

Homicidio Agravante Por Utilizacion De Arma De Fuego Graduacion De La Pena

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Homicidio. Agravante por utilización de arma de fuego. Graduación de la pena Se confirma la condena del encartado a la pena de once años de prisión como coautor de los delitos de homicidio agravado por la utilización de un arma de fuego y amenazas agravadas por su comisión con armas, no siendo posible sostener como pretende la defensa que se presente un cuadro de duda, desde que dos testigos ubicaron al imputado en la escena del hecho y uno de ellos afirmó que fue él quien tomó el arma y disparó.

En la ciudad de Buenos Aires, a los 27 días del mes de diciembre del año dos mil dieciséis, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Pablo Jantus, Carlos A. Mahiques y Mario Magariños, asistidos por la secretaria actuante, Paola Dropulich, a efectos de resolver en la causa CCC 50741/2013/TO1/CNC2, caratulada "S. L., F. M. s/ robo con homicidio", de la que RESULTA: I. El Tribunal Oral en lo Criminal N° 27 resolvió, en lo pertinente, rechazar los planteos de nulidad efectuados por la defensa y condenar a F. M. S. L., como coautor de los delitos de homicidio agravado por la utilización de un arma de fuego y amenazas agravadas por su comisión con armas, reiteradas en dos oportunidades - todo ello en concurso real-, a la pena de once años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12, 29 inciso 3, 41 bis, 55, 79 y 149 bis párrafo 1, CP y arts. 403, 530 y 531, CPPN -fs. 571 y 575/592-). II. Contra esa sentencia, el doctor Fernando José Berdichevsky, abogado defensor del imputado, interpuso recurso de casación (fs. 599/610), que fue concedido (fs. 611/612) y mantenido (fs. 616/617). III. La Sala de Turno de esta Cámara otorgó al recurso el trámite previsto en el art. 465 CPPN (fs. 619). IV. No se efectuaron presentaciones en el término de oficina, establecido en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del mismo código. V. Conforme lo establecido en el art. 465 citado, quinto párrafo, se designó audiencia a la que compareció el letrado recurrente y, en representación del Ministerio Público Fiscal, la doctora María L. Piqué (fs. 625 y 626). VI. Tras la deliberación del tribunal, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO: El juez Pablo Jantus dijo: I. La defensa interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal N° 27 que rechazó su planteo de nulidad y condenó a F. M. S. L., como coautor de los delitos de homicidio agravado por la utilización de un arma de fuego y amenazas agravadas por su comisión con armas, reiteradas en dos oportunidades -todo ello en concurso real- a la pena de once años de prisión, accesorias legales y costas. En primer lugar, el doctor Berdichevsky reclamó la anulación del procedimiento por dos órdenes de razones. Por un lado, consideró que al recibirse declaración indagatoria al imputado no se estableció el objeto concreto de imputación; específicamente, señaló que la descripción fue imprecisa al atribuirse el disparo tanto a él como a su coimputado -por desconocerse entonces quién lo había efectuado-, lo que resulta fácticamente imposible, y que con ello se afectó su derecho a la defensa en juicio. Por el otro, postuló también la anulación del reconocimiento en rueda de personas sosteniendo que, aunque lo negó, el testigo vio a S. antes del acto, al ingresar a la sala de audiencias del tribunal, y que con ello se afectó el mismo derecho fundamental. En segundo término, se agravó por arbitrariedad en la valoración de la prueba para fundar la participación del condenado en uno de los hechos imputados -homicidio-, argumentando que la prueba resulta insuficiente para conformar el grado de certeza requerido para arribar a una sentencia condenatoria y para desvirtuar la presunción de inocencia, con lo que debió resolverse la cuestión recurriendo al principio contenido en el art. 3 CPPN. Por último, indicó que es errónea tanto la aplicación al caso de la coautoría -art. 45 CP- como la interpretación del agravante previsto en el art. 41 bis CP. Así, sostuvo que además de descartarse que S. efectuó el disparo debió considerarse que el ataque obedeció a un exceso en el plan del autor -el coimputado-, con lo que eventualmente debería responder como partícipe secundario, por no haber efectuado un aporte esencial a aquel suceso. Y agregó que la agravante mencionada requiere - para que su aplicación no importe un supuesto de doble pena por el mismo hecho, ya que el tipo básico contiene a la violencia como uno de sus elementos constitutivos- que el uso del arma se integre en una forma comisiva de violencia o intimidación. II. Antes de ingresar al análisis de los agravios que trae el recurso de casación presentado, es pertinente señalar, para mayor claridad en el tratamiento de tales cuestiones, que al momento de fallar el Tribunal Oral tuvo por probado que el 9 de septiembre de 2013, alrededor de las 22.30 horas, en la planta baja de la escalera 15 del Barrio Piedrabuena de esta ciudad, más precisamente en el pulmón de los Edificios ... ?...? y ... ?...?, F. M. S. L. mató a Julio Dalmario Jesús Abeldaño. En tal oportunidad, la víctima fue abordada por aquél y por otro sujeto no identificado, llamado Brian, cuando conversaba con amigos; entonces, S. tomó la escopeta que llevaba su coimputado y le disparó en el hemitórax izquierdo, ocasionando su deceso a las 00.30 horas del día siguiente en el Hospital Santojanni. Conviene aclarar que, aunque no fueron cuestionados por la defensa en su presentación, el Tribunal también tuvo por acreditados otros dos hechos. Por un lado, que a fines del mes de enero de 2014, a las 02.00 horas aproximadamente, en las inmediaciones del edificio ... ?...? del

Barrio Piedrabuena, F. M. S. L., quien se hallaba junto con otra persona, manifestó a Selva Ángela Abeldaño, Emilse Raquel Pereyra, María José Mareco y Chiara Agustina Abeldaño palabras tales como "los voy a matar a todos", exhibiendo un arma de fuego con la que efectuó varios disparos. Por el otro, que en los primeros días del mes siguiente, por la noche, el imputado efectuó varios disparos hacia la vivienda de Selva Ángela Verónica Abeldaño, ubicada en la escalera ... ?...?, piso ..., departamento ?...?, del mismo barrio, desde un pasillo ubicado bajo el departamento mencionado, y mientras expresaba frases amenazantes, entre ellas dirigidas a la madre de la víctima, a quien refirió "a vos también vieja puta te vamos a matar?".

III. Ahora bien, corresponde analizar en primer lugar el planteo de nulidad, por la incidencia que podría tener en el resto de las demás cuestiones en caso de prosperar.

a. Al referirse a las sanciones procesales, explica Clariá Olmedo que "cuando no se procede con la regularidad prevista en la ley, el desenvolvimiento del proceso penal es anormal, corriéndose el riesgo de afectar los intereses tutelados. De aquí que cuando adquiere importancia, en principio debe impedirse o excluirse la actividad irregular, evitando que produzca efectos en el proceso o eliminando los efectos que hubiere producido" (Jorge A. Clariá Olmedo, Derecho Procesal Penal, Lerner, Córdoba, 1984, t. II, p. 267). Más adelante el autor, al referirse específicamente a la nulidad -que define como la sanción procesal penal más destacada-, indica que "consiste en la invalidación de los actos cumplidos e ingresados en el proceso sin observarse las exigencias legalmente impuestas para su realización. Imponer la sanción es declarar la nulidad del acto eliminando los efectos producidos; se lo extirpa del proceso con todas sus ramificaciones perjudiciales" (Clariá Olmedo, ob. cit., pp. 284/285).

b. De la compulsión del acta que obra a fs. 275/277 surge que al momento de ser imputado del hecho imputado en el marco de la declaración prevista en el art. 294 CPP, se efectuó el siguiente relato: "se le atribuye (...) haber ocasionado la muerte de Julio Dalmacio Jesús Abeldaño, al provocarle una lesión con un proyectil de arma de fuego en el hemitórax izquierdo, mediante la supuesta utilización de un arma tipo escopeta y con la participación de Brian Sosa?; se consignaron luego las circunstancias de tiempo y lugar ya referidas y se agregó que: "cuando la víctima se hallaba en el lugar indicado conversando con un grupo de amigos (...) fue abordado por el compareciente y Brian Sosa y, mientras este último apoyó un arma de fuego tipo escopeta en el pecho de la víctima, le dijeron frases tales como »estás robado«. La víctima respondió la agresión diciendo que no les iba a entregar nada y realizó un mínimo movimiento defensivo con su cuerpo, tras lo cual le dispararon el arma en cuestión directamente contra el cuerpo (...) a menos de un metro de distancia, lo que le provocó una herida (...) (el destacado me pertenece). Pues bien, creo que el Tribunal dio buenas razones para rechazar la petición de la parte recurrente en tanto, como con acierto se sostuvo oportunamente (fs. 560), si bien es cierto que la acción de disparar, por el contexto del relato, aparece atribuida en forma conjunta a los dos imputados -lo que resulta del empleo de la forma plural del verbo-, también lo es que dicha descripción, considerada en forma integral, resulta clara en cuanto describe la conducta reprochada. Al referirse a la declaración indagatoria, explica el autor citado que se trata del principal acto de defensa material del imputado, y al analizar su estructura señala que la intimación consiste en poner al imputado en pleno conocimiento del hecho objeto del proceso para que pueda contestarlo eficazmente (Clariá Olmedo, ob. cit., pp. 600/609). Considero, pues, como se observa del relevamiento efectuado previamente, que S. fue debidamente puesto en conocimiento de la acusación; concretamente, se le reprochó haber matado a la víctima mediante el disparo de un arma de fuego en las circunstancias de tiempo, lugar y modo referidas, junto al prófugo Brian Sosa. Ya en ese entonces existían testimonios contradictorios acerca de cómo se había manipulado la escopeta y quién había accionado el gatillo, pero había suficiente sospecha acerca de su participación, que fue determinada acabadamente en el debate -sobre lo que se volverá luego-. A ello debe agregarse que el imputado contó en ese acto con asesoramiento legal y que tuvo la posibilidad de efectuar un descargo y de presentar prueba; tanto fue así que negó haber disparado el arma de fuego y haber matado a Abeldaño. De tal forma, la parte recurrente no ha logrado explicar de qué manera mediante el procedimiento criticado se ha vulnerado su derecho a la defensa en juicio que radica en este aspecto, sustancialmente, en la posibilidad de conocer la imputación de la que defenderse efectuando un descargo, ofreciendo prueba y alegando, al igual que las demás partes (arts. 18 y 75 inciso 22 CN; art. 8 puntos 1 y 2.b CADH; art. 14 inciso 3.d PIDCyP y art. 10 DUDH). Por ello considero que ese agravio debe ser rechazado.

c. A similar conclusión ha de arribarse con relación al reconocimiento en rueda de personas, por cuanto a mi modo de ver en el procedimiento en cuestión se observaron estrictamente las previsiones del libro II, título III, capítulo VII, CPPN. En este sentido, se desprende de las actas correspondientes (fs. 556 y 559/569) que el testigo informó y describió previamente, en la medida de sus posibilidades, a la persona a reconocer, y negó bajo juramento haber vuelto a verla luego del hecho. Consta también que a fin de participar como sujeto pasivo del acto, el acusado fue puesto al lado de personas similares, que se identificó luego del reconocimiento y que se encontró presente su abogado defensor (sobre la concurrencia de tales requisitos puede consultarse a Julio B. J. Maier, Derecho procesal penal, III. Parte general, actos procesales, Del Puerto, Bs. As., 2011, pp. 167/168). Es evidente entonces, desde mi perspectiva, que el acto cumplió las exigencias legales correspondientes y que el imputado contó con asistencia letrada, con lo que el recurrente no ha logrado explicar por qué razón debería ser privado de sus efectos porque, reitero, tal consecuencia demanda ineludiblemente la existencia de alguna irregularidad, y en el caso ninguna fue constatada. En ese orden

debe aclararse que, como con razón se sostuvo en el fallo, el hecho de que -eventualmente- el testigo hubiera visto al acusado al ingresar a la sala de audiencias del Tribunal antes de efectuar el reconocimiento, no produce las consecuencias pretendidas por esa parte sino que, en su caso, tendrá incidencia en su valoración como mecanismo probatorio, de modo tal que este punto tampoco debe ser reconocido. IV. Luego, los parámetros que, a mi modo de ver, deben ser tenidos en cuenta a la hora de revisar la valoración de la prueba en la sentencia desde el tribunal de casación, han sido desarrollados in extenso al resolver en la causa n° 11375/2013/TO1/CNC1, caratulada "Mansilla, Pablo y otro s/ lesiones leves" (Rta. 16/7/2015, Reg. n° 252/2015), ocasión en la que se analizaron las pautas de una interpretación constitucional del recurso en tratamiento a partir de la doctrina del precedente "Casal" (C.S.J.N., Rta. 20/9/2005). Allí sostuve también, y es pertinente en este caso, que el examen de la plataforma fáctica de una sentencia de condena está orientado a determinar si los elementos de convicción ponderados en el pronunciamiento cuestionado y los razonamientos utilizados permiten demostrar que, en ese caso, se ha acreditado con certeza el hecho imputado, con cita de José I. Cafferata Nores (La prueba en el proceso penal, 3ª edición, Depalma, Bs. As., 1998, p. 8) y Luigi Ferrajoli (Derecho y Razón, Ed. Trotta, España, 1998, p. 105 y ss.) para el desarrollo de ese concepto. Sobre la base de estas consideraciones y ceñido al análisis de los agravios presentados, debo señalar que desde mi punto de vista el tribunal de juicio ha efectuado una adecuada valoración de la prueba rendida en el debate y la ha articulado de modo tal que, de su lectura, se puede comprender sin lugar a dudas que ha sido correcta la atribución de responsabilidad al imputado S., conforme las pautas de la sana crítica racional y de certeza que requiere un pronunciamiento como el cuestionado (arts. 241 y 398 CPPN). Veamos. La defensa ha sostenido, tanto en su recurso como en la audiencia, que la participación del imputado en el hecho se construyó a partir de la parcialización del relato de testigos contradictorios, sospechosos e interesados. Argumentó que López fue impreciso en la descripción del arma empleada, admitió haber consumido estupefacientes ese día y negó que Vera estuviera presente, a la vez que aseguró que S. estaba en el lugar pero no efectuó el disparo; y por ello concluyó el letrado que el Tribunal tomó como relevante sólo algunos aspectos de su versión. Con relación a Vera, la defensa hizo hincapié en que admitió tener una relación de odio con el acusado, en que se encontraría vinculado con la comercialización de estupefacientes y en que fue contradictorio con López acerca de quién ejecutó la acción. Sin embargo, entiendo que no es correcto el método seguido por el recurrente para fundar este cuestionamiento y que, por el contrario, el Tribunal adecuadamente ha examinado la prueba como un todo, efectuando un ordenado cotejo de sus componentes para arribar a la conclusión antes mencionada. En efecto, en el fallo se concluyó en la participación del imputado en el suceso juzgado partiendo de la consideración de que los testigos Alejandro Omar Vera y Pablo Raúl López fueron contestes al ubicar a S. en la escena del hecho -reconociéndolo en rueda de personas- y al referir que la víctima fue abordada por éste y por otro sujeto que portaba un arma de fuego. Es cierto que aquellos no coincidieron acerca de quién efectuó el disparo, pero el fallo se hizo cargo de la contradicción y dio razones por las cuales, al igual que el fiscal, dio mayor credibilidad a los dichos de Vera, quien señaló que S. le sacó el arma al otro agresor y accionó el arma. Así, se valoró que aquél exhibió mayor predisposición para colaborar con la investigación, tanto al comparecer como al describir el suceso, con lo que se consideró que resultó menos temeroso que López, quien fue reticente en su deber de presentarse y se mostró preocupado por el tenor de sus dichos. Y se agregó que la mecánica del hecho descrita por Vera resultó coincidente con lo relatado por los familiares de la víctima, quienes no presenciaron el hecho pero transmitieron los dichos de otros testigos que la acompañaban en ese momento -Emilse Pereyra; Selva Ángela Verónica Abeldaño; María José Mareco y Graciela Nieve Bilbao-. Además, para fundar la verosimilitud de tales versiones se tuvo en cuenta también que tanto López como Vera afirmaron que la agresión se efectuó mediante un arma tipo escopeta, y se relacionó esa prueba testimonial con el resultado de la peritación balística, que informó que el material hallado en el cadáver corresponde a perdigones de ese tipo de instrumento. El Tribunal dio entonces, una vez más, fundadas razones por las cuales concluyó probada con el grado de certeza que requiere una sentencia de condena la intervención de S. en el hecho, y explicó por qué razón, además, correspondía otorgar mayor verosimilitud al relato de un testigo por sobre el otro con relación al rol de aquél en el homicidio. De tal forma, no es posible sostener como pretende la defensa que se presente un cuadro de duda, desde que dos testigos ubicaron al imputado en la escena del hecho y uno de ellos afirmó que fue él quien tomó el arma y disparó; varios declarantes más se expidieron en el mismo sentido -aunque por dichos de terceros, por no haber presenciado el suceso-; una peritación determinó que los restos de bala hallados en el cuerpo de la víctima correspondían a una escopeta, como aquellos indicaron y describieron; y como con razón apuntó la fiscal en la audiencia ante esta Cámara y mencionó también el Tribunal en el fallo, S. resultó condenado por dos hechos de amenazas dirigidas contra la familia de Abeldaño que se relacionan con el homicidio de éste y que ocurrieron poco tiempo después, durante su investigación, y en los que también se emplearon armas de fuego e incluso efectuaron disparos. Por todo lo expuesto considero que el fallo presenta una exhaustiva reseña de la prueba rendida en el debate y una valoración y conclusión fundada y razonable sobre la participación que se atribuye a S. en el hecho cuestionado, por lo que corresponde también en este aspecto rechazar el recurso presentado. V. Otro tanto debe decirse con relación al agravio vinculado con la errónea interpretación y aplicación al caso de las previsiones de los arts.

41 bis y 45 CP. a. Con relación al grado de participación del imputado en el homicidio, queda claro que el hecho de atribuírsele el disparo del arma que causó la muerte de la víctima, conforme la valoración de la prueba efectuada, torna abstracto el planteo de la defensa relativo a que su aporte no habría sido esencial. b. Por otro lado, creo que la figura prevista en el art. 41 bis CP ha sido correctamente interpretada y aplicada al caso, conforme los lineamientos expuestos al votar en la causa n° CCC 21/2014/TO1/CNC1, caratulada "Bustos, Jonathan Matías s/ robo con armas en tentativa" (Rta. 13/6/16, Reg. n° 453/2016). Ello es así en la medida en que esa consecuencia jurídica obedece adecuadamente a la intención del legislador de calificar aquellas acciones emprendidas por el sujeto activo mediante el empleo de un dispositivo que posee mayor poder ofensivo que otros, lo que no resulta irrazonable puesto que, evidentemente, pudo haber considerado que aunque el resultado final de muerte sea el mismo, no es igual matar con un arma de fuego -que aumenta sustancialmente el poder ofensivo del autor, además del peligro que genera- que con cualquier otro medio, y de allí la razón del agravante por el mayor contenido de injusto del hecho. La aplicación de ese elemento normativo objetivo es procedente, además, porque como claramente se estableció en el segundo párrafo de la norma criticada, no se aplica en aquellos casos en los que el empleo del arma se encuentra previsto como componente constitutivo del delito que agrava -como ocurre en el caso del robo perpetrado con arma de fuego, que califica la figura básica (arts. 164 y 166, inc. 2, párr. 2, CP)-. Eso es, precisamente, lo que permite descartar que se trate de un supuesto de doble valoración. Entiendo, además, que la incorporación del art. 41 bis al Código Penal (cf. Ley n° 25.297, B.O.: 22/9/2000), aumentando sensiblemente las penas de los delitos cometidos con armas de fuego, resulta una cuestión de política criminal que intenta enfrentar un problema específico dado por la gran cantidad de armas en circulación y la preocupación por la seguridad común (cf. antecedentes parlamentarios). Y esa es una función o facultad del legislador que debe ser respetada en tanto no contravenga principios fundamentales, lo que no ocurre en el caso por lo que se mencionó párrafos más arriba. Tal es la razón de ser del agravante, considerada por el legislador, y al margen de su crítica y de la jurisprudencia invocada, la defensa no ha impetrado su inconstitucionalidad, de modo que su pretensión debe ser rechazada. VI. Por último, aunque no fue materia de recurso, resulta pertinente a mi juicio el análisis de la pena impuesta al imputado, en el marco de la revisión amplia de la sentencia que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha delineado en el precedente "Casal", del 20 de septiembre de 2005. Sobre este aspecto, observo que la sanción ha sido correctamente graduada y resulta razonable y adecuada a las circunstancias de los hechos y del autor, en tanto para arribar al monto indicado, los colegas han tomado en cuenta adecuados parámetros, tanto objetivos como subjetivos, específicamente previstos en la ley sustancial (arts. 40 y 41 CP). Es que se valoraron las condiciones personales del autor -su edad, ausencia de antecedentes penales, adicción a los estupefacientes- y la naturaleza de la acción y el medio empleado -lo sorpresivo del ataque, que la víctima se hallaba desarmada y bajo los efectos de estupefacientes-. De tal forma, la sanción de once años de prisión, que supera en pocos meses el mínimo legal previsto para el concurso escogido, se conecta con las pautas ponderadas y es correcta en términos de los arts. 40 y 41 cit. VII. Por todo lo expuesto propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida, sin costas por considerar que la parte tuvo razón plausible para litigar, a estar a la naturaleza del recurso y la jurisprudencia citada (artículos 456, 469, 470, 471 -estos dos a contrario sensu-, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). El juez Carlos A. Mahiques dijo: Adhiero en lo sustancial al voto precedente. El juez Mario Magariños dijo: -I- En primer lugar, en relación con el agravio referido a la descripción del suceso en el acto de indagatoria (fs. 257/277), se observa que tanto en aquella oportunidad, como en el requerimiento de elevación a juicio fiscal (fs. 374) y en la sentencia impugnada (fs. 578vta.), se mantuvo inalterado el modo de imputación fáctica del hecho reprochado, sumado a que en la segunda de las piezas procesales citadas se precisó la calificación de la intervención criminal (coautoría), por la que resultó finalmente condenado el señor S. L.. Sobre este marco, no se observa perjuicio alguno al ejercicio del derecho de defensa en juicio, ni tampoco logra demostrarlo la defensa en su recurso de casación, razón por la cual la pretensión se orienta a obtener una declaración de nulidad por la nulidad misma, por lo que corresponde que, en este punto, el recurso de casación sea declarado inadmisibles (artículo 444, 2° párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación). En segundo término, corresponde señalar que la defensa no efectúa ninguna argumentación encaminada a rebatir los fundamentos dados por el a quo en la sentencia impugnada, con base en los cuales se rechazó la objeción al reconocimiento del condenado S. L. formulada por la defensa. En consecuencia, el recurso carece de un requisito indispensable para el progreso de la nulidad articulada. Por ello, también en relación con este agravio, el recurso debe ser declarado inadmisibles (artículo 444, 2° párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación). Por otra parte, en tanto en la sentencia recurrida se ha llevado adelante una correcta fijación del hecho materia de condena, de conformidad con las pautas establecidas por esta cámara en los precedentes "Cajal" -proceso n° CCC 31507/2014/TO1/CNC1, registro n° 351/2015, sentencia del 14 de agosto de 2015- (ver el voto del juez Magariños) y "Meglioli"-proceso n° CCC 814/2013/TO1/CNC2, registro n° 911/2015, sentencia del 14 de noviembre de 2016- (ver el voto del juez Magariños), corresponde confirmar este aspecto de la decisión atacada. Asimismo, tal como señala el juez Jantus en su voto, la confirmación de la fijación del hecho efectuada por el a quo, en donde se estableció que el condenado S. L. fue quien efectuó el

disparo que provocó la muerte del señor Abeldaño, torna abstracto el planteo dirigido a cuestionar su grado de intervención criminal en el hecho. De cualquier modo, y tal como se afirmó en la sentencia, "también es cierto [...] que aunque el disparo lo hubiese hecho la otra persona, de todas formas existiría una coautoría" (fs. 588vta.). Ello pues, según se acreditó, ambos individuos actuaron en forma conjunta durante la fase ejecutiva del hecho y en esa intervención evidenciaron un co-dominio del accionar ilícito. -II- Ahora bien, en virtud del cuestionamiento formulado en el recurso de casación interpuesto en el caso, dirigido a objetar la aplicación de la calificante prevista en el artículo 41 bis del Código Penal, corresponde, en primer lugar, señalar cuál es el fundamento y la razón de ser de esa agravante genérica, dentro de la sistemática del Código Penal. En ese sentido, parece claro que la mayor eficiencia que supone la utilización de un arma de fuego en el ejercicio de la violencia física o de la intimidación, empleadas para ejecutar y/o consumir una conducta típica, es aquello que determinó al legislador a asignar, ex ante, un mayor contenido de desvalor a todo comportamiento ilícito desplegado mediante el uso de ese medio letal, bajo la condición -claro está- de que la figura de la cual se trate no contemple ya en su texto al empleo de ese mismo medio como elemento desvalioso. Pues bien, establecido así el significado de la regla bajo análisis, corresponde ahora considerar algunas de las críticas formuladas a esa calificante legal, en particular, respecto de su aplicación en relación con la figura de homicidio; una reseña de tales observaciones, reproducidas en parte en el recurso aquí interpuesto, puede verse plasmada en un artículo de doctrina (cfr. Ale, Alejandro S. y Buján, Fernando, La tentativa de homicidio y las agravantes en una reciente decisión de la Cámara Nacional de Casación Penal, en Revista de Derecho Penal y Criminología, La Ley, Volumen n° 9, 2016, p. 45/63) y, a su vez, en uno de los votos del fallo allí comentado. De esas objeciones merecen atención aquellas relacionadas con: a) la supuesta violación de la prohibición de doble valoración, derivada del principio ne bis in idem, vinculada con lo regulado en el artículo 41, inciso 1°, del Código Penal; b) la cuestión de la falta de proporcionalidad entre la escala penal correspondiente a cualquier tentativa de homicidio agravado en virtud de algunas de las circunstancias contempladas en los distintos incisos del artículo 80 del código de fondo, y la escala penal asignada a la tentativa de homicidio (artículo 42 y 79 del Código Penal) con la aplicación de la agravante regulada en el artículo 41 bis de la ley penal; y c) la incongruencia legislativa que se le atribuye a la regulación de la calificante contenida en el artículo 41 bis frente a la figura del artículo 104 del Código Penal (abuso de armas), toda vez que, al interpretarse a ésta última regla como la tipificación de un supuesto de desistimiento voluntario de una tentativa de homicidio (punible), y al afirmarse, a su vez, la existencia de una relación de concurso aparente de leyes -por consunción- entre el tipo de abuso de armas y la tentativa de homicidio, se concluye que la aplicación de la agravante por el uso de un arma de fuego (artículo 41 bis del Código Penal), para la comisión de un homicidio, resultaría ser la consideración de un desvalor ya computado por la figura del artículo 104, con lo cual, también por esta razón, se afirma el quebrantamiento de la prohibición de doble valoración y, con ello, la ilegitimidad de la imposición de la calificante por el empleo de un arma de fuego para los intentos de homicidio ejecutados con ese medio. Tales observaciones dirigidas a la aplicación de la agravante en casos como el que aquí se considera, pese a presentarse en apariencia estructuradas desde una perspectiva intrasistemática, no superan sin embargo un análisis matizado de los conceptos dogmáticos y normativos con base en los cuales pretenden sustentarse. En efecto, en punto a la pauta para la individualización de la pena establecida por el legislador en el artículo 41, inciso 1°, del Código Penal, referida a "La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados" y, a su vez, a la decisión legislativa, consagrada en el artículo 41 bis del mismo código, consistente en agravar todo comportamiento típico ejecutado con determinado medio (arma de fuego), resulta difícil comprender cómo y por qué ello produciría una lesión a la prohibición de doble valoración -crítica "a"-; en especial, si se tiene en cuenta que la regla impide al legislador computar, una vez más, como pauta de determinación punitiva a una circunstancia ya considerada por la ley como elemento típico, pues: "Todas aquellas reflexiones que hayan sido tomadas en cuenta por el legislador al establecer el tipo penal, o dicho de otro modo, todas aquellas circunstancias que fundamentan el ilícito, no pueden ser consideradas nuevamente al momento de fijar la pena para un hecho concreto" (conf. por todos: Ziffer, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena, editorial Ad-Hoc, 2° edición, 2° reimpresión, Buenos Aires, 2013, p. 107). En consecuencia, ello solo implica que en todo supuesto de aplicación de la calificante establecida en el artículo 41 bis del Código Penal, el intérprete, a la hora de individualizar el monto de sanción, no deberá valorar, con base en el artículo 41, inciso 1°, de la ley de fondo, el empleo de un arma de fuego como medio que fundamente una mayor intensidad del monto punitivo; pero, del mismo modo ocurre frente a todo supuesto en el cual, por ejemplo, se califique a la conducta como homicidio agravado por el uso de "veneno" (artículo 80, inciso 2°, del Código Penal), o de "un medio idóneo para crear un peligro común" (artículo 80, inciso 5°, del Código Penal); sin embargo, ello no permite sostener razonablemente que el legislador haya quebrantado la prohibición de doble valoración al seleccionar como medio para agravar un homicidio al "veneno" o a aquel que "resulte idóneo para crear un peligro común", frente a lo establecido por el artículo 41, inciso 1°, como parámetro de individualización de la pena, en cuanto esta norma refiere al medio empleado para ejecutar la acción. Cabe agregar sobre esta cuestión, que, como es obvio, la circunstancia de que el artículo 41 bis de la ley de fondo establezca una

agravante de carácter genérico, no modifica en nada lo arriba expuesto. En relación con la crítica sustentada en la desproporción que media entre la escala penal aplicable a una tentativa de homicidio agravado por el empleo de un arma de fuego (5 años y 4 meses a 22 años y 1 mes de prisión) y la correspondiente a una tentativa de homicidio agravado por alguna de las circunstancias contempladas en los distintos incisos del artículo 80 del Código Penal (10 a 15 años de prisión) -crítica 'b?-, corresponde observar que esa objeción omite hacerse cargo de que igual falta de proporción en las escalas punitivas media ya entre la tentativa de homicidio simple (4 años a 16 años y 8 meses de prisión) y la escala penal aplicable a la tentativa de homicidio agravado por la concurrencia de cualquiera de los incisos contemplados en el artículo 80 de la ley de fondo. En este sentido, puede verse la observación crítica que, precisamente por esa desproporción, ha formulado desde antiguo un sector de la doctrina nacional a la interpretación dominante en nuestro medio (tanto en doctrina como en jurisprudencia) acerca del modo de reducir la escala penal en caso de tentativa (art. 44, primer párrafo, del Código Penal), pues conforme se advierte, siempre '...se darán situaciones inadmisibles, cuales son las de establecer para la tentativa de delitos menos graves (v.gr., art. 79) una escala mayor (4 años [1/2 de 8] a 16 años y 8 meses [2/3 de 25]) que la correspondiente a la tentativa de delitos más graves (art. 80, prisión de 10 a 15 años, art. 44 [...])?' (De la Rúa, Jorge, Código penal argentino. Parte general, editorial Depalma, 2° edición, Buenos Aires, 1997, p. 786. En el mismo sentido, puede verse también: Núñez, Ricardo, Derecho penal argentino, Editorial Bigliográfica Omeba, Buenos Aires, 1960, p. 468). Por consiguiente, la observación relativa a la falta de proporcionalidad de las escalas penales, no posee relación alguna con la consagración legal de la calificante contemplada en el artículo 41 bis del Código Penal, sino que se vincula, en cualquier caso, a la hermenéutica que se otorga a lo estipulado en el primer párrafo del artículo 44 de la ley de fondo. Ahora bien, con respecto a las críticas formuladas a la norma bajo estudio, cuyo punto de partida se ubica en la conceptualización de una determinada relación concursal de carácter aparente (por consunción) entre las figuras de abuso de armas (artículo 104 del Código Penal) y la tentativa de homicidio (artículos 42 y 79 del Código Penal) -crítica 'c?-, corresponde, en primer término, señalar que solo a partir de una interpretación asistemática y desatenta de la letra de la ley ('El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito?', conf. art. 43 del Código Penal), es posible afirmar que el delito de abuso de arma contempla un supuesto de desistimiento voluntario de una tentativa de homicidio ejecutada mediante el empleo de un arma de fuego que, además, en oposición a lo dispuesto por la norma citada en último lugar, resultaría punible. Por lo demás, ello se sostiene sin siquiera tomar en cuenta que tal conceptualización de lo regulado por la figura del artículo 104 del Código Penal alcanzaría a conductas consistentes en la realización de disparos dirigidos hacia zonas vitales del cuerpo de la víctima que, pese a que puedan circunscribirse a supuestos en los cuales existiera la posibilidad de reiteración no emprendida por el autor, resultan, al menos, difíciles de ser caracterizados como tentativas de homicidio aún susceptibles de desistimiento. En otros términos, de ese modo, se renuncia a toda reflexión sobre aquello que, en relación con la cuestión aquí tratada, la más destacada doctrina penal ha abordado explicando que 'Un simple abandono del continuar el hecho ya no está vinculado con el proceso causal que se la ha ido de las manos [al autor]; el mero omitir ulteriores tentativas no constituye desistimiento?' (Jakobs, Günther, Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, Marcial Pons, 2° edición, Madrid, 1997, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 26/15). En verdad, una lectura sistemática y atenta de los conceptos dogmáticos con base en los cuales se debe desarrollar la hermenéutica, permite entender que la diferencia existente entre el delito de abuso de armas y el de tentativa de homicidio simple transita por el distinto significado normativo-objetivo de cada una de esas figuras, pues mientras la primera de ellas abarca a aquellos comportamientos orientados a agredir a la víctima -mediante el disparo de un arma de fuego- en zonas no vitales del cuerpo, la otra comprende a las conductas dirigidas a vulnerar la vida. De modo que, no se trata de una diferencia vinculada a la estructura subjetiva de la acción del autor, pues ambas normas exigen un actuar con conocimiento de las circunstancias objetivas del tipo penal, esto es, doloso. Sobre esta cuestión, tuve ya oportunidad de pronunciarme, como juez integrante del Tribunal Oral en lo Criminal n° 23 de esta ciudad, en el precedente 'Leonardo García Correa y Alejandro Ariel Aranda?' (sentencia del 17 de noviembre de 2011, entre otros casos también allí citados). Por consiguiente, el disparo de un arma de fuego dirigido hacia una zona vital del cuerpo de la víctima, constituye una conducta objetivamente imputable al tipo del artículo 79 de la ley penal, sea en grado de tentativa (artículo 42 del Código Penal) o de consumación. En cambio, en aquellos supuestos en los cuales el autor dispara en dirección a zonas no vitales del cuerpo, la imputación objetiva del comportamiento corresponde al tipo penal contenido en el artículo 104 de la ley de fondo, sea que no produzca lesión alguna o bien cuando el disparo ocasione una lesión de carácter leve (art. 89 del Código Penal); esto último, en tanto la norma determina que: 'Esta pena se aplicará aunque se causare herida a que corresponda pena menor?', por lo tanto, la producción de ese resultado también quedará allí comprendido. Ello obedece a la circunstancia de que el legislador asigna un desvalor preponderante, es decir, por sobre el de la consumación de la lesión leve, a la incalculabilidad de los posibles cursos de daño derivados de efectuar un disparo de arma de fuego, más allá de la mayor eficiencia que el medio también importa a efectos de la producción del resultado lesivo. En otras palabras, la figura del

artículo 104 del Código Penal contempla expresamente el mayor desvalor de la utilización de un arma de fuego, no solo por la eficiencia proporcionada a la acción para alcanzar un resultado lesivo, sino también, y en particular, por la incalculabilidad de las consecuencias que el medio utilizado genera; esa es la razón que explica la regla, arriba transcripta, contenida en su texto; sumado, claro está, a la subsidiariedad expresa de la figura de lesiones leves. Estos son los motivos por los cuales, en definitiva, prevalece la aplicación de aquella figura por sobre la norma del artículo 89 del Código Penal. Ahora bien, conforme lo hasta aquí explicado, no es correcto afirmar que el legislador contemple ya ese mayor desvalor que deriva de la utilización de un arma de fuego dentro de las figuras que tipifican a las lesiones graves o gravísimas (artículos 90 y 91 del Código Penal), ni en aquella que prohíbe el homicidio simple (artículo 79 del Código Penal), sea tentado (artículo 42 de la ley penal) o consumado. Por ello, no es correcto sostener que medie una relación de concurso aparente por consunción entre la figura de abuso de arma y la de lesiones graves o gravísimas, o la de homicidio tentado o consumado; en especial si se reflexiona mínimamente acerca de que esa clase de relación lógica entre leyes se configura cuando 'el contenido de ilícito y culpabilidad de un delito están incluidos en otros; en otras palabras, cuando 'la realización de un tipo (más grave), por lo menos por regla general, incluye la realización de otro (menos grave)' (cfr. Bacigalupo, Enrique, Derecho penal. Parte General, editorial Hammurabi, 2° edición, Buenos Aires, 1999, p. 573/574. En el mismo sentido, puede verse: Stratenwerth, Günter, Derecho penal. Parte General I. El hecho punible, trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, editorial Hammurabi, 4° edición, Buenos Aires, 2005, p. 543) y, precisamente no es dable entender que, por regla general, la realización de una conducta homicida contenga, necesariamente, desde la lógica normativa, el desvalor propio del empleo de un arma de fuego. Con solo reparar en la redacción de la parte final del segundo párrafo del artículo 104 del Código Penal ('siempre que el hecho no importe un delito más grave') y con recordar que 'Los casos de subsidiariedad expresa se dan cuando el texto legal indica que el precepto es aplicable, siempre que no lo fuera otro más grave' (cfr. Bacigalupo, Enrique, ob. cit., p. 572/573, la cursiva se agrega), es ineludible advertir que el tipo de concurso aparente que media entre una tentativa de homicidio simple (artículos 42 y 79 del Código Penal) y el abuso de arma de fuego (artículo 104, primer y segundo párrafo, del Código Penal) es de subsidiariedad expresa, y radica en el desplazamiento que, en virtud de la sanción más severa prevista por aquellas normas, se produce respecto de la figura residual. Por lo tanto, no corresponde entender que la razón por la cual la regla de la tentativa de homicidio 'posee mejor derecho' para ser aplicada por sobre el artículo 104 de la ley de fondo, radique en que todo el contenido ilícito de esta última figura se encuentre ya relevado (consunción) por la norma que prohíbe al homicidio simple. En síntesis, y por razón de todo lo explicado, no es acertado interpretar que lo contemplado en la agravante establecida en el artículo 41 bis del Código Penal se encuentre ya desvalorado en el contenido típico del artículo 79 de ese mismo código. En consecuencia, corresponde en este punto también confirmar la resolución impugnada. -III- Por último, adhiero al voto que lidera el acuerdo respecto a la convalidación de la sentencia impugnada en relación con el monto de la sanción penal impuesta al señor S. L., pues se observa que fueron respetadas estrictamente las exigencias normativas aplicables para considerar, en este punto, a la decisión como ajustada a derecho. En definitiva, corresponde: I) declarar inadmisibile el recurso de casación interpuesto contra el punto dispositivo 'I' de la resolución impugnada (artículo 444, 2° párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación); II) rechazar los restantes cuestionamientos del recurrente y, en consecuencia, confirmar la resolución recurrida en todos sus términos; sin costas (artículos 470 y 471 a contrario sensu, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). En virtud del acuerdo que antecede, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal RESUELVE: RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, CONFIRMAR la resolución recurrida; sin costas (artículos 456, 469, 470 y 471, los dos últimos a contrario sensu, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100) y devuélvase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envió. PABLO JANTUS MARIO MAGARIÑOS CARLOS A. MAHIQUES Ante mí: PAOLA DROPULICH SECRETARIA DE CAMARA 036589E