo y el supuesto peligro que había existido ya fue aclarado.

Los dichos de CM no tuvieron el alcance que el defensor les asigna. En esta inteligencia, el *a quo* puso de relieve que aquella vio desde la ventana de su casa cuando A ingresa a la loza de la finca de RB, deja a su familia en la casa que está al fondo de la misma, habla con el segundo y luego regresa al auto, mientras que RB hizo lo propio toda vez que la testigo dijo que lo vio irse para la loza (cfr. cuestión segunda del veredicto, fs. 47vta./48). Se lee en los extractos de su testimonio que obran en la cuestión primera del veredicto, lo siguiente: "...vi[o] que por la esquina de Maquiavelo un auto bordó entra y queda bajo una loza de la casa de R –B-, estaba Mariela y las tres nenas con O –A- y se dirigen al fondo donde est[á] la vivienda de R y éste sale y hablan y se dirige hacia la calle. Que O agarra a la familia y la conduce a la vivienda de R, O acerca a la nena que le agarraba el pantalón y luego sale por Richet hacia Maquiavelo. Que R estaba en short y cree que no tenía remera y lo ve salir para la loza, O conducía el auto que lo saca marcha atrás dirigiéndose por Richet hacia Maquiavelo".

Tampoco el testimonio de la señora AMJ, esposa de B, resulta hábil para alterar la decisión del Tribunal. Ella no fue testigo del hecho y los pasajes de su declaración, que resalta el defensor en su recurso, no son más que el relato de ciertas circunstancias personales de su marido que, en miras al agravio sostenido por ese Ministerio, no tienen incidencia alguna; sí, como sucedió, puede que al momento de mensurar la pena sean tomadas en cuenta.

Desde esta perspectiva, resta analizar el testimonio de JAV. El Tribunal advirtió, gracias a la intermediación, que su declaración fue efectuada “a todas luces” con desgano y reticencia (cfr. cuestión segunda del veredicto, fs. 48vta. de este legajo). Resaltó el *a quo* que el auto que dicho testigo vio no lo relacionó con el de A que sí conocía como aclaró (un Renault 9 color bordó), pues el que apreció fue uno azul o bordó, no pudiendo precisar la marca ni el modelo, pero que no lo identificó con el de su vecino. Por lo tanto, concluyó el Tribunal que vio otro auto, desde que, además, relató una secuencia distinta al del momento del hecho; por ello, las personas que vio forcejear en una esquina, en tal caso, eran DA con L (o L) cuando quería llevarlo a su casa y éste no quería, mientras que la señora C se mantenía alerta a esta situación tirando para la casa de T y W, lo que pese a sus ingentes esfuerzos no logró. Asimismo el Tribunal recalcó que “[r]esulta extraño (...) que hubiere descripto a la distancia que dijo, de una cuadra, que de las personas que forcejeaban en la esquina de Espejo y Richet, un sujeto estaba sin remera y el otro tenía puesta una gorrita y una remera, tras lo cual vi[o] un fogonazo sin haber expresado si escuchó un ruido o sonido relacionado con el mismo. Y, como colofón dijo que con su familia se volvieron para atrás dejando en claro que se fueron para otro lado distinto al de la escena que narró...”; todo lo cual, llevó al Tribunal a indicar



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

que su testimonio se desvanecía frente al resto de los testimonios colectados que fueron todos en el mismo sentido incriminando sin hesitación alguna a los encausados, personas que estaban muy cerca del lugar del hecho y conocían a ambos imputados y dialogaron con ellos incluso después del hecho (por todo, cfr. fs. 48vta. y ss. de este legajo). El razonamiento es, pues, acertado, no sólo por lo apreciado a través de la inmediación (declaración efectuada con “desgano y reticencia”), sino también por la ubicación del testigo en relación al hecho (una cuadra y luego más al alejarse), la poca precisión de su relato en algunos puntos y, definitivamente, por el sentido contrario del resto de las declaraciones prestadas en el debate (especialmente de RC, P y D) contestes entre sí y circunstanciadamente acordes con detalles aportados por C, A y M.

En síntesis, la defensa armó su estrategia pretendiendo alegar un supuesto peligro potencial que se originara al inicio para A y su familia, ese “peligro” no era otro que un sujeto (la víctima) caminando ebrio y tambaleantemente por detrás del auto de aquel, y que si bien pudo proferir alguna frase desgraciada, que se explica por su propia ingesta alcohólica, la verdad es que A lo sorteó fácilmente al decidir arrancar el auto y retirarse del lugar junto a toda su familia; posteriormente, como se ha afirmado en la sentencia y lo he venido ratificando a lo largo del presente voto, quedó demostrado que –gracias a la intervención y persuasión de RC- W L (o L) recapacitó y procedió a hacer lo debido al dirigirse para su casa. Por ello es que, el resto del episodio, no aparece vinculado a lo anterior y, la única explicación posible que encuentra, es el deseo de venganza de A (tal como lo afirma el Tribunal en la cuestión segunda del veredicto) que fue a buscar a B, quien tomó su escopeta y ejecutó a la víctima disparándole en una zona vital de su cuerpo. El forcejeo, el cuchillo y que la víctima haya

intentado cortarlo a B cuando se le acercó y, por todo ello, la explicación de que a B se le escapa el tiro, no son más que acciones y circunstancias falaces, que quieren imponerse sobre la base de que L (o L) se encontraba ebrio y hasta –al principio- algo alterado, pero que se hayan completamente desvirtuadas por lo testimonios de RC, P y D, testigos que pudieron apreciar el momento en el que la víctima se dirigía hacia su casa y fuera interceptado por un vehículo Renault 9 bordó de donde bajó B y le disparó.

Respecto de la alegada falta de explicación del móvil del asesinato, debo afirmar que la cuestión carece de trascendencia para apoyar la queja que esgrime la defensa, en tanto que el artículo 79 del Código Penal no contiene como elemento típico ninguna referencia al móvil del homicidio, de suerte que una eventual duda sobre este aspecto no resulte decisiva en los términos de la ley de fondo; amén de lo dicho, parece que B optó por seguir el deseo de venganza de motivado, quizás, en su firme creencia de ser el referente barrial para la defensa de los vecinos, simplemente que en este caso no existió una situación que justificara su proceder. En esta inteligencia, he tenido oportunidad de afirmar que el aspecto volitivo del dolo implica el “querer” [*wollen*], como voluntad de realización de la conducta típica y no tiene que ver con los restantes motivos internos que hayan impulsado al sujeto a realizar su conducta (del precedente “Rojas Machuca”, TCP, sala V, c. 54.987, del 27/02/2013); de manera tal que, en el aspecto cuestionado (el dolo), y frente a la prueba recolectada, la averiguación certera del móvil no aparecía necesaria.

De modo que a partir de todo este *racconto*, en donde se resaltan los puntos más importantes de la sentencia aquí cuestionada, podemos afirmar con toda seguridad que los hechos acreditados en ella se encuentran respaldados por la prueba habida en el proceso; de allí que el dolo de matar



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

de B quedó evidenciado con total claridad, puesto que el forcejeo no existió, sino que mientras que la víctima se dirigía tranquilo a su casa fue acechado por un auto, del que se bajó B y le disparó con su escopeta. Entonces, más allá de la obviedad, debo decir que quien apunta y dispara un arma de grueso calibre (escopeta calibre 12/70) contra otra persona a corta distancia (véase autopsia obrante a fs. 13/18, especialmente la foja 17) y en una zona vital de su cuerpo (cfr. autopsia cit.) sabe de antemano que puede matarlo y, al hacerlo, exterioriza su voluntad en tal sentido; todo lo cual, sella –en este punto- la suerte del reclamo.

A tenor de lo razonado, la calificación del accionar de B es correcta; obviamente, el pedido subsidiario se rechaza por los motivos ya indicados.

IV. a. 2. Considero pertinente tratar en primer término la queja referida a la aplicación al caso del art. 41 bis del Código Penal, en tanto que, de confirmarse la decisión del órgano *a quo*, habrá que conocer en el planteo de inconstitucionalidad de la citada norma.

La agravante genérica contemplada por el artículo 41 bis, con basamento en el mayor “desvalor de injusto” que conlleva el empleo de un arma de fuego, ha sido correctamente aplicada (véase cuestión quinta del veredicto). Así lo ha entendido la Suprema Corte de esta provincia, en su carácter de intérprete último de la ley común (cfr. SCBA, P. 100.072, del 12/11/2008; P. 101.124, del 25/03/2009; P. 101.760, del 13/05/2009; P. 102.775, del 14/03/2012; en este sentido, véase también FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal. Parte Especial*, decimoséptima edición actualizada por Guillermo A. C. Ledesma, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2008, p. 28).

Dice, el citado artículo que: “Cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las

personas mediante el empleo de un arma de fuego la escala penal prevista para el delito de que se trate se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo, sin que ésta pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda.

”Este agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate”.

Ahora bien, una simple lectura de la disposición legal, nos permite concluir en que no existe óbice alguno en aplicar dicha agravante al tipo previsto por el artículo 79 del Código Penal, tal como fuera calificado el hecho; ello, dado que la violencia es inherente al homicidio doloso, sumado a que dicha norma (art. 79, C.P.) no entra en los casos exceptuados por el segundo párrafo del art. 41 bis del mismo cuerpo de leyes, en tanto no contempla entre sus elementos típicos la utilización de un arma de fuego como medio para lograr el resultado (en el caso, la muerte). Así, que el tipo del artículo 79 del Cód. Pen., no contemple en su descripción ningún medio para conseguir el resultado tipificado, basta para rechazar el argumento de que existe una doble desvalorización.

Precisamente, al defenderse en el Senado la sanción del art. 41 bis, el miembro informante dijo “Evidentemente, para este aumento de penas se han tenido en cuenta las estadísticas. Uno de los delitos fundamentales que se ha tenido en cuenta es el delito mayor, el delito de más disvalor en el Código Penal, relativo al derecho a la vida, ya que su contrapartida es, precisamente, el homicidio. Las estadísticas revelan que las denuncias de homicidio son acordes con las situaciones reales de homicidio. En los casos de delitos de robo o hurto, mucha gente no los denuncia a pesar de que se cometen. Pero en el delito de homicidio con armas de fuego, cuyas penas



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

se aumentan en esta ley, ocurre que la realidad se compadece con las denuncias que se efectúan. Tuvimos en cuenta una estadística sobre el tipo de armas que se utilizan. En 1995 el 28 por ciento de las armas que se empleaban para cometer delitos con violencia o intimidación eran revólver o pistola, y en el año '97 aumentó al 49 por ciento”, agregando más adelante que “El 95 por ciento de los homicidios y las muertes producidas en la Argentina son producidas por arma de fuego”; justificando también que el fundamento de la agravante reside en la "mayor contundencia" de las de ese tipo y el mayor poder de vulnerabilidad sobre las víctimas (por todo, versión taquigráfica de la 42ª Reunión - 15ª Sesión Ordinaria, del 9 de agosto de 2000).

Asimismo, el fundamento dado por el Tribunal –el mayor grado de injusto- es acertado y ninguno de los argumentos esgrimidos por el recurrente tiene entidad para mutar la decisión adoptada, en cuanto a la aplicación de la agravante prevista por el art. 41 bis del Cód. Pen. al hecho de marras.

En primer lugar, hay que aclarar que nada tiene que ver el principio de reserva con la queja que postula el impugnante, si recordamos que, en líneas generales, aquella regla de garantía implica que, el conjunto de actos internos, como así también los exteriorizados sin calidad pública, se hallan reservados al ámbito de decisión individual (cfr. sobre ello, MAGARIÑOS, Mario, *Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto. Una investigación acerca de los alcances del art. 19 de la Constitución Nacional*, 1era. ed., Ad-Hoc, Bs. As., 2008, p. 37). Descátese, pues, su alegada violación por la absoluta falta de relación, sea directa, sea eventual, con el núcleo del agravio.

Ahora bien, sin perjuicio de que el Superior Tribunal de esta provincia

ya ha tomado postura al respecto en el sentido indicado, quisiera hacer algunas precisiones más, sobre todo por la índole de uno de los argumentos que formula la defensa, esto es, que –siguiendo sus propias palabras- “...el tipo penal del art. 79 del C.P. es de resultado y, como tal, tiene un presupuesto de máxima que es ‘la muerte’, por lo que sostener en consecuencia que la agravante del art. 41 bis se aplica en virtud de un plus de protección al bien jurídico vida, afectado por el mayor poder vulnerante del medio, es introducir un concepto que ya se encuentra incluido en el tipo penal del art. 79 del C.P. y su aplicación importaría una agravación violatoria de la ‘prohibición de la doble desvalorización’”.

A mi modo de ver, esa forma de razonar esconde un postulado ya superado en la actualidad. Para ser claros, se hace hincapié solamente en el desvalor de resultado (la lesión o la puesta en peligro al bien jurídico) y, con ello, se vuelve a una concepción netamente objetiva del injusto, rechazada prácticamente por completo por la moderna dogmática penal.

Es sabido que la conocida tesis, propia del naturalismo, de que “todo lo objetivo corresponde al injusto y todo lo subjetivo a la culpabilidad” fue perdiendo terreno a partir del descubrimiento de especiales elementos subjetivos del injusto –por obra de Fischer, Hegler y Mezger- como una característica que presentaban ciertos tipos penales, por las primeras aproximaciones de Hellmuth von Weber colocando un injusto subjetivo junto al injusto objetivo, los aportes de Graf zu Dohna, culminando finalmente su ocaso con la noción de injusto personal del mal llamado finalismo de Welzel.

En esta inteligencia dijo, brillantemente, el fundador de la Escuela de Bonn que “Lo injusto no se agota en la causación del resultado (lesión del bien jurídico), desligada en su contenido de la persona del autor, sino que la acción es antijurídica sólo como obra de un autor determinado: el fin que el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

autor asignó al hecho, la actitud en que lo cometió, los deberes que lo obligaban a este respecto, todo esto determina de un modo decisivo lo injusto del hecho junto a la eventual lesión del bien jurídico. *La antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referido al autor, es injusto ‘personal’* (WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, traducción de la onceava edición alemana por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 4ta ed. en español, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2011 [reimpr.], § 11, II, 1, destacados en el original; el mismo, *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, traducción y notas por José Cerezo Mir, colección *Maestros del Derecho Penal* dirigida por Gonzalo D. Fernández, nº 4, Bdef, Bs. As., 2011 [4ta reimpr.], ps. 106 y ss.). De esta manera, la teoría del “ilícito personal” implicaba dejar de concebir al dolo y a la culpa como formas o elementos de la culpabilidad, siendo que a partir de aquella nueva formulación, el dolo del tipo constituye ahora requisito subjetivo del tipo de ilícito del delito doloso, así como la infracción del deber de cuidado, referida especialmente a la previsibilidad del resultado, concierne al tipo de lo ilícito del delito culposo (HIRSCH, Hans Joachim, *Derecho Penal. Obras Completas*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 14); los argumentos básicos (no es posible aquí efectuar más que un planteamiento general del tema a los fines explicativos) son conocidos, pues “Por un lado, la comprobación de que una dogmática dirigida unilateralmente al desvalor de resultado no acierta con la esencia de lo ilícito del delito. Tal dogmática conlleva una extensión del tipo carente de contornos y descuida el hecho de que las normas son prescripciones de comportamiento y su transgresión requiere, consecuentemente, un desvalor de la conducta. Por lo demás

debe mencionarse también el argumento referido a la tentativa: dado que en la tentativa el dolo del tipo pertenece al tipo de lo ilícito, como se ha reconocido hace mucho, no puede ser de otra manera en la consumación, ya que todo delito atraviesa hasta la consumación el estadio correspondiente a la tentativa. A ello debe agregarse que los tipos de muchos delitos no se diferencian en su aspecto objetivo, sino que la diferenciación sólo es posible por medio del dolo característico de cada uno; así por ejemplo la diferenciación de un homicidio, de unas lesiones con resultado de muerte y de un homicidio culposo” (HIRSCH, *ibíd.*).

Y a pesar de que Welzel supo desarrollar aquella idea a partir de su teoría final de la acción (mejor dicho teoría de la acción cibernética), ciertamente rechazada casi por completo en la actual dogmática alemana, su concepción personal del ilícito se ha impuesto ampliamente porque resulta independiente de la aceptación de la teoría de la acción “final”, desde que se deriva ya de la pertenencia del dolo y de los elementos subjetivos del tipo al tipo por razones de otra índole (algunas ya marcadas) que las de la teoría de la acción (cfr. ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, t. I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, traducción de la segunda edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, 2007 [reimpr.], § 10, nm 89 y las remisiones allí expuestas).

A partir de allí, si contemplamos al dolo típico y a los otros elementos subjetivos como componentes del tipo, entonces el injusto no se agota – como creía el naturalismo- en el desvalor de resultado, sino que la acción con su finalidad y sus otras cualidades y tendencias subjetivas, así como las ulteriores intenciones frecuentemente requeridas por algunos tipos penales, también constituyen el injusto (cfr. ROXIN, *ob. cit.*, § 10, nm 88).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Por ello, “[s]egún la concepción actual, la realización del tipo presupone en todo caso y sin excepción tanto un desvalor de la acción como un desvalor de resultado. Es verdad que la configuración del desvalor de la acción puede ser diferente según la forma, requerida en cada caso concreto, de dolo o de imprudencia, de tendencia y de cualidad de la acción, y que también el desvalor del resultado se configura de modo distinto en la consumación o en la tentativa, en la lesión o en la puesta en peligro; pero el injusto consiste siempre en una unión de ambos, pues incluso en los llamados delitos de mera actividad (...), existe un resultado externo, aunque el mismo es inseparable de la acción” (ROXIN, ob. cit., íd. anterior).

De tal manera, alejados, por un lado, de la vieja concepción del injusto postulada por los partidarios de la estructura clásica del delito y del subjetivismo iniciado por Armin Kaufmann y agudizado por su discípulo Zielinski, por el otro, la concepción actualmente dominante –a la cual adhiero- considera la norma en la que se basa el injusto como imperativo, como norma de determinación, que se dirige a la voluntad humana y le dice al individuo lo que debe hacer y dejar de hacer y, al mismo tiempo, pone también en la base del injusto una norma de valoración, en cuanto que la realización antijurídica del tipo se desapueba por el Derecho como algo que no debe ser; según todo ello, mientras que la infracción contra la norma de determinación fundamenta el desvalor de la acción y se agota en el mismo, la norma de valoración también abarca adicionalmente el resultado (por todo, cfr. ROXIN, ob. cit., § 10, nm 93).

Tal es mi visión de la estructura del injusto, a lo que debo agregar que –a mi juicio- el desvalor de acción de los delitos dolosos no se circunscribe a un mero desvalor de intención puramente subjetivo, pues el concepto de desvalor de acción abarca una unidad de características

objetivas y subjetivas; de modo que, ya acercándonos a la respuesta final, resulta claro que pertenecen también a aquél el modo y la forma de ejecución de los tipos (en este sentido, ROXIN, ob. cit., § 10, nm 101, justamente pone el ejemplo del empleo de armas; JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. de la 5ta. ed. alemana por Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, § 24, III, 3; HIRSCH, *Derecho Penal. Obras Completas...* cit., t. III, 2007, ps. 257/258, especialmente punto “V. 4”; entre otros).

Sobre estas bases, aparece claro el hecho de que la agravante contemplada por el art. 41 bis del Cód. Pen., es perfectamente aplicable al tipo del art. 79 del mismo cuerpo legal, en tanto la modalidad de la acción - el empleo de un arma de fuego- conlleva un mayor peligro desde el punto de vista *ex ante* para la producción del resultado delictivo; dicho en otras palabras, al emplear un objeto de ese estilo, aumenta la probabilidad de conseguir la muerte que se quiere lograr, ya por la mayor capacidad de alcance y poder de vulneración que ostentan las armas de fuego en relación a cualquier otro objeto. Luego, ello implica un mayor desvalor de acción y, por ende, un injusto más grave, lo que justifica el aumento de su escala penal.

Argumenta, el Defensor de esta sede, que la disposición contemplada en el art. 41 bis es contraria al principio de legalidad, precisamente a su corolario “*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*”; considera, además, que su falta de precisión implica una delegación de facultades legislativas a la agencia judicial. Todo lo cual, lo lleva a introducir una cuestión federal compleja directa, al entender que la citada disposición legal resulta contraria a los arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 15.1 del Pacto



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 11 y 25 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires.

Que es doctrina de la Corte Federal la que afirma “Que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptible de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico (Fallos: 302:1149; 303:1708, entre muchos otros); por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados (confr. Fallos: 315:923).” (CSJN, L. 172. XXXI., “Lavandera de Rissi, Silvia c/ Instituto Provincial de la Vivienda); y por ello también ha señalado que “En efecto, según ha sostenido reiteradamente esta Corte, el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente de qué manera ésta contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen, y debe probar, además, que ello ocurre en el caso concreto (Fallos: 307:1656 y 310:211, entre otros).” (CSJN, D. 161. XXXI. “Distribuidora Química S. A. c/ Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables –P.E.N.– y Provincia de Buenos Aires s/ amparo ley 16.986”, destacado en el original).

Dicho planteo, en los términos en que fuera realizado, es palmariamente insuficiente e improcedente. Los argumentos se limitan a indicar una mera discrepancia o desacuerdo con la técnica legislativa empleada que, criticable o no, pareciera que no le compete a este poder efectuar juicios de valor sobre la misma; los jueces no son creadores de leyes, para eso está el Congreso o las legislaturas provinciales, sólo pueden

interferir, como guardianes de la Constitución y de la jerarquía normativa establecida por su artículo 31, en aquellos casos en donde –luego de realizado el máximo esfuerzo- se advierta la inexistencia de –al menos- un camino que propicie una hermenéutica ajustada, de cualesquiera de las disposición legales habidas en nuestro derecho positivo, al bloque de constitucionalidad. En rigor de verdad, cada uno puede tener su opinión personal acerca de la buena o mala técnica legislativa empleada al sancionar la mentada disposición, pero de eso no se deriva que este poder, abuse de la herramienta que con el mayor de los cuidados debe emplear el juzgador, cual es el control de constitucionalidad de las normas, para entrometerse en las funciones inherentes al Poder Legislativo (ciertamente aquí sí habría una especie de usurpación de funciones ilegítima en un Estado de Derecho).

En modo alguno, considero que la agravante del art. 41 bis del Código Penal violente el principio de “lex certa”, como mandato dirigido al legislador al tipificar las conductas y sus consecuencias jurídicas; ello, en la medida de que se advierte claramente que la aplicación de dicha agravante se halla circunscripta a un grupo reducido de casos que aparecen cognoscibles desde la propia estructura normativa. En este sentido, fácil es advertir que ella procede en aquellos delitos dolosos que se cometan mediante violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego, salvo que dicha circunstancia ya esté contemplada – como elemento constitutivo o calificante- por el tipo correspondiente; de manera que, verificar y valorar la concurrencia de tales circunstancias, no es nada más ni nada menos que propio de la actividad del órgano judicial. Distinto sería –por ejemplo- que se diga: “se aplicará a todos los tipos que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

protejan bienes jurídicos medianamente valiosos”; aquí el intérprete no tendría una base sólida sobre la cual pudiera apoyar su valoración.

Desde este enfoque, Bacigalupo con acierto sostiene que “La teoría admite también como compatible con el principio de legalidad un cierto grado de generalización del texto legal; no es necesario, para dar cumplimiento a la exigencia de determinación legal, que la ley se mantenga en un casuismo estricto. Sin embargo, el grado de generalización admisible reconoce límites a partir del momento en que la disposición legal se convierte en una cláusula general. La generalización se torna, por tanto, inadmisibles cuando ya no permite al ciudadano conocer qué está prohibido y qué está permitido. Tal es el caso de una disposición que dijera: ‘El que culpablemente infringe los principios del orden social democrático o socialista o comunista será sancionado’. De esta manera, ‘ni el ciudadano puede saber lo que debe hacer u omitir, ni el juez puede reconocer lo que debe sancionar’” (BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, 2da. ed. totalmente renovada y ampliada [reimpr], Hammurabi, Bs. As., 2007, § 20, n° 243, las citas pertenecen a WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4ª ed., Göttingen, 1961, p. 15).

Igual alcance concede la doctrina alemana al mandato de determinación, al decir: “La exigencia de la temprana Ilustración, de que el juez no podía ser nada más que la ‘boca de la ley’ (Montesquieu), que, por tanto, tenía que poder decidir aún cualquier caso límite sin una valoración propia, es considerada actualmente, con razón, como metodológicamente ingenua. Ya por razones de teoría del lenguaje la punibilidad no puede estar ‘determinada’ en el sentido de que cualquier juez, al juzgar en Derecho cualquier conducta, tendría que llegar necesariamente a la misma consecuencia. Pues el Derecho no dispone, como sí la matemática, de un

lenguaje artificial formalizado, sino que –más allá de muchos conceptos jurídicos técnicos- depende en sustancia del empleo del lenguaje natural. Pero sus conceptos están definidos sólo por el uso del lenguaje, y, por ello, nunca están definidos con límites tajantes, de modo que al juez le queda cierto ámbito de interpretación, por la naturaleza de la cosa, en cualquier regulación legal”; agregando “En correspondencia con ello, jurisprudencia y doctrina actualmente parten de la base, en general, de que el mandato de determinación no se contrapone a que en la descripción de la conducta punible sean empleados ‘conceptos que requieran interpretación’. Debido a la necesidad de regular la ‘multiplicidad de la vida’ mediante normas abstractas se considera admisible incluso emplear conceptos que ‘requieren interpretación del juez en especial medida’. Según esto, sólo entra en consideración una lesión al mandato de determinación, cuando la ley define únicamente mediante un juicio negativo de valor la conducta conminada con pena y deja librado al juez la decisión de si la conducta a juzgar por él merece ese juicio de valor y, entonces, es merecedora de pena o no. Un ejemplo especialmente extremo de una técnica legislativa tal fue el tipo de transgresión del grave desorden público (§ 360, I, n.º 11, 2.ª variante, StGB, ant. red.), derogado en 1975, que describía la conducta sujeta a pena únicamente con las palabras ‘quien cometa un desorden público grave’” (por todo, FRISTER, Helmut, *Derecho Penal. Parte general*, trad. de la 4ta. ed. alemana de Marcelo A. Sancinetti, hammurabi, Bs. As., 2011, ps. 94/95).

De allí que, llevado a un extremo el planteo de la defensa, habría que invalidar a los tipos culposos, o a aquellos que contemplan en su seno elementos necesitados de una valoración jurídica. Es claro, pues, que esto no es ni debe ser así; mientras que la ley propicie los criterios que permitieran deducir el elemento de la infracción de que se trate –y la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

consecuencia jurídica- el “*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*”, como corolario del principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional), se encuentra absolutamente resguardado.

Sirvan dichos argumentos para desechar, a su vez, la alegada delegación –ilegítima- de funciones legislativas; recuérdese bien que, “valorar” e “interpretar”, dentro de un marco legislativamente preestablecido en los términos mencionados, es propio de la tarea del juzgador.

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el agravio federal formulado por el Defensor de esta sede.

IV. a. 3. Finalmente, critica el proceso de mensuración de la pena llevado a cabo por el órgano de grado. He de adelantar que propiciaré el rechazo de este agravio.

Sobre esta materia, tuve la oportunidad de explicar que: “Antiguamente, se entendía que la decisión acerca de la medida de la pena era una facultad sujeta al dominio exclusivo de los jueces de mérito, exenta de cualquier tipo de control; hoy en día, sin embargo, esta concepción se ha modificado, admitiéndose su supervisión por vía del Tribunal revisor. Esta idea se debe a un cambio de paradigma, la individualización de la pena no es ya concebida como el producto de la discrecionalidad del juzgador, sino que aquella constituye, nada más ni nada menos, que aplicación del Derecho; precisamente, un repaso por nuestra legislación, nos conduce a verificar que los artículos 40 y 41 del C.P. se encargan de fijar pautas generales, con el objeto de limitar el arbitrio del juzgador.

”Por ello, es que la individualización de la pena constituye un acto de ponderación que debe estar acompañado de su debida fundamentación, efectuado sobre la base de determinadas circunstancias debidamente acreditadas y valoradas. De manera que, ni se pueden convalidar

decisiones caprichosas basadas en la voluntad subjetiva de los jueces, como tampoco se pueden avalar resoluciones apoyadas en una apreciación absurda de las pruebas habidas en la causa. Es una manda constitucional (art. 171, Const. de la pcia. de Bs. As.), recogida por la ley ritual (art. 106, CPP) y derivada de la forma republicana de gobierno (art. 1, Const. Nac.), el que todos los pronunciamientos jurisdiccionales deben estar adecuadamente fundamentados, sustentados en el texto expreso de la ley con apego a las circunstancias comprobadas en la causa; esto, por supuesto, rige también en este ámbito.

"Ahora bien, sin perjuicio de lo antedicho, ciertamente aquella actividad no puede ser sometida a un control absoluto, dado las propias particularidades que el proceso de mensuración de la pena presenta. Veamos.

"Si hay algo que no se halla prácticamente controvertido en esta materia, es que el ilícito culpable constituye la base ineludible del proceso de individualización de la pena, lo que aparece respetuoso del principio constitucional del hecho. Así, siendo el ilícito y la culpabilidad conceptos graduables, el primer problema aparece en la justa transmutación del injusto y la culpabilidad en magnitudes penales, lo que lleva a afirmar que este tipo de decisiones tiene –en cierta manera- un componente individual que no es totalmente accesible a un control racional, aunque sí limitado normativamente por el marco punitivo establecido por el legislador.

"Además, surge otro inconveniente a partir de cómo juegan los fines preventivos de la pena frente al proceso concreto de individualización. Esto se ve claramente con las teorías desarrolladas en el extranjero (así, *die Spielraumtheorie*, *die Punkstrafetheorie*, *die Stellenwertheorie*) bajo el pretendido objetivo de coordinar la idea de compensación y los fines



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

preventivos de la pena; véase lo que sucede justamente con la primera de ellas (teoría del ámbito de juego), prácticamente dominante en Alemania, a través de la cual se afirma que es posible establecer un ‘marco de culpabilidad’ cuyos límites están constituidos por un mínimo ‘ya’ adecuado y un máximo ‘todavía’ adecuado a ella y que, a partir de allí, dentro del marco establecido hay un ‘ámbito de juego’ donde la pena debe ser fijada teniendo en cuenta los fines preventivos. Lo cierto es que, más allá de todo ello, la cuantía de la pena no puede superar el límite fijado por la justa retribución del injusto y de la culpabilidad, pues el principio de culpabilidad cumple también una función limitadora de aquella.

”Todo esto demuestra que existe verdaderamente un ámbito donde no es posible ingresar. De manera que, en principio, el control casatorio se circunscribe básicamente a examinar si la cuantía del monto seleccionado resulta sumamente desproporcionado de acuerdo a la gravedad del injusto, o si excede la medida de la culpabilidad por el acto, como así también, esta vía deviene idónea para corregir errores en la valoración de cualquier circunstancia que permitiera incidir en el juicio de mensuración; todo lo cual exige una motivación adecuada que permita el control pertinente” (por todo, mi voto en c. 54.864, reg. 26, del 18/12/12).

Desde esta perspectiva, adelanto que el agravio no puede prosperar.

Preliminarmente, corresponde aclararle al defensor que no es función de los jueces efectuar disquisiciones dogmáticas cuando el caso no se lo pide, para eso está la doctrina. Es más que obvio, tal como surge de la cita, que la pena impuesta a partir de consideraciones preventivas, no puede exceder la medida de la culpabilidad pues ésta constituye un límite infranqueable; allí reside la conciliación de la denominada antinomia de los fines de la pena que puede darse en casos en que la gravedad de la

culpabilidad, por un lado, y las expectativas resocializadoras, por el otro, recomienden penas diferenciadas.

Lo importante es, pues, que el Tribunal utilice parámetros correctos – a la luz de lo dispuesto por los arts. 40 y 41 del C.P. y de su correcta hermenéutica- para mensurar la pena justa y que ésta no exceda – repito- la medida de la culpabilidad, circunstancia que bien puede advertir este Tribunal, a partir de una marcada desproporción de la sanción en relación al ilícito culpable reprochado.

Sin embargo, nada de ello ha sucedido en el presente. En efecto, a partir de la calificación legal correctamente asignada (arts. 79 y 41 bis del C.P.), la escala en abstracto oscila entre los diez (10) años y ocho (8) meses y treinta y tres (33) años y cuatro (4) meses de prisión; de allí que se extrae como consecuencia, que la pena impuesta, resulta sobradamente menor al término medio –apenas un año y cuatro meses por sobre el mínimo- de la escala fijada por el legislador y aplicable al caso concreto. A su vez, de esa circunstancia, se deduce la implicancia que han tenido las atenuantes valoradas; no se pierda de vista, que la base de la graduación la constituye la gravedad del ilícito culpable (la que se extrae del resto del pronunciamiento, específicamente de las dos primeras cuestiones del veredicto) y, en este sentido, no se olvide tampoco el rol efectivo asumido y desempeñado por B. Asimismo, el principio constitucional de acto, en tanto evita la injerencia estatal sobre las acciones humanas no exteriorizadas, se encuentra perfectamente en armonía con el fallo; los pasajes formulados en este sentido por la defensa, no son más que conjeturas carentes de vinculación con nuestro caso.

Sobre la base de ello, y de las consideraciones apuntadas en las cuestiones cuarta y quinta del veredicto, es preciso concluir que el fallo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

aparece, en este aspecto, motivado y que, la pena impuesta, resulta adecuada a los parámetros ya indicados.

IV. b. Los agravios formulados por la defensa técnica de A (Dr. Racanelli)

Recordemos que el señor defensor particular alega la falta de fundamentación de la sentencia, específicamente se refiere a que no se ha podido demostrar la participación directa o indirecta de OA en el hecho e indirectamente, además, ataca la calificación sobre la base de aquel argumento. Todo lo demás, esto es, lo que esgrime al inicio del acápite “III” de su presentación (verb. violación al debido proceso, al principio de imparcialidad, al contradictorio, etc.), con algún agregado que efectúa en el acápite “IV” (verb. desconocimiento de los “principios” de defensa en juicio y beneficio de la duda), no es más que un conjunto de afirmaciones que tienden a presentar su idea y a magnificar su argumento; claro que, como se mostrará a continuación, sin éxito alguno.

A mi juicio, sucedió precisamente todo lo contrario a lo alegado, pues no se advierte violación o desconocimiento a garantía constitucional alguna, tal como afirma el recurrente sin realizar una argumentación sólida. La verdad es que el resultado del debate permitió comprobar que A intervino en el evento disvalioso conjuntamente con B. El fallo exhibe, pues, un razonamiento correcto, ajustado a las reglas de la sana crítica, en tanto los jueces integrantes del Tribunal sentenciante han valorado adecuadamente la prueba habida en la causa y, a partir de ella, dieron sobradas razones para justificar la conclusión a la cual arribaron (cfr. todo el desarrollo realizado en la cuestión primera y segunda del veredicto); luego, el fallo cumple acabadamente con el imperativo que emana del art. 171 de la

Constitución de nuestra provincia, recogido por la ley ritual en su art. 106.

Poco queda por decir, a tenor de que prácticamente se ha adelantado la respuesta al tratar la situación del coprocesado. Sólo cabe recordar que RC, P y D –cfr. el detalle mostrado párrafos atrás- afirmaron de manera conteste y contundente ante el Tribunal de mérito que A fue hasta la casa de B -quien tomó su escopeta cargada- y juntos se dirigieron en su automóvil –conducido por el propio A- hacia el lugar donde estaba la víctima (que se estaba retirando, siguiendo el consejo propiciado por RC), arrojando aquel (me refiero a A) el vehículo cerca de este último, y hasta encerrándolo -según se aprecia del testimonio de D-, siendo que en ese instante bajó B y le disparó con su escopeta.

El caudal probatorio de cargo es contundente y, en manera alguna, se ha desoído la regla del *in dubio pro reo*. Ergo, los argumentos esbozados por la Defensa no pueden prosperar.

Sobre los cuestionamientos acerca de la idoneidad del testigo RC, como así también -invocando equivocadamente la declaración de B- su alegada falta de presencia en el hecho, cabe remitirse a lo dicho anteriormente. Lo mismo vale para la declaración de Á que el defensor pretende imponer.

Respecto de P, no surge en los extractos de su declaración obrantes en la cuestión primera del veredicto (cfr. fs. 35vta. y ss.), como así tampoco se ha dejado constancia alguna en el acta de debate (cfr. fs. 24vta. y ss.), que aquella haya dicho que “llegó casi a ponerse en el medio de los contendores B y L [o L], tomándolo del brazo a B al momento que éste iba a disparar a una distancia de tres metros del occiso”. En rigor de verdad, el defensor circunscribe erróneamente los dichos de la testigo, pues lo que ella manifestó efectivamente fue “Que la dicente le dijo a R ‘¿]qué hiciste?’ y lo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

agarró del brazo cuando se acercó ya que estaba a tres metros, que le tiró a quemarropa, le destrozó la garganta y lo tuvieron que cubrir con la remera” (véase cuestión primera del veredicto, fs. 36vta. del legajo); de suerte que, aparece claramente evidenciado, que P relata –en ese extracto- su reacción frente a B luego de consumado el homicidio y cuando se alude a que “estaba a tres metros” se refiere a la ubicación de B –repito luego de consumado el ilícito- respecto de ella y no, como erróneamente alega la defensa, a la distancia habida entre el ejecutor (B) y la víctima al momento de dispararle (sirva ello para descartar la contradicción con la pericia y sùmesele lo dicho *supra* al tratar los agravios del defensor del coimputado).

Acerca del alcance que han tenido los testimonios de M, AÁ, MJA y JAV, remito al análisis que efectuara en oportunidad de abordar el recurso interpuesto en favor del coimputado; valga ello también respecto de las declaraciones de ambos imputados.

De manera que, podemos afirmar -sin lugar a dudas- que se ha acreditado fehacientemente que A intervino efectivamente en el hecho ilícito y que la conducta disvaliosa que se le imputa es el haber ido a buscar a B (quien tomó un arma), conducirlo con su vehículo al lugar donde se hallaba L (o L), para que aquel, con su escopeta, pudiera dispararle y matarlo; lo que así, lamentablemente, sucedió. Luego, A debe responder como coautor del ilícito tal como se afirmara en la sentencia.

Tengo dicho que en la coautoría el macroconcepto del dominio del hecho se manifiesta a través de un “dominio funcional”, pues en estos casos cada individuo domina el acontecer global conjuntamente con los demás, es decir, que éstos sólo pueden actuar conjuntamente, teniendo cada uno de ellos en sus manos el destino del hecho global (cfr. para más detalles mi voto en causa 54.738, reg. 27, del 18/12/2012 y la cita allí expuesta).

Dije, también en aquella oportunidad, que “...para que haya coautoría es necesario que exista una división de roles, materializada a través de un acuerdo que puede ser expreso como tácito (o mediante un actuar concluyente), en donde cada interviniente tenga a su cargo la ejecución de una función decisiva para la realización del hecho proyectado (...); de ahí que “...la coautoría presenta dos exigencias, una de carácter subjetivo, la otra de carácter objetivo. Por la primera, los sujetos se vinculan a través de una resolución conjunta, un acuerdo de voluntades donde aquellos pactan libremente la realización del hecho y en donde cada uno asume una función esencial e independiente; de modo que, al decir de Jescheck/Weigend (...), dicha resolución delictiva es la abrazadera que conecta las piezas individuales del todo. Pero con ello sólo no basta, en la medida en que –por lo general- dicho acuerdo también existe entre autor y cómplice, sino que, para calificar a un interviniente como coautor, su aportación al hecho debe representar un requisito de carácter indispensable para la realización del resultado pretendido; de tal manera que sin su contribución la empresa criminal fracasa, pues únicamente si coopera ‘funciona’ el plan” (por todo, mi voto en causa 54.738 cit.).

Por ello, tal como lo recordara en el precedente citado, bien decía Welzel que cada uno no es un mero autor de una parte sino un coautor (*Mit-Täter*) en la totalidad (véase la cita respectiva en la causa mencionada).

De la recordada doctrina, se desprende el fundamento que justifica la coautoría de Alarcón en el ilícito que se le imputa. Efectivamente, existió un acuerdo entre A y B para lograr el resultado acaecido, esto se desprende del actuar concluyente en miras a que el primero fue a buscar al segundo quien tomó la escopeta, para ir juntos a la búsqueda de su objetivo; a su vez, resulta evidente que –en orden al plan pactado- cada uno de ellos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

asumió –tácitamente- una función esencial para la realización del plan, pues A condujo a B con su vehículo, logrando interceptar rápidamente a L (o L), se acercó a él, prácticamente le impidió su huida al cruzarle el auto (véase el testimonio de D obrante en la cuestión primera del veredicto) y B, por su parte, fue quien lo ejecutó de un escopetazo. De allí que, acuerdo ilícito mediante y a falta de exceso de uno de los integrantes, se cargan a la cuenta de ambos las recíprocas contribuciones causales; el resultado, pues, es obra libre de A y B.

En consecuencia, la calificación legal –en los términos del art. 79 y 41 bis del Código Penal- luce, también en este caso, acertada.

IV. c. Conclusiones finales

En síntesis, podemos concluir que la valoración conjunta de todos los elementos de cargo efectuada por el Tribunal de mérito, ha permitido corroborar todos los extremos de las imputaciones realizadas a A y a B (especialmente lo que viene discutido) con la certeza requerida para pronunciamientos de esta naturaleza y el camino lógico que han recorrido los juzgadores para arribar a la decisión final, se ajusta a las exigencias de la sana crítica racional; asimismo, el ilícito reprochado ha sido calificado en sus justos términos (art. 79 y 41 bis del Cód. Pen.) y la pena impuesta luce, por demás, ajustada a derecho.

En consecuencia, voto por la **negativa**.

A la **misma cuestión** planteada, el señor Juez doctor **Celesia** dijo:

Adhiero al voto del doctor Ordoqui, en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la **segunda cuestión** planteada el señor Juez doctor **Ordoqui**

dijo:

Atento al resultado arrojado por la cuestión precedente, propongo a mi colega rechazar los recursos de casación presentados en favor de OSEA (fs. 61/79vta. de este legajo) y de ROB (fs. 12/23 del legajo acumulado n° 55.630); sin costas, en orden a lo dispuesto por el art. 531 del CPP.

Así lo voto.

A la **misma cuestión** planteada, el señor Juez doctor **Celesia** dijo:

Adhiero al voto del doctor Ordoqui, en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, la Sala V del Tribunal

R E S U E L V E

I. Rechazar los recursos de casación presentados **en favor de OSEA** (fs. 61/79vta. de este legajo) **y de ROB** (fs. 12/23 del legajo acumulado n° 55.630); **sin costas**, en orden a lo dispuesto por el art. 531 del CPP.

II. Ténganse presentes las reservas del caso federal efectuadas a fs. 105 de este legajo y 23 del acumulado n° 55.630 (art. 14, ley 48).

Arts. 8, n° 2, *h*, de la Convención americana sobre derechos humanos; 14, n° 5, del Pacto internacional de derechos civiles y políticos; 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 40, 41, 41 bis, 45, 79, del Código Penal; 210, 373, 530, 531 y concordantes del Código Procesal Penal.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

FDO.: JORGE HUGO CELESIA – MARTÍN MANUEL ORDOQUI
Ante mí: Virginia Fontanarrosa