

ACUERDO

En la ciudad de Ushuaia, Capital de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 14 días del mes de junio de 2018, se reúnen en Acuerdo ordinario los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, Jueces Javier Darío Muchnik, Carlos Gonzalo Sagastume y María del Carmen Battaini, para dictar pronunciamiento en el recurso de casación interpuesto en los autos caratulados **“CALDERÓN, Roberto Raúl s/ Homicidio agravado”**, expte. n° 439/2017 STJ-SP.

ANTECEDENTES

1.- Con fecha 29 de mayo de 2017, el Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte, condenó a Roberto Raúl Calderón a la pena de dieciséis (16) años de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado (arts. 79 y 41 bis del C.P.), por el hecho cometido en la ciudad de Río Grande, el 17 de junio de 2016, en perjuicio de Sergio Alberto Quiroz (sentencia de fs. 1306/1333, parte dispositiva, punto I).

2.- A fs. 1339/1361 la defensa interpuso recurso de casación.

En primer lugar, alega la errónea y arbitraria valoración de la prueba tenida en cuenta para arribar a un pronunciamiento condenatorio.

En otro orden, cuestiona la calificación legal escogida por la mayoría del tribunal. Entiende que no corresponde en el caso de autos aplicar la agravante prevista en el art. 41 bis del Código Penal.

Por último, solicita se fije audiencia de ampliación oral de los fundamentos vertidos en su remedio recursivo, hace reserva del caso federal y formula su petitorio (fs. 1360/1361).

3.- A fs. 1367/vta. el Tribunal concedió el recurso interpuesto.

Radicadas las actuaciones ante este Estrado, atento el pedido formulado por la defensa en su presentación recursiva –fs. 1360-, se fijó audiencia de ampliación oral de los fundamentos esgrimidos en su remedio casatorio, la que se llevó conforme surge del acta obrante a fs. 1422.

Corrida la vista al titular del Ministerio Público Fiscal, a fs. 1423/1426 vta. el Sr. Fiscal ante este Estrado propició se rechace el recurso impetrado.

Llamados los Autos al Acuerdo (fs. 1427), la causa se encuentra en estado de ser resuelta, de conformidad al sorteo realizado a fs. 1430.

VOTO DEL JUEZ JAVIER DARÍO MUCHNIK:

1.- A fs. 1306/1333, el Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte condenó a Roberto Raúl Calderón a la pena de dieciséis (16) años de prisión, accesorias legales y costas, como autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado (art. 79 y 41 bis del C.P.).

Ello en virtud de tener por debidamente acreditado que *“...Roberto Raúl Calderón mató a Sergio Alberto Quiroz, utilizando un arma de fuego con la que le efectuó un disparo a larga distancia y le asestó una bala en la zona posterior de la cabeza, en la nuca, el 17 de junio de 2016 alrededor de las 3:30, en el espacio existente entre el sector de la vereda y la entrada del edificio ubicado*

en la calle Goytisolo n° 592 de esta ciudad, y que a las 15:40 falleció en el Hospital Regional de Río Grande, por la hipertensión endocraneana generada por la hemorragia cerebral que la lesión causó...” (fs. 1318 vta./1319).

En cuanto a la calificación legal, el Dr. Varela -que votó en primer término- sostuvo que en el caso de autos no resulta de aplicación la agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal: *“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”*.

Sustancialmente, afirmó que dicho agravante se encuentra previsto en el art. 41 del mismo cuerpo legal, cuando hace referencia a los medios empleados para ejecutar el acto ilícito. Por ende, la aplicación de la agravante genérica del art. 41 bis implicaría una doble valoración de dicho extremo (fs. 1327 vta.).

Por su parte, los Dres. Bramati y López mantuvieron una opinión discordante sobre dicha cuestión. En tal sentido, el primero de los magistrados señaló que la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios del Senado, al analizar el proyecto de reforma del código penal que derivó en la incorporación de la agravante genérica, argumentó que el incremento de las penas para los delitos cometidos con armas tenía como fin que la vida y la integridad física estén más protegidas y que el bien jurídico que se tutela es la vida (fs. 1331).

Señaló también que en el ámbito parlamentario prevaleció la postura según la cual, los casos de homicidio debían ser abarcados por la agravante en cuestión (fs. 1331 vta.).

Consideró además que la agravante no es inconstitucional, cuestión que no fue observada así siquiera por la defensa.

Cabe aclarar que en su voto, no consideró el uso de arma en cuestión como agravante a tenor de lo previsto por el art. 41 del C.P.

Por su parte, el Dr. Eduardo López adhirió al voto del Dr. Varela a excepción de la calificación legal, suscribiendo en tal aspecto a la ponencia del Dr. Bramati (fs. 1332 vta.).

Sin perjuicio del diferente encuadre jurídico tenido en cuenta por los integrantes del Tribunal de Juicio, todos coincidieron en el *quantum* punitivo.

2.- A fs. 1339/1361, el Sr. Defensor Particular, Dr. Juan H. Ladereche interpuso recurso de casación.

Los agravios esbozados por la defensa pueden ser resumidos de la siguiente manera: por un lado, controvierte el análisis valorativo llevado a cabo por el *a quo* en virtud del cual consideró acreditados los hechos atribuidos y la autoría en cabeza de su pupilo procesal.

En otro orden, manifiesta su disconformidad con la subsunción legal adoptada en la sentencia condenatoria, por entender que no se dan en el caso los extremos previstos por el art. 41 bis del Código Penal para agravar la figura del homicidio simple (art. 79 del C.P.). En cuanto a los fundamentos para sustentar dicha afirmación, remitió a los vertidos por el Dr. Varela en su voto.

Conforme se desprende del acta de fs. 1422, se llevó a cabo la audiencia peticionada por la parte interesada. En dicho acto procesal, la defensa repasó los argumentos esgrimidos en el recurso de casación, principalmente hizo mención a los cuestionamientos relacionados con las declaraciones testimoniales –principalmente respecto a los dichos de Vallejos Roth- y las intervenciones telefónicas. Además, solicitó se aplique en el presente caso el beneficio de la duda a favor de su pupilo procesal.

3.- El primero de los planteos presentados por la parte, remite al examen de la tarea axiológica llevada a cabo por el Tribunal de Juicio, en cuanto tuvo por acreditada la responsabilidad penal de Calderón.

En estos supuestos, ha dicho este Estrado que su competencia radica en controlar que la motivación de la sentencia del juez o tribunal de mérito corresponda o constituya una derivación razonada del derecho vigente con relación a las circunstancias reales y comprobadas de la causa; la validez de las pruebas de que se sirve el sentenciante; la omisión en la consideración de alguna prueba decisiva que hubiera sido legalmente incorporada a la causa y cuya apreciación conduzca a variar el sentido de la decisión final; que sus conclusiones respondan a las reglas del recto entendimiento humano; y que esa motivación resulte bien emitida con ajuste a las formas prescriptas. Así se ha dicho en los autos *“Rojas, Juan Pablo s/ Hurto de automotor”* -expte. n° 532/02 SR, sentencia del 05.02.2003, registrada en el Libro IX, folios 22/33-; entre muchos otros.

Este examen debe ser amplio, de forma tal de dar plena vigencia a la garantía de la doble instancia consagrada por el artículo 8, párrafo 2º, apartado ‘h’, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado por la

Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1966), ambos incorporados a nuestro universo constitucional por el artículo 75, inciso 22° (ver, por todos, *“Romero, Paulo Lorenzo s/ Apremios ilegales y privación ilegítima de la libertad agravada reiterada”* -expte. n° 795/04 SR del 20.04.2005, Libro XI, f° 222/233- y sus citas). El análisis también debe ser integral, con el objeto de no incurrir en un remedio procesal meramente formal que infrinja la esencia misma del derecho a recurrir el fallo condenatorio (conf. doctr. de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *“Herrera Ulloa vs. Costa Rica”* del 02.07.2004) (según se dijo en *“Fernández, Roberto Marcelo s/ Homicidio en gdo. de tentativa agravado por uso de arma de fuego”* -expte. n° 753/04 SR del 03.02.2005, Libro XI, f° 23/32- y *“Danchow, Rubén Esteban s/ Quebrantamiento de pena”* -expte. n° 941/06 SR del 24.10.2006, Libro XII, f° 703/717-; entre otros).

Estos conceptos han sido corroborados y ampliados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido fallo *“Casal”* del 20.09.2005 (*Fallos*, 328:3399).

4.- El *a quo* tuvo por acreditada la materialidad del hecho a partir del informe policial de fs. 1 y las declaraciones prestadas por los vecinos del lugar, quienes llamaron a la autoridad policial al observar una persona tendida en el piso e inmovilizada y tras escuchar algunos de ellos previamente una detonación similar a la de un arma de fuego (fs. 1319).

Al arribar el personal policial al lugar, Quiroz se encontraba aún con vida, por tal motivo fue trasladado al nosocomio local, en el que se pudo constatar la existencia de un orificio de entrada producto de un disparo de arma de fuego, con el proyectil en su interior. Estos extremos fueron acreditados a partir de la intervención de los médicos del hospital y confirmados por los profesionales

médicos, Dres. Héctor Cristian Barella e Inés Aparici, quienes fueron contestes en considerar que la causa de la muerte fue por el daño cerebral ocasionado por el proyectil (fs. 1319/vta.).

En cuanto a la autoría del hecho antes referido, el sentenciante tuvo en cuenta las declaraciones de los testigos del edificio donde residía el imputado, quienes escucharon una discusión entre dos o más personas, una detonación posterior y visualizaron la existencia de una persona tirada en el piso (fs. 1320 vta./1321).

Además, confirió especial relevancia a las comunicaciones telefónicas mantenidas entre el imputado con su grupo familiar y amistades.

A su vez, destacó que la prueba testimonial dio cuenta de los movimientos previos de la víctima, como así también que se encontraba junto a Lautaro Vallejos Roth instantes previos al acto ilícito, cuyo testimonio según el sentenciante permitió reconstruir los instantes anteriores a la comisión del ilícito y ubicar al procesado en el lugar de los hechos (fs. 1324/vta.).

5.- Frente al cuadro cargoso obrante en autos, valorado por el *a quo*, el planteo del casacionista no puede prosperar.

El recurrente desacredita el testimonio de Lautaro Leonel Vallejos Roth. Lo califica de mendaz; arguye que declaró en varias oportunidades y siempre brindó detalles totalmente diferentes en relación a las circunstancias de tiempo, modo y lugar (fs. 1348).

Cabe recordar que una afirmación de similar tenor fue sostenida por la parte durante su alegato (fs. 1296 vta./1298).

El sentenciante, al dar respuesta a dicha formulación, enfatizó: *“...No advertimos que este joven de 18 años haya mentido en estos sucesos ni en los aspectos esenciales del evento. En efecto, el tiempo transcurrido entre sus deposiciones (resulta 4.1.), el dolor por la pérdida atroz de su amigo y por una cuestión baladí, nos imponen desde la sana crítica (art. 367, CPP) atender a sus lógicos temores y aplaudir su valentía en la reconstrucción. Reiteramos: fue concluyente al decir que no vio a ninguna otra persona cuando egresaron del edificio ni cuando se retiraba del lugar. Solamente a Roberto Raúl Calderón. Ningún silogismo lógico se ha construido desde el acusado o defensa que permita refutar esa plataforma fáctica o encontrar otra que tenga mayor confirmación. Simplemente porque existen 28 indicios unívocos que lo impiden, desde la sana crítica...”* (fs. 1325 vta.).

En primer término, el juzgador efectuó una reseña de los dichos de Vallejos Roth durante el debate (fs. 1308/1309).

Luego, valoró las sucesivas declaraciones brindadas por el dicente, tanto en sede policial, como ante las autoridades judiciales, incluida su participación en la reconstrucción del hecho.

En esa dirección, recordó que según el testimonio del nombrado, la noche de los hechos el declarante y la víctima se dirigieron en remis hacia el barrio Chacra II y descendieron cerca del local comercial “Todo por ella”, ubicado en la intersección de las calles Provincias Unidas y María Auxiliadora. Posteriormente, concurrieron al departamento de Diego Romarión para venderle una campera que tenía Quiroz, pero como en dicha vivienda no había persona alguna que respondiera al llamado, fueron a comprar cerveza y una bebida gaseosa a un kiosco que se halla sobre la calle de la Farmacia Moreno.

Añadió que más tarde se dirigieron hacia la casa del “Chino Calderón”, esto es, Antonio Gerardo Calderón, hermano del imputado (fs. 1324 vta.).

Señaló el *a quo* que durante el debate, el declarante manifestó desconocer los motivos que tenía la víctima para ir al domicilio de Calderón, en cambio durante la reconstrucción explicó que deseaba cambiar una campera por plata o droga (fs. 1324 vta.).

Añadió el juzgador que según los dichos de Vallejos Roth, el primero en subir por la escalinata del edificio fue el damnificado, mientras el dicente quedó esperando desde la escalera que lleva al hall del tercer piso. Señaló que al llegar Quiroz al departamento -3º “B”- de la familia Calderón, golpeó insistentemente la puerta, siendo atendido por Roberto Calderón –condenado en autos, que poseía una cerveza en la mano-, quien le dijo “...*flaco sabés qué hora son...*” (sic). Quiroz le manifestó que buscaba al “Chino”, de parte de Ema –Emanuel Roth- (fs. 1324 vta.).

Destacó el deponente que la víctima, si bien se encontraba en estado de ebriedad, podía entender lo que decía. Agregó que se escuchaba la voz de una mujer, que desde el interior del departamento le decía a Roberto Calderón que ingresara, recibiendo como respuesta de éste: “...*anda para adentro vos vieja de mierda...*”. Vallejos Roth indicó que suponía que se trataba de la madre del imputado.

Según el relato del cuestionado testigo, Roberto Calderón empujó a Quiroz y cuando éste le repitió que buscaba a su hermano de parte de Emanuel, aquél le propinó un golpe de puño en el rostro, que hizo retroceder a la víctima unos pasos (fs. 1325).

Acto seguido, añadió el exponente, se acercó a Quiroz y le manifestó a Calderón que los disculpara. Ante ello, el imputado refirió “...ah sí, ya vas a ver...” y tras ello, Calderón ingresó al departamento, dejando la puerta entre abierta.

Dicha conducta del acusado provocó que Vallejos Roth y Quiroz descendieran raudamente por las escaleras del edificio y mientras bajaban, la víctima decía “...este me pegó una piña, está re loco...” (fs. 1325).

Señaló el dicente que se había dado cuenta que Roberto Calderón los estaba siguiendo, además de oír sus pasos. Afirmó el *a quo* que durante la reconstrucción de los hechos, el declarante había explicado que en un momento miró hacia arriba y observó al imputado cuando comenzó a bajar las escaleras (fs. 1325).

Ya fuera del edificio –prosiguió el deponente- le dijo a Quiroz “...vámonos de acá que Roberto Calderón tiene un fierro...” o que “...estaba enferrado...”. Aseveró que pese a ello, el afectado nunca se percató del riesgo que estaba corriendo. Referenció que ambos se alejaban del edificio hacia los patios internos del complejo, pero en un momento la víctima regresó en dirección contraria hasta llegar al sector donde se ubicaban unos nichos y en ese instante lo perdió de vista.

Agregó que inmediatamente después escuchó la detonación de un arma de fuego. Refirió que Quiroz regresaba porque quería pelear a mano limpia con el imputado, dichos que según señala el sentenciante, también fueron mencionados durante la reconstrucción de los hechos (fs. 1325).

Luego, Vallejos Roth caminó unos pasos hacia la calle Goytisolo para tener mejor visión y apreció a la víctima tendida en el piso, cerca de los nichos.

El juzgador destacó que el testigo en el debate manifestó no haber visto a Roberto cerca del cuerpo de Quiroz, pero en la reconstrucción el deponente expresó que sí lo había visualizado cerca del nombrado y que también divisó que poseía algo en la mano, sin poder precisar si se trataba de un arma de fuego debido a la distancia que los separaba (fs. 1325 vta.).

Explicó en el debate que el imputado se asomaba como buscando al declarante. En cambio, en el acto de reconstrucción –señaló el *a quo*- sostuvo que además de ello, indicó que comenzó a correr alejándose del lugar por miedo a que el imputado le disparara también a él (fs. 1325 vta.).

6.- El sentenciante, en relación a las diferencias reseñadas, expresó: “... *Esta discrepancia entre una versión y la otra, a entender de la fiscalía, puede deberse al miedo que en diversas ocasiones ha manifestado tener Lautaro respecto de la familia Calderón, ya que al inicio del debate Lautaro solicitó declarar sin que haya contacto visual con el acusado, solicitando incluso de ser posible que Roberto no estuviera en la sala y finalmente no se hizo. Ello indica que de alguna manera la proximidad del testigo con el acusado pudo haber actuado como un condicionante para que no cuente todo lo que sabía, algo que no se percibió en la reconstrucción, a pesar de la angustia y el llanto evidenciados por Lautaro frente a los que estuvieron presentes, cuando ni el imputado ni su familia estaban allí...*” (fs. 1325vta.).

No lucen antojadizas las afirmaciones esgrimidas por la instancia de mérito.

Por un lado, no desconoce la existencia de diferencias en los sucesivos relatos de los hechos efectuado por el testigo en cuestión. Todo lo contrario, a medida que fue resumiendo los dichos de Vallejos Roth, resaltó esas discrepancias y las reconoció como tales.

De otro costado, atribuyó su existencia al temor del deponente de relatar los acontecimientos vividos en función de las represalias que pudieren tomar el imputado y sus familiares.

Prueba de ello, ha sido su pedido de declarar en el debate sin la presencia del acusado.

Fíjese que como cuestión preliminar, el representante del Ministerio Público Fiscal solicitó se adopte algún mecanismo de protección visual de Roberto Calderón al momento de prestar declaración testimonial Vallejos Roth, ya que éste temía por su integridad física y la de su familia. Destacó el fiscal que el declarante al momento del hecho, era menor de edad. Cabe señalar que dicha medida no tuvo acogida favorable por parte del tribunal (fs. 1268).

Además, conforme surge del acta obrante a fs. 1030/1032, Vallejos Roth fue mucho más minucioso en cuanto a la descripción de los hechos durante el acto de su reconstrucción, diligencia que se llevó a cabo sin la presencia del imputado y su grupo familiar.

Así las cosas, las constancias de autos corroboran la afirmación del sentenciante y por ende, brindan suficiente sustento a su razonamiento.

7.- También asiste razón al juzgador en cuanto a que las diferencias anotadas en las deposiciones del testigo controvertido, no recaen sobre cuestiones esenciales del evento.

En efecto, Vallejos Roth fue preciso y minucioso en la descripción de las circunstancias en que acaecieron los hechos atribuidos a Calderón.

Destacó la concurrencia junto al afectado, a la casa de Calderón el día 17 de junio de 2016; coincidió en el arribo al lugar y la insistencia por parte de Quiroz al golpear la puerta del departamento correspondiente; también que fueron atendidos por Roberto Calderón; sostuvo el relato también en lo que concierne a la conversación mantenida entre víctima y victimario, la agresión física de éste último y su ingreso al departamento con intenciones de buscar algo en su interior, la huida del lugar y la decisión de la víctima de regresar para pelear, la detonación de un arma de fuego inmediatamente después de perder de vista a su amigo y la observación del cuerpo de Quiroz tirado en el piso.

Cabe destacar además que el declarante de manera concluyente, descartó la existencia de otra persona en el lugar, salvo la presencia de Roberto Calderón.

A ello debe adicionarse que durante el debate, se le exhibió una fotografía del acusado del día de su detención y el testigo fue contundente en mencionar que fue la persona que había visto ese día. También fue claro al responder si la persona que vio salir del departamento y golpear a Quiroz estaba en la sala del Tribunal: señaló a Roberto Raúl Calderón y aseguró que no tenía ninguna duda de ello (fs. 1325).

La consistencia que caracteriza el relato del testigo en los aspectos principales sobre la forma en que acaecieron los hechos y la seguridad con que señaló al imputado como su autor, permite alejar todo barrunto que procure relativizar la validez probatoria del testigo antedicho.

8.- La defensa destaca la importancia de las llamadas efectuadas por su pupilo procesal a las 3:42 hs. del día de los hechos a Soledad Mancilla. Explica que según la ubicación de las celdas, dichas comunicaciones dan cuenta de la presencia de su asistido en el bar *Queen's*. Sostiene que el tribunal no ha justificado de qué manera en sólo 7 minutos, su defendido pudo trasladarse desde su domicilio al local comercial antes citado (fs. 1351).

No se comparte la aseveración del reclamante.

No existen dudas respecto a que el condenado en autos, a la hora señalada, se encontraba en el bar aludido. Así lo reconoció el juzgador al indicar que en función del registro de llamadas a Soledad Mancilla, el imputado se hallaba a la hora señalada en la zona de influencia de la antena que abarca el área geográfica del pool (fs. 1327).

Ahora bien, el sentenciante señaló además que Roberto Calderón, tuvo más que tiempo suficiente para trasladarse desde su casa hasta el local comercial aludido luego de ultimar a Quiroz, habida cuenta que se trataba de la madrugada, cuando prácticamente no había circulación vehicular (fs. 1327).

Justificó su argumentación a partir del viaje que realizó desde el bar de mención hasta el barrio Chacra XIII, aproximadamente a las 5:25 horas, pasando previamente por el comercio "Todo por ella" para comprar hielo, movimiento que no le llevó más de 15 minutos.

De ello infirió que luego de haber disparado contra Quiroz, aproximadamente a las 3:30 horas, tuvo tiempo bastante para encontrarse a las 3:42 hs. en el centro de la ciudad (fs. 1327 vta.).

Puede apreciarse que contrariamente a lo esgrimido por el recurrente, el *a quo* brindó una explicación razonable, demostrativa de que el lapso entre la acción delictiva y la llamada telefónica a Soledad Mancilla fue suficiente para que el encartado pudiese trasladarse desde el lugar del hecho al local nocturno antes mencionado.

Además, confirmó su hipótesis con las constancias de autos y la acreditación del tiempo que demoró en movilizarse de un lugar a otro de la ciudad, incluyendo una parada en un comercio para efectuar una compra.

Establecido ello, el planteo formulado por el casacionista carece de una crítica concreta tendiente a debilitar las conclusiones vertidas por el sentenciante en el aspecto indicado, que por otra parte, no se aprecian arbitrarias.

9.- El casacionista aduce que la comunicación detallada a fs. 427 no puede ser tenida en cuenta como prueba de cargo, toda vez que según la misma, al preguntar el hermano del imputado a éste si había hecho algo, le respondió que sí, “...*En el pecho...*”, cuando se encuentra debidamente acreditado en autos que el disparo asestó en la nuca (fs. 1351).

No se comprende con exactitud la finalidad perseguida por el recurrente al destacar la diferencia antes enunciada.

La discrepancia esgrimida por la parte en relación al sector afectado del cuerpo de la víctima no hace más que ratificar el desarrollo de una acción lesiva por parte del imputado dirigida a la humanidad de Quiroz, pues la afirmación según la cual no fue en el pecho como lo dijo el imputado, sino en la nuca, implica la aceptación de un comportamiento dañoso reconocido por el propio imputado en la comunicación mantenida con su hermano.

Por lo demás, cabe referir que el análisis efectuado por el recurrente resulta sesgado.

En efecto, a fs. 431/vta. obra constancia de una llamada telefónica efectuada a las 04:46 hs. del día del hecho, del abonado 2964-520952, utilizado por Roberto Calderón y dirigida a su hermano Antonio, en la que el imputado le solicita que se acerque al bar *Queen's* para contarle lo ocurrido frente a su domicilio, porque no podía decírselo por el medio que utilizaban para comunicarse.

Surge de la pericia practicada por la División de Delitos Complejos que a las 05:00 hs., Antonio Calderón recibe nuevamente una llamada del abonado que tenía en su poder el acusado, en la que le cuenta que permanece en el bar a la espera de que transcurra el tiempo y al ser preguntado “...*Hiciste algo vos, o no?...*”, Roberto Calderón le responde “...*Sí, en el pecho...*”, reiterando ello porque en la primera ocasión su familiar no lo había escuchado bien. Luego, es preguntado a quién le había hecho algo, respondiendo el imputado que desconocía la identidad de la persona sobre la cual había actuado (fs. 432).

Además, como se ha manifestado, de las conversaciones mantenidas entre el imputado y su hermano se desprende que el acusado reconoció haber desplegado una conducta de determinado tenor hacia la persona –la víctima–

que se hallaba próxima a su lugar de residencia, creyendo que su accionar encontró destino en el pecho.

La contundencia de la prueba analizada, valorada también por el sentenciante, torna intrascendente que el imputado, a escaso tiempo de la comisión del hecho ilícito investigado en autos, haya enunciado una región del cuerpo humano diferente a la que en definitiva, impactó el disparo efectuado con arma de fuego.

10.- La defensa sostiene que el *a quo* omitió dar respuesta a varios de sus planteos efectuados durante el alegato.

Concretamente, aduce que según surge de fs. 430 vta., Antonio Gerardo Calderón se encontraba junto a Mariano Flores en la casa de aquél a las 01:35:32 hs. y que ambos también permanecían en el barrio a las 04:16:35 (fs. 1351).

Sobre el particular, cabe señalar que manifestaciones de la misma entidad fueron desarrolladas durante el alegato (fs. 1301).

Si bien en ambas oportunidades procesales –alegato y recurso de casación- el casacionista destaca que se halla acreditado en autos que Antonio Gerardo Calderón y Mariano Flores, a las horas indicadas estaban en el domicilio del primero de los nombrados o en el barrio, lo cierto es que no efectúa una crítica razonada de la trascendencia que tendría la comprobación de dicho extremo en la solución del caso de autos.

Es decir, la defensa destaca que dicha circunstancia se encuentra debidamente acreditada, sin embargo, omite plantear de qué manera, esa cuestión deviene relevante en el supuesto bajo examen.

En el contexto señalado, la sola mención de un hecho omitiendo todo desarrollo tendiente a explicar el agravio que dicho extremo generaría, impide a este Estrado –se considera que en la misma situación se ha encontrado el tribunal de mérito- avanzar sobre dicho tópico.

11.- El *a quo* ubicó a Roberto Raúl Calderón como autor del hecho acreditado en autos.

En esa dirección, destacó que el primer indicio que permitió vincular a la víctima con el imputado emanó de la búsqueda de rastros en el lugar del hecho, en el que se colectaron huellas de pisadas cercanas a la puerta de acceso del departamento del acusado –ubicado en el 3º piso del edificio de Goytisolo nº 592, de similares características a las suelas del calzado que utilizaba el afectado al momento de hecho (fs. 1320 vta.).

A su vez, valoró los sucesivos testimonios que prestaron los vecinos del lugar.

Invocó los dichos de Medargo Hugo Amadiel Conca Gómez, habitante del departamento “B” del primer piso de Goytisolo nº 592, que declaró durante la instrucción –y su testimonio fue introducido por lectura al debate-. Además, participó durante la reconstrucción de los hechos. Concretamente, manifestó haber escuchado una discusión entre dos o más personas en un piso superior al que él vive y luego un sonido similar a una detonación de arma de fuego (fs. 22/vta., 1048, 1271 vta. y 1320 vta.).

También ponderó las expresiones vertidas por los hermanos Mauricio y Martín Soto, residentes de la planta baja del mismo edificio, que escucharon la detonación y vieron por la ventana a la víctima tendida en el piso (fs. 1321).

Citó los dichos del Comisario Inspector Jacinto Rolón, quien señaló que se habían llevado a cabo varias investigaciones policiales en el domicilio de la familia Calderón, vinculadas con drogas y uso de armas de fuego (fs. 1321).

Sumó también la declaración de José Aquiles Maldonado Hernández y señaló que los testigos hasta aquí aludidos coincidieron en que el disparo del arma aconteció aproximadamente a las 3:30 horas del 17 de junio de 2016, en el sector donde fue hallado el cuerpo de Quiroz (fs. 1321).

Cabe aclarar que si bien en la sentencia se consignó como fecha en que habrían oído el disparo el 16 de junio de 2016, ello obedece a un error involuntario (ver declaración de Martín Gonzalo Soto de fs. 20, declaración de fs. 21 de Mauricio Eduardo Soto y declaración de fs. 27/vta. correspondiente a José Aquiles Maldonado Hernández, todas leídas durante la audiencia de debate).

Aseveró que a partir de las intervenciones telefónicas de los abonados Antonio Gerardo Calderón –respecto del cual se encontraba entendiendo la Justicia Federal- y del imputado, se pudo constatar que fue Roberto Raúl Calderón el que disparó el arma de fuego (fs. 1321 vta./1323 vta.).

Como dato relevante derivado de las comunicaciones telefónicas mantenidas, además de los ya mencionados en el presente voto, cabe indicar que luego del hecho el imputado se dirigió al bar *Queen's* y más tarde al

domicilio de Eduardo Omar Valenzuela, en Chacra XIII, donde permaneció desde las 5:38 hasta minutos después de las 18:55 horas del 17 de junio de 2016 (fs. 1323 vta.).

A partir del allanamiento efectuado en dicha residencia, se secuestró el teléfono celular de Valenzuela, en el que se obtuvo el número de contacto del imputado, identificado con el apodo “Basta” (fs. 1324).

De ese aparato se extrajo una conversación mantenida vía whatsapp entre Valenzuela y otro sujeto señalado como el contacto “Chulito”, en fecha 18 de junio de 2016 a las 11:44 hs. En el intercambio de palabras, Valenzuela le preguntó a Chulito si se había enterado “...*la del negro basta...*”. Ante la respuesta negativa del otro interlocutor, aquél le indica “...*lo del chabón del tiro en la cabeza...mandó fruta el negro matanza...hasta las bolas...*”. Ante ello, “Chulito” expresó “...*Fue el chino o el negro xq yo vi una foto q el negro taba en tu casa...*” (sic), esgrimiendo Valenzuela “...*basta...fue...después cayó a mi cueva...*” (fs. 1324).

El sentenciante, también valoró la información recabada en un grupo de whatsapp, del 17 de junio de 2016 a las 14:38 horas, en el que Agustina Roca, novia de Antonio Gerardo Calderón, consultó sobre el número de teléfono de un abogado penalista. Un integrante del grupo preguntó quién fue y ella respondió “...*el hermano...*” (fs. 1324).

Finalmente, al conjunto probatorio antes citado se añadió el testimonio de Lautaro Leonel Vallejos Roth, incluida su participación en la reconstrucción del hecho, ya reseñado en el considerando 5.

12.- De otro costado, el *a quo* destacó que la versión brindada por el imputado, que negó haber sido el autor de la acción lesiva por no encontrarse en el lugar de los hechos, no halla sustento en las pruebas adunadas (fs. 1325 vta./1326).

En esa orientación, destacó una serie de contradicciones y modificaciones en sus dichos, a medida que la prueba colectada en autos demostraba lo contrario a su descargo.

El causante, durante el debate, manifestó que luego de compartir un asado con amigos, tomó un taxi –o remis, no recordaba bien- y se dirigió a la casa de Soledad Mancilla entre las 2:30 y 3:00 horas del 17 de junio de 2016, que se ubica en cercanías del bar *Queen´s* (fs. 1326).

Al ser preguntado respecto al período que estuvo en el local comercial aludido, el imputado manifestó que permaneció en dicho lugar entre las 2:00 y las 5:15 horas, agregando que lo recordaba bien pues en ese sitio había un reloj grande que a cada momento miraba la hora (fs. 1326).

Frente a la diferencia de horarios mencionados por el declarante, fue preguntado nuevamente durante el curso de la audiencia y expresó que en realidad fue a las 2:30, luego que no recordaba bien, para finalmente sostener que concurrió al bar a las 2:00 horas (fs. 1326).

El imputado fue interrogado en relación al horario en que había llamado a Soledad Mancilla y respondió que lo hizo en la franja horaria de las 2:00 de la mañana. El *a quo* destacó sobre este aspecto, que según surge del registro de intervenciones telefónicas, los tres llamados a que hizo alusión el acusado se

efectuaron a partir de las 3:42 horas, sosteniendo en función de dichas constancias que Calderón faltaba a la verdad (fs. 1326).

También resaltó el sentenciante que no surge de las constancias de autos, que el encartado haya mantenido comunicación alguna con Mancilla mientras compartía un asado con amigos, a fin de acordar un encuentro después del evento en el que estaba participando, tal como lo manifestó el imputado (fs. 1326).

Además, destacó que las intervenciones telefónicas permitieron determinar que el imputado estuvo en la zona de su domicilio –en virtud de la antena que captó sus comunicaciones- entre las 2:18 y las 2:26 horas del día del hecho (fs. 1326vta./1327).

En otro orden, el *a quo* hizo referencia a las declaraciones testimoniales prestadas por el encargado del pool *Queen's*, Jorge Luis Bargetto y por el mozo Manuel Alejandro Parra Díaz.

Destacó que ambos declarantes sostuvieron que el imputado estuvo efectivamente en el local comercial, que no tenía compañía, que estaba consumiendo una cerveza, que lo vieron hablar por celular en varias ocasiones y que en una oportunidad se quedó dormido (fs. 1327).

En cuanto al horario de arribo del imputado al local, los dicentes expresaron que ello ocurrió entre las 2:30 y 3:00 horas, aunque ambos remarcaron no recordar con exactitud dicha circunstancia. En el caso de Bargetto, señaló que como máximo el encartado permaneció por espacio de una hora y media mientras que Parra Díaz, acotó dicho lapso a una hora (fs. 1327).

El juzgador consideró que la franja horaria indicada por los testigos no se condice con el resto del plexo convictivo y que las circunstancias señaladas por los dicentes, junto con la prueba colectada, permiten inferir que el imputado arribó y permaneció en el bar, tiempo más tarde al referido por Bargetto y Parra Díaz (fs. 1327).

Sustentó su conclusión en las constancias emanadas del registro de llamadas efectuadas a Soledad Mancilla, que se efectuaron a partir de las 3:42 horas desde la zona de influencia de la antena que abarca el área geográfica del pool. Además, las dos horas siguientes, el encartado mantuvo un intenso intercambio de llamadas telefónicas y mensajes de texto que lo ubican en el mismo sector de la ciudad.

Ello se observa corroborado en función del contenido de las conversaciones, pues tanto el imputado como las personas con las que se comunicó hacen alusión al bar, pero no en el horario sugerido por el acusado (fs. 1327).

Afirmó el *a quo* que se ha constatado la presencia de Roberto Calderón en el bar hasta minutos después de las 5:20 horas, pues ello surge de los registros de la agencia Aturg y de llamadas del imputado a Eduardo Valenzuela, como así también del intercambio de mensajes mantenido entre Antonio Gerardo Calderón y Cristian Oyarzún Barría, producido entre las 5:22 y 5:25 hs., en los que el segundo le contó que su hermano se iría a la casa de un amigo y el primero le indicó que no se dirija al barrio porque los estaban buscando a ambos (fs. 1323 y 1327).

Destacó el *a quo* que al ser consultado el imputado respecto de las llamadas y mensajes de texto intercambiados con su hermano mientras permaneció en *Queen's*, explicó que Antonio le dijo que se vaya a un hotel y que no se acerque al barrio, pues cada vez que había allanamientos por drogas en su casa, juntaban las cosas y buscaban otro alojamiento.

Además, el sentenciante destacó como dato curioso, que al ser interrogado el imputado sobre el contenido de los demás mensajes y diálogos que hacían alusión a que había “*una bocha de testigos*” en el bar, sobre la consulta que le hizo su hermano vinculada con lo que habría hecho en el barrio, si se la había mandado que le informe porque tenía cosas en la casa e iba preso él, el encartado simplemente expresó que no recordaba a qué se refería su hermano ni tampoco tenía presente por qué él había expresado tales situaciones (fs. 1327 vta.).

13.- La prueba colectada en autos, minuciosamente repasada por el *a quo*, resulta suficiente para descartar la versión del imputado.

Frente al argumento del acusado, que mencionó haber permanecido en el bar desde las 2:00 hasta las 5:15 aproximadamente, en autos existen constancias que demuestran la presencia de aquél a partir de las 3:42 horas del 17 de junio de 2016 y hasta pasados algunos minutos de las 5:20.

A su vez, las mismas intervenciones telefónicas registraron la presencia del encartado en la zona de su domicilio hasta las 2:26 horas, cuando desde allí intercambió mensajes con Eduardo Valenzuela.

A su vez, la circunstancia de tiempo en que se llevó a cabo el hecho lesivo, ha quedado demostrado a partir de la prueba testimonial, especialmente

a partir de las declaraciones prestadas por los vecinos del edificio ubicado en la calle Goytisolo n° 592, esto es, donde se halla el departamento de la madre del imputado y donde fue hallado el cuerpo de Quiroz.

Conca Gómez –que habita en el primer piso-, y los hermanos Soto –que residen en la planta baja- fueron coincidentes en sostener que oyeron una detonación de arma de fuego entre las 3:30 y las 3:40 horas del 17 de junio (ver fs. 20/22, 565/566 y 1309/vta.).

Confirma tal hipótesis, la nota preventiva n° 326/2016 –Cría.3ra.R.G. “J” obrante a fs. 1 –incorporada por lectura al debate- del 17 de junio, suscripta por el Comisario Raúl F. Bustamante Ilnao, que da cuenta del anoticiamiento del hecho por la información brindada a las 3:35 hs. por la Central de Comunicaciones.

A ello debe adicionarse el testimonio de Lautaro Leonel Vallejos Roth, quien relató en detalle los momentos previos al hecho, esto es, su encuentro con la víctima en la vivienda de Shalon Quiroz, el recorrido efectuado para llegar al departamento ubicado en calle Goytisolo n° 592, donde fueron atendidos por el imputado, la agresión física de éste hacia la humanidad de Quiroz, la decisión de Calderón de ingresar al departamento con intenciones de salir nuevamente, la huida de Vallejos Roth y la víctima y la actitud de regreso de ésta, a quien perdió de vista e inmediatamente oyó un disparo de arma de fuego para luego observar a su amigo tirado en el piso.

Cabe agregar que dicho testimonio se vio robustecido en función de los informes confeccionados por los médicos y policía intervinientes, que permitieron recrear la mecánica del hecho y la existencia de huellas de pie

calzado compatibles con el calzado que poseía la víctima al ser hallada, justo en el sector inmediato al departamento de la familia Calderón.

En suma, el conjunto probatorio antes mencionado, no sólo desvanece los argumentos desarrollados en defensa de Roberto Calderón, sino que también brinda certeza de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acaeció el hecho motivo de investigación, a la par que ubica al encartado como autor del ilícito.

Frente a ello, el planteo del recurrente tal como ha sido presentado, resulta estéril.

14.- El recurrente, durante la ampliación oral de los fundamentos esgrimidos en el recurso en trato, invocó el beneficio de la duda, a partir del cual sustenta el pedido de absolución de su pupilo procesal, ya citado en su remedio casatorio como fundamento para solicitar la absolución de su asistido (fs. 1360/1361).

Conforme ha sido desarrollado en los considerandos precedentes y que componen el presente voto, el decisorio atacado luce coherente y fundado en prueba suficiente, que permite desbaratar la presunción de inocencia de la que gozara el encartado.

Cabe recordar que para que resulte aplicable el principio *in dubio pro reo* no basta con generar cualquier tipo de incertidumbre de carácter abstracto; por el contrario, debe contarse con algún sustento; la conjetura debe tener una probabilidad ponderante, dado que una hipótesis está justificada si cumple con los requisitos de no refutación, confirmación y mayor confirmación que otras (según se dijo en “*Borges, Juan Ulises s/ Homicidio doblemente calificado; robo calificado y robo en concurso real*” -expte. n° 703/04 SR del 28.05.2004,

Libro X, fº 345/359-; y “C., J. A. s/ *Infracción art. 119 del C.P. y lesiones graves en concurso real*” -expte. nº 1364/10 SR del 14.12.2010, Libro XVI, fº 1116/1127-; entre otros).

Por lo expuesto, el cuestionamiento esgrimido por el recurrente no debilita la tarea valorativa del sentenciante.

15.- El segundo de los agravios evidenciados por el casacionista se vincula con la subsunción legal del hecho acreditado.

Concretamente, entiende que no corresponde aplicar la agravante prevista en el art. 41 bis del Código Penal. Para fundar su postura, remite a los argumentos esgrimidos por el juez Varela en su voto (fs. 1352).

El planteo esgrimido por el recurrente encuentra encuadre legal en lo previsto por el art. 424 inciso 1º del C.P.P. –Inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva-.

El vicio denunciado tiene relación con el error del tribunal en la selección de la norma en la que encuadró los hechos debidamente probados.

A fin de dar respuesta al planteo formulado, deviene necesario señalar que el artículo 41 bis del Código Penal establece: *“Cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometa 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 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”.

El contenido del artículo transcrito –introducido al Código Penal mediante la ley 25.297- incorporó como circunstancia agravante genérica, el uso de violencia o intimidación contra las personas mediante el uso de arma de fuego. En tal caso, la escala penal del tipo penal será elevada en un tercio en su mínimo y máximo.

Este agravante no será de aplicación cuando dicha circunstancia constituya un elemento constitutivo o calificante del delito. Así lo dispone la segunda parte del artículo de mención.

Esta agravación genérica encuentra justificación a partir del incremento del riesgo que para el bien jurídico implica el uso de un elemento letal como es el arma de fuego, habida cuenta su poder vulnerante.

El marco antedicho permite inferir la inexistencia de obstáculo alguno para que ese mayor marco punitivo se tenga en cuenta en los supuestos de homicidio.

En efecto, el artículo 79 del Código Penal sanciona la acción de matar a otro y en ese caso, prevé la aplicación de una pena de reclusión o prisión de ocho (8) a veinticinco (25) años.

Si para llevar adelante dicha acción típica se utilizó un arma de fuego, resulta evidente que no puede dejarse de lado dicho agravante, pues el uso del instrumento mortal trae aparejado –aún en el caso del homicidio- un aumento cierto y efectivo de peligro para todo integrante de la sociedad.

Dicho aumento de riesgo no desaparece por el hecho de que se haya realizado el resultado muerte.

Siguiendo esa orientación, durante el debate legislativo el miembro informante de la Cámara de Senadores explicó: “...*Creo que la contundencia del arma de fuego y la vulnerabilidad de la víctima reflejan evidentemente que el arma contundente es la de fuego, y no otra ¿Cuál es el bien jurídico que se tutela? La vida...*” (Senador Jorge Alfredo Agúndez, Orden del día nº 742, sesión del 9 de agosto de 2001).

Es así que la reforma introducida ha contemplado la incorporación de una agravante genérica para aquellos tipos penales que sean realizados con el empleo de un arma de fuego y el homicidio no constituye, pues, una excepción.

A su vez, corresponde reflexionar que la segunda parte de la norma en cuestión, tampoco puede llevar a concluir que la acción homicida se halla exenta de ser agravada por la circunstancia señalada.

Es que el empleo de arma de fuego no se yergue como elemento constitutivo o calificante del tipo penal bajo estudio.

Por lo expuesto, la circunstancia agravante genérica prevista en el art. 41 bis del C.P. resulta de aplicación a la figura del art. 79 de la norma sustantiva.

16.- En otro orden, deviene necesario tener presente que la realización del tipo penal previsto en el art. 79 del Código Penal conlleva un contenido violento.

Habida cuenta el caso bajo examen, ese acto violento estaría configurado por el disparo de arma de fuego, esto es, una fuerza mecánica tendiente a ocasionar daño en la víctima.

Entonces, la pregunta que se impone es considerar si los términos “violencia o intimidación” incorporados a la norma, se refieren a la acción violenta que lleva ínsito el empleo de un arma de fuego.

Dicho de otro modo, si la perpetración del delito con un arma de fuego resulta suficiente para la aplicación de la agravante de marras.

Se considera que la respuesta debe ser negativa.

El empleo del arma de fuego presupone una acción caracterizada por la violencia o intimidación. Si el sólo uso del elemento letal ya configuraría la circunstancia del art. 41 bis., resulta redundante que la norma en cuestión haga alusión a la comisión del delito ***con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego.***

Desde ese hontanar, debe entenderse que la mención de dichos términos en el texto de la norma llevan a suponer que tienen como función identificar una conducta violenta -o intimidante- diferente al disparo con arma de fuego para ocasionar la muerte.

Sentado ello, puede concluirse que no todos los homicidios en los que se haya utilizado armas de fuego traen aparejada la aplicación del agravante contenido en el art. 41 bis del Código Penal.

Antes bien, resulta necesario que el agresor haya mantenido un comportamiento violento con el arma de fuego, diferente al acto de disparar y dar muerte al sujeto pasivo.

Este es el criterio sostenido por la mayoría integrante de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal –voto del Dr. Alejandro W. Slokar al que adhirió el Dr. Pedro R. David, Disidencia de la Dra. Liliana E. Catucci- en los autos caratulados: “*MEDINA, Alberto Darío s/ Recurso de casación*”, expte. n° 8699, resolución del 27 de diciembre de 2011.

Se entiende pues, que la violencia o intimidación que exige la norma aludida es aquella que se despliega en forma previa al acto homicida.

Podría decirse en ese contexto, que la conducta que describe el art. 41 bis resulta preparatoria para la comisión del delito previsto en el art. 79 del C.P. y por ende, diferente a la violencia que implica el disparo del arma de fuego provocador de la muerte.

17.- En el supuesto de autos, se encuentra fuera de discusión el uso del arma de fuego para la comisión del delito de homicidio.

Sin embargo, no se probó que previamente haya existido la violencia o intimidación que presupone el texto del art. 41 bis para su aplicación.

En efecto, Lautaro Leonel Vallejos Roth explicó que Roberto Calderón ingresó al departamento luego de manifestarle a la víctima “...ah sí, ya vas a ver...” dejando la puerta abierta. Ante ello, ambos descendieron rápidamente por la escalera mientras Quiroz expresaba “...este me pegó una piña, esta re loco...” (fs. 1325).

Luego de salir del edificio, tomando distancia del mismo y sabiendo que el imputado los seguía con un arma, el afectado decidió regresar. Al llegar éste al sector de los nichos, Vallejos Roth lo perdió de vista e instantes después oyó la detonación de un arma de fuego. Por tal motivo, caminó unos pasos en sentido a la calle Goytisoló para tener mejor ángulo de visión y desde allí pudo observar a su amigo tendido en el piso, cerca de los nichos (fs. 1325 vta.).

Desde que perdió de vista a la víctima hasta el momento que visualizó su cuerpo tendido sobre el suelo, no percibió si existió por parte del imputado, alguna conducta violenta o intimidatoria con el elemento letal, previa al disparo del arma de fuego.

El resto de los testigos tampoco aportan elemento alguno que permita inferir un comportamiento de esa naturaleza. Sólo fueron contestes en identificar una detonación de arma de fuego y el horario en que acaeció dicho evento.

Por tanto, se haya acreditado el empleo del arma de fuego por parte del imputado para dar muerte a Quiroz, pero no surge de las constancias de autos, conducta alguna demostrativa de su uso previo al acto homicida.

Así las cosas, la ausencia de prueba sobre la circunstancia apuntada, obliga a desechar la aplicación de la agravante prevista en el art. 41 bis del Código Penal.

Ergo, el hecho tenido por probado sólo encuentra encuadre jurídico en lo previsto por el artículo 79 del C.P.

18.- La solución que aquí se propone lleva a un nuevo examen del *quantum punitivo* a los fines de su individualización.

Ahora bien, habida cuenta la imposición que emana de la última parte del art. 41 del Código Penal, esto es que “...*el juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso...*”, corresponde reenviar las presentes actuaciones al tribunal de juicio para que proceda a mensurar la pena en función de la nueva subsunción legal asignada al caso.

Esta solución igualmente garantiza al imputado la doble instancia, al permitirle -eventualmente- recurrir la imposición de esta sanción, si se quebrantaran los límites con que la legalidad y la razonabilidad condicionan el pronunciamiento punitivo en cuanto a este punto. Cabe señalar, por último, que la solución a la que se arriba no vulnera principios constitucionales ni procesales, sino que los fortalece, propiciando que la individualización de la pena sea llevada a cabo por el tribunal que tuvo mayor conocimiento directo del imputado.

19.- De acuerdo a lo expuesto al responder la primera cuestión, se propone:

- a) hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto a fs. 1339/1361 por la defensa de Roberto Raúl Calderón y en su mérito, casar parcialmente la sentencia de fs. 1306/1333 en cuanto a la calificación legal impuesta al hecho;
- b) corregir dicho pronunciamiento respecto de la calificación legal del ilícito atribuido a Roberto Raúl Calderón, tipificándolo como homicidio simple (art. 79 del Cód. Penal);
- c) remitir la causa al Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte para que proceda a fijar el monto de la pena (arts. 40 y

41 del Cód. Penal), conforme a la escala brindada por la subsunción legal adoptada en el punto que antecede.

Sin costas en esta instancia, toda vez que el recurso fue parcialmente acogido por este Estrado (art. 492, segundo párrafo, del C.P.P.).

VOTO DEL JUEZ CARLOS GONZALO SAGASTUME:

1.- En relación al primero de los agravios vertidos por el recurrente, vinculado con cuestiones de hecho y prueba, comparto los fundamentos de quien lidera el presente acuerdo.

Respecto a la segunda de las afrentas, esto es, la invocación de un error de subsunción de los hechos endilgados, en esta oportunidad he de disentir con las consideraciones desarrolladas por el colega preopinante, pese a que la solución propiciada resulta coincidente, es decir que no resulta aplicable al caso de autos la agravante genérica prevista en el art. 41 bis del Código Penal.

2.- La defensa descalifica el encuadre jurídico dado a los hechos atribuidos a su asistido. Para ello, remite a los fundamentos desarrollados por el juez Varela en el pronunciamiento condenatorio (fs. 1352).

El magistrado aludido, calificó los hechos conforme la figura contenida en el art. 79 del Código Penal y descartó el pedido fiscal para quien además, la conducta del imputado era pasible de la agravante genérica prevista en el art. 41 bis de la norma sustantiva (fs. 1294 y 1327 vta.).

Para fundar su posición, citó el voto emitido por el Dr. Eugenio Sarrabayrouse como miembro del Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito

Judicial Norte en la sentencia dictada con fecha 5 de noviembre de 2003 en los autos caratulados “*VIDAL YÁÑEZ, Ramón del Tránsito s/ Homicidio en grado de tentativa en concurso real con portación de arma de fuego*”, expte. n° 3 del registro de dicho Tribunal, integrado además en aquella oportunidad por el Dr. Varela y quien suscribe. Cabe señalar que en dicha ocasión adherimos a la propuesta del ya mencionado Dr. Sarrabayrouse.

Entiendo que allí se pueden encontrar las bases estructurales del pensamiento del suscripto al respecto, que se mantienen incólumes hasta el presente.

En mérito a ello, procederé a reproducir aquellos aspectos que entiendo de trascendencia y aplicables al supuesto de autos.

“...La sanción de la ley 25.297 que en su art. 1 introdujo esta agravante puede inscribirse dentro de lo que ha sido denominado Derecho penal simbólico. Se trata de aquellos casos en que el legislador, apremiado por las circunstancias sociales, recurre al Derecho penal (tradicional ultima ratio en la solución de conflictos sociales) como una panacea que todo lo resuelve. Sin embargo, además de no alcanzarse los resultados esperados, muchas veces se sancionan leyes que con una pésima técnica legislativa generan enormes problemas de interpretación (que a su vez producen estériles debates sobre su aplicación) y rompen, además, con la sistemática del propio código. Aquí son adecuadas las palabras de Ludwig von Bar: “Allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedien con nuevas leyes penales o agravando las existentes, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad -pues toda la ley penal es una sensible intromisión en la libertad, cuyas consecuencias serán perceptibles también para los que la han exigido de modo más ruidoso-

allí puede pensarse en la frase de Tácito: Pésima respublica, plurimae leges...” (cfr. autor citado, “Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien”, Berlín, 1882, reimpression, Aalen, 1992, p. 334, citado por Jesús-María Silva Sánchez, “La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 17, nota 1)...”.

“...La sanción del art. 41 bis, respondió a este modelo de legislación penal. Señala Alejandro Blocar al comentar esta norma: “...El resultado legislativo más parece el deficitario producto de una criminalización desorientada en el afán banalizador de norma penal, y la consecuencia del desorden y la falta de explicación en la que se traducen los acuerdos y concesiones recíprocas propias de los ámbitos parlamentarios...” (cfr. autor citado, “Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, David Baigún/Eugenio R. Zaffaroni (directores), t. 2, Editorial Hammurabi, Bs. As, 2002, p. 93)...”.

“...La vigencia de esta agravante, además de alterar el sistema tradicional de medición de la pena, plantea serios problemas interpretativos, fundamentalmente por la presencia del segundo párrafo. La norma en cuestión prevé: “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 pena que corresponda. Esta 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...”.

3.- *“...La consulta de los antecedentes parlamentarios (tratamiento en la Cámara de Diputados) permite advertir que el proyecto originario no contenía el segundo párrafo transcripto y estaba acompañado por unos fundamentos que hacían pensar que la norma era aplicable para los casos de robos y homicidios cometidos en ocasión de robo. Pero la ley sancionada contiene el agregado del segundo párrafo. El legislador Bernardo P. Quinzio advirtió en su solitaria disidencia: “...Si bien es cierto que podría afirmarse que la figura de homicidio ya tiene incluida la seguridad del daño mayor imaginable contra las personas (la muerte) y que no puede ser agravado el hecho, además, porque existía un gran ‘peligro’ por el arma de fuego, también es cierto que un juez podría concluir (-lo dice críticamente-) en que el homicidio se agrava por el uso de arma de fuego...”. También criticó la incorporación de agravantes genéricas pues de este modo “...el legislador no se toma el trabajo de vincular de modo más estricto a la decisión punitiva con el disvalor del hecho concreto...” (cfr. Gustavo E.L. Garibaldi, “Algo más sobre participación y dolo eventual. La desconcertante agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal”, LL 2002-E, pp. 521-522; sobre los antecedentes parlamentarios de la ley 25.294 puede consultarse el fallo del Superior Tribunal de Justicia en autos “Dias” del 10/7/2002)...”.*

4.- *“...Ante dos interpretaciones claramente insatisfactorias -una que no parece justificar la regla y la otra que no justifica la excepción- entiendo que debe estarse a la menos perjudicial para quien habrá de ser objeto de la consecuencia retributiva. Esto es, mantener el carácter de agravante en la determinación de la pena de la especie ‘de fuego’, y aplicar la agravante calificativa únicamente a supuestos que no prevean ya, como agravante calificativa la utilización de armas (excluyendo, por cierto, los casos de homicidio)...” (cfr. autor cit., p. 523).*

“...Sostenemos que la aplicación de la agravante genérica del art. 41 bis, CP a casos como el presente significa violar la garantía del “ne bis in idem”, pues una misma agravante sería valorada dos veces. Tal como vimos precedentemente, el art. 41 prevé como agravante o atenuante en relación con la acción, “...los medios empleados para ejecutarla...”; en el caso particular, el Tribunal ya valoró el arma de fuego empleada por Vidal Yañez (cfr. supra, VII, 3) ; por lo tanto, aplicar el art. 41 bis, CP, implica una doble valoración en perjuicio del imputado (cfr. Patricia Ziffer, op. cit., pp109-111)... La escala penal del art. 79, CP, es lo suficientemente amplia y brinda al juzgador un margen de decisión adecuado para poder incluir los distintos casos que pueden presentarse. Por ello, es más racional y responde al principio de intervención mínima considerar el uso del arma de fuego al momento de determinar la pena, dentro del art. 41 y no como una agravante genérica. Esto le permite al juez ponderar los diferentes casos de acuerdo con su gravedad y hacer realidad aquello de que la pena justa es la que se adecua al caso concreto... La violencia o intimidación contra las personas (condición para que se aplique la agravante genérica) son, en sí mismos, elementos constitutivos del homicidio. No es posible matar con violencia moral, sólo es posible hacerlo con violencia física, siendo que la bis moral es parte de la agravante. Por lo tanto, la estructura misma del delito de homicidio hace aconsejable considerar el uso del arma de fuego dentro de los parámetros de los arts. 40 y 41, CP. Cabe recordar también que el bien jurídico protegido por el art. 79, CP, es la vida, sin importar el medio comisivo con que se lo vulnera...”.

“...La aplicación de la agravante genérica prevista en el art. 41 bis produce también graves problemas en relación con otros institutos vinculados con la ejecución de la pena, como la libertad condicional y las penas divisibles. En efecto, no debe perderse de vista que algunos fallos han sostenido que el máximo legal de la pena de prisión prevista en nuestro Código es superior a los

25 años (ver por ejemplo, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, causa “Manfredi” del 8/8/2001, jueces Mitchell, Riggi y Tragant), con lo cual podrían producirse situaciones paradójicas: el autor de un homicidio agravado obtendría, por ejemplo, la libertad condicional antes que alguien penado por un homicidio cometido con un arma de fuego, en el caso de que se le impusiera a éste una pena de prisión superior a los 25 años. Todas las razones expuestas llevan a descartar la aplicación en este caso concreto de la agravante genérica prevista en el art. 41 bis, CP...”.

5.- Las circunstancias particulares en que se llevó a cabo la reforma bajo estudio y las modificaciones que sufrió durante el tratamiento del proyecto original, que no contenía el segundo párrafo que finalmente fue aprobado; ante una técnica legislativa cuestionada en la redacción de la norma, que impone la necesidad de interpretarla de la manera menos perjudicial para su destinatario; sumado a ello, que el art. 41 del C.P. contempla como agravante el medio empleado para la comisión del delito, me llevan a sostener que no resulta de aplicación al presente caso el encuadre legal de los hechos probados en lo previsto por el art. 41 bis del Código Penal.

Cabe mencionar, además, que la escala sancionatoria prevista en el art. 79 del Código Penal es suficientemente amplia, lo que permite al juzgador mensurar la pena en función de todas las circunstancias que rodean el caso.

En función de lo manifestado, la figura típica que se adecua es la descrita en el art. 79 de dicha norma sustantiva, debiendo descartarse, pues, la agravante genérica tratada.

En virtud de las consideraciones expuestas en el presente voto, adhiero a la solución propiciada por el Dr. Muchnik en el considerando 18°.

VOTO DE LA JUEZA MARÍA DEL CARMEN BATTAINI:

En cuanto al primer agravio expresado por la defensa, comparto la solución propiciada por quienes me preceden en el orden de votación. El fallo impugnado encuentra respaldo suficientes en los elementos probatorios incorporados al proceso, los que fueron correctamente valorados por el *a quo*.

Respecto de la solución que debe brindarse al segundo planteo, relacionado con el alcance conceptual y aplicación al caso del artículo 41 bis del Código Penal, adhiero a los fundamentos expuestos por el Juez Muchnik, votando en igual sentido.

Con lo que finalizó el Acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Ushuaia, 14 de junio de 2018.

VISTAS: las consideraciones efectuadas en el Acuerdo que antecede

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

RESUELVE:

1º) HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto a fs. 1339/1361 por la defensa de Roberto Raúl Calderón y, en su mérito, **CASAR PARCIALMENTE** la sentencia de fs. 1306/1333. Sin costas en esta instancia (art. 492, segundo párrafo, del C.P.P.).

2º) CORREGIR dicho pronunciamiento respecto de la calificación legal del ilícito atribuido a Roberto Raúl Calderón, tipificándolo como homicidio simple (art. 79 del Cód. Penal).

3º) REMITIR la causa al Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte para que proceda a fijar el monto de la pena (arts. 40 y 41 del Cód. Penal), conforme a la escala brindada por la subsunción legal adoptada en el punto que antecede.

4º) MANDAR se registre, notifique y cumpla.

Fdo: Javier Darío Muchnik –Juez-; Carlos Gonzalo Sagastume –Juez-; María del Carmen Battaini –Juez-.

Secretario: Roberto Kádár.

T IV– Fº 264/284.