

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 42001/2014/TO1/CNC1

Reg. n° 330/2016

En la ciudad de Buenos Aires, a los 3 días del mes de mayo del año dos mil dieciséis, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Daniel Morin, Eugenio C. Sarra bayrouse y Luis F. Niño, asistidos por la secretaria actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 330/347 vta. por la defensa oficial de Ariel Mejía Uriona; en la presente causa n° CCC 42.001/2014, caratulada “**Mejía Uriona, Ariel s/recurso de casación**”, de la que **RESULTA:**

I) El Tribunal Oral en lo Criminal n° 7 de esta ciudad, con fecha 13 de mayo de 2015, resolvió, en lo que aquí interesa: “(c)ondenar a Ariel Mejía Uriona a la pena de catorce años de prisión, accesorias legales y costas, como autor de los delitos de homicidio agravado por haber sido cometido *criminis causae* y mediante el empleo de un arma de fuego, en grado de tentativa, en concurso ideal con robo agravado por el empleo de un arma de fuego, en grado de tentativa (arts. 12, 29, inciso 3°, 41 *bis*, 42, 44, 54, 80, inciso 7°, y 166, inciso 2°, segundo párrafo, del Código Penal, y arts. 403, 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación)” (cfr. fs. 297/297 vta.). Sus fundamentos fueron dados a conocer el 20 de mayo de 2015 (cfr. fs. 299/312 vta.).

II) Contra dicha resolución interpuso recurso de casación el defensor oficial *ad hoc* Fernando E. Muratore (cfr. fs. 330/347 vta.), el que fue concedido por el *a quo* (cfr. fs. 348/349) y debidamente mantenido en esta instancia (cfr. fs. 352).

Fundó su recurso en ambos incisos del art. 456, CPPN, sosteniendo, en primer lugar, que se efectuó una errónea interpretación de la ley, ya que:

a) El hecho atribuido a Mejía Uriona debió encuadrarse en el tipo penal previsto en el art. 89 y/o 90, CP, en concurso real con el delito de robo con arma de fuego tentado.

b) Subsidiariamente, la conducta debió calificarse en la figura del art. 165, CP ó en el delito de homicidio simple tentado en concurso real con el delito de robo con arma de fuego tentado.

c) No debió aplicarse la agravante prevista en el art. 41 *bis*, CP.

d) Resultó arbitraria la pena de catorce años de prisión impuesta, y violatoria de lo dispuesto en los arts. 40 y 41, CP.

III) El 13 de julio del año en curso, se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal y sus integrantes decidieron otorgarle al recurso de casación interpuesto el trámite del art. 465, CPPN (cfr. fs. 355).

IV) Durante el término de oficina, previsto por los arts. 465, cuarto párrafo y 466, CPPN, se presentó la defensora oficial María Florencia Hegglin, a cargo de la Unidad de Actuación n° 3 ante esta Cámara, quien reiteró los fundamentos del recurso de casación expuestos por su colega de la anterior instancia y agregó nuevos agravios (cfr. fs. 359/368).

V) El 28 de octubre de 2015 se celebró la audiencia prevista por el art. 468 en función del 465, CPPN, de la que se dejó constancia en el expediente a fs. 376, y a la que comparecieron:

a. El defensor oficial Mariano P. Maciel, a cargo de la Unidad de Actuación n° 2 ante esta Cámara, quien se remitió a lo manifestado tanto en el recurso de casación como en el término de oficina.

b. El fiscal general Oscar Ciruzzi, quien consideró que debía rechazarse el recurso interpuesto.

CONSIDERANDO:

El juez Morin dijo:

1.- Los jueces del *a quo*, al momento de resolver, tuvieron por acreditado que “el 13 de julio de 2014, a las 15:15 aproximadamente, Ariel Mejía Uriona ingresó en el supermercado “DIA”, de la calle Curapaligüe 1964 de esta ciudad, y con el revólver calibre .22 largo, marca “Tala”, n° 64185, efectuó un disparo en dirección al empleado de seguridad Genaro Roberto González, que impactó en su hemitórax izquierdo y ocasionó que cayera al suelo.

Acto seguido, el imputado apuntó con el arma de fuego al sector de las primeras cajas en la segunda de ellas había estaba atendiendo

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 42001/2014/TO1/CNC1

Mario Damián Silguero, accionó el gatillo sin que saliera proyectil alguno.

Fue así como Uriona le preguntó a una mujer (cliente del lugar) dónde se encontraba el cajero, ante lo cual ésta le señaló a Mauricio Romero, quien si bien se encontraba cumpliendo funciones en la caja tres, pero se había agachado en la número cuatro.

Ante ello, el imputado se acercó a Romero y al tiempo que le apuntaba con el revólver, lo obligó a levantarse del piso e ir hacia la caja tres, en donde le entregó una bolsa del supermercado e hizo que le guardara el dinero de la recaudación; entre tanto, Mejía Uriona fue hacia la caja número dos, que había dejado abierta Silguero, agarró más dinero y lo colocó dentro de aquella bolsa que había dado a Romero.

Después de preguntar por la caja cuatro y de que Romero le contestara que no estaba funcionando, previo efectuar un nuevo disparo contra Genaro Roberto González, el cual impactó en el hueso poplíteo de miembro inferior derecho, Uriona se retiró del lugar en poder de la suma de \$ 2.100,75.

En ese instante, el agente Guillermo Galeano de la comisaría nro. 12 de la Policía Federal Argentina, quien previamente había sido alertado por un grupo de personas, luego de escuchar el sonido de las detonaciones, observó al imputado egresar corriendo del supermercado al tiempo que intentaba atar una bolsa que tenía en sus manos.

Ante ello, Galeano gritó: 'alto policía', ocasión en la cual Uriona comenzó a correr por Curapaligüe en dirección al norte, tomando luego por la calle Zelarrayán en dirección al este y al llegar a Puán volvió a doblar a la derecha hasta que en la intersección con la avenida Cobo detuvo su marcha. En ese momento, el agente Galeano se abalanzó desde atrás sobre el imputado quien arrojó la bolsa de color verde al piso y un arma de fuego del tipo revólver. Luego de un forcejeo en la cual intentó tomar el arma y mediante la utilización de la fuerza mínima e indispensable, Galeano logró su detención.

En esa ocasión se secuestró una bolsa de color verde, con la inscripción "DIA MARKET", que contenía la suma de dinero indicada,

y el revólver arriba individualizado, con cuatro cartuchos a bala y dos vainas servidas en sus alvéolos” (sic).

2.- Sobre esa base, los magistrados consideraron que la conducta reprochada a Mejía Uriona encuadraba en “los delitos de homicidio agravado por haber sido cometido *criminis causae* y mediante el empleo de un arma de fuego, en grado de tentativa, en concurso ideal con robo agravado por el empleo de un arma de fuego, en grado de tentativa (arts. 12, 29, inciso 3º, 41 *bis*, 42, 44, 54, 80, inciso 7º, y 166, inciso 2º, segundo párrafo, del Código Penal)” .

Sostuvieron que “(l)o ocurrido fue claramente un comienzo de apoderamiento violento, con un arma de fuego, de la recaudación del Supermercado Día, al menos de dos de sus cajas”, lo que “quedó en evidencia con las imágenes de las cámaras de seguridad y los testimonios de los empleados del local, complementados con el del policía Galeano”.

Destacaron que “a Mejía Uriona se le secuestró una bolsa de ese supermercado con dinero y un arma de fuego, apta para el disparo”, y que lo particular del caso radicaba en que “según lo pusieron de resalto los testigos González, Silguero, Romero y Alejandro Pacherras, y claramente se observa(ba) en el video, el inicio del robo incluyó un ataque directo e inmediato al cuerpo del primero de los nombrados. Fue un tiro certero al tórax de González, es decir, a una parte del cuerpo que encierra órganos esenciales para la subsistencia vital. Sólo el azar hizo que la trayectoria del proyectil no segara la vida de aquél o padeciera otras consecuencias gravísimas”.

En lo referente a las características de la lesión y sus secuelas, se remitieron a las pericias incorporadas al debate.

Justificaron la aplicación de la figura de homicidio *criminis causae* en que “(c)uando como en el caso se atenta(ba) contra alguien que sólo se ocupaba de tareas de vigilancia, sin armas, y que en ese momento estaba desarrollando actividades administrativas, se hac(ía) manifiesto que la agresión tuvo por único propósito la muerte, como forma de consumir el delito de robo propuesto y ya en curso”.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 42001/2014/TO1/CNC1

Estimaron que “la acción de disparar inmediatamente después de ingresar en el local, sin decir nada, y sin que González fuera un obstáculo para la concreción de su designio, revela(ba) que la decisión de matar había sido tomada con anterioridad, es decir, fue preordenada al robo”, lo que cobraba más fuerza porque “se comprobó un segundo disparo sobre González, en circunstancias en que estaba tendido en el piso como resultado de la primera herida”, aunque esto no tuviera “una significación jurídica independiente” por ser “la continuación del anterior atentado”.

Por otra parte, descartaron la aplicación de la figura de abuso de arma de fuego prevista en el art. 104, CP, porque ésta “exclu(ía) por definición apuntar directamente a la persona y el dolo de matar”.

Asimismo, aplicaron el art. 54, CP, porque “(a)mbos delitos ocurrieron en un mismo contexto de acción, con notoria superposición temporal y espacial, y como producto de una decisión del autor que los abarcó desde sus orígenes en el plan que puso en marcha”.

Afirmaron que el hecho quedó tentado “por circunstancias ajenas a la voluntad de Mejía Uriona”: el homicidio, porque las lesiones no derivaron en la muerte de González; y el robo, porque el agente Galeano lo impidió con su intervención.

Entendieron que la aplicación de la agravante del art. 41 *bis* resultaba no solo compatible con la figura del art. 80 inc. 7º, sino además imperativa, porque aquella era genérica para todos los delitos que no contuvieran la descripción del arma de fuego en el tipo respectivo, debiendo considerarse dicho medio de ejecución como un elemento del tipo objetivo del homicidio cuando efectivamente el hecho se hubiera llevado a cabo con armas de esa naturaleza.

Y aclararon que era obvio que no podía agravarse una sanción a perpetuidad cuando la figura del art. 80 inc. 7º, CP se consumaba, pero no lo era tanto “cuando aquella deb(ía) ser reducida por imperio del artículo 44 del Código Penal”, porque “(e)sa nueva magnitud, ya cuantificable, e(ra) susceptible de ser incrementada y deb(ía) serlo para mantener la coherencia del sistema”.

Señalaron que, de otro modo, “se daría la paradoja de que la pena del homicidio simple tentado cometido con arma de fuego tendría una escala represiva mayor que la tentativa, también con arma de fuego, de un homicidio más grave por cumplir con algunas de las circunstancias contenidas en los distintos incisos del artículo 80 del Código Penal”.

Por otra parte, sobre la base de las pautas de los arts. 40 y 41, CP, concluyeron que correspondía imponer la pena de catorce años de prisión, considerando como agravantes que Mejía Uriona “llevó adelante su comportamiento en un lugar con asistencia de muchas personas, manipulando indiscriminadamente el arma de fuego que llevaba, con grave riesgo para los presentes, (...) el impacto psicológico que ello produjo en las víctimas (y que) no sólo la vida sino la propiedad fueron los bienes jurídicos comprometidos por su conducta”.

Y como atenuantes que: “se trata(ba) de una persona joven, con precarias condiciones socioeconómicas, y que no registra(ba) antecedentes condenatorios”.

Por último, en cuanto al estado de intoxicación alegado por la defensa, estimaron que no “aparec(ía) afectada su capacidad de culpabilidad ni se acreditaron otras circunstancias excluyentes”, remitiéndose en este punto a los informes médicos legales obrantes a fs. 86 del principal y 13 del legajo de personalidad de Mejía Uriona.

Asimismo, valoraron “los informes practicados (...) por los profesionales del Cuerpo Médico Forense de fs. 270/272 del principal y 24/25 del legajo personal”, y concluyeron que, además de que lo alegado “no tuvo respaldo en prueba alguna”, ello debía rechazarse porque “al ser revisado por el médico legista horas después de su detención se lo encontró ‘lúcido, vigil, orientado en tiempo, espacio y persona, lenguaje coherente, comprend(ió) y colabor(ó) con el examen físico, y no impresiona(ron) signos de neurotoxicidad aguda”, y porque “ha mostrado una absoluta coordinación de sus movimientos durante el hecho, consistentes con su propósito”.

3.- Previo a exponer los planteos traídos a estudio del tribunal por el recurrente, interesa señalar que aquél se presentó ante esta

instancia y afirmó que no cuestionaba el modo en que se tuvo por acreditado el hecho en la sentencia ni la valoración de la prueba allí efectuada.

Aclarado ello, el impugnante dirigió sus agravios a criticar la aplicación de la ley realizada en la sentencia impugnada.

3.a) En primer lugar, sostuvo que en lugar del delito de homicidio *criminis causae* tentado, debió aplicarse el de lesiones leves o graves, en concurso real con el de robo con arma de fuego tentado, ya que no existía prueba del elemento subjetivo del delito de homicidio, y en la sentencia no se precisó cómo se verificaban en el caso los requisitos de ese tipo penal.

Así, manifestó que los jueces sólo afirmaron que se efectuó un disparo contra el tórax de la víctima, parte del cuerpo que encerraba órganos vitales, y criticó este razonamiento porque, a su entender, esta circunstancia nada decía sobre el dolo de homicidio, ya que no podían descartarse de plano otras figuras penales, como las de lesiones leves o graves.

Además, argumentó que al no haberse probado que las lesiones causadas a González encuadraran en el art. 90, CP, debía aplicarse el art. 89, CP. En esta dirección, indicó que no existió en la causa un pronóstico médico que probara que aquéllas generaron “la debilitación permanente en la salud”, la “inutiliza(ción) para el trabajo por más de un mes”, ó “hubieran puesto la vida en peligro”.

De este modo, señaló que ni el informe médico de fs. 81 ni el médico legal de fs. 210 hicieron referencia a un daño en un órgano vital o a un peligro para la vida, y que no hubo un peritaje médico del Cuerpo Médico Forense para determinar ni la entidad de las lesiones ni si la zona del cuerpo en que impactó el primer disparo podría, necesariamente, haber dañado algún órgano vital.

Luego, consideró que aun de incorporarse la hipótesis de peligro para la vida, si se encuadrara el hecho en el delito de homicidio, se forzaría el tipo penal de lesiones, pues éste específicamente preveía tal circunstancia. En este sentido, esgrimió que si bien la zona del tórax

encerraba órganos vitales, se iría más allá de lo querido por el legislador si cualquier lesión allí producida llevara ínsita la voluntad de provocar la muerte y el descarte del tipo de lesiones.

Expuso que para determinar el dolo del autor debía analizarse su conducta general, y que en el caso concreto se evidenciaba que en todo momento fue el de causar lesiones porque, ya habiendo caído González al piso a raíz del primer disparo, Mejía Uriona disparó nuevamente apuntando e impactando en su pierna.

Durante la audiencia celebrada en los términos del art. 468, en función del 465, CPPN, el defensor ante esta instancia agregó que no se entendía por qué se tuvo por acreditado el dolo de homicidio si el propio tribunal reconoció en la sentencia la posibilidad de que su asistido causara “otras consecuencias gravísimas”.

3.b) Subsidiariamente, la defensa planteó que no resultaba aplicable el homicidio *criminis causae* dado que la conexión entre el robo y el homicidio –ambos tentados– no estaba probada.

Así, afirmó que los hechos acreditados revelaban que el plan de su defendido era ingresar al supermercado “Día” para apoderarse de dinero, y que su acción se desplegó hacia ese fin, destacando que las lesiones causadas a González se circunscribieron a ese contexto y la decisión de provocarlas surgió en ese momento.

Manifestó que no podía aseverarse que el hecho de que González no fuera un real obstáculo para cometer el robo permitía inferir que el homicidio fue preordenado, ya que, a su entender, si así fuese, no se verificaría la conexión final requerida por el tipo penal impuesto.

En esta dirección, sostuvo que si Mejía Uriona hubiera tenido conocimiento de esa circunstancia, probablemente habría considerado innecesario intentar dar muerte a González para conseguir el robo, pues aquél no constituía un obstáculo para ello. Resaltó que, por el contrario, cuando apenas ingresó al local con la finalidad de apoderarse de dinero, se cruzó con el encargado de seguridad, y por esa razón en ese instante decidió agredirlo.

Entendió que el caso se asemejaba más al supuesto del art. 165, CP, pues la tentativa de homicidio era el resultado incidental de las violencias efectuadas con motivo u ocasión del robo, destacando que la diferencia entre ambas figuras no radicaba en el dolo de homicidio, presente en las dos, sino en la conexión ideológica especial que exigía el art. 80 inc. 7, CP.

Sobre esa base, afirmó que en el supuesto bajo examen se trató de un intento de robo con armas, en el que la agresión al personal del supermercado no fue producto de una actitud preordenada ni planeada, sino que ocurrió en forma incidental durante el curso del delito dirigido contra la propiedad. Y que, ante la duda sobre la conexión final de ambos delitos, debía imponerse el tipo penal de menor severidad, para no afectar la presunción de inocencia.

Agregó que en virtud de que el hecho quedó en grado de conato, correspondía aplicar la reducción del art. 44, CP en función del 165, CP, ó, como lo sostenía la doctrina mayoritaria, descartar esa figura y aplicar un concurso real entre los delitos de homicidio tentado y robo con arma tentado.

3.c) Por otra parte, estimó que se efectuó una errónea aplicación de la agravante prevista en el art. 41 *bis*, CP al valorarse doblemente el elemento arma de fuego, afectando así el *ne bis in idem*, ya que el art. 80 inc. 7, CP contemplaba implícitamente su empleo, y la descripción del hecho abarcó su uso.

Sostuvo que frente a la indeterminación de la norma debía aplicarse el *in dubio pro reo*, ya que éste no regía solamente ante los hechos, sino también ante la falta de certeza sobre la aplicación de una norma penal.

Asimismo, entendió que el elemento “*arma*” ya había sido valorado como elemento del tipo previsto en el art. 166 inc. 2º segundo párrafo, CPPN, toda vez que el *a quo* consideró que el homicidio *criminis causae* tentado concursaba idealmente con el robo con arma tentado, lo que implicaba una sola decisión al hecho que ya contenía en su reproche la utilización del arma.

Añadió que la supuesta paradoja entre las escalas penales aplicables a la que se hizo referencia en la sentencia se daba incluso sin la aplicación de la agravante del 41 *bis*, CP, pues el homicidio simple tentado sin la agravante era más grave que el homicidio *criminis causae* tentado, sin la agravante, y lo mismo ocurría cuando aquélla se aplicaba a ambas figuras. A su entender, el tribunal hizo esa afirmación porque olvidó que en ambos casos el mínimo del homicidio simple era menor.

3.d) Finalmente, alegó que existió una errónea aplicación de la ley sustantiva y procesal al fundamentar la pena impuesta, por lo que debía declararse la nulidad de la sentencia, que afectó lo dispuesto en los arts. 40 y 41, CP.

En este sentido, criticó que se valorara como agravante el supuesto daño psicológico producido a González y Silguero, ya que aquél no fue acreditado por las pruebas obrantes en la causa, y por ende, no pudo establecerse su existencia ni alcance.

Asimismo, expuso que tampoco podía considerarse como agravante que se comprometiera la vida y la propiedad, porque aquello afectaba el *non bis in idem*, pues dicha circunstancia estaba prevista en las figuras penales escogidas por el *a quo*.

Agregó que debió valorarse como atenuante la disminución de la culpabilidad de su asistido por la ingesta de sustancias tóxicas, indicando que consumió coaccionado por terceras personas, y que las constancias incorporadas a la causa no permitían desvirtuar esta hipótesis.

Destacó que los informes médicos de fs. 270/272 y 24/25 del legajo de personalidad en los que se basó el *a quo* habían sido realizados en abril y agosto del 2014, por lo que ninguno de ellos permitía descartar que al momento del hecho dichas sustancias estuvieran en su cuerpo. Y estimó que los registros filmicos tampoco podían derribar sus dichos, en función de la rapidez con que sucedieron los hechos.

Añadió que los jueces omitieron valorar como atenuantes que tenía “hábitos laborales desde temprana edad –14 años–, su condición de inmigrante (colectivo vulnerable), que se radicó en el país en el año 1992 junto a su grupo familiar con el que residía hasta el momento de su

detención y su escasa instrucción (secundario incompleto)”. Y que a las circunstancias valoradas como atenuantes no se les dio la trascendencia que merecían, ya que la ausencia de antecedentes penales, el contexto familiar y el desarrollo de diversos oficios eran indicadores de que no se justificaba un encierro prolongado, porque aquél sólo acentuaría su estado de vulnerabilidad.

Durante el término de oficina, la defensora oficial ante esta instancia agregó que la sentencia impugnada resultaba arbitraria por fundamentación aparente, toda vez que el *a quo* no se hizo cargo de los indicios que demostraban la ausencia de dolo homicida, ni fundó debidamente la inexistencia de un abuso de arma –como hipótesis alternativa a la tentativa de homicidio *criminis causae*–, ni la agravante de arma de fuego, ni el elemento subjetivo especial del art. 80 inc. 7, CP, ni la inexistencia de una capacidad de culpabilidad atenuada por los efectos de las sustancias tóxicas ingeridas.

4.- Por su parte, el fiscal general Oscar Ciruzzi, durante la audiencia celebrada en los términos del art. 468 en función del art. 465, CPPN sostuvo que la videograbación resultaba suficiente para tener la convicción de que la adecuación típica fue correcta.

En esta línea, consideró que la agravante del art. 41 *bis* resultaba aplicable porque era incongruente que el homicidio simple agravado por el art. 41 *bis* tuviera un mínimo mayor que el *criminis causae* tentado sin la agravante; y, por otra parte, que la pena, que fue inferior a la solicitada, estaba debidamente fundada.

Luego, aclaró que la ultraintención requerida por el tipo penal escogido en la sentencia podía ser preordenada o surgir durante el curso de la acción, resaltando que el mismo día del hecho, el imputado había ingresado previamente al supermercado y después de un altercado se retiró manifestando que se vengaría y que se iban a quemar todos o morir todos. Por ello, afirmó que Mejía Uriona ya sabía que González era de seguridad, y que el homicidio estaba preordenado porque sabía que si no lo reducía, aquél iba a intentar impedir la sustracción.

Destacó que González tuvo una bala alojada en una de sus vértebras, y otra entró y salió, y que el tribunal no habló de “consecuencias gravísimas” sin más, sino que hizo referencia a que solo el azar hizo que no lo matara o no tuviera otras consecuencias gravísimas.

En función de ello, entendió que el tribunal no eligió la figura más grave, sino que existía ese plan que generaba la intencionalidad de eliminar a González para poder robar.

Por estas razones, solicitó que se confirmara la sentencia recurrida.

5.- Sentado todo lo anterior, corresponde ahora brindar respuesta a los planteos efectuados por el recurrente.

Como se dijo, la parte cuestiona, en primer lugar, la aplicación de la figura de homicidio *criminis causae*, sobre la base de que no se comprobó que en el caso existiera el elemento subjetivo requerido por el delito de homicidio.

Su argumentación se fundó en que no resultaba suficiente el disparo contra una de las zonas vitales del cuerpo de la víctima –en el caso, su tórax– para descartar la aplicación de otras figuras penales.

Concretamente, sostuvo que no podía excluirse de plano el tipo penal previsto en el art. 90, CP sin atentar contra la intención del legislador, toda vez que aquél específicamente incluía la hipótesis de riesgo para la vida.

Luego, fue más lejos, y esgrimió que como en el caso no se acreditó la entidad de las lesiones, debía aplicarse el art. 89 CP.

A fin de abordar adecuadamente el gravamen introducido por el recurrente, resulta necesario verificar la forma en que se desarrolló el comportamiento de Mejía Uriona en el caso concreto, dado que lo que está en la cabeza del autor sólo puede ser inferido de datos objetivos.

Por un lado, esto genera problemas, pues la intención homicida es de muy difícil prueba si no se cuenta con una declaración expresa del

imputado. Por esta razón, se recurre en general a un dato objetivo del cual se infiere la subjetividad del agente¹.

Para probar la existencia de esta finalidad homicida, se han enumerado² las circunstancias tomadas en cuenta por la jurisprudencia española para valorar el ánimo del autor:

- a) relaciones que ligan al autor y la víctima;
- b) personalidad del agresor;
- c) actitudes e incidencias observadas o acaecidas en momentos precedentes del hecho, si mediaron actos provocativos, palabras insultantes, amenazas de males o porfía y repetición en su pronunciamiento;
- d) manifestaciones de los intervinientes durante la contienda;
- e) dimensiones y características del arma empleada y su idoneidad para matar y lesionar;
- f) lugar o zona del cuerpo donde se dirigió la acción ofensiva, con apreciación de su vulnerabilidad y su carácter más o menos vital;
- g) insistencia y reiteración de los actos atacantes;
- h) conducta posterior observada por el infractor.

En el supuesto de hecho bajo examen, interesan tanto “las dimensiones y características del arma empleada y su idoneidad para matar y lesionar”, como el “lugar o la zona del cuerpo donde se dirigió la acción ofensiva, con apreciación de su vulnerabilidad y su carácter más o menos vital” y la “conducta posterior observada por el infractor”.

Ello así, ya que, conforme surge de las constancias de la causa, Mejía Uriona utilizó un revólver calibre .22 largo, y efectuó un disparo contra el empleado de seguridad del supermercado “Día”, Genaro Roberto González, que impactó en su hemitórax izquierdo, y,

¹ En general, sobre este problema puede consultarse la obra de RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, pp. 520-521; quien propone hacer depender la determinación procesal del conocimiento requerido por el dolo del significado social de una conducta.

² Cfr. MAPELLI CAFFARENA, BORJA, *Entre el homicidio y las lesiones*, NDP 1997-A, p. 147.

posteriormente, antes de abandonar el lugar del hecho, disparó nuevamente contra aquél, impactando el proyectil en esta segunda oportunidad en el hueco poplíteo de su miembro inferior derecho.

Siguiendo en el punto a Sancinetti³, cabe señalar que, sólo una persona de conocimientos muy peculiares podría disparar con un arma de fuego contra el tórax de una persona con la seguridad de no producirle la muerte.

O, dicho al revés, quien así procede no puede dejar de prever seriamente la posibilidad de que esa persona muera. Es decir, se conforma con la producción del resultado.

Puede advertirse, entonces, que de conformidad con lo sostenido por la doctrina dominante en materia de dolo eventual⁴, por la forma en que dirigió la conducta Mejía Uriona y atento la ausencia de conocimientos especiales en materia de anatomía, la acción de disparar en la zona torácica de la víctima debe ser encuadrada en el tipo de homicidio cometido, al menos, con dolo eventual.

De más está decir, por otro lado, que si se siguieran las teorías más modernas en materia de dolo –en las que lo determinante es el grado de peligro objetivamente introducido o, dicho de otro modo, el dolo se define en el tipo objetivo a partir del peligro concreto generado por la acción, requiriéndose en el plano subjetivo exclusivamente que el autor sepa lo que hace–, la conducta debería ser subsumida, atento la presencia de ese peligro concreto en el caso bajo análisis, directamente en el tipo de tentativa de homicidio, sin distinciones acerca de si es eventual o no⁵.

Así las cosas, se advierte que el planteo de la parte, destinado a que se aplique la figura del art. 90, CP, o, en su caso, del art. 89, CP, no

³ SANCINETTI, MARCELO; *Tentativa y Dolo Eventual*; Doctrina Penal, Buenos Aires, Depalma, 1987, pp. 781/790; y del mismo autor, *Dolo y Tentativa ¿El resultado como un mito?*; Doctrina Penal, 1986, pp. 505/516.

⁴ La que deriva a su vez del caso de la correa de cuero resuelto por el Tribunal Supremo alemán en 1955; cfr. RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN; *El dolo y su prueba en el proceso penal*; Colombia, Bosch Editor, 2002, p. 83 y ss.

⁵ Cfr., entre otros, SANCINETTI, MARCELO; *Teoría del Delito y Disvalor de Acción*; Hammurabi, Buenos Aires, 1991, pp. 145/210.

puede prosperar, pues, tal como lo ha afirmado el *a quo*, sobre la base de las probanzas reunidas en la causa, es dable concluir –con el grado de certeza requerido para un pronunciamiento de condena– que el dolo de Mejía Uriona al disparar contra González, en el caso concreto, fue de homicidio.

6.- De modo subsidiario, la parte planteó que no resultaba aplicable el homicidio *criminis causae* dado que la conexión entre el robo y el homicidio no estaba probada.

Además, alegó que la justificación del *a quo* al encuadrar el hecho en el art. 80 inc. 7º, CP, fue errónea, dado que se basó en que podía inferirse que el homicidio fue preordenado porque la víctima no fue un real obstáculo para la comisión del robo.

Sostuvo que, en todo caso, la conducta de su defendido debía circunscribirse en el art. 165, CP por resultar la tentativa de muerte un resultado incidental de las violencias efectuadas con motivo u ocasión del robo. Luego, consideró que debía aplicarse dicha figura tentada, o, como lo sostenía la doctrina mayoritaria, un concurso real entre los delitos de homicidio simple tentado y robo con arma tentado.

Aunque en principio pareciera que no resulta del todo clara la forma en que el tribunal argumenta porqué el comportamiento reprochado a Mejía Uriona encuadra en el art. 80 inc. 7º, CP, lo cierto es que un análisis del caso, a la luz de la misma prueba valorada por el *a quo*, permite concluir que luce acertada la solución a la que se arribó en la sentencia puesta en crisis.

Es cierto que las aseveraciones vinculadas a que si “se atenta contra alguien que sólo se ocupaba de tareas de vigilancia, sin armas, y que en ese momento estaba desarrollando actividades administrativas, se hace manifiesto que la agresión tuvo por único propósito la muerte, como forma de consumir el delito de robo propuesto y ya en curso”, y a que la víctima “no fuera un obstáculo para la concreción de su designio, revela que la decisión de matar había sido tomada con anterioridad, (...) fue preordenada al robo” resultan confusas.

Empero, esta circunstancia no obsta a que, como se dijo, la calificación escogida sea confirmada. En efecto, resulta evidente que la conducta llevada a cabo por Mejía Uriona no puede subsumirse en el tipo penal de robo con homicidio previsto en el art. 165, CP, como lo pretende el recurrente.

Para esclarecer esta cuestión, resulta necesario distinguir cuál es el ámbito de aplicación que corresponde al robo con homicidio y cuál al homicidio *criminis causae*.

La peculiar presencia de estas dos figuras en la legislación argentina ha desatado una discusión acerca de cuáles son los supuestos de hecho que encuadran en uno u otro delito, que ya lleva casi 120 años, y que aún no se encuentra resuelta.

Sin embargo, debido a que la tipificación simultánea ha sido una decisión deliberada del legislador, resulta necesario, a fin de deslindar el contenido de cada figura, remontarse al proceso legislativo que culminó con la prohibición de ambas conductas.

El art. 187, CP de 1886 –ley 1920– preveía una sanción de presidio por tiempo indeterminado o por diez a quince años “si con motivo u ocasión del robo resultase un homicidio”.

El Proyecto de Código Penal de 1891 elaborado por Rodolfo Rivarola, Norberto Piñero y José Nicolás Matienzo fue el primero que incorporó la figura del homicidio *criminis causae* manteniendo la figura del robo con homicidio. Concretamente, allí se introdujo como inciso 4º del art. 111 el homicidio *criminis causae* en los mismos términos en los que hoy se encuentra en el art. 80, inc. 7, CP y se conminó esa conducta con una pena de presidio perpetuo. Paralelamente, en el art. 200 se mantuvo el delito de robo con homicidio, pero se decidió sancionar esa conducta con una pena de tres a quince años de penitenciaría.

En 1903, mediante la sanción de la llamada Ley de Reformas n° 4189 se introdujo una serie de modificaciones al Código Penal de 1886 y se dispuso incorporar al régimen legal vigente, con pena de muerte, el homicidio *criminis causae* (art. 17, 3º, b). Sin embargo, se dejó de reprimir el robo con homicidio, quedando sólo prohibida, con pena de presidio

de diez a quince años, la conducta que en el contexto de un robo pusiere en *peligro* de muerte a una persona (art. 22, b, 2°).

Mientras ello ocurría con la legislación vigente, una comisión, en la que participaron dos de los autores del Proyecto de 1891 –Rivarola y Piñero– elaboró el Proyecto de 1906, en el que se volvió a prohibir conjuntamente las dos conductas. Así, en el art. 84, inc. 3° se sancionó con pena de presidio por tiempo indeterminado o muerte el homicidio *criminis causae* y en el art. 180 se prohibió el robo con homicidio, con la particularidad de que se aumentó la pena prevista en el Proyecto de 1891: de los tres a quince años de penitenciaría previstos en el primer proyecto se pasó a una pena de diez a veinticinco años de presidio en el segundo.

Sobre la base del Proyecto de 1891 y, en particular, del Proyecto de 1906, Rodolfo Moreno elaboró el Proyecto de 1917, el que, luego de algunas modificaciones realizadas en el Congreso se convirtió en el Código Penal de 1921. En lo que aquí interesa, en este proyecto el homicidio *criminis causae* quedó plasmado en el inc. 3° del art. 80 con una pena de reclusión perpetua (única diferencia con el Código Penal que admite también la pena de prisión) y el robo con homicidio se receptó en el art. 165 con la misma redacción y con la misma pena que rige en la actualidad.

¿Cuál ha sido, entonces, la intención del legislador?

En todo este proceso, la única vez que se efectuó una referencia expresa al motivo por el que se reprimían simultáneamente ambas conductas, fue en la Exposición de Motivos del Proyecto de 1891, que fue, como se vio, el cuerpo normativo en el que se decidió por primera vez adoptar esta modalidad legislativa.

Allí se dice: “el caso más grave de los enunciados en el artículo es, sin duda alguna, el del número primero (se aclara que el art. 200 tenía tres incisos): si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio. Se refiere la disposición al caso de que el homicidio fuese un resultado accidental del robo; no al caso en que el homicidio fuese un medio de consumir el robo, o de prepararlo u ocultarlo, o de asegurar sus

resultados o la impunidad para sí o para los cooperadores, o por no haberse obtenido el resultado propuesto, pues, para esos casos, la disposición clara y terminante que introducimos en el número 4° del artículo 111, removiéndole así toda duda que pudiera suscitarse, establece la pena de presidio perpetuo. Referida la disposición a un caso accidental, es en justicia necesario despojar a la pena de su actual dureza e inflexibilidad, dándole toda la extensión requerida para que se atienda a todas las circunstancias que medien en lo que la ley no puede prever con precisión”⁶.

El Proyecto de 1906, si bien venía acompañado de una Exposición de Motivos, no hizo explícita la razón por la cual se elevó la pena y se la llevó a una escala penal de diez a veinticinco años de presidio, dejando de lado la de tres a quince años de penitenciaría.

Ello dio sustento a que se interpretara que los autores del Proyecto de 1906 habían abandonado los motivos –fundados en la accidentalidad del homicidio– que en 1891 los había conducido a proponer una pena menos grave que la prevista en el Código Penal de 1886 y, sobre esa base, se concluyó que los homicidios previstos en el art. 165 sólo podían ser los dolosos⁷.

En mi opinión, el argumento de la pena resulta insuficiente para descartar la posibilidad de que el tipo previsto en el art. 165 incluya, además de los homicidios dolosos, los homicidios ocasionados en forma culposa.

Ello así, en primer lugar, porque al no hacerse explícitas las razones que condujeron a los autores de ambos proyectos a la elevación de la pena, las conclusiones que se extraigan del silencio no dejan de ser conjeturas.

Por otro lado, al dato objetivo, más pena en un proyecto que en otro, se debe contraponer un escenario más complejo: entre 1891 y

⁶ Cfr. ZAFFARONI Y ARNEDO, *Digesto de Codificación Penal Argentina*, Tomo II, pp. 433/434.

⁷ Cfr. el voto del juez Alegre en la causa “Ruiz y Ayala, Mario” del 14/11/1940, Suprema Corte de Buenos Aires, J.A., t. 73, pp. 65/72. En igual sentido, RICARDO LEVENE (h); *El delito de homicidio*; Depalma, 1977, pp. 271/291.

1906, se había operado un cambio legislativo instaurado por la Ley de Reformas 4189 de 1903, que parecía conducir a que todos los homicidios cometidos en ocasión de un robo fueran sancionados con la pena de muerte.

Ésta, precisamente, fue la interpretación que dio el senador Rojas en el marco del trámite legislativo que comenzó con el Proyecto de 1917 y culminó con la sanción del Código de 1921, al redactar el proyecto de despacho para la Comisión del Senado, que intervino en calidad de cámara revisora.

Concretamente, luego de recordar que el Proyecto de 1906 y el de 1917 castigaban el robo con homicidio con una pena de presidio o de reclusión o prisión de 10 a 25 años, dijo: “(e)l Código Penal vigente no contiene una disposición análoga a la del art. 180 del proyecto de 1906 y a la del art. 165 del proyecto de Código en revisión. ¿Por qué causa? ¿Cómo se castigaría, de acuerdo al Código Penal vigente el caso previsto especialmente por los artículos 180 y 165 citados? Entendemos que el caso se hallaría comprendido en el art. 17, Capítulo I, 3 b, igual al inciso 3º, art. 80, del proyecto sancionado por la Cámara de Diputados... *No creeríamos injusto suprimir el art. 165 y dejar al ladrón que mata, sometido a la pena del art. 80, inciso 3º*”⁸.

Si bien esta posición finalmente no tuvo acogida, se puede apreciar cómo el contexto de la época, marcado por la legislación vigente, resultaba poco propicio para que una muerte producida en ocasión de un robo pudiera ser sancionada con una pena como la que se proponía en el proyecto de 1891.

Rodolfo Moreno, por su parte, hizo explícita la razón por la que se prefirió sancionar el robo con homicidio con la pena prevista en el Proyecto de 1906 al analizar el Código Penal en su obra de 1923.

Allí dijo: “(l)a disposición ha sido tomada del proyecto de 1906. El proyecto de 1891 también contenía la figura, pero la pena era la de penitenciaría desde tres a quince años... La pena del proyecto de 1906 no

⁸ Cfr. ZAFFARONI Y ARNEDO, *Digesto de Codificación Penal Argentina.*; Tomo IV, pp. 485/486, sin bastardilla en el original.

ha sido cambiada. Allí era igual al homicidio simple, que en el código en vigor es diferente por haberse disminuido el mínimum de diez a ocho años. Para el caso en examen se consideró que la disminución no era conveniente dada la gravedad del hecho, y se conservó el precepto del proyecto mencionado”⁹.

Esta reseña permite verificar que la gravedad de la sanción prevista para el supuesto de comisión de la conducta prohibida por la norma, ha sido una decisión consciente del legislador, quien concretamente optó por disminuir la pena del homicidio simple y dejar inalterada la pena que para este delito preveía su antecedente legislativo. Y lo hizo para reprimir una conducta que consideró especialmente grave, sin perjuicio de haber tomado también en consideración que la materia de la prohibición contenía un caso de homicidio que aparecía como resultado accidental del robo, tal como se desprende del hecho de que para explicar el contenido del delito, Moreno transcribió –luego del párrafo antes citado– textualmente el párrafo pertinente de la Exposición de Motivos del Proyecto de 1891.

La voz accidental refirma la interpretación que cabe darle al tipo en cuestión. Por el momento histórico en que la cláusula fue receptada legalmente, podría en verdad pensarse que el legislador tenía en mira casos de delitos calificados por el resultado en sentido estricto, en los que el resultado ni siquiera necesitaba ser causado de modo imprudente. Una interpretación de esta naturaleza, claro está, resultaría violatoria del principio de culpabilidad, por lo que mal podría sostenerse en la actualidad. Sin embargo, difícilmente podría compatibilizarse la expresión aludida con la necesaria exclusión de los homicidios imprudentes de la figura.

En este mismo sentido debe señalarse, como ya lo hiciera notar Soler en 1940, en un voto como integrante de la Cámara de Apelaciones de Rosario, que la voz *resultare* –utilizada en el texto de la ley, y no ya en la exposición de motivos del proyecto que sirvió de antecedente– resulta

⁹ Cfr. RODOLFO MORENO (h); *El Código Penal y sus antecedentes*; Tommasi Editor; Buenos Aires; 1923; T° V: p. 136.

característica de aquellos supuestos en los que el legislador ha pretendido hacer referencia a las combinaciones –delitos complejos– de dolo + culpa¹⁰.

En definitiva, tanto por los antecedentes históricos como por la forma de redacción de la norma resulta a mi juicio claro que el tipo previsto en el art. 165, CP recepta los homicidios culposos.

¿Significa esto que todos los demás homicidios cometidos en el contexto de un robo deben ser encuadrados en el art. 80, inc. 7º, CP?

Para responder esta pregunta, nuevamente hay que hacer distinciones.

Nadie duda que en materia de homicidios existen tres categorías: a) los culposos; b) los dolosos y c) aquellos que, además de ser dolosos en los que se refiere a la conducta de matar, requieren para su configuración la presencia de un especial elemento subjetivo –distinto del dolo–.

Tampoco existe controversia acerca de que el homicidio *criminis causae* pertenece a la tercera categoría: el autor mata *para* preparar, facilitar, consumir otro delito o *para* asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro; es decir, se trata de una figura que contiene un especial elemento subjetivo que excede el conocimiento de que se mata y la voluntad de llevar a cabo esa conducta (homicidio doloso simple) o, dicho de otra manera, para que el homicidio se encuentre agravado, el autor, a la hora de matar –con dolo– debe haber tenido, además, algunas de las ultraindenciones a que hace referencia la norma.

Ahora bien, esta distinción que es aceptada en forma unánime, ¿encuentra reflejo en las decisiones concretas de nuestros tribunales?

Ciertamente no.

Ello se advierte con un mero repaso de la jurisprudencia tradicional de la Cámara Federal de Casación Penal¹¹, en virtud de la

¹⁰ Cfr. la enumeración de casos de este tipo previstos en el Código Penal en el voto de Soler dictado en la causa “Teves Lauro, Agapito”; 15/10/40; J.A., Tº 73, pp.17/18.

cual, siempre que un sujeto mata voluntariamente (con dolo) en el contexto de un robo, se califica el hecho como homicidio *criminis causae*.

Así interpretada la norma, se diluye la distinción entre los delitos de homicidio doloso simple y agravado, y se pierde, además, el sentido de la agravante, esto es, el particular desprecio por la vida de sus semejantes que demuestra una persona que planea un homicidio para robar.

De las citas efectuadas por la Cámara Federal de Casación, se advierte que quien ha contribuido a la neutralización de la distinción entre el homicidio simple y el agravado ha sido Núñez, quien sostiene que: “(l)a esencia de todas las figuras comprendidas en el homicidio *criminis causae* es subjetiva. Reside en la preordenación de la muerte a la finalidad delictiva o *post* delictiva, o a la satisfacción del despecho que mueve al homicida. No basta la simple concomitancia del homicidio con el otro delito o la precedencia o posterioridad de éste. No es necesaria, sin embargo, una preordenación anticipada, deliberada y resuelta de antemano (127). La ley sólo exige que, en el ánimo del autor, en el momento del hecho, el fin delictuoso o la malquerencia producida por el desengaño sufrido en su anterior empeño delictuoso, funcionen como motivos específicamente determinantes del homicidio. Esto no requiere indefectiblemente, premeditación o reflexión, sino sólo decisión, la que puede producirse incluso de improviso en la ejecución del hecho mismo.”¹².

Pues bien, siendo esta la base de la doctrina que asimila todos los delitos de homicidio doloso simple a los homicidios agravados del inc. 7º del art. 80, no se puede dejar de destacar lo contradictorio que resulta una explicación de la figura que resalta que la esencia del delito agravado reside en la preordenación y, a renglón seguido, sostiene que preordenación no significa una decisión de acción, anticipada, deliberada y resuelta de antemano.

¹¹ Cfr. reseña efectuada en mi voto de la causa “Cardoso, Maximiliano Daniel y Reynoso, Emanuel Enrique”, n° 2598, del Tribunal Oral en lo Criminal n° 7, rta. el 27/06/08.

¹² Cfr. RICARDO NÚÑEZ; *Tratado de Derecho Penal*; T. III; Vol. I; pp. 54/55.

Menos clara, y además equivocada, es la referencia que este autor hace en la cita n° 127 para explicar porqué, a su entender, no se necesita que la decisión de matar haya sido tomada con antelación “como lo requiere la Suprema Corte de Buenos Aires (en el voto del juez Alegre antes citado) siguiendo a Rivarola, *Exp. y crítica*, núms 759 y 760. Las razones de este autor no valen para interpretar el art. 80, inc. 3°, ni el art. 165 (homicidio con motivo u ocasión de robo). Rivarola, como los autores españoles y el Tribunal Supremo de España, han hecho siempre una interpretación amplia de la figura del robo con homicidio, porque no tuvieron que someterse a la limitación que desde el punto de vista subjetivo resulta de la figura del homicidio cometido para robar (art. 80, inc. 3°)”.

Sin embargo, lo que Núñez no advierte es que ni Rivarola ni el Tribunal Supremo español afirman lo que el autor dice que sostienen.

En efecto, analizando el tipo de robo con homicidio previsto en el art. 187 del Código de 1886, que tenía como antecedente el art. 425, inc. 1° del Código Penal español de 1850, Rivarola pone de manifiesto: “(e)n el caso de la ley se trata de un delito determinado y resuelto de antemano, el de robo, y de otro delito *incidental*, en que quizás no hayan pensado o que no tengan resuelto ejecutar los ladrones, el de homicidio. Si el homicidio es resuelto de antemano como *medio* de ejecución del robo, habrá que atenerse, para la imposición de la pena, a la gravedad del mayor, que puede ser el de homicidio con pena de muerte”¹³.

Y agrega: “(n)o obstante la claridad del texto, hay respecto de su aplicación resoluciones contradictorias en la jurisprudencia española. Por sentencia del 13 de julio de 1880 el Tribunal Supremo declaró doble delito de asesinato y robo, ejecutado el primero como medio de perpetrar el segundo, el cometido ‘cuando los malhechores forman acuerdo de robar y matar a una persona, y al efecto, cogiéndola desprevenida en una casa donde se hallaba de visita, y cuyo dueño estaba con ellos convenido, échanla al cuello un cordel con el cual la

¹³ Cfr. RODOLFO RIVAROLA, *Exposición y Crítica del Código Penal*, Buenos Aires, Félix Lajouane Editor, 1890, p. 289.

estrangulan, la sacan después del bolsillo la llave de su habitación, y algunas horas más tarde se van a casa de la víctima, la que abren con la referida llave, y descerrajando un arca sustraen la ropa, etc.'. Con esta ocasión el Tribunal declaró que la muerte violenta de la víctima no ocurrió con *motivo u ocasión* del robo, sino que éste fue consecuencia precisa de aquella, para lo cual se concertaron y convinieron entre sí los procesados, y por consiguiente su resolución no fue *improvisada*, y como un accidente casual del robo, sino reflexiva y meditada, proponiéndose ejecutar en primer término, como necesario y principal el asesinato.

En otra ocasión, y poco después de aquella sentencia (el 29 de julio de 1880) el propio Tribunal Supremo, constituido en Sala de vacaciones, declaró que debía calificarse de robo con motivo u ocasión del cual resultó homicidio, el que cometieron unos criados que se concertaron para *matar* a sus amos y *robarlos* después.

Pero más tarde se volvió a la buena doctrina establecida por la sentencia primeramente citada, declarándose que no puede apreciarse que constituya delito complejo de robo con ocasión del cual resulta homicidio, toda vez que la muerte precede al robo, y que éste es una incidencia de aquella".

La tesis esbozada por Rivarola es perfectamente clara: la buena doctrina es aquella que encuadra la conducta en el delito de robo con homicidio cuando la muerte es un resultado *incidental* del robo que se está desarrollando. Cuando la decisión de matar *no es improvisada, sino reflexiva y meditada, proponiéndose ejecutar en primer término, como necesario y principal el asesinato*, el hecho debe subsumirse –si no hay una figura que recepte el homicidio *criminis causae*– en el doble delito de asesinato y robo.

Sobre esta base, Rivarola incorporó simultáneamente las dos figuras en los proyectos de 1891 y 1906. Y si ello es así, no se advierte cuál es la razón por la que se debería dejar de tomar en consideración las explicaciones que este autor ha brindado para diferenciarlas.

En consecuencia, *sólo en aquellos supuestos en los que la decisión de matar ha sido tomada reflexivamente y con antelación –este es el significado de preordenación– la conducta puede ser subsumida en el art. 80, inc. 7º, CP.*

Con la afirmación de que los homicidios culposos encuadran en el robo con homicidio y de que los preordenados encuadran en el homicidio *criminis causae*, no se encuentra resuelta la cuestión relativa a cual es la subsunción aplicable a los delitos de homicidio doloso simple que se cometen incidentalmente en el curso de un robo.

Se podría sostener que el homicidio simple y el robo concursan entre sí. Sin embargo, esta solución aparecería como asistemática si se toma en consideración que el mínimo de la escala penal prevista para el delito de homicidio simple tiene un mínimo menor que la del robo con homicidio. Por ello, y porque además este tipo de homicidios presentan la característica de ser incidentales, es que aparece como razonable predicar también su subsunción en el tipo de robo con homicidio.

Volviendo a la situación de hecho que presenta el caso bajo análisis, resulta claro que existen elementos de juicio que permiten aseverar, sin lugar a dudas, que Mejía Uriona planeó de antemano el homicidio de González como medio para ejecutar el robo.

Ello así, toda vez que, tal como surge de lo declarado por los diferentes testigos durante el debate y de las filmaciones que captaron el hecho bajo estudio, el condenado ingresó al supermercado “Día” y, sin solución de continuidad, disparó al cuerpo de González –empleado de seguridad del comercio referido–, impactando en su tórax, como paso previo a dirigirse a las cajas con el objetivo de sustraer el dinero allí existente.

Esta conducta encuadra, sin lugar a dudas, en el tipo de homicidio *criminis causae* previsto en el art. 80 inc. 7º, CP, ya que el autor ha obrado –además de con el dolo de matar– con la ultra-finalidad causal o final exigida por la norma.

Por estas razones, corresponde rechazar el recurso de casación en lo que a este punto se refiere.

7.- Asimismo, respecto de la agravante del art. 41 *bis*, CP, entiendo que, como ya dije al integrar el Tribunal Oral en lo Criminal nº

7¹⁴, ésta aparece como genérica para todos los delitos que no contienen la descripción del arma de fuego en el tipo respectivo, por lo que este medio de ejecución particular debe ser considerado como un elemento del tipo objetivo del homicidio en aquellos casos en los que efectivamente el hecho ha sido llevado a cabo con armas de esa naturaleza. Es decir, el tipo debe ser construido de tal modo que la conducta prohibida pueda ser enunciada como la de «matar a otro con arma de fuego» del mismo modo en que, por ejemplo, el art. 163, inc. 3° del C.P. describe un medio concreto para llevar a cabo el hurto. Esta aclaración es necesaria pues si bien la ubicación sistemática del medio empleado carece de efectos concretos en este caso, tendrá repercusión en aquellos supuestos en los que el autor tenga un error –de tipo– sobre el elemento ‘arma de fuego’.

La razón de que la conducta se agrave por el uso de armas de fuego radica en el aumento de la capacidad ofensiva del agresor y que su aplicación al tipo del homicidio ha sido expresamente prevista por el legislador, tal como se desprende de la exposición de motivos de la ley que introdujo la agravante¹⁵.

Esto, como bien lo afirmó el *a quo*, demuestra no sólo la compatibilidad de ambas disposiciones, sino su aplicación imperativa.

En síntesis, la figura del art. 80 inc. 7° establece que: “Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: (...) Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito”. Como bien puede observarse, el arma de fuego no se encuentra contemplada como elemento constitutivo de aquélla.

¹⁴ Cfr. mi voto en las causas del Tribunal Oral en lo Criminal n° 7, caratuladas “Rodríguez, Matías Damián Oscar s/ homicidio reiterado”, n° 2038, rta. el 28/10/05; y “Castillo Carballo, Bruno Martín s/portación de arma de uso civil condicional sin autorización...”, n° 3100, rta. el 13/05/09.

¹⁵ Cfr. Ley n° 25.297, sancionada el 9/8/2000 y publicada el 22/9/2000, que incorporó como nuevo artículo el 41 *bis* del Código Penal. Su gestación puede ser consultada en Antecedentes parlamentarios, La Ley 2001-A, p. 164 y ss.

Por estos motivos, corresponde confirmar la decisión del *a quo* también en este punto.

8.- La defensa plantea además que el *a quo* realizó una *doble valoración* del elemento “arma” al considerar aplicables tanto el art. 166 inc. 2º como en el art. 80 inc. 7º, en función del 41 *bis*, CP.

Sin embargo, la parte no cuestionó el modo concursal escogido por el *a quo* al calificar los hechos.

Así las cosas, toda vez que las figuras en juego son el homicidio agravado por haber sido cometido *criminis causae* y mediante el empleo de un arma de fuego en grado de tentativa y el robo agravado por el empleo de un arma de fuego en grado de tentativa, y que la defensa no criticó la relación concursal impuesta en la sentencia, corresponde que el análisis del agravio se efectúe en el marco de la decisión adoptada por el tribunal de mérito.

La consecuencia de que exista un concurso ideal es que las dos figuras tienen derecho a ser aplicadas.

Por tanto, toda vez que la agravante genérica se refiere, exclusivamente al homicidio *criminis causae*, que no la contiene, mal se podría sostener que concurre una doble valoración, tal como pretende la defensa.

A estas consideraciones, cabe agregar que el planteo destinado a cuestionar la supuesta paradoja entre las escalas penales en juego a la que aludió el *a quo*, en nada modifica la solución adoptada –compartida por esta instancia–, por tratarse aquélla de una cuestión meramente adicional que de ningún modo controvierte la fundamentación central brindada sobre el asunto en la sentencia.

9.- En relación con el agravio vinculado a la mensuración de la pena, el *quantum* de catorce años de prisión impuesto a Ariel Mejía Uriona, que se ubica ocho meses por encima del mínimo legal previsto para el tipo penal atribuido, y un año por debajo de la pena solicitada por el Ministerio Público Fiscal en su alegato, luce ajustado al reproche de culpabilidad por el hecho, sin que se adviertan razones preventivas de otra clase que determinen la disminución de la sanción impuesta.

En particular, en lo relativo al estado de intoxicación alegado por el recurrente, cabe tener presente que, además de que en la sentencia se ha dado acabada respuesta al planteo que ya había sido introducido por la parte durante el debate, corresponde al Estado, en función de la potestad punitiva que posee, poner en marcha el sistema de justicia penal cuando toma noticia de la comisión de un delito, con el fin de resolver sobre la culpabilidad –o no– del imputado en el caso concreto.

En este marco, esa potestad punitiva puede ejercerse legítimamente dentro de ciertos límites, pues, para arribar a un pronunciamiento que satisfaga el grado de certeza requerido en una sentencia de condena, el Estado tiene la obligación de probar la existencia de la conducta investigada y su encuadramiento en una figura penal determinada. Logrado ello, puede afirmarse la tipicidad del supuesto de hecho investigado.

Está claro que la tipicidad de la conducta endilgada a Mejía Uriona se halla debidamente constatada.

Ahora, cabe preguntarse qué sucede cuando lo que se pretende es probar la existencia de una causal que excluye la antijuridicidad de la conducta o la culpabilidad del imputado. ¿Debe igualmente el Estado poner en movimiento sus recursos para determinar si aquélla realmente tuvo lugar?

Esto dependerá, en casos como el presente, de si existen elementos que adviertan acerca de su posible existencia, más allá de la simple aseveración de la parte. Pues, para activar el sistema de justicia penal en este sentido, es necesario algún punto de apoyo que la sustente¹⁶.

¹⁶ Hay una lógica similar en el derecho anglosajón, en el que, tal como informa el juez García, “la carga de la prueba recae sobre la acusación y se designa *legal burden of proff*. Sin embargo cuando se trata de alegar defensas o excepciones, se reconoce que el acusado carga con el peso de la “persuasión” en el sentido de que incumbe a éste demostrar que hay suficiente evidencia para presentar una cuestión sobre la existencia o inexistencia de un hecho que daría base a una defensa o excepción, lo que se designa como *persuasive burden of proof*, pero una vez satisfecho el estándar de persuasión, no carga aquél con la prueba de ese hecho más allá de toda duda razonable” (cfr. artículo de LUIS M. GARCÍA en *Garantías constitucionales en el*

En el caso, durante el debate Mejía Uriona se remitió a su declaración indagatoria de fs. 90/93, en la que manifestó –en lo que aquí interesa– que el día del hecho fue coaccionado por terceras personas para efectuar el robo en el supermercado “Día”, que uno de ellos “sacó pastillas de su bolsillo, me dijo que las tragara, me pusieron el arma en el bolsillo de la campera azul, comencé a sentirme mal, me habían drogado, y parece que me pincharon el brazo, con algo, pero no me di cuenta hasta después del accidente. No sé cuántas pastillas me dieron, me obligaron a tragármelas, con el arma en el bolsillo, con mucho temor por mi familia. En mal estado me dirigí al supermercado, con la cabeza agachada en mal estado, por el efecto de la droga que cada vez era más fuerte. Caminé hacia el supermercado, comencé a perder el sentido y de ahí no me acuerdo bien qué fue lo que pasó...”.

Sin embargo, de las constancias de la causa surge que no existió ningún indicio, durante todo el debate, que brinde algún tipo apoyo a la simple alegación del imputado. Y, en consecuencia, no hay elementos que permitan poner en crisis la valoración efectuada por el tribunal en este punto (cfr. lo descripto al final del punto 2 de este voto).

Por esta razón, la supuesta intoxicación alegada, que no se halla probada, tampoco puede tener incidencia alguna en el monto de la pena impuesta, lo que lleva a rechazar también el gravamen introducido por la parte en este sentido.

10.- Para terminar, la defensa durante el término de oficina introdujo como nuevos agravios que la sentencia resultaba arbitraria por fundamentación aparente, aduciendo, entre otras cosas, que el *a quo*: a) no fundó debidamente su planteo “relativo a un potencial abuso de arma –como hipótesis alternativa a la de tentativa de homicidio *criminis causae*–”, y b) descartó “sin más el (...) relativo a una capacidad de culpabilidad atenuada por los efectos de las sustancias tóxicas ingeridas”.

Sin perjuicio de que lo primero fue adecuadamente abordado por el tribunal en la sentencia y de que lo segundo ya fue planteado en el

enjuiciamiento penal. Nuevos estudios críticos de la jurisprudencia., compilado por Florencia G. Plazas y Luciano A. Hazan, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2015, pp. 225/226).

marco del recurso de casación como un elemento a considerar en la mensuración de la pena –a diferencia de lo efectuado en el término de oficina, en donde se pretende otorgarle alguna significación en los términos del art. 34 inc. 1º, CP– y analizado en el punto 9 de este voto, lo cierto es que, en el caso concreto, estas críticas ni siquiera adquieren entidad suficiente para ser consideradas agravios autónomos, por el modo en que fueron abordadas por la defensa.

Por lo demás, ya es conocida mi postura¹⁷ acerca de que no deben tratarse los agravios introducidos durante el término de oficina, salvo que se trate de una cuestión dirimente o se cuestione la validez de algún acto del proceso pasible de ser declarado de nulidad absoluta.

11.- Por todos estos motivos, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa particular de Ariel Mejía Uriona, con costas (arts. 465, 468, 469, 470 *a contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

El juez Niño dijo:

Que, dejando a salvo mi distinto enfoque respecto de los pasos teóricos a seguir para analizar la existencia de dolo en una determinada conducta, así como de mi clara divergencia en torno al universo de casos comprendidos en la figura prevista y penada en el artículo 165 del Código Penal, he de coincidir en punto a la adecuada reconstrucción histórica efectuada por el a quo, sobre la base de la prueba testimonial y pericial recabada y de los archivos filmicos vinculados a la causa, y a la correcta calificación escogida, en virtud de la conexión final entre la conducta homicida -afortunadamente fallida- en perjuicio del empleado de seguridad Genaro Roberto González y el intento de robo, mediante el empleo de un arma de fuego, de los montos dinerarios existentes en las cajas del supermercado asaltado en la ocasión por el epigrafiado, configurándose, de tal suerte, un concurso ideal entre el homicidio agravado por haber sido cometido *criminis causae*, en grado de tentativa, y el robo con arma de fuego, en igual grado.

¹⁷ Cfr. causas “Medina, Lucas y otros s/robo agravado”, n° 17733/23, rta. el 3/9/15, reg. n° 406/15 y “Urrutia Valencia, Marcelo Alejandro s/robo agravado por arma de utilería en tentativa”, n° 38884/14, rta. el 3/9/15, reg. n° 414/15.

No concuerdo, en cambio, con la doble agravación del homicidio ensayada por el Tribunal Oral y acogida por mi caro colega, en lo referido al empleo de un arma de aquellas características. Si hace a la propia índole del concurso ideal la consideración de un mismo hecho ilícito atrapado por dos tipos legales diferentes, la carga punitiva ideada por el impetuoso poder parlamentario de turno y plasmada en la ley 25882, que agrava especialmente al robo por haberse cometido con utilización de un arma de fuego, conduce a activar la fórmula excepcional del segundo párrafo del artículo 41 bis, incorporado por ley 25297, toda vez que la circunstancia agravante en cuestión ya se encuentra contemplada como elemento calificante (*scriptum est in lege*) del delito contra la propiedad de que se trata.

Si, como lo postula el *a quo*, "(a)mbos delitos ocurrieron en un mismo contexto de acción con notoria superposición temporal y espacial, y como producto de una decisión del autor que los abarcó desde sus orígenes en el plan que puso en marcha", ese concurso es ideal, y –por ende– no cabe computar dos agravantes por una misma circunstancia, a la hora de calificar tal comportamiento, complejo pero único, que se tiene por plenamente probado.

En torno al agravio referido a la alegada situación de incapacidad psíquica de culpabilidad del encartado a la hora de cometer el ilícito en cuestión, aunque no comparto la idea expuesta por quien me precede en la emisión del voto respecto de que no constituya deber del Estado, a través de sus agentes, obrar -en cualquier caso- con la mayor diligencia y desde un primer momento, a la hora de determinar la eventual concurrencia de causales que excluyan la antijuridicidad o la inculpabilidad de una conducta típica, lo cierto es que en el caso examinado, tanto la dinámica conductual exhibida por el sujeto activo en la emergencia, a juzgar por el plexo probatorio reunido, como las pruebas periciales recabadas echan por tierra la hipótesis de un estado como el que la defensa oficial ha pugnado por argumentar.

Por fin, con referencia a la carga punitiva seleccionada, la diferencia que apunto en torno de la calificación definitiva de la

conducta acreditada conduce a estimarla excesiva, en tanto y cuanto se acerca al máximo de la escala pertinente. En efecto, descartada la agravante del artículo 41 bis, 1er. párrafo del Código Penal, la sanción penal que cuadra aplicar es la que fija pena mayor, esto es, una estimable entre los diez y los quince años de prisión.

Atenuantes tales como la juventud del encausado, su falta total de antecedentes, su bajo nivel socio-económico, del que derivan dificultades en materia habitacional resaltadas –inclusive– durante la audiencia celebrada ante estos estrados, que afectan a todo su grupo familiar, y agravantes como la configurada por el segundo disparo contra el referido González cuando éste no estaba en condiciones de resistir a ella, así como las agresiones con el mismo elemento vulnerante contra los empleados Silguero y Romero, conducen a estimar ajustado a derecho y a las constancias recogidas y debidamente evaluadas, aplicarle una pena de doce años de prisión, a partir de los parámetros de mensuración previstos en el artículo 41 del Código Penal.

Por todo ello, corresponde: 1) hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto a fs. 330/347 vta., modificar el punto I de la sentencia de fs. 299/312 vta., calificar el hecho probado como homicidio *criminis causa* en grado de tentativa, en concurso ideal con robo con armas de fuego en grado de tentativa y fijar la pena impuesta a Ariel Mejía Uriona en la de doce años de prisión, sin costas (arts. 40, 41, 42, 44, 54, 80, inc. 7º, 166 inc. 2º, segundo párrafo, CP; 456, inc. 1º, 470, 530 y 531, CPPN); y 2) rechazar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial, en lo atinente a los restantes agravios, sin costas (456 inc. 1º *a contrario sensu*, 465, 468, 469, 530 y 531, CPPN).

Tal el sentido de mi voto.

El juez Eugenio Sarrabayrouse dijo:

1. De acuerdo con el voto del colega Morin, cuatro son los agravios planteados por la parte recurrente, los que no cuestionaron el modo en que el tribunal *a quo* tuvo por acreditados los hechos ni la valoración de la prueba efectuadas en la sentencia. En concreto, la defensa impugnó la calificación jurídica de los hechos y criticó:

a) La errónea subsunción de los hechos en el derecho sustantivo: debían encuadrarse en el delito de lesiones en concurso real con robo con arma de fuego en grado de tentativa.

b) En subsidio, pugnó por la calificación de homicidio en grado de tentativa en concurso real con robo con armas también tentado.

c) La errónea aplicación de la agravante prevista en el art. 41 *bis*, CP.

d) Arbitrariedad en la fundamentación de la pena, crítica basada fundamentalmente en la presencia de una culpabilidad atenuada por los efectos de sustancias tóxicas ingeridas.

Asimismo, en el término de oficina, la defensa amplió los argumentos expuestos en el recurso.

2. La prueba del dolo

El primer agravio remite a la prueba del dolo.

Al respecto, en los autos “Paulides”¹⁸ y “Gómez”¹⁹ se dijo que la discusión sobre el dolo lleva dos siglos “...*dando vueltas sobre sí misma...*” según la feliz expresión de Günther Stratenwerth en un trabajo suyo de 1959.²⁰

En las últimas décadas los autores han alcanzado cierto grado de consenso, pues en realidad, el origen de todas las discrepancias sobre la cuestión del dolo obedece a un problema básicamente terminológico. De esta manera se alcanzan soluciones idénticas para la mayoría de los casos, lo que indica un acuerdo sobre el núcleo de la cuestión.²¹

En cuanto al concepto de dolo, normalmente el profano lo asocia con intención, incluso con mala intención; ello sin embargo es muy discutido -y mayoritariamente rechazado- en la ciencia. Incluso, cada vez con mayor fuerza, en la doctrina prima la idea de que la

¹⁸ Sentencia del 19.10.2015, registro n° 567/15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin.

¹⁹ Sentencia del 21.12.2015, registro n° 793/15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin.

²⁰ Cfr. autor mencionado, *Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit*, ZStW, 71 (1959), p. 52, citado por RAMÓN RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, p. 25, nota 2.

²¹ Cfr. en este sentido CLAUS ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, v.I, 3ª ed., Múnich, 1997, § 12 nm. 29.

intención, entendida estrictamente como ‘voluntad incondicionada de realizar el tipo penal’,²² o bien juega un papel secundario en el concepto de dolo o bien no juega ninguno.²³ En este sentido se ha dicho que: “...*El autor actúa con dolo si y sólo si al actuar se representa las circunstancias que integran el tipo objetivo de una ley penal, esto es, si se representa los elementos constitutivos de una conducta definida como prohibida por el derecho...*”²⁴

En España y Alemania, el contenido del dolo se fija a partir de la regulación legal del error (art. 14.1 del Código Penal español de 1995 y § 16.1 del alemán): el dolo deberá implicar, por lo menos, la realización de un hecho constitutivo de infracción con correcto conocimiento de las circunstancias que integran el tipo de dicha infracción. De esta manera, mayoritariamente se reconoce que el dolo implica conocimiento y algo más: conocimiento y querer²⁵ aunque el elemento volitivo difiere de la voluntariedad de la acción. La voluntad como elemento del dolo toma como punto de referencia los elementos que integran el tipo penal: quien mata de un tiro en la nuca quiere, por regla general, causar un resultado de muerte, no quien mata a alguien a consecuencia de un descuido. Los trabajos más recientes sobre el tema avanzan en definir al dolo sólo como conocimiento y apuntan a una concepción normativa del mismo o, con más precisión, como una propiedad normativa que caracteriza a casos.²⁶ Incluso, ROXIN señala en el prólogo a la tesis doctoral de PÉREZ

²² Cfr. HANS WELZEL, *Derecho penal alemán*, 4ª ed. Castellana, trad. Bustos Ramírez y Yañez Pérez de la 11ª ed. Alemana de 1969, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 79.

²³ Cfr. ENRIQUE BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, 4ª ed., Akal/Iure, Madrid, 1997, pp. 231 y sigs.; las citas han sido tomadas de GABRIEL PÉREZ BARBERÁ, *El delito culposo. La preterintencionalidad*, en CARLOS J. LASCANO (H), (Director), *Derecho penal. Parte general*, Advocatus, Córdoba, 2002, p. 327.

²⁴ Cfr. MANUEL CANCIO MELIÁ, *Estudios sobre imputación objetiva* Editorial Ad-Hoc, Bs. As., 1998, p. 16; sobre las diversas concepciones del dolo como “conocimiento” y voluntad o sólo conocimiento, puede consultarse el voto del juez Magariños en autos ‘Ciurana’, CDPJ n° 10 ‘C’, pp. 545-570.

²⁵ Cfr. RAMON RAGUÉS I VALLÈS, op. cit., pp. 28-29.

²⁶ Cfr. GABRIEL PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011; del mismo autor, *Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, revista Pensar en Derecho N° 1, pp. 169-211, dirección electrónica <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-1.php>; también puede consultarse la polémica en torno a este trabajo: FERNANDO CÓRDOBA, *Dolo y evitabilidad individual*, revista Pensar en Derecho N° 1, 2012, pp. 213-226; ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO, *¿Dolo como reproche? Observaciones sobre método*

BARBERÁ que, de un modo metafórico, “...*el dolo no se forma en la cabeza del autor, sino en la cabeza del juez...*”.²⁷

Sin embargo, la cuestión fundamental es cómo se prueban los elementos que integran el dolo, que constituye otro arduo problema para la doctrina y la jurisprudencia, pues la naturaleza subjetiva de la voluntad ha planteado siempre problemas de prueba que a lo largo de la historia se han intentado resolver de muy diversas maneras. Tanto en el Derecho romano como en el germánico, la atribución del dolo al sujeto surgía de la valoración de datos de naturaleza objetiva. Durante el largo periodo de vigencia del Derecho común predominó la idea de que la única prueba válida no sólo ya para determinar el dolo, sino para la comisión de cualquier hecho delictivo, era la confesión del acusado: de allí que “la reina de las pruebas” pudiera obtenerse bajo tormentos. También se apeló a otros criterios normativos de imputación de resultados, como la fórmula canónica del *versare in re illicita*, que imputa al sujeto como queridos todos aquellos resultados que deriven de una actuación inicial ilícita. Dentro de esta misma línea puede inscribirse el llamado *dolus ex re* o *dolus in re ipsa*, explicado por Framarino dei Malatesta con la idea de que “...*el hombre, que es un ser racional, no obra sin que sus acciones tiendan hacia un fin, y cuando un medio no corresponde sino a determinado fin criminoso, el agente no puede haberlo empleado sino para lograr ese fin...*”.²⁸

Las discusiones y los intentos para acreditar el dolo de una forma fiable e igual en todos los casos continúan hasta la actualidad; para evitar sentencias contradictorias, algunos autores proponen volver al sistema de prueba tasada; otros, abogan por la aplicación de criterios

y axiología en la propuesta de abandono de la idea de dolo como estado mental, revista Pensar en Derecho N° 2, pp. 357 – 385; LAURA MANRIQUE, *Reproche al “dolo como reproche”*, revista Pensar en Derecho N° 2, pp. 387 – 412; GABRIEL PÉREZ BARBERÁ, *Réplicas a Fernando Córdoba e Íñigo Ortiz de Urbina*, revista Pensar en Derecho N° 2, pp. 413 – 422, publicaciones accesibles en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-2.php>. Cfr. también MARIO MAGARIÑOS, *El límite entre el dolo y la imprudencia*. Ad – Hoc, Buenos Aires, 2010; GUSTAVO VITALE, *Dolo eventual como construcción desigualitaria y fuera de la ley. Un supuesto de culpa grave*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2013.

²⁷ Cfr. CLAUS ROXIN, *Prólogo*, obra de PÉREZ BARBERÁ citada en la nota 7, p. 33.

²⁸ Cfr. autor mencionado, *Lógica de la prueba en materia criminal*, 4ª ed., Bogotá, 1995 citado por RAMÓN RAGUÉS I VALLÈS, op. cit., pp. 280-281, nota 774.

normativos²⁹.

Ante el caso que aquí debemos resolver, a simple vista aparecen dos soluciones con respecto a la acreditación del dolo. La primera parte del hecho que en definitiva se produjo, es decir, las lesiones que ocasionó el ataque de Mejía Uriona en la humanidad de Genaro Roberto González, tal como lo plantea la defensa; y la otra, parte de considerar que se completó el tipo subjetivo y faltó completar el objetivo (caso de tentativa de homicidio).

Un ejemplo de la primera posición es la sostenida por algunos autores del siglo XIX. Pacheco, comentarista del Código penal español de 1848, señaló: “...*tampoco las hay (dificultades) cuando se han causado heridas, a las cuales no sucumbió el que las recibiera. En semejante caso no hay homicidio, pues no hubo muerte. Podría pretenderse que hubo tentativa de tal crimen, o tal crimen frustrado; pero ni siquiera esto se puede admitir en principios rigurosos. Ha habido un crimen real, un crimen reconocido por el Código, el crimen de heridas o lesiones; y por consiguiente, bajo la existencia del delito específico, se pierde y desvanece la tentativa del que no se cometió...*”³⁰

Sin embargo, corrientes posteriores afirmaron que también en la tentativa existe un elemento subjetivo (avalado en nuestro derecho positivo por el texto expreso del art. 42, CP, en cuanto menciona a la voluntad); por lo tanto, y pese a que el tipo objetivo no se había completado (el resultado) aquél otro sí (la finalidad de matar).

Esto genera nuevos problemas, pues la intención homicida es de muy difícil prueba si no se cuenta con una declaración expresa del imputado. Por esta razón, la jurisprudencia recurre en general a un dato objetivo del cual se infiere la subjetividad del agente.

²⁹ En esta segunda tendencia y de manera simplificada puede mencionarse la obra de RAMÓN RAGUÉS I VALLÈS que hemos citado; su posición en el punto puede verse en las conclusiones del trabajo mencionado, pp. 519-529; críticos con esta doctrina ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, a la que consideran una ficción de dolo y cuyos fundamentos normativos equiparan “...*a la consabida afirmación de que en toda guerra mueren inocentes...*”; cfr. autores citados, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2ª ed., 2002, p. 527)

³⁰ Cfr. autor citado, *Código penal comentado y concordado*, Madrid, 1849, p. 27; la cita ha sido tomada de BORJA MAPELLI CAFFARENA, *Entre el homicidio y las lesiones*, NDP 1997-A, p. 146, nota 4.

Para probar la existencia de esta finalidad homicida, el trabajo de Mapelli Caffarena citado (p. 147) enumera las circunstancias que fueron tomadas en cuenta por la jurisprudencia española para valorar el ánimo del autor y que han sido reproducidas por el juez Morin en su ponencia. Como bien expone el colega, las características del arma empleada (un revólver), su idoneidad para matar, el lugar del cuerpo de la víctima donde se dirigió el ataque, y la insistencia en los disparos (Mejía Uriona volvió a disparar sobre González cuando se marchaba del supermercado) prueban la existencia del dolo requerido por la figura del homicidio.

3. Homicidio *criminis causa* o simple

En cuanto a la calificación del hecho como homicidio *criminis causa* coincidimos en lo sustancial con lo expresado por el juez Morin, pues en el caso se encuentra probada la conexión entre la tentativa de homicidio de González y el robo del supermercado. En este aspecto, el ingreso al local de Mejía Uriona, el disparo al cuerpo de González y el apoderamiento del dinero posterior permiten inferir válidamente que el autor obró de acuerdo con lo exigido por el art. 80, inc. 7º, CP.

4. El art. 41 *bis*, CP

a. En cuanto a la aplicación de la agravante prevista en el art. 41 *bis*, CP, en los precedentes “Espínola Cañete”³¹, “Gómez” (antes citado) y “Berrios Puinche”³², se dijo que introducida por la ley 25.297,³³ a poco de sancionada generó arduas polémicas en torno a su aplicación al robo con armas. Las críticas de la doctrina y la jurisprudencia fueron de tal magnitud que tiempo después el Congreso

³¹ Sentencia del 27.10.2015, registro n° 595/15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin.

³² Sentencia del 25.02.2016, registro n° 123/16, Sala III, jueces Mahiques, Sarrabayrouse y Jantus.

³³ La ley fue sancionada el 9.8.2000, promulgada el 20.9.2000 y publicada en el “Boletín Oficial” el 22.9.2000. El art. 41 bis, CP, establece: “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.”; cfr. *Antecedentes Parlamentarios*, t. 2001-A, La ley, Buenos Aires, 2001.

Nacional se vio obligado a marchar sobre sus pasos, y debió reformar específicamente el art. 166, inc. 2º, CP, para incluir expresamente el empleo de un arma de fuego como un tipo agravado del robo.

Casi contemporáneamente, la polémica se extendió a los delitos de homicidio y lesiones imprudentes y más tarde a los dolosos de esta misma clase.

b. La aplicación del art. 41 *bis* al homicidio simple (y a los agravados) resulta contraria al sistema ideado originariamente por el CP, pues en la protección de la vida, el empleo de un arma de fuego *ya fue contemplado por el legislador al regular el abuso de armas*. De esta manera, además de los motivos expuestos por quienes juzgaron inconstitucional esta aplicación conjunta, se suman otras tantas buenas razones para no emplear el art. 41 *bis* al homicidio como aquellas que se exponen a favor. Ante esta situación de por lo menos “paridad” entre ambas posiciones, los principios que rigen la interpretación y la aplicación del Derecho penal, en particular, el *in dubio pro reo*, deben inclinar decididamente al intérprete por la opción menos gravosa para el imputado y, por lo tanto, descartar la aplicación de la agravante al homicidio simple, criterio que debe extenderse a los homicidios agravados, según las razones que se expondrán.

c. Los fundamentos del proyecto que originó la ley 25.297 son una expresión inequívoca de los motivos que llevaron al legislador a incorporar esta circunstancia agravante. Así, se dijo: “...[L]a sociedad reclama vivir en paz y que las personas y sus bienes sean respetados. Quiere disfrutar de costumbres que humanizan la vida...la inseguridad figura en las encuestas especializadas como una de las principales preocupaciones de la ciudadanía...Observamos con gran preocupación las noticias de la última semana: 1. Tiroteos, asaltos con rehenes, robos violentos contra casas y otros que también alcanzaron a políticos y jueces. 2. Convocatorias a consejos de seguridad tanto en el orden federal como en algunos provinciales. 3. Contradicción entre los funcionarios que manejan la información estadística sobre criminalidad, ya que algunos dicen que los delitos crecen mientras que otros señalan tendencias decrecientes en el último año...”.

La ley se propuso con esta reforma del CP solucionar “...un

problema muy específico como son los delitos tentados o consumados con armas de fuego...”,³⁴ en particular los robos cometidos con estos elementos, buscando una mayor severidad para los casos de tentativa y de esta manera influir en el régimen de la excarcelación para ese delito.³⁵ Otro de los motivos para sancionar la ley, fue que “...en la provincia de Buenos Aires aumentó un ochenta por ciento la mortalidad por enfrentamientos con armas de fuego...”.³⁶

d. Sin embargo, y pese a la voluntad de los autores de esta ley, rápidamente la inclusión de la nueva agravante fue objeto de duras críticas. Guillermo A. C. Ledesma la calificó lisa y llanamente de engendro³⁷ mientras que Alejandro Slokar sostuvo que “...el resultado legislativo más parece el deficiente 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...”.³⁸

Ante todo, fue blanco de reprobación la inclusión de una agravante genérica que afectó el sistema de medición judicial de la pena contenido en el CP, pues resulta extraña al régimen original,

³⁴ El párrafo transcripto pertenece al proyecto elaborado por los entonces diputados Nilda Garré, Guillermo Aramburu, José I. Cafferata Nores, Melchor Cruchaga y Marcelo Visentini (cfr. *Antecedentes Parlamentarios*, t. 2001-A, op. cit., ps. 164-165). Luego la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados consideró este proyecto y los de los diputados Alvarez y Fernández Meijide (4565-D-98), y Obarrio (6167-D-98) aconsejando la sanción del texto que se transformó en la ley 25.297. En la sesión del 24.11.1999, la Cámara baja aprobó el proyecto de ley de la diputada Garré en general y en particular, sin disidencias ni observaciones ni debate, cfr. *Antecedentes Parlamentarios*, t. 2001-A, op. cit., pp. 161-177.

³⁵ Cfr. *Antecedentes Parlamentarios*, t. 2001-A, op. cit., p. 165. MARINA SOBERANO destaca como objetivo de la ley 25.297 la intención de extender los alcances del encarcelamiento preventivo a algunos supuestos; cfr. *El art. 41 bis del Código Penal o la venganza del principio de legalidad*, NDP 2002/A, p. 224.

³⁶ Cfr. la exposición del senador Agúndez, miembro informante de la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios del Senado, *Antecedentes Parlamentarios*, t. 2001-A, op. cit., p. 184.

³⁷ Cfr. autor citado, *¿Es aplicable al art. 41 bis. CPen. (ley 25.297) al delito de robo con armas del art. 166, inc. 2º, CPen.?*, comentario al fallo de la CNCP, Sala I, “Molina, Mariano A.” del 16.05.2002, JA-2002. p. 769.

³⁸ Cfr. autor citado, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, BAIGÚN/ZAFFARONI (directores), t. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 93. Alexis Leonel SIMAZ considera a esta reforma “descabellada”; cfr. autor citado, *Algunas reflexiones sobre el artículo 41 bis del Código Penal Argentino. Agravación genérica –o no tanto– por el empleo de armas de fuego*, Doctrina Judicial, 2002-3, p. 153

caracterizado por su elasticidad.³⁹ Tradicionalmente, para establecer la pena dentro del marco legal se debían tomar en cuenta las circunstancias atenuantes o agravantes particulares de cada caso (art. 40, CP) y valorarlas de acuerdo con las pautas enunciadas por el art. 41, norma que enuncia cuáles son los criterios decisivos para fijar la pena (entre ellos, la naturaleza de la acción, los medios empleados para ejecutarla, la extensión del daño y el peligro causados, la edad, la educación, la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, su participación en el hecho, las reincidencias y demás circunstancias que demuestren su peligrosidad).⁴⁰

También se censuró la superposición que implica la agravante genérica del art. 41 *bis* con el art. 41, CP, en cuanto éste prevé para mensurar la pena, los medios empleados para ejecutar la acción.⁴¹ Además, la incorporación en la parte general del CP de agravantes genéricas “...conlleva necesaria e irremediabilmente un desbalanceo general en los marcos punitivos, creando una situación de injusticia, aplicando penas más altas en algunos delitos, que comparándolos con otros más graves, contienen un ‘inferior’

³⁹ Cfr. ALEJANDRO SLOKAR, op. cit., p. 91; también DALIA IELLIN, en ANDRÉS JOSÉ D’ALESSIO (director), *Código penal. Comentado y anotado. Parte general*, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 422. Las primeras agravantes genéricas incluidas en el CP fueron el art. 20 bis (inhabilitación especial) y la multa por el ánimo de lucro del art. 22 bis; ambas normas, introducidas por la ley de facto 17.567, no inciden sobre la escala penal sino que son facultativas; sobre los fundamentos de estas normas, puede verse la Exposición de Motivos redactada por Sebastián Soler, Carlos Fontán Balestra y Eduardo Aguirre Obarrio, en EUGENIO RAÚL ZAFFARONI/ MIGUEL ALFREDO ARNEDO, *Digesto de codificación penal argentina*, t. 7, A-Z Editora, Buenos Aires, 1996, pp. 57-59. Estas modificaciones traducen la tensión entre el apego a la letra de la ley y la desconfianza ante el poder de los jueces; así lo destaca Marina SOBERANO, op. cit., pp. 227-228.

⁴⁰ Cfr. PATRICIA S. ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-Hoc, Buenos Aires 1996, p. 115; también OSCAR TOMÁS VERA BARROS, *La determinación de la pena*, en CARLOS J. LASCANO (H) (director), *Derecho penal. Parte general*, Advocatus, Córdoba, 2002, pp. 720-721.

⁴¹ “En verdad, hay una suerte de irrazonabilidad que campea sobre esta agravante genérica, desde el mismo momento en que con medios comisivos menos letales (como es el caso de un falso cuchillo de madera) pueden cometerse hechos demasiado más graves que muchos que se ejecutan con armas de fuego. Ello muestra que, en rigor, las circunstancias concretas de la comisión de cada delito deben ponderarse al momento de fijar la pena dentro de cada escala (en lugar de modificar permanentemente la ley penal con leyes de emergencia que, como mínimo, deprecian el propio poder de la legislación)...”; cfr. GUSTAVO VITALE, *¿Robo con armas, extorsión o coacción con armas? (arma de fuego, prueba del “arma”, art. 41 bis. del Código penal y consumación de un solo coautor)*, “Cuadernos de Derecho Penal”, Año I, v. I, 2003, p. 167.

disvalor de ilícito...”⁴²

A su vez, la pretensión de agravar genéricamente los delitos tentados con armas de fuego generó problemas de interpretación, habida cuenta del aumento y la reducción simultáneas que exigen la aplicación de los arts. 41 *bis* y 44, CP.⁴³

Desde otra perspectiva, tal como se adelantó, se destacó que a través de la reforma del CP, el Congreso Nacional pretendía influir sobre las normas procesales relativas a la excarcelación, violándose de esta manera el régimen federal en la materia.

Asimismo, el miembro informante de la Comisión de Asuntos Penales del Senado, Senador Agúndez, durante el debate parlamentario sostuvo la imposibilidad de modificar cada delito en particular y que la ubicación de aquella norma en la parte general “...iba a permitir su mejor sistematización...”. Además, la norma se “conectaba” con razones de política criminal vinculadas con la prevención general negativa dirigida a disuadir “...la tenencia de tantas armas de fuego...” y reprimir con mayor severidad porque endurecía las penas, elevando los mínimos.⁴⁴ De esta forma, por una cuestión de “comodidad” el legislador decidió establecer una cláusula general para “ahorrarse” la tarea de analizar todos los tipos penales y decidir de acuerdo a las características propias de cada uno la procedencia o improcedencia sistemática del instituto.

Por lo demás, años después el mismo Congreso Nacional, decidió enfrentar el problema de la “...tenencia de tantas armas de fuego...” con una ley de amnistía.⁴⁵

⁴² Cfr. los fundamentos de la disidencia del diputado Bernardo P. QUINZIO en el dictamen de la Comisión de Legislación Penal que aprobó el proyecto que luego se convirtió en la ley 25.297; cfr. *Antecedentes parlamentarios*, op. cit., p. 162.

⁴³ Cfr. Justo LAJE ANAYA, *De cómo el art. 41 del C. Penal incide en la pena de la tentativa y de cómo los tiros salen a veces por las culatas*, en *Estudios de Derecho penal*, t. 1, Marcor Lerner, Córdoba, 2001, ps. 233-236.

⁴⁴ Textualmente, el senador Agúndez sostuvo que “...[b]ace poco tiempo modificamos las penas cuando el delito de violación se cometía haciendo uso de armas. **No podemos modificar delito por delito...**” (cfr. *Antecedentes Parlamentarios*, t. 2001-A, op. cit., p. 184).

⁴⁵ La ley 26.216 declaró la emergencia nacional en materia de armas de fuego, municiones, explosivos y demás materiales controlados por el término de un año y creó un programa nacional de entrega voluntaria de armas de fuego. La misma norma (art. 8º) dispuso la amnistía de la tenencia ilegal de armas de fuego de uso civil y de guerra previstos en el art. 189 bis, CP; véase al respecto MARIO ALBERTO

Por último, tampoco quedó claro si esta agravante pertenecía a la tipicidad o a la culpabilidad.

e. Más allá de estas críticas metodológicas, a poco de andar, la aplicación de la ley generó arduas polémicas.

En primer lugar, se discutió intensamente si la nueva agravante debía aplicarse conjuntamente en el caso del robo agravado por el uso de un arma (art. 166, inc. 2º, CP). La jurisprudencia y la doctrina se dividieron claramente en dos grupos.⁴⁶ Finalmente, la postura contraria a la aplicación simultánea de ambas normas triunfó: la ley 25.882 reformó el art. 166, inc. 2º, CP, que quedó redactado de la siguiente forma: “...2. Si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda. *Si el arma utilizada fuera de fuego, la escala penal prevista se elevará en un tercio de su mínimo y en su máximo...*”. Más allá del acierto político criminal de esta norma, la sanción de esta nueva modificación del CP mostró claramente la imprevisión del legislador en la cuestión, pues uno de los objetivos proclamados había sido agravar esta especie de delitos.

JULIANO, *Ley 26.216: derogación temporal del delito de tenencia de armas de uso civil y de guerra y municiones*, publicado en La Ley, Suplemento Actualidad del 31/7/2007.

⁴⁶ Se pronunciaron en contra de la aplicación conjunta de ambas normas: ALEJANDRO SLOKAR, op. cit., pp. 94-97; GUILLERMO A. C. LEDESMA, *¿Es aplicable al art. 41 bis. Cpen. (ley 25.297) al delito de robo con armas del art. 166, inc. 2º, CPen.?*, op. cit., p. 769; DANIEL A. RAZIMAN, *¿Es posible agravar dos veces un delito por el empleo de un arma? A propósito del art. 41 bis CPen.*, JA 2002-III, p. 774; Gustavo E.L. GARIBALDI, *Algo más sobre la participación y dolo eventual. La desconcertante agravante genérica del artículo 41 bis. del Código Penal*, LL 2002-E, p. 514; GUILLERMO ENRIQUE FRIELE, *Algo más sobre la aplicación de la agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal*, LL 2003-B, p. 411; Marina SOBERANO, *El art. 41 bis del Código Penal o la venganza del principio de legalidad*, op. cit., pp. 223-266; en la jurisprudencia, puede citarse, CNCP, Sala I, causa “Molina, Mariano A.” del 16/5/2002, JA 2002-III, p. 766 y NDP 2002/A, pp. 267-272; CNCP, Sala III, c. 3811, “Garay, Marcos Johnatan s/ recurso de casación”, del 10/6/2002, citado por FRIELE; CNCP, Sala IV (por mayoría), autos “Aldera, Yamil s/ recurso de casación” del 30/9/2002, LL 2003-B, p. 411; Trib. Casac. Penal Buenos Aires, Sala II, 14/6/05, “J., M.R. y otro”, LLBA, 2006-2004; TS Entre Ríos, Sala Penal, 20/4/05, “Pera, Pablo D”, Lexis, nros. 1/70018796 y 1/70018796-1; la cita de estos dos últimos fallos ha sido tomada de ALEJANDRO W. SLOKAR, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Baigún/Zaffaroni (directores), t. 2 A, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pp. 129-130 y 131, respectivamente.. Consideraron que el art. 41 bis debía aplicarse conjuntamente con el art. 166 inc. 2º, CP: OMAR BREGLIA ARIAS/ OMAR A. GAUNA, *Código Penal*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 368; ROBERTO A. DURÁN y María F. POGGI, *El artículo 41 bis del Código Penal. Su implicancia y alcances como agravante genérica*, LL 2003-A, p. 96; sentencias judiciales que aplicaron ambas normas pueden verse en EDGARDO ALBERTO DONNA et al, *El Código penal y su interpretación en la jurisprudencia*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, pp. 416-417).

f. En segundo lugar, se discutió si el art. 41 *bis*, CP, debía aplicarse al homicidio o las lesiones imprudentes. De esta manera, algunos autores y fallos sostuvieron su inaplicabilidad a estos tipos penales.⁴⁷

g. Paulatinamente, la polémica en torno a la aplicación de esta agravante se trasladó también al homicidio simple. Así, ya en el debate parlamentario el diputado Quinzio había anticipado su oposición a la aplicación del art. 41 *bis*, CP, al homicidio, posición luego receptada por parte de la doctrina⁴⁸ y también por la jurisprudencia, en tanto o bien se declaró la inconstitucionalidad de la regla o se limitó su aplicación por la vía de la interpretación.

Así, el 26 de junio de 2009, en la causa "Arce, José Alberto p.s.a. homicidio agravado por el art. 41 bis" (expediente A63-08) (eDial - AA5D90), la Cámara de Acusación de la provincia de Córdoba con el voto mayoritario de los jueces Pérez Barberá y Gilardoni,, resolvió declarar la inconstitucionalidad del art. 41 bis del CP.

El argumento central para este aspecto de la decisión fue que esta agravante genérica "...resulta inconstitucional por violar de modo manifiesto e indudable el principio de legalidad en su derivado específico de prohibición de leyes o sanciones indeterminadas (*nullum crimen, nullum poena sine lege certa*)" (considerando IX), y ello es así porque no es de ninguna manera claro que dicho artículo sea aplicable a los delitos a los que paradigmáticamente –según la intención del legislador– pretende agravar: lesiones y homicidio. Según la sentencia, en lo fundamental, existen, por lo menos, dos interpretaciones posibles y razonables del enunciado normativo en cuestión, seguidas por diferentes tribunales. Esta ambigüedad contradice el principio de legalidad, en cuanto establece el mandato de certeza, es decir, la obligación del legislador de establecer con claridad cuál es la conducta prohibida penalmente. Asimismo, según

⁴⁷ Así, GUILLERMO A. C. LEDESMA, *La agravante del art. 41 bis CPen. no es aplicable al homicidio o lesiones culposas causadas con armas de fuego*, JA 2006-III-891, Lexis n° 0003/012794, con cita de la CNCP, Sala I, causa 6257, "Ranno, Carlos A. s/ recurso de casación", sentencia del 3/10/2005.

⁴⁸ Cfr. *Antecedentes parlamentarios*, op. cit., p. 162; en el mismo sentido, GARIBALDI, op. cit., p. 523.

el fallo comentado, cuando existen dos interpretaciones posibles de un enunciado normativo, la paridad entre ambas no puede resolverse aplicando el principio *in dubio pro reo*, pues éste sólo se aplica a las cuestiones de hecho y al momento de dictar sentencia.

h. Otras sentencias consideraron también inconstitucional la aplicación automática de la agravante del 41 *bis* CP. Así lo hizo el Superior Tribunal de Entre Ríos, que consideró a la regla reiterativa y sobreabundante, además de contraria al esquema de persecución de delitos derivado de los arts. 18 y 19 de la CN.⁴⁹

Desde otra perspectiva, no se admitió la aplicación de la agravante a *todo* homicidio cometido con arma de fuego, sino cuando ésta “...*se hubiese empleado para ejercer ‘violencia o intimidación sobre la víctima’, lo que supone una ocurrencia previa al acto de disparar letalmente, para amedrentar u obligar a la víctima a los designios del homicida; actúa como un especial elemento subjetivo de la modalidad comisiva, colocado en una agravante genérica y excede al tipo subjetivo de la especie, que es el dolo homicida, el que se agota con la intención de dar muerte, por cualquier medio que no esté previsto en alguna calificante específica...*”;⁵⁰ tal como desarrolló y criticó el juez Bruzzone en su voto en la causa “**Espínola Cañete**” ya citada.

i. Resulta claro que si el art. 41 bis, CP, introduce un elemento del tipo *lo hace fuera de éste*, lo cual implica una incongruencia; y pese a que esta realidad no pueda ser desconocida, “...*ello no significa que tal orientación*

⁴⁹ “Corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 41 bis del Cód. Penal en cuanto incrementa la pena cuando el delito ha sido cometido con violencia contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego, pues dicha agravante genérica redactada en forma compulsiva resulta reiterativa y sobreabundante atento lo previsto en el art. 41 del citado Código en el sentido de que el juez debe tener en cuenta los medios empleados para ejecutar el delito a los efectos de graduar la pena, lo cual pone de manifiesto que la norma impugnada resulta contraria al esquema de persecución de los delitos derivado de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional. La utilización de un arma de fuego —en el caso, para cometer un homicidio— no determina per se un agravamiento automático de la respuesta punitiva en los términos del art. 41 bis del Cód. Penal, sino sólo cuando ello hubiera implicado una violencia innecesaria y suplementaria a la sancionada por el delito reprimido...” (del voto del Dr. Carlin, Superior Tribunal de Entre Ríos, Sala I de Procedimientos Constitucionales y Penal, 15/6/2004, “Clari, Gaspar M”, LL on line. La cita ha sido tomada de Alejandro SLOKAR, op. cit, 2ª ed., pp. 128-129, sumario 8).

⁵⁰ Cfr. el voto del juez Fégoli, CNCP, Sala II, 28/7/2005, causa “Araujo, José M. y otro s/ recurso de casación”, Lexis, n° 22/9253; la cita ha sido tomada de ALEJANDRO SLOKAR, op. cit, 2ª ed., p. 132, sumario 22.

*deba ser apoyada en forma indiscriminada...*⁵¹ En realidad, lo más correcto hubiera sido trasladar directamente al tipo esta circunstancia agravante a fin de evitar contradicciones sistemáticas.⁵² Por lo demás, la pereza del legislador no puede justificar tal omisión: si como dijo el senador Agúndez no se podía modificar cada delito en particular, esto no implica que automáticamente la agravante deba aplicarse sin más a cada tipo penal. Asimismo, la pretensión de una “...mejor sistematización...” tampoco fue alcanzada porque las duras críticas de la doctrina y la jurisprudencia obligaron a sancionar la ley 25.882 para zanjar las discusiones en torno al robo cometido con armas.

No resulta convincente el argumento referido a que el art. 41 *bis* CP, se encuentra en una relación de especialidad con varios tipos penales,⁵³ pues en muchos casos la conducta prevista en el art. 79, CP, a su vez *también* pueden concursar con la tenencia y portación de diversas armas castigadas en el art. 189 bis, CP.

Tampoco puede pasarse por alto que la aplicación de la agravante puede significar la transgresión del *ne bis in idem*, en tanto según hemos visto, el art. 41, inc. 1º, CP, contempla como una de las circunstancias a valorar en la medición de la pena a “...la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla...”. En este aspecto, aquel principio contiene un aspecto formal referido a la prohibición de doble persecución penal y otro material vinculado con la prohibición de doble valoración.⁵⁴ En cuanto al primer aspecto, implica legislar la garantía con

⁵¹ Cfr. David BAIGÚN, *Naturaleza de las circunstancias agravantes*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, p. 35, quien a continuación agrega: “Si bien la tendencia evidente en estos días es la de volcar en la ley categorías generales, ante la imposibilidad de reflejar en la figura la complejidad creciente de los fenómenos vitales, ello no significa que tal orientación deba ser apoyada en forma indiscriminada. La concentración de comportamientos humanos en un número cada vez más reducido de tipos especiales importa, sin duda, un visible progreso en materia de técnica legislativa, pero acarrea el riesgo de no respetar suficientemente la esfera de actuación individual de los ciudadanos y sus garantías personales..”. Marina SOBERANO, op. cit., ps. 229 y sigs. considera que un elemento descrito por la ley puede ser entendido como una agravante genérica si se dan dos condiciones: que no forme parte del tipo penal al que se intente aplicar y que incida en la culpabilidad del sujeto.

⁵² Así lo proponía BAIGÚN, op. cit., pp. 98-99.

⁵³ MARINA SOBERANO, op. cit., p. 233 y sigs., también considera que existe un concurso aparente de leyes.

⁵⁴ Sobre el contenido de este principio cfr. JULIO B. J. MAIER, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., t. I, Fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, pp. 595-647. Así lo

mayor o menor alcance, según prohíba la imposición de un doble castigo por el mismo hecho o directamente proscriba cualquier clase de persecución penal. Con relación al segundo, “...cuando el legislador establece un marco penal, fija los diferentes grados posibles de gravedad de un delito. Para ello, tiene en cuenta diferentes circunstancias que marcan el fundamento, el sentido de censurar una cierta conducta. Esto queda plasmado en el tipo penal de forma abstracta, y a partir del texto de un tipo penal es posible ‘reconstruir’ qué es lo que caracteriza el disvalor de una determinada conducta, no sólo en forma general, sino también en las diferentes gradaciones posibles del hecho. Es decir, que el legislador intenta que la fórmula elegida para redactar el tipo penal comprenda en la forma más completa y precisa posible todas las valoraciones sociales sobre cierto hecho reprochable. Esto no sólo indica el rango de la norma, sino que en la fijación de los límites penales también quedan ya reflejadas cuáles son las necesidades de prevención general respecto de determinado delito. Todas aquellas reflexiones que ya han 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...”⁵⁵

Además, la aplicación de la agravante conduce a otras situaciones irracionales. En el caso de la tentativa de homicidio simple, además de los problemas inherentes a la reducción y agravación simultáneas de la escala aplicable ya mencionados, si se adopta la tesis dominante en cuanto al cómputo de la pena para esa hipótesis, la escala penal se extenderá de 5 años y 4 meses de prisión o reclusión en su mínimo, a 22

resolvió el Tribunal en lo Criminal N° 1 de Mar del Plata, en los autos “Martinov, Fernando Gustavo y o.” LL Buenos Aires, 2003-85, donde se dijo: “...corresponde tipificar como homicidio simple la conducta de quien mató a una persona con un arma de fuego, marginando la agravante genérica del art. 41 bis del Cód. Penal toda vez que la misma se encuentra incluida en el tipo penal del art. 79 del mismo código y su aplicación comportaría una agravación violatoria de la ‘prohibición de doble desvalorización’; pues si la circunstancia básica o cualificada no puede ser considerada entre los criterios que incrementan la pena por integrar el desvalor del injusto que se reprocha...”.

⁵⁵ Cfr. PATRICIA S. ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, op. cit. ps. 106-107. Más adelante agrega que la prohibición de doble valoración no se encuentra prevista específicamente en nuestra legislación, pero la doctrina ha interpretado que es un requisito propio de la coherencia interna de la sentencia, vinculado al principio del *ne bis in idem*. De esta manera, la aplicabilidad de las circunstancias descriptas por el 41, CP, estaría regido por este principio (cfr. op. cit., p. 108); en el mismo sentido EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, t. V, Ediar, Buenos Aires, 1988, p. 334.

años, 2 meses y 20 días, en su máximo, luego de aplicar los arts. 44 y 41 *bis*, CP. Mientras tanto, para los homicidios agravados si la pena fuera de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será de 15 a 20 años y si fuera de prisión perpetua, de 10 a 15 años. En el caso, si se agrava esta última por aplicación del art. 41 *bis*, CP, el mínimo será de 13 años y 4 meses, y el máximo de 20. De esta forma, un homicidio tentado cometido con un arma de fuego puede recibir una pena mucho más grave que una tentativa de homicidio agravado.⁵⁶

Por lo demás, la escala penal del art. 79, CP, es lo suficientemente amplia y brinda al juzgador un margen de decisión adecuado para poder incluir todos los 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, CP, 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 concreta.

5. A los argumentos expuestos para rechazar la aplicación de la agravante del art. 41 *bis* al homicidio deben sumarse los que provienen del mismo sistema establecido por el CP.

Todos los autores y la jurisprudencia que han analizado esta agravante coinciden en que no se aplica al abuso de armas en cuanto el art. 104, CP, primer párrafo, castiga con uno a tres años de prisión a quien “...*disparare un arma de fuego contra una persona sin herirla...*”.⁵⁷

Debemos recordar aquí cómo protege el CP el bien jurídico vida. Según enseña Soler “...*en este título de los delitos contra las personas la ley no solamente traza figuras que importen la incriminación de un daño, sino que también incluye en la serie ciertas incriminaciones de peligro. Ello es natural, pues siempre que un bien jurídico se halla altamente jerarquizado, su defensa suele estar rodeada de*

⁵⁶ La situación se asemeja, en algún punto, a la planteada entre el robo con armas y el agravamiento que contemplaba el art. 38 del decreto 6582/52, que elevaba las penas cuando el objeto sustraído era un automotor; al respecto, cfr. JUAN PABLO ALONSO, op. cit., pp. 155-159.

⁵⁷ Véase por todos MARINA SOBERANO, op. cit., p. 244.

*una doble muralla protectora: la una que se refiere a la violación misma del bien, la otra que llega hasta impedir la creación de situaciones de mero peligro de ese bien...*⁵⁸ En la misma dirección, apunta Fontán Balestra que se contempla una figura de peligro cuando el bien tutelado es de alta jerarquía; de esta manera, las figuras del abuso de armas tienden a evitar que queden impunes hechos que pueden constituir, en realidad, tentativas de hechos más graves que no aparecen probados como tales.⁵⁹

Jiménez de Asúa consideraba que en el abuso de armas se trata de “...una frustración de homicidio doloso, por dolo directo o eventual, un delito frustrado de lesiones o una amenaza de hecho...”⁶⁰

Sancinetti, por su parte, concluye que “...sigue sin ser claro, entonces, que el disparo de armas contra una persona no implique siempre tentativa de lesiones u homicidio, especialmente si la expresión ‘contra una persona’ es interpretada como físicamente dirigido a ella. El único margen de utilidad seguro se circunscribiría al caso de la ‘ceguera ante los hechos’ (la no representación del resultado). El art. 104, sin embargo, produce una agravación respecto de las lesiones leves del art. 89, según la siguiente regla de subsidiariedad formal: ‘Esta pena se aplicará aunque se causare herida a que corresponda pena menor, siempre que el hecho no importe un delito más grave’...”⁶¹ Empero, es muy poco probable que quien dispara un arma de fuego contra una persona, queriendo y reconociendo el peligro implícito, no lo haga con intención directa o eventual de lesionarla o matarla, con lo cual, la utilidad de la figura parece escasa.⁶²

También se afirma que con este delito se pueden resolver

⁵⁸ Cfr. SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, t. III, 4ª ed., 10ª reimpr. Total, TEA, Buenos Aires, 1992, p. 173.

⁵⁹ Cfr. autor citado, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, t. IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, § 89, I; la cita ha sido tomada de EDGARDO ALBERTO DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, t. 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, pp. 231-232, nota 16.

⁶⁰ Cfr. *El Código Penal argentino*, 2ª ed., p. 249 y sigs.; la cita ha sido tomada de SEBASTIÁN SOLER, op. cit., p. 173, nota 2.

⁶¹ Cfr. autor citado, *Teoría del delito y disvalor de acción*, op. cit., p. 230. En un trabajo posterior, el mismo autor destaca que resulta “...es casi inimaginable un delito de abuso de armas de fuego que no implique tentativa de homicidio...”; cfr. autor citado, *Tipos de peligro, en las figuras penales (Homenaje al profesor Carlos Creus)*, CDJP 12, p. 156.

⁶² Cfr. JAVIER ESTEBAN DE LA FUENTE, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, BAIGÚN/ZAFFARONI (directores), t. 3, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 105.

correctamente aquellos casos en que el autor de una tentativa de homicidio o de lesiones con armas desiste voluntariamente de su acción. *“Por ejemplo, el sujeto comienza a disparar con intención homicida contra la víctima. En los primeros disparos no llega a herirla, y antes de seguir disparando se arrepiente y desiste voluntariamente de su acción...”*. Pese al desistimiento con respecto al homicidio o a las lesiones, *“...la responsabilidad por abuso de armas subsiste en el caso...”*.⁶³ De esta forma, la punición del delito de disparo de armas califica una tentativa que a pesar de su gravedad debería quedar impune en la mayoría de los casos, porque los autores desisten efectivamente de su propósito inicial.⁶⁴

En cuanto a la tipicidad subjetiva de la figura del abuso de armas, enseña Donna que es compatible tanto con el dolo directo o eventual; en cuanto al disparo imprudente, es atípico, a menos que se lesione a la víctima (lesiones imprudentes, art. 94, CP) e incluso se produzca su muerte (homicidio imprudente, art. 84). Si al disparar, el autor tuvo en miras la posible causación de lesiones a la víctima, la figura aplicable es la del art. 104, primer párrafo. *Pero si su intención fue específicamente la de causar su muerte, o herirla gravemente o gravísimamente, entonces estaremos en casos de tentativa de estos delitos.*⁶⁵

La jurisprudencia ha seguido en líneas generales a la doctrina. De esta manera, se consideró que debía aplicarse la figura del disparo de armas cuando no se podía acreditar inequívocamente que una agresión

⁶³ Cfr. JAVIER ESTEBAN DE LA FUENTE, op. cit., p. 106, quien en las páginas siguientes desarrolla los argumentos contrarios a esta posición, aunque casi al final de su trabajo (p. 121) termina admitiendo la figura para estos casos, donde la tentativa desistida implicó, de todas formas, un peligro real para la vida y la salud de la víctima. Según este autor, se trata de un tipo penal híbrido, frente al cual caben dos alternativas: derogar los arts. 104 y 105, CP para los casos en que se demuestre el dolo de matar o lesionar; o reformar el art. 104 y transformarlo en un verdadero delito de peligro (véase op. cit. pp. 110-111).

⁶⁴ Cfr. JAVIER ESTEBAN DE LA FUENTE, op. cit., p. 122, con cita de Sebastián Soler,

⁶⁵ El destacado nos pertenece; cfr. EDGARDO ALBERTO DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pp. 242-243. En el mismo sentido se han pronunciado algunos tribunales: *“...no habiéndose podido probar que la intención del sindicado fue terminar con la vida de la denunciante, quien descarta ese propósito de su ex concubino, y habiéndose proferido lesiones graves (art. 90 del Cód. penal) debe ser responsabilizado por el delito de abuso de armas (art. 104, párrafos primero y segundo, Cód. Pen.)...”* (cfr. Cám.Crim. y Correc. de Capital, Sala III, c. 13.706, “Parrilla, Jacinto” del 3/4/1981).

con ese elemento constituía una tentativa de homicidio;⁶⁶ también se descartó su aplicación cuando el hecho importaba un delito más grave⁶⁷ y se estableció que el homicidio absorbe a este delito.⁶⁸

Del repaso efectuado surge con claridad que el disparo de armas se encuentra autónomamente penado y según la doctrina y la jurisprudencia citadas, persigue castigar tentativas de homicidio o lesiones de otra manera impunes; además, constituye una agravante de las lesiones leves.

Por lo tanto, si nos ubicamos en la cadena del *iter criminis* simplificada tendremos los siguientes pasos: si el autor dispara, no lesiona a la víctima y no puede establecerse su intención lesiva u homicida se aplica el abuso de armas de fuego (art. 104, primer párrafo, CP): si la lesión es leve, también estaremos en presencia de un abuso de armas (art. 104, segundo párrafo, CP); pero si la lesión es grave, gravísima o se produce la muerte, *los tipos respectivos subsumen el abuso de armas* (arts. 90, 91 o 79, CP), según lo ha dicho la jurisprudencia. Inversamente, si el autor emprende un homicidio u otro ataque a la salud con el empleo de un arma de fuego, su desistimiento puede dejar subsistente el tipo del art. 104, CP.

Como puede apreciarse, el legislador previó el uso del arma de fuego justamente para no dejar impunes determinadas conductas con respecto a las cuales no puede establecerse inequívocamente la intención homicida o lesiva, o para castigar desistimientos de tentativas que de otra manera quedarían impunes. Si la inconsecuencia no se presupone en el legislador, adagio repetido por los formalistas y muchas veces por la misma Corte Suprema, y la agravante del art. 41 *bis* no se aplica al abuso

⁶⁶ Cfr. CNCP, Sala II, causa “Di Fortuna, Juan Marcelo s/ recurso de casación”, Lexis N° 22/6478; Cám. Crim. y Corr. Santiago del Estero, 4ª Nom., 14/2/2002, causa “Navarro, Ramón y o.”, Lexis Nros. 19/14389 y 19/14388; las citas han sido tomadas de Javier Esteban DE LA FUENTE, op. cit. p. 142, sumarios 53 y 54.

⁶⁷ Cfr. Tribunal Superior de Córdoba, causa “González, Carlos G.”, del 25/8/2006, LLC, 2006-1163; la cita ha sido tomada de Javier Esteban DE LA FUENTE, op. cit., p. 143, sumario 56.

⁶⁸ Cfr. Superior Tribunal de Entre Ríos, Sala I en lo Penal, causa “M., C.M.” del 1/7/1980 LL on line; la cita ha sido tomada de Javier Esteban DE LA FUENTE, op. cit., p. 143, sumario 58.

de armas de fuego (primer escalón de la protección física de las personas) no puede aplicarse a los siguientes estadios, pues el legislador debió agravar todas las formas de ataque al bien jurídico. De allí que si la agravante no se aplica al art. 104, CP, mal puede pretenderse su empleo con respecto a los delitos que absorben esa conducta.

Por lo tanto, y más allá de la inutilidad de esta figura, mientras exista el abuso de armas en nuestro CP *debe tener alguna función*; y si la tiene, según lo proclamado por la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias, neutraliza la aplicación del art. 41 *bis* al homicidio cometido mediante el uso de un arma de fuego.

De esta manera, si la intención legislativa fue la de agravar los homicidios por el uso de un arma de fuego, debió emprenderse una reforma integral del título pertinente y derogarse directamente el art. 104, CP o la frase contenida en su segundo párrafo, “...*siempre que el hecho no importe un delito más grave...*”. No se procedió de esta manera, con lo cual, más allá de lo dicho en el tratamiento parlamentario de la ley 25.297, puede sostenerse válidamente que la agravante del art. 41 *bis* no es aplicable al homicidio.

6. Por lo demás, la agravante del 41 *bis*, CP, no resulta aplicable a los homicidios previstos en el art. 80, CP, pues además de las razones expresadas en el punto 4.i, lo cierto es que se trata de delitos conminados con una pena indivisible que no puede ser objeto de una nueva agravación en caso de consumación, lo cual debe aplicarse también cuando el homicidio agravado quedó tentado. Además, la interpretación contraria no explica qué función sistemática cumpliría el art. 105, CP.

Por lo tanto no corresponde aplicar en el caso la agravante prevista en el art. 41 *bis*, CP.

7. La medición de la pena

Descartada la aplicación de la agravante del art. 41 *bis*, CP, resta resolver los agravios relacionados con la medición de la pena.

En otros precedentes, se dijo que entre el homicidio *criminis causa* y el robo media una relación de concurso real, criterio que resulta

aplicable *en este caso particular*.⁶⁹

Sin embargo, por imperio de la prohibición de la *reformatio in pejus*, no resulta posible en el caso alterar la regla del concurso elegida en la sentencia. En este sentido, la argumentación de la defensa en su recurso se orienta hacia el concurso real, *pero con una calificación jurídica distinta*. Sin embargo, el recurso solicita esa calificación en la medida que escinde el robo con arma de fuego tentado y considera que González sufrió el delito de lesiones (eventualmente, reclama también un abuso de armas). Ratificada la calificación de los hechos como homicidio *criminis causa* y robo con arma de fuego, ambos en grado de tentativa, si se decide que ambos concurren realmente *se perjudica al recurrente*, pues la escala penal resultante es sensiblemente mayor a la utilizada por los colegas de la instancia anterior.

De esta manera, y como resultado de la calificación jurídica escogida sin la aplicación de la agravante prevista en el art. 41 *bis*, CP, adherimos a la solución propuesta por el colega Niño. Ello, en tanto la escala penal aplicable al caso parte de un mínimo de diez y un máximo de quince años de prisión, claramente menor a la aplicada por el tribunal de mérito (trece años y cuatro meses de mínimo y veinte años de prisión, como máximo). Asimismo, el fiscal durante el debate solicitó la pena de quince años de prisión, lo que actúa como un límite en el punto.

El colega citado ha valorado como atenuantes la juventud del imputado, su falta total de antecedentes, su bajo nivel socioeconómico y como agravantes, el segundo disparo efectuado contra González y las agresiones contra los empleados Silguero y Romero, elementos todos que surgen de los hechos establecidos en la sentencia, no controvertidos por el recurrente, y de la audiencia celebrada ante este tribunal donde conoció al imputado de acuerdo con el art. 41, inc. 2º, CP. De allí que sea adecuada para el caso la pena de doce años de prisión, propuesta por el juez que votó en segundo lugar.

⁶⁹ Cfr. voto en el caso “Ojeda”, Tribunal de Juicio en lo Criminal, Distrito Norte, Provincia de Tierra del Fuego, sentencia del 08.05.2012, registro n° 8, folios 102/123.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 42001/2014/TO1/CNC1

En cuanto a la existencia de una causa de inculpabilidad atenuada, no existen en el caso elementos que permitan afirmarla, en particular, por la conducta que desplegó Mejía Uriona y lo que indicaron los peritajes realizados en el expediente, tal como también lo indicó el colega Luis Niño. Asimismo, los agravios dirigidos a considerar que en el caso existió un abuso de armas, se encuentran debidamente contestados, según lo que ya se ha dicho con respecto a la calificación de los hechos.

8. En virtud de lo expuesto, adherimos a la solución propuesta por el juez Niño en el voto que antecede.

En virtud del acuerdo que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría, **RESUELVE:**

1. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto a fs. 330/347 vta. por la defensa oficial, **MODIFICAR** el punto I de la sentencia de fs. 299/312 vta., **CALIFICAR** el hecho probado como homicidio *criminis causa* en grado de tentativa, en concurso ideal con robo con armas de fuego en grado de tentativa y **FIJAR LA PENA** impuesta a Ariel Mejía Uriona en la de doce años de prisión, sin costas (arts. 40, 41, 42, 44, 54, 80, inc. 7º, 166 inc. 2º, segundo párrafo, CP; 456, inc. 1º, 470).

2. RECHAZAR PARCIALMENTE el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial, en lo atinente a los restantes agravios, sin costas (456 inc. 1º *a contrario sensu*, 465, 468, 469, 530 y 531, CPPN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 CSJN; Lex 100), y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota.

Eugenio C. Sarra bayrouse

Daniel Morin

Luis F. Niño

Ante mí:

Paula Gorsd
Secretaria de Cámara