

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 26 de octubre de 2016, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Kogan, Negri, Pettigiani, Hitters**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa P. 121.642, "Arrién Suárez, Agustín Omar. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y nulidad en causa n° 45.415 del Tribunal de Casación Penal, Sala I".

A N T E C E D E N T E S

La Sala Primera del Tribunal de Casación Penal, mediante el pronunciamiento dictado el 11 de septiembre de dos mil trece, rechazó el recurso de la especialidad interpuesto por la defensa particular de Agustín Omar Arrién Suárez contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal n° 5 del Departamento Judicial La Plata que lo condenó -por mayoría- a la pena de veinticuatro años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con abuso sexual con acceso carnal (fs. 174/183 vta.).

El señor defensor particular con el patrocinio letrado, articuló recursos extraordinarios de nulidad e

inaplicabilidad de ley (fs. 197/222), los que fueron concedidos por esta Corte (fs. 238/241).

Oído el señor Subprocurador General a fs. 243/250, dictada la providencia de autos (fs. 251) y hallándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte decidió plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S

1ª. ¿Es fundado el recurso extraordinario de nulidad interpuesto?

2ª. ¿Lo es el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley también deducido?

V O T A C I Ó N

A la primera cuestión planteada, la señora Jueza doctora Kogan dijo:

1. El señor defensor esgrimió tres agravios.

a. En primer lugar, denunció que la sentencia atacada resulta nula en tanto "no contó con el voto de todos los integrantes del Tribunal tal como lo exige el art. 168 de la Constitución Provincial" (fs. 203).

Manifestó que al fallo "le falta el voto y la firma del Dr. Natiello, integrante del Tribunal y de la reunión de acuerdo ordinario realizada para resolver la presente causa". Aclaró que no se está en presencia de los supuestos del art. 415 y 451 del Código Procesal Penal "en tanto en el acuerdo se reunieron los tres integrantes de la

Sala tal como dice el propio fallo que se impugna". A todo evento, y sin perjuicio de su inaplicabilidad al caso, dejó planteada la inconstitucionalidad del citado art. 451 (fs. cit.).

Concluyó sosteniendo que la nulidad se agrava cuando la sentencia dice haber sido dictada en el año "mil trece", circunstancia ésta que, a su entender, le quita seriedad y es vulnerante de la disposición constitucional provincial que exige que los tribunales de justicia resuelvan "en la forma y plazos" que exigen las leyes procesales (fs. 203/204).

b. En segundo término, alegó la "falta de tratamiento del agravio referido a la descripción de la materialidad ilícita como lesiones mientras se condenaba por homicidio" (fs. 204). Indicó que el **a quo** "en forma absurda aludió a la eventual violación del principio de congruencia procesal entre acusación y sentencia, lo que no fue planteado de manera alguna en el recurso de casación" (fs. 204 vta.).

c. Finalmente, en el tercer embate, planteó la nulidad por falta de tratamiento de la mayoría de las cuestiones esenciales que fueron planteadas.

Adujo que el decisorio del tribunal intermedio omitió tratar "cuestiones esenciales que hacían al déficit y la arbitrariedad de la sentencia en la prueba de la

materialidad ilícita relativa al cuerpo del delito de abuso sexual" (fs. 205). Aludió al derecho a la doble instancia.

Explicó que el fallo se limitó "a enumerar una serie de probanzas cargosas a las que terminó dándole un valor convictivo consecuente con la certeza en orden al principio de inmediación de los jueces en la recepción de la testimonial" (fs. 205 vta.).

2. Coincido con lo dictaminado por el señor Subprocurador General -v. fs. 243/245-, pues estimo que el recurso debe ser desestimado.

3.a. En lo que respecta al primer planteo, cabe indicar que, en mi opinión, se trató de un error material. En efecto, si bien al inicio del fallo casatorio se hace mención a los tres jueces que por entonces componían la Sala Primera del Tribunal de Casación Penal, doctores Piombo, Sal LLargués y Natiello, lo cierto es que seguidamente dice que "practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debe observarse el orden siguiente: **PIOMBO - SAL LLARGUÉS** (art. 451 in fine del CPP)" -v. fs. 174, la negrita es del original-.

De todos modos, cabe indicar que por vía de principio, cuando se trata de Tribunales colegiados sus miembros deben dar su voto de modo individual en todas las cuestiones esenciales a decidir, debiendo concurrir mayoría de opiniones acerca de cada una de ellas. En esto consiste

el estándar ideal de una sentencia válida (art. 168, Constitución provincial).

No obstante, esta cláusula constitucional no puede entenderse despojada de matices. Respecto del Tribunal de Casación, el art. 451 **in fine** del Código Procesal Penal, según ley 13.812 -norma aplicada en el pronunciamiento en crisis; v. fs. cit.-, establece que "el recurso podrá ser resuelto por dos de los jueces de la Sala interviniente. En caso de disidencia, corresponderá la integración con un tercer miembro". Así, demarca los supuestos en que, de un modo razonable (art. 28, C.N.), las sentencias pueden resultar válidas a pesar de que uno de sus miembros no haya concurrido con su voto al fallo, siempre que la decisión se hubiere conformado con la participación de los otros dos magistrados. De tal modo, dicho órgano se encuentra habilitado a sentenciar con la concurrencia de dos de sus miembros salvo en caso de disidencia en el que corresponde la intervención del tercero.

En esta misma línea, resulta oportuno traer a colación que en la actualidad, a raíz de las reformas introducidas por la ley 14.295 (B.O., 8/IX/2011), entre otras cuestiones, se modificó la constitución del Tribunal de Casación (el art. 2 de la ley 11.982 establece que dicho órgano jurisdiccional estará integrado y funcionará con una

Presidencia y doce Salas de dos miembros cada una) y se reformó el art. 451 **in fine** del Código Procesal Penal que quedó redactado de la siguiente manera: "el recurso será resuelto por los dos (2) jueces de la Sala interviniente. En caso de disidencia corresponderá la intervención de tercer miembro". Es decir, con la actual redacción de esta última norma, por regla, los fallos y resoluciones que se dicten serán pronunciados válidamente por los dos miembros que integran cada una de las Salas, debiendo intervenir un tercer miembro en casos de disidencia.

En definitiva, la integración de las Salas por sólo dos miembros -ya sea según la anterior redacción del art. 451 **in fine** del Código Procesal Penal (conf. texto ley 13.812) o conforme la actual (conf. texto ley 14.295)- satisface la manda constitucional del art. 168 de la Constitución provincial y, en este aspecto, los argumentos de la defensa resultan ineficaces para descalificar aquel precepto legal.

Por otra parte, tampoco se evidencia de las constancias de autos, ni se ha invocado, que se hubiere prescindido deliberadamente de dar intervención al tercer componente del Tribunal o no se hubieren respetado las elementales reglas que gobiernan el sistema de deliberación de los jueces en acuerdo, supuestos que podrían transgredir principios fundamentales inherentes a una adecuada

administración de justicia, la garantía de defensa en juicio o el debido proceso -art. 18 de la Constitución nacional- (conf. doctrina C.S.J.N., Fallos 223:486 y 233:17 y sentencia del 18/XI/1986 **in re** "Iglesias, Herminio y Corti, Osvaldo s/nulidad de resolución del Consejo Nacional del Partido Justicialista", consid. 4 del voto de la mayoría y consid. 11 del voto del señor Juez doctor Petracchi, respectivamente).

Con todo, cabe recordar que esta Corte ha establecido desde antiguo (P. 43.921, sent. del 10/VII/1992 y P. 71.225, sent. del 12/III/2003; entre muchas otras), que resulta válida la sentencia que ha sido dictada sin disidencia por dos jueces sin que se advierta que los integrantes del tribunal hayan omitido pronunciarse del modo establecido en el texto constitucional, pues en tal caso existió acuerdo, voto individual y concurrió mayoría de opiniones (doct. P. 35.198, sent. del 18/VIII/1987, en "Acuerdos y Sentencias", 1987/III/352; P. 43.921, sent. del 10/VII/1992 en "D.J.B.A.", t. 143, pág. 163; P. 98.948, sent. del 17/XII/2008; P. 101.324 ya cit.; entre muchas otras).

Responde a un mero error material la circunstancia de que al inicio del fallo se inserte como fecha de su dictado el once de septiembre del año mil trece -que la parte intenta magnificar-, y no implica atisbo de

infracción a la Constitución local, a la luz de las constancias anteriores y posteriores a su dictado -en especial la fecha de registro de la sentencia-.

b. Los dos restantes planteos, en los cuales la defensa invoca la falta de tratamiento del agravio referido a la descripción de la materialidad ilícita como lesiones mientras se condenaba por homicidio, y a la prueba del cuerpo del delito de abuso sexual, tampoco son de recibo.

En efecto, esta Corte ha sostenido que la preterición a que se refiere el art. 168 de la Carta local ocurre cuando el juzgador ha excluido el tema por descuido, pero no cuando la materia se encuentra desplazada por el razonamiento expuesto en el pronunciamiento (Ac. 90.240, resol. del 4/II/2004; Ac. 100.703, resol. del 5/III/2008; P. 103.884, resol. del 29/XII/2009; P. 103.050, resol. del 30/III/2010; P. 115.905, resol. del 25/IV/2012; P. 118.841, resol. del 14/II/2013; P. 108.944, resol. del 13/III/2013; P. 113.257, resol. del 8/V/2013; P. 114.645, resol. del 14/VIII/2013; P. 116.539, resol. 11/IX/2013; P. 116.886, resol. del 9/X/2013; P. 117.620, resol. del 6/XI/2013; P. 117.166, resol. del 4/XII/2013; P. 117.163, resol. del 5/III/2014; P.118.609, resol. del 9/IV/2014; P. 118.888, resol. del 28/V/2014; P. 117.196, resol. del 18/VI/2014; P. 118.256, resol. del 25/VI/2014; entre otros).

En el caso, la solución adoptada por el órgano

recurrido, contrariamente a la tesis sustentada por la parte en su queja, tuvo por debidamente acreditado el acaecimiento del evento en reproche que se le atribuyó en calidad de autor al imputado, a tenor del plexo probatorio reunido que se ocupó de consignar.

Si lo que el recurrente pretende es traer a examen el acierto o profundidad de lo decidido por el órgano revisor, corresponde expresar que ello es ajeno al remedio extraordinario incoado y propio de la vía prevista en el art. 494 del Código Procesal Penal (conf. Ac. 103.664, resol. del 8/X/2008; P. 101.920, resol. del 28/X/2009; P. 107.137, resol. del 2/VI/2010; P. 110.072, resol. del 18/IV/2011).

Lo expuesto, sin perjuicio de las respuesta que se darán en la cuestión siguiente referidas a las mismas temáticas que aquí se plantean.

4. En consecuencia, la sentencia cumple con la exigencia constitucional que imponen los arts. 168 y 171 de la Constitución provincial para dotar de validez a una sentencia definitiva.

Voto por la **negativa**.

Los señores jueces doctores **Negri, Pettigiani e Hitters**, por los mismos fundamentos de la señora Jueza doctora Kogan, votaron la primera cuestión también por la **negativa**.

A la segunda cuestión planteada, la señora Jueza doctora Kogan dijo:

1. El recurrente trae a conocimiento de esta Corte cuatro agravios.

a. En primer lugar, denunció "la violación de la doctrina derivada del Fallo 'Casal' y del principio supralegal de la doble instancia" y señaló que el Tribunal de Casación "limitó la revisión del fallo a un examen de sus presupuestos argumentales, omitiendo llevar a cabo una nueva valoración de los hechos y de las pruebas" (fs. 211).

Luego de aludir a distintas cuestiones probatorias, destacó que la decisión que se recurre se limitó a "hacer apreciaciones *genéricas* (y equivocadas, por cierto) acerca de la extensión de la doctrina del caso 'Casal' de la CSJN, y a remarcar la fuerza de la inmediación en la apreciación de la testifical, sin hacer ningún esfuerzo en demostrar que, a los fines de llevar adelante la concreta revisión que se solicitaba, existiera un obstáculo tal que impidiera contestar los agravios expuestos" (fs. 213 vta./214).

b. En segundo término se ocupó de la **"arbitrariedad del decisorio en orden al establecimiento del delito de abuso sexual"** y argumentó que deviene arbitrario condenar por abuso sexual sin una pericia legalmente producida con todas las formalidades de ley

pero, más aún, cuando los testimonios médicos -que no fueron contestes como aduce el fallo que se critica- y menos todavía trasuntaban "absoluta credibilidad" como les atribuyó también el fallo impugnado "fueron producidos por médicos que o bien eran amigos (Baglivo y Gorbeña) o bien tenían una relación laboral con la víctima" (todos los demás menos Schlair; fs. 215 vta./216).

c. En tercer lugar, se refirió a la inaplicabilidad de la agravante del art. 41 bis del Código Penal al delito de homicidio (fs. 220). Adujo que "si el dolo del homicidio o lesiones de ese estilo persigue la afectación de la vida o la integridad física de las personas carece de sentido relevar el peligro que -en la emergencia- se ha concretado en la concreta lesión del bien jurídico" (fs. cit.).

d. Finalmente -en el cuarto planteo- expuso que el fallo, teniendo en cuenta la orfandad probatoria de la causa en orden al delito de abuso sexual conculcó el principio **in dubio pro reo**, en la medida en que "ante un estado objetivo o de 'circunstancias de duda', en cuanto a la relación de Arrién con la violación, lo descartó desconociéndolo, afirmando para ello la convicción basada en los testimonios rendidos en base a la inmediación -que el Tribunal de Casación jamás puede afirmar- y en base al estado 'subjetivo' de falta de duda del Tribunal de juicio"

(fs. 220 vta.).

Hizo hincapié en los informes médicos, y señaló que "no hay seguridad de que no haya existido sexo consentido por la víctima con otra persona con anterioridad al homicidio, no hay seguridad de la identidad del semen hallado en la vagina y ano de la víctima" (fs. 221).

2. Coincidió con lo dictaminado por la Procuración General en que el recurso debe ser rechazado -v. fs. 245/250-.

3. Inicialmente cabe indicar que los reclamos que la defensa trae en el presente recurso, en especial los reseñados en los puntos b, c, y d -v. fs. 210/221 vta.- resultan ser una reedición de los ya llevados a conocimiento del Tribunal de Casación -v. fs. 140/151 vta.-, y no es el mero hecho de la reedición en sí, sino porque la parte se ha desentendido palmaria y absolutamente de la decisión del Tribunal recurrido, omitiendo así hacerse cargo de lo entonces resuelto -v. fs. 174/183 vta.-, lo cual traduce una técnica inidónea para demostrar que la decisión controvertida conlleve alguna de las situaciones denunciadas que tiña su condición de acto jurisdiccional válido, y conduce, sin más, a la desestimación del recurso intentado (arg. art. 494, C.P.P.).

4.a. La defensa de Arrién, en primer lugar, denunció la violación de la doctrina derivada del

precedente "Casal" de la Corte nacional.

Veamos. El Tribunal de Casación dio respuesta a la totalidad de los planteos llevados por el recurrente a su conocimiento.

En efecto, en primer término abordó el planteo defensorista referido a que se había descripto la materialidad ilícita de lesiones, mientras se calificó el hecho como homicidio -v. fs. 176 vta./179-; de seguido dio tratamiento al embate vinculado con la acreditación de la materialidad ilícita de abuso sexual y la denuncia de violación al principio del **in dubio pro reo** -v. fs. 179/181 vta.-; para finalmente referirse a la aplicación del art. 41 bis al delito de homicidio -v. fs. 181 vta.-.

De lo dicho hasta aquí, se colige que el tribunal intermedio desplegó su competencia revisora sin mallas formales desnaturalizadoras, abordó los argumentos defensoristas -tal como fuera expresado en el recurso- y los descartó.

En consecuencia, la vía recursiva fue declarada admisible y los reclamos de la asistencia técnica -aunque desestimados- fueron examinados sin cortapisas rituales frustratorias de ninguna índole, habiéndose proporcionando las razones por las cuales se asumía tal temperamento decisorio por lo que no se advierte la restricción cognoscitiva denunciada por el recurrente a tenor de la

jurisprudencia que cita.

El impugnante se limita a describir distintas cuestiones probatorias y a manifestar que el juzgador se limitó a hacer apreciaciones equivocadas, lo cual sólo deja entrever una opinión discrepante a la sostenida en el fallo, lo que devela la insuficiencia del planteo y en modo alguno evidencia la restricción cognoscitiva alegada a tenor de la doctrina y jurisprudencia que cita (C.S.J.N., **in re "Casal"** Fallos 328:3399).

b. Tampoco prospera el segundo embate, vinculado con la acreditación del delito de abuso sexual.

Ante igual reclamo, indicó el Tribunal de Casación, luego de realizar distintas referencias al precedente "Casal" de la Corte federal, que "[l]os elementos valorables en esta instancia demuestran que el juzgador de grado ha decidido -y lo proclamo- sin visos de absurdo o de error grave, manifiesto o grosero, que posibilite la apertura de las compuertas de esta sede" (fs. 180).

Señaló que no podían soslayarse "los numerosos testimonios brindados, concordantes en tanto las lesiones que presentara la víctima -desgarro anal de 1,5 centímetros, fs. 107 vta., vide Dr. Baglivo- de ninguna manera podrían haber sido fruto de una relación sexual consentida, teniendo presente además que el borramiento o

pérdida de los pliegues anales sólo es por violencia (testimonio de los Dres. De Souza e Sá y Maffei, fs. 109). Fue explicado en demasía por los facultativos -ni bien ingresada la persona atacada en coma al nosocomio- otorgaron preeminencia a la preservación de la vida de la misma, que corría serios riesgos, debido ello al gravísimo estado en que arribó, habiendo hecho la paciente una braquicardia cuando intentaban llevar a cabo el hisopado y examen genital (fs. 66 vta. y 107 vta., con el testimonio de la Dra. Fernández, médico de policía). Hay más: las lesiones a nivel anal y perianal pudieron ser constatadas a simple vista cuando estaban desvistiendo a la paciente. De ello dio cuenta la Dra. Baldín (fs. 64), al igual que el Dr. Baglivo (fs. 107 vta.), la Dra. Gorbeña (fs. 108) y el enfermero especialista en pacientes críticos o emergencias, señor Alonso que se manifiesta en este sentido a fs. 108 vta." (fs 180/180 vta.).

Dijo además, que "sin perjuicio que la defensa haya pretendido alegar por la invalidez del testimonio rendido en el debate por la Dra. Baldín, ello no pone ni quita rey. La congerie de testimonios que se mencionan dan por tierra con la pretensa exclusión del mismo, toda vez que las conclusiones meritadas por el a quo han descansado en las contestes afirmaciones de varios profesionales consultados", a lo que agregó que "todos estos testimonios

trasuntan absoluta credibilidad, lo cuál -más allá de la directa toma de razón en la inmediatez de la oralidad efectuada por el tribunal de grado-, es posible de clara apreciación ahora, en este sitial revisor" (fs. 180 vta./181).

Sostuvo así que "[l]a suma de indicios conduce a afirmar que no hay infracción a los arts. 210 y 373 de ritual en el proceso de apreciación de la probatoria. Y esto porque, emergentes de las testificales que no fueron vacilantes, ambiguas o imprecisas, los connotados indicios transmiten fuerza de convicción en la medida que reúnen las cualidades de graves, precisos y concordantes" (fs. 181).

Finalizó, en cuanto a la regla del art. 1 del Código Procesal Penal -**in dubio pro reo**- invocada por la parte que "la operatividad de la mencionada norma queda liminarmente descartada en cuanto se verifica que ningún estado de duda embargó el ánimo del órgano jurisdiccional sentenciante" (fs. cit.).

Conforme lo decidido, el quejoso, más allá de expresar su oposición a la actividad valorativa tenida en vista o, por el contrario, desconsiderada por el juzgador, no demuestra que lo decidido sea fruto de la mera voluntad de los jueces o se asiente en premisas falsas, indefectiblemente inconducentes o inconciliables con la lógica y la experiencia. En definitiva, no pone en

evidencia que la sentencia padezca de algún vicio que desde la óptica de la pretoriana jurisprudencia del máximo Tribunal federal, encasille en el elenco de supuestos que quedan incluidos en el amplio catálogo de la arbitrariedad denunciada.

No está demás recordar que "el objeto de la doctrina de la arbitrariedad no es corregir en tercera instancia fallos equivocados, sino cubrir los defectos graves de fundamentación o razonamiento que tornen ilusorio el derecho de defensa y conduzcan a la frustración del derecho federal invocado" (C.S.J.N., Fallos 310:234); extremos que no han sido puestos de manifiesto en el fallo cuestionado.

A la luz de las pruebas reproducidas, las expresiones defensasistas resultan ser sólo una opinión discrepante y por ende ineficaz para conmover lo decidido y demostrar los vicios denunciados (conf. P. 101.193, sent. del 2/V/2009; P. 95.796, sent. del 16/IX/2009; P. 106.080, sent. del 2/XII/2009; P. 103.603, resol. del 9/XII/2009; P. 106.496, sent. del 14/IV/2010; P. 109.162, resol. del 25/VIII/2010; P. 111.841, resol. del 3/XI/2010; P. 110.955, resol. del 9/XII/2010; P. 110.235, sent. del 22/XII/2010; P. 104.036, sent. del 11/V/2011; P. 109.453, sent. del 17/VIII/2011; P. 105.807 y P. 109.507, ambas resols. del 12/X/2011; P. 110.405, resol. del 15/VIII/2012; P. 111.360,

resol. del 19/IX/2012; P. 107.889 resol. del 10/X/2012; P. 108.669, sent. del 31/X/2012; P. 111.949, sent. del 24/IV/2013; P. 110.328, sent. del 22/V/2013; P. 111.869, sent. del 29/V/2013; P. 140.029, resol. del 12/VI/2013; P. 114.264, resol. del 3/VII/2013; P. 113.327, resol. del 7/VIII/2013; P. 114.590, resol. del 4/IX/2013; P. 112.443, resol. del 30/X/2013; P. 111.927, resol. del 20/XI/2013; entre otras).

En cuanto al principio **in dubio pro reo** -también alegado por la defensa respecto al delito de violación, bajo el argumento de la orfandad probatoria; v. agravio d-, en atención a su eventual raigambre federal, cabe señalar que el reclamo se encuentra desprovisto de desarrollos argumentales que le den sustento. Tiene dicho esta Corte que, si bien la sentencia de condena sólo puede ser el resultado de un convencimiento que esté más allá de toda duda razonable acerca de la responsabilidad del encausado por un hecho punible, no basta la invocación de cualquier versión contrapuesta sobre la fijación de los hechos para objetar el análisis de la prueba a tenor del principio **favor rei**, si no es posible poner en evidencia que el análisis razonado y detenido de toda la prueba en conjunto impide alcanzar ese grado de convencimiento, de modo de habilitar a cuestionar esa certeza subjetiva. Nada de ello el recurrente ha logrado aquí demostrar, de manera que

justifique sortear el límite establecido por el art. 494 del Código Procesal Penal (P. 103.093, resol. del 14/VII/2010; P. 112.761, resol. del 19/IX/2012; P. 112.573, resol. del 19/XII/2012; P. 113.417, resol. del 10/IV/2013; P. 115.269, resol. del 27/XI/2013; e/o).

En definitiva, no logra evidenciar la existencia de un estado de duda presente en el ánimo del juzgador, que hubiere imposibilitado arribar a un pronunciamiento condenatorio.

c. Finalmente, tampoco progresa el agravio vinculado con la inaplicabilidad de la agravante del art. 41 bis del Código Penal al delito de homicidio.

En respuesta a análogo embate indicó el juzgador que "merced al Plenario pronunciado el 22/04/2013 [...] aparece acrisolada la postulación que respalda su aplicabilidad al caso. Por otra parte, piénsese que como se trata de una regla genérica en su aplicación que más allá de ser o no reclamada, aparece, siempre en grado de amenaza legal, junto a las normas sustantivas que definen el ilícito" (fs. 181 vta.).

El impugnante no se ha ocupado de rebatir en nada lo reproducido precedentemente, más allá de la reedición supra señalada (art. 495, C.P.P. y su doct.).

De todos modos, es doctrina legal de esta Corte que la agravante contenida en el art. 41 bis del Código Penal es

aplicable al delito de homicidio (conf. P. 102.647, sent. del 19/VIII/2009; P. 110.202, sent. del 27/IV/2011; P. 109.090, sent. del 17/VIII/2011 y P. 110.556, sent. del 21/XII/2011; entre muchos otros).

En efecto, a la luz de los antecedentes parlamentarios resulta claro que la figura del art. 79 del Código Penal, fue especialmente considerada para la aplicación de la citada norma, justificada en la mayor contundencia y poder de vulnerabilidad sobre las víctimas de las armas de fuego.

El art. 41 bis en su primer párrafo consagra una regla general, regulatoria de su aplicación del siguiente modo: "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 del que se trate se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo, sin que esta pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda". De seguido, establece una excepción en su segundo párrafo al señalar que "no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificador del delito de que se trate".

Establecido lo anterior, es evidente que al comparar los elementos que integran la figura prevista en el art. 79 del Código Penal, desde la óptica del sistema de regla

general y excepción propio del art. 41 bis, la cláusula de exclusión no rige en este caso, pues el ilícito contra la vida en su figura básica -del que trata el caso- no contempla ningún modo comisivo específico. Por ello los planteos de la defensa al respecto no pueden prosperar.

En consecuencia, debe confirmarse su aplicación al presente caso.

Voto por la **negativa**.

Los señores jueces doctores **Negri, Pettigiani e Hitters**, por los mismos fundamentos de la señora Jueza doctora Kogan, votaron la segunda cuestión también por la **negativa**.

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, de conformidad con lo dictaminado por la Procuración General, se resuelve:

1. Rechazar los recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley; con costas (art. 496 y conchs. del C.P.P.).

2. Regular los honorarios de los doctores Juan José Losinno y Carlos A. Irisarri en la suma de pesos ... a cada uno (art. 31, decreto ley 8904/1977), en ambos casos, con más el 10% de ley 10.268.

Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

HILDA KOGAN

HECTOR NEGRI

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

JUAN CARLOS HITTERS

R. DANIEL MARTINEZ ASTORINO

Secretario