

FALLO DE SALA PENAL DEL TSJ DE CBA.

RECURSO DE CASACIÓN PENAL - TENTATIVA DE HOMICIDIO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO - PRUEBA INDICIARIA - TENTATIVA - ELEMENTO SUBJETIVO - DOLO DIRECTO - AGRAVANTE GENÉRICA.

1-Se ha sostenido la posibilidad de alcanzar la certeza sobre la participación del imputado valiéndose de indicios, con la condición de que éstos sean unívocos y no anfibológicos. Y que por ello, para poder cuestionar la fundamentación en tales casos, se hace necesario el análisis en conjunto de todos los indicios valorados y no en forma separada o fragmentaria. Cuando se trata de una prueba de presunciones... es presupuesto de ella que cada uno de los indicios, considerados aisladamente, no constituya por sí la plena prueba del hecho al que se vinculan -en cuyo caso no cabría hablar con propiedad de este medio de prueba- y en consecuencia es probable que individualmente considerados sean ambivalentes.2-Finalmente, cabe mencionar que respecto de las exigencias subjetivas en relación con la tentativa de un determinado delito, desde el punto de vista del ánimo del autor (elemento subjetivo), se ha señalado la necesidad de que éste obre con el fin de cometer un delito determinado, lo cual significa, un propósito o intención directa de cometer un hecho configurado como delito por la ley penal. 3-No resulta relevante para tener por acreditada la existencia de intencionalidad homicida, la sola circunstancia de no haber corrido efectivo riesgo la vida de la víctima en el caso concreto. La intención del autor no se mide por la entidad de las lesiones o el riesgo de vida corrido. Lo que importa así es el resultado buscado por el autor y no, en cambio, si el mismo fue obtenido o fue probable de obtener en el caso concreto.4-Cuando recurre por el motivo sustancial de casación se coordina la interpretación unitaria de la ley de fondo, sometiendo en definitiva su intelección al más alto Tribunal de la Provincia y ante el cual la causa llega con los hechos del proceso definitivamente fijados, para que solamente se juzgue de la corrección jurídica con que han sido calificados. El desconocimiento de los hechos de la causa impide el progreso del recurso. Partiendo de tales criterios, han quedado firmes los hechos fijados por el *a quo* en cuanto a la existencia probada de "intencionalidad homicida", en la modalidad de dolo "directo" por parte del imputado tal como claramente es sostenido en el fallo recurrido.5- El artículo 41 bis del C.P. no constituye una mera agravante general sino una norma que repercute sobre la magnitud de los marcos punitivos establecidos en los delitos de la parte especial y las leyes complementarias, por la incorporación de una modalidad típica de ejecución de un delito violento (uso de arma de fuego), no contemplada expresa y específicamente por aquellos. 6-En consecuencia la regla del art. 41 bis del C.P. actúa generando un tipo delictivo que se encuentra en relación de especialidad con varios tipos penales, siempre que éstos no incluyan el empleo de armas y que, a su vez, se trate de delitos dolosos que requieran violencia o intimidación contra las personas, como modalidad de ejecución típica. Quedando excluidos de dicho ámbito de aplicación, los delitos no dolosos, los delitos dolosos que no exijan violencia o intimidación contra las personas y los delitos dolosos que ya contemplen como circunstancia agravante el empleo de armas.8-En el caso, surge claramente de lo expuesto en los puntos precedentes que la interpretación formulada por el sentenciante para aplicar simultáneamente las figuras de los arts. 79, 42 y 41 bis del C.P., atendiendo a que el encartado empleó un arma de fuego con la intención directa de

matar a la víctima, resulta perfectamente coherente dentro del esquema penal del ordenamiento positivo vigente. Y que tal peculiaridad (el empleo del arma de fuego) en el modo de ataque tentado sobre la vida de la víctima, configura un injusto de mayor gravedad, que se combina con claras y atendibles razones político-criminales de prevención general para justificar un tratamiento punitivo diferenciado, agravado en comparación con otros casos en los que se emplean otro tipo de armas (que no son de fuego).

SENTENCIA NÚMERO: DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE

En la Ciudad de Córdoba, a los once días del mes de octubre de dos mil doce, siendo las diez horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora Aída Tarditti, con la asistencia de las señoras Vocales doctoras María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, a los fines de dictar sentencia en los autos caratulados "*BARRIONUEVO, Juan Carlos p.s.a. tentativa de homicidio agravado por el uso de arma de fuego -Recurso de Casación-*" (Expte. "B", 23/10), con motivo del recurso de casación interpuesto por las Dras. Nerina Eluani y María Noel Costa, en su carácter de defensoras del imputado Juan Carlos Barrionuevo, contra la sentencia número once dictada el dieciséis de marzo de dos mil diez por la Cámara en lo Criminal de Cruz del Eje.

Abierto el acto por la Sra. Presidente se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

- 1) ¿Se encuentra indebidamente fundada la sentencia respecto a la intencionalidad homicida endilgada al imputado Juan Carlos Barrionuevo?
- 2) ¿Se ha aplicado erróneamente el art. 42 del C.P.?
- 3) ¿Se ha aplicado erróneamente el art. 41 bis del C.P. con relación al art. 79 en función del art. 42 del mismo cuerpo legal?
- 4) ¿Qué resolución corresponde dictar?

Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dras. María Esther Cafure de Battistelli, Aída Tarditti y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel.

A LA PRIMERA CUESTIÓN

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

I. Que por sentencia N° 11 de fecha 16 de marzo de 2010, la Cámara en lo Criminal de Cruz de Eje dispuso: "...I.- Declarar a JUAN CARLOS BARRIONUEVO, filiado supra, autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa, por el hecho que le atribuye el Auto de elevación a juicio de fs. 258/281 y aplicarle para su tratamiento la pena de siete años y seis meses de

prisión, adiciones de ley y costas (arts. 12, 29 inc. 3°, 40, 41, 41 bis, 42, 44, 45 y 79 C.P., 412, 550 y 551 C.P.P.)" (fs. 351/357.).

II. Contra dicha resolución interpusieron recurso de casación las Dras. Nerina Eluani y María Noel Costa, en su carácter de defensoras del imputado Juan Carlos Barrionuevo, invocando los dos motivos previstos por el art. 468 del C.P.P. (fs. 366/377 vta.).

Invocan el motivo formal de casación (468 inc. 2do C.P.P.), manifestando que la sentencia en crisis ha vulnerado las reglas de la sana crítica racional, incurriendo en arbitrariedad al arribar a una conclusión equivocada en cuanto a la existencia de intencionalidad homicida del imputado.

Entienden que es arbitrario sostener que cuando Barrionuevo efectuó el disparo en contra de Cebrero tuvo intención (dolo directo) de matarlo, entendiendo, en cambio, que un análisis conjunto de las circunstancias indiciarias demuestra unívocamente que no existió intención homicida sino sólo de lesión.

Niegan al respecto que el imputado, al momento del hecho, se haya representado como posible o probable la realización del tipo homicidio.

Expresan que resulta violatorio de las reglas de la lógica, la experiencia y la sana crítica racional, sin perjuicio de la gravedad institucional, sostener la existencia del tipo subjetivo de dolo eventual por el hecho de que el imputado haya sido policía (fs. 369 vta.).

Respecto de los restantes indicios valorados por el *a quo* (que Barrionuevo conoce el manejo de armas; que es hombre de campo; que ese conocimiento le permite utilizar el arma con cierta destreza y conocer los riesgos que su utilización depara y que el disparo lo realizó a una distancia de 10 metros), sostienen que lejos de acreditar la existencia del intención homicida, demuestran que a lo sumo hubo dolo de lesión, toda vez que ni siquiera corrió peligro alguno en el caso la vida de Cebrero, en razón del lugar en que se produjeron las lesiones y el oportuno auxilio recibido por la víctima (fs. 369 vta./370). En refuerzo de este aspecto, se cita el informe producido por el médico forense en función de la pericia practicada (fs. 230).

Luego, refiriéndose específicamente a la valoración que el tribunal de mérito realiza acerca de la distancia en que se efectuó el disparo (corta distancia), la dirección del mismo (al cuerpo de la víctima), y el lugar de impacto (zona abdominal y vital), las recurrentes cuestionan que el juzgador omite considerar el desvío de la trayectoria del proyectil por la interposición de la mano derecha de la víctima, que antecede el ingreso del mismo en la región abdominal de ésta, circunstancia que entienden que surge clara

de las constancias de autos conforme lo resultante de la Historia Clínica obrante a fs. 64/69 y el informe médico de fs. 230 (fs. 370).

Asimismo, consideran que el juzgador no ha valorado correctamente la circunstancia vinculada a la corta distancia en que se encontraban la víctima y el victimario al momento de efectuarse el disparo. Afirman al respecto, que tratándose el ejecutor del disparo de un policía retirado, con 19 años de antigüedad en el ejercicio de esa profesión, que dispara a tan corta distancia, si hubiera disparado con dolo homicida el resultado muerte efectivamente se hubiese producido, sin lugar a duda alguna, conforme las circunstancias concretas del caso que nos ocupa. Ello denota, para las recurrentes, que la verdadera intención del imputado ha sido lesionar levemente a la víctima, existiendo sólo dolo de lesión (fs. 370 vta.).

Destacan también las circunstancias de que ambos sujetos se encontraban a caballo, cada uno en su equino, en el medio del campo, a plena luz del día, encontrándose Barrionuevo de espaldas al sol y Cebrero frente a él, para derivar de ello que el imputado se encontraba en el momento del hecho en inmejorables condiciones de efectuar un disparo certero, máxime considerando su experiencia en el uso de armas. Afirman así que "de haber querido éste matar a Cebrero" sencillamente lo hubiese hecho, pero, a diferencia de ello, lo que verdaderamente quiso Barrionuevo fue dirigir su disparo a la rodilla derecha de la víctima y no a su zona abdominal. La explicación que brindan al respecto, es que el destinatario del disparo venía montando su caballo en movimiento, con sus rodillas a la altura de la zona abdominal baja y llevando las manos por delante para conducir el equino, siendo ello lo que provocó que la bala impactara en la mano derecha y se desviara hacia la zona abdominal, en vez de impactar en su objetivo (la rodilla). De esta manera, critican la valoración que hace de las circunstancias antes referidas el juzgador, al entenderlas como "causas ajenas a la voluntad del autor que impidieron la consumación del homicidio", considerando, en cambio, que se trata de cuestiones que debieron ser valoradas para concluir en la existencia de un dolo de lesión leve por parte del agresor (fs. 370 vta./371).

Así también, plantean la omisión del sentenciante de valorar tres circunstancias fácticas que consideran derivadas de la propia plataforma fáctica y que entienden determinantes para tener por demostrada acabadamente la inexistencia de dolo homicida, estas son: 1. la existencia de un sólo disparo; 2. La inexistencia de obstáculo alguno que impidiera al autor la consumación del delito; 3. Que el imputado, tras efectuar

el único disparo, se marchó y no impidió el auxilio de la víctima. Se cita jurisprudencia de la Cámara Criminal de 5° nom. que se pronuncia sobre circunstancias similares (fs. 371).

III. Adelantamos que dicho planteo no puede prosperar.

1. En diversos precedentes ha sostenido esta Sala -en materia de fundamentación probatoria- que si la obligación constitucional y legal de motivar la sentencia impone al Tribunal de mérito –entre otros recaudos– *tomar en consideración todas las pruebas fundamentales legalmente incorporadas en el juicio* (DE LA RÚA, Fernando, *La casación penal*, Depalma, 1994, p. 140; T.S.J., Sala Penal, S. n° 44, 8/06/00, “Terreno”, entre muchos otros), y efectuar dicha ponderación *conforme la sana crítica racional* (art. 193 C.P.P.), resulta claro que el recurso que invoca la infracción a las reglas que la integran –lógica, psicología, experiencia– debe también contraponer un análisis de todo el cuadro convictivo meritado, y en función de éste, a su vez, evidenciar la decisividad del vicio que se denuncia (art. 413 inc. 4°, C.P.P.). De allí que resulte inconducente una argumentación impugnativa que se contente sólo con reproches aislados que no atiendan al completo marco probatorio o que esgrima un defecto carente de trascendencia en una apreciación integrada de aquél. En tales supuestos, al no efectuar un abordaje que agote las distintas premisas que sostienen la conclusión que causa agravio, la crítica no alcanza a enervarla y la decisión traspone incólume el control casatorio (T.S.J., Sala Penal, “Martínez”, S. n° 36, 14/03/2008; “Fernández”, S. n° 213, 15/08/2008; entre otros).

Asimismo, se ha sostenido que hoy en día está fuera de discusión la posibilidad de alcanzar la certeza sobre la participación del imputado valiéndose de indicios, con la condición de que éstos sean unívocos y no anfibológicos. Y que por ello, para poder cuestionar la fundamentación en tales casos, se hace necesario el análisis en conjunto de todos los indicios valorados y no en forma separada o fragmentaria (T.S.J., “Simoncelli”, S. n° 45, 29/07/1998; “Pompas”, A. n° 109, 05/05/2000; “Caballero”, A. n° 95, 18/4/2002; “Torres”, A. n° 1, 02/02/2004; “Risso Patrón”, S. n° 49, 01/06/2006; “Raña”, S. n° 32, 05/03/2009, entre muchos otros). Así lo ha dicho el más Alto Tribunal de la Nación: *“cuando se trata de una prueba de presunciones... es presupuesto de ella que cada uno de los indicios, considerados aisladamente, no constituya por sí la plena prueba del hecho al que se vinculan -en cuyo caso no cabría hablar con propiedad de este medio de prueba- y en consecuencia es probable que individualmente considerados sean ambivalentes”* (C.S.J.N., “Martínez, Saturnino”, 7/6/88, Fallos 311:948; T.S.J., Sala Penal, “Vissani”, A. 32, 24/02/1999, “Pacheco”, S. n° 44, 28/03/2007; “Calassan”, S. 16, 28/02/2008; “Bartolucci”, S. n° 97, 27/04/2009, entre otros).

Por su parte, dada la relación del planteo con la negación de una determinada subjetividad del autor, corresponde recordar también que esta Sala ha sostenido invariablemente que los aspectos subjetivos dados por ciertos por el tribunal de mérito constituyen una cuestión fáctica (T.S.J., Sala Penal, "Tazzioli", A. n° 135, 16/5/2000; "Ameijeiras", A. n° 416, 26/12/2000; "García", A. n° 140, 10/4/2001; "Quiroga", A. n° 328, 24/8/2001; "Bracamonte", A. n° 342, 3/9/2001; "Oviedo", A. n° 54, 10/3/2003 -entre otros-).

Asimismo, debe recordarse que el extremo subjetivo no puede ser aprehendido a través de la percepción directa del juzgador, sino que puede y debe ser derivado a partir de la conducta desenvuelta por el agente que forma parte de la imputación (T.S.J., Sala Penal, "Tita", S. n° 22, 17/4/1998; "Vargas", S. n° 73, 21/5/1999; "Spampinato", S. n° 41, 31/4/2000; "Sajen", S. n° 114, 21/12/2000, "Esperón", A. 111, 15/04/2004, entre otros).

Finalmente, cabe mencionar que respecto de las exigencias subjetivas en relación con la tentativa de un determinado delito, desde el punto de vista del ánimo del autor (elemento subjetivo), se ha señalado la necesidad de que éste obre con el fin de cometer un delito determinado, lo cual significa, un propósito o intención directa de cometer un hecho configurado como delito por la ley penal (Cfr. TSJ, Sala Penal, S. n° 1, 24/02/1970, "Britos"; S. n° 11, 7/05/1973, "Brigueda"; S. n° 211, 28/12/2006, "Verón").

2. Partiendo de los criterios que viene sosteniendo invariablemente esta Sala enunciados precedentemente y desde la ponderación conjunta de la prueba recabada en autos sobre la intervención delictiva del imputado Barrionuevo en el hecho, puede concluirse que es acertada la resolución dictada por el tribunal del juicio, en cuanto sostiene que el encartado ha desarrollado la conducta atribuida con intencionalidad homicida, sin poder concretar el resultado por él querido por circunstancias ajenas a su voluntad.

En esta dirección, se encuentra acreditado que Barrionuevo fue el autor del disparo que lesionó a Cebrero y que ese disparo lo efectuó con la intención de dar muerte a la víctima, lo que se desprende de la acertada valoración que el tribunal de mérito realiza en forma conjunta de la totalidad de indicios que se derivan de la prueba recabada, en tantos éstos conducen en forma unívoca y no anfibológica a esa sola y válida conclusión.

En tal sentido, el tribunal ha valorado fundamentalmente:

A. Las condiciones personales del autor, esto es: Que el imputado ha sido policía y es hombre de campo. De ello deriva: a. Que conoce el manejo de armas; b. Que sabe manejarlas con destreza y c. Que conoce los riesgos que su utilización depara.

B. Las circunstancias de modo del hecho: a. Que el disparo lo realizó a 10 metros, b. Que los perros iban en la misma dirección del autor pero más adelante y atrás de él venía Cebrero; c. Que el disparo fue en dirección directa al cuerpo de la víctima; c. Que la víctima se encontraba en movimiento al momento del disparo. De tales circunstancias deriva que: 2.1. La intención de Barrionuevo al efectuar el disparo no ha sido disuadir pelea de los perros; 2.2. Era evidentemente posible que el impacto diera en el cuerpo y produzca la muerte a esa distancia y en esa dirección.

C. Las circunstancias motivadoras de la conducta del autor: Entre agresor y víctima existía enemistad precedente por problemas de vieja data entre sus familias.

D. Restantes circunstancias del hecho.

Por su parte, el tribunal considera irrelevante para tener por acreditada la intencionalidad homicida de Barrionuevo la circunstancia de no haber corrido efectivo riesgo la vida de la víctima en el caso concreto. Para ello, valora dos circunstancias: a. El lugar donde finalmente se producen las lesiones; y b. El oportuno auxilio recibido por la víctima.

En cuanto a las condiciones personales de Barrionuevo, se ha valorado razonablemente su experiencia como policía y el hecho de ser un hombre de campo. Pues de ello puede derivarse lógicamente que conoce sobre manejo de armas con destreza y que es consciente de los riesgos que su utilización depara.

En cuanto a las circunstancias de modo del hecho, han sido correctamente valoradas por el tribunal del juicio la "distancia" y "dirección" del disparo, esto es, que el encartado realizó el disparo aproximadamente a 10 metros de la víctima y que la dirección que dio al mismo fue directamente al cuerpo de la víctima. De ello deriva con adecuada lógica, que su intención no ha sido disuadir la pelea de los perros, ya que éstos iban en la misma dirección del autor pero más adelante y atrás de él venía Cebrero. Resulta así válida la conclusión del sentenciante cuando repara en que un disparo con arma de fuego, a la distancia referida y dirigido al cuerpo de la víctima, no puede tener otra intención que impactar y provocar la muerte. Ello ha sido reafirmado por el juzgador en razón de la probada existencia de enemistad precedente entre el agresor y la víctima, debido a problemas de vieja data entre sus familias (Declaración de Valeria E. Gallardo, valorada por el juzgador a fs. 354).

Cabe agregar, que no se advierte prueba alguna que desvirtúe alguna de las conclusiones mantenidas en la sentencia, no concurriendo ninguna circunstancia que insinúe siquiera alguna otra explicación alternativa con relación a la conducta de

Barrionuevo. En tal sentido, se coincide con el tribunal del juicio en que no resulta relevante para tener por acreditada la existencia de intencionalidad homicida, la sola circunstancia de no haber corrido efectivo riesgo la vida de la víctima en el caso concreto. Es correcta así la afirmación del *a quo*, en cuanto a que la intención del autor no se mide por la entidad de las lesiones o el riesgo de vida corrido. Pues si no corrió peligro la vida de Cebrero fue solamente por el lugar donde finalmente se produjeron las lesiones y el oportuno auxilio recibido. Repárese en que ello no significa que la zona en la que impactó el disparo no sea vital, dado que, si se excluye hipotéticamente el auxilio oportuno, la lesión causada por ese sólo disparo podría haber sido idónea y suficiente para causar la muerte. Lo que importa así es el resultado buscado por el autor y no, en cambio, si el mismo fue obtenido o fue probable de obtener en el caso concreto.

De este modo, ninguno de los argumentos expuestos en el recurso permiten rebatir la adecuada fundamentación del tribunal de mérito, por cuanto los mismos presentan diversos vicios argumentativos: a. Se realizan afirmaciones que sólo se apoyan parcialmente en las circunstancias fácticas acreditadas en autos; b. Se sostienen como verdaderas cuestiones fácticas que no se derivan de prueba directa ni indirecta reunida en autos; c. Se atribuye a determinadas circunstancias una incidencia en el curso del hecho que no se encuentra probada ni resulta ser inequívoca; d. No se arriba a una conclusión necesaria y unívoca conforme lo probado; e. Se desvirtúa el sentido de ciertas afirmaciones del tribunal sentenciante a partir de su consideración descontextualizada.

a. Invocan aquellos indicios que se derivan de las condiciones personales de Barrionuevo, esto es, su experiencia como policía de muchos años y el hecho de ser un hombre de campo, para concluir que la destreza que ello implica en el manejo de armas, junto a la escasa distancia en que se efectúa el disparo, sólo permite considerar que ha existido un dolo de lesión por parte del imputado. Esta conclusión omite valorar un indicio clave que si fue tenido en cuenta por el tribunal, consistente en el evidente e inexcusable conocimiento que la experiencia antes aludida pone en cabeza del agente acerca del riesgo que disparar a otra personas en las condiciones probadas implica para la vida. Ese riesgo es de tal envergadura, que no puede vincularse a una mera representación del resultado muerte sino a la directa intención de provocar ese resultado.

b. Realizan afirmaciones que no se asientan en pruebas directas ni pueden derivarse en forma indirecta. De esta manera, sostienen sin sustento probatorio que la intención del agente fue dirigir su disparo a la rodilla de la víctima, siendo, en cambio, que ha sido probado que el disparo se dirigió a la zona media del cuerpo de Cebrero.

c. Se afirma que la interposición de la mano de la víctima en la trayectoria del proyectil disparado habría desviado la dirección del mismo haciéndolo impactar en el abdomen. Dicha afirmación carece de sustento probatorio, dado que del informe resultante de la prueba pericial practicada (fs. 230) no surge evidentemente que se haya producido desvío alguno en la trayectoria de la bala, sino sólo que ésta se produjo de adelante hacia atrás, de derecha a izquierda y en el plano horizontal, atravesando el proyectil la mano, en la región del carpo (orificio de entrada y salida) y además el abdomen (orificio de entrada y salida). De este modo, debe rechazarse también el cuestionamiento de las recurrentes contra la valoración que el juzgador realiza sobre la circunstancia de encontrarse en movimiento la víctima al momento del disparo, entendida por éste como "causa ajena a la voluntad del imputado que impidió la consumación del homicidio". Pues, ello se pretendió rebatir partiendo de la misma hipótesis antes referida que ya ha sido descartada.

d. La recurrentes afirman que las circunstancias de haberse efectuado un sólo disparo, no haber existido obstáculos que le impidieran a Barrionuevo consumir el delito y que éste no haya evitado el auxilio de la víctima, acreditan conjunta e inequívocamente la ausencia de intención homicida en el autor y la presencia de dolo meramente de lesión. Dicho argumento no es adecuado por diversas razones:

d. 1. Las circunstancias aludidas se encuentran desvirtuadas por su consideración aislada;

d. 2. La segunda circunstancia no es indubitable. Es decir, no puede afirmarse que no hayan existido obstáculos externos al sujeto activo para consumir el delito de homicidio, siendo que, por ejemplo, la probada concurrencia de personas en auxilio de la víctima puede haber justificado su huída sin consumir el delito.

d. 3. La experiencia común demuestra que un sólo disparo en la zona abdominal puede tener aptitud suficiente para ser letal, no pudiendo afirmarse que, en el contexto del hecho, el sujeto activo haya conocido que su primer disparo no era suficiente para provocar la muerte;

d. 4. El hecho de que el autor no impida el auxilio de la víctima no excluye el dolo homicida que tuvo al momento de efectuar el disparo, puesto que esa sola conducta ya resultaba idónea y suficiente para consumir el delito.

e. Las recurrentes afirman que el sentenciante al decir "*a esa distancia, con un arma de fuego y un disparo dirigido al cuerpo resulta claro que le puede impactar el disparo y producirle la muerte*", ha tenido por probado que la intencionalidad de Barrionuevo

vinculada al homicidio ha sido meramente de aquella que se corresponde con el dolo eventual (fs. 368 vta./369). Contrariamente, si se repara en el contexto en que este párrafo se ubica en el fallo (fs. 356 vta.), se advierte que el mismo ha sido desvirtuado desde su consideración aislada, dado que en la misma foja en la que se vierte esta afirmación, aunque algunos renglones más arriba, el tribunal viene sosteniendo que *"...no cabe duda alguna que fue Barrionuevo el autor del disparo que lesionó a Cebrero y que ese disparo lo efectuó con la intención de dar muerte a la víctima -fs. 356 vta.)*. Asimismo, el juzgador realiza una remisión a los argumentos vertidos en el Auto de elevación a juicio, en donde se ha sostenido categóricamente *"...el imputado, determinado con dolo directo y bajo el designio de atentar contra la vida de Raúl Fabián Cebrero enderezó su voluntad a tal fin, utilizando para ello un elemento idóneo para matar, la que accionó deliberadamente contra el cuerpo de Cebrero y en dirección a sus zonas letales."* (fs. 280 vta. y 281),. No caben dudas así que el juzgador sostiene que se encuentra probada la intencionalidad directa de Barrionuevo de provocar la muerte de Cebrero.

En definitiva, se advierte que el planteo casatorio no repara adecuadamente en los argumentos brindados por el sentenciante al abordar la cuestión relativa a la intencionalidad homicida de Barrionuevo en el hecho que se le imputa, no asistiendo razón a ninguno de los achaques contra la fundamentación del fallo en este sentido y sus proyecciones hacia la consideración de un hecho compatible en su intencionalidad sólo con el delito de lesiones del art. 89 del C.P.

Voto pues negativamente con relación a la primer cuestión.

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente las presentes cuestiones. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de idéntica forma.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

I. Las recurrentes presentan un claro agravio de naturaleza sustancial, al denunciar la errónea aplicación del artículo 42 del Código Penal (en función del art. 79), fundado en que la estructura de la norma que prevé la tentativa exige necesariamente dolo directo con relación al delito no consumado. En tal sentido, afirman que, dentro de las

graduaciones de dolo, el juzgador ha sostenido la existencia de dolo eventual, lo que interpretan que se deriva del párrafo del fallo atacado en donde se expresa "a esa distancia, con un arma de fuego y un disparo dirigido al cuerpo resulta claro que le pueda impactar el disparo y producirle la muerte" (fs. 356 vta. y fs. 368 vta./369). Con este argumento, consideran erróneamente aplicada la norma aludida (art. 42 CP) por resultar ello violatorio del límite subjetivo referenciado.

II. Conforme lo planteado por las impugnantes, resultará ilustrativo transcribir el hecho acreditado por el Tribunal de mérito que es atribuido al prevenido Barrionuevo (fs. 351/351 vta.), el cual no varía del contenido en el requerimiento de elevación a juicio (fs. 258/259): *"...En el paraje Lomitas Coloradas, departamento Minas, de la provincia de Córdoba, el día trece de abril de dos mil nueve, en horario no establecido con exactitud, pero que se establece presumiblemente entre las 9:30 hs. y las 9:45 hs. El Sr. Raúl Fabián Cabrero se habría encontrado junto a su concubina Valeria Erika Gallardo, Hugo castro, Pablo Daniel Cebrero y Marcos Varela, en el patio de su casa, sita en el mencionado paraje y que se ubica al lado norte del camino al paraje "La Vecina", del departamento Minas. En esa oportunidad y cuando Raúl Cebrero se habría dispuesto a ir a trabajar con algunos de los presentes, el imputado Juan Carlos Barrionuevo habría pasado montado a caballo junto a cuatro perros de su propiedad por el camino de herradura distante a unos 50 mts. Aproximadamente de la casa de los Cebrero, momento en que un perro cabrero de propiedad de Raúl Fabián Cebrero habría salido ladrando y los perros del imputado Barrionuevo lo habrían atacado pasando el sector en el que se unen el camino de herradura con el camino a "La Vecina". Así las cosas y al ver Raúl Fabián Cebrero que el imputado Barrionuevo no hacía nada para separar los canes sino que los azuzaba más, Cebrero habría salido a buscar su perro en el caballo que había ensillado previamente para ir a trabajar. Una vez emprendida la marcha de Cebrero mientras prestaba especial atención con lo que pasaba con su perro, el imputado Barrionuevo al percatarse de la situación se habría dado vuelta, sorpresivamente girando un poco el caballo hacia la derecha y con la intención de acabar con la vida de la víctima, sin mediar palabra alguna ni contacto personal, desde arriba del caballo y a una distancia de 10 o 15 mts. Aproximadamente, habría extraído de entre sus ropas un arma de fuego (la que no fue secuestrada en autos) con su mano derecha e inmediatamente le habría disparado al cuerpo de Cebrero (a la altura de los órganos vitales), impactando el proyectil en la mano derecha de la víctima para luego seguir su trayectoria y penetrar en*

el abdomen saliendo por la zona lumbar. Por las heridas sufridas el Sr. Cebrero padeció de una perforación en su intestino grueso y delgado. A pesar de las intenciones homicidas, el imputado Barrionuevo no logró su propósito por razones ajenas a su voluntad y que fue debido a que la víctima venía en movimiento y porque tras el disparo sufrido sus compañeros lo auxiliaron inmediatamente, quienes lo trasladaron a un nosocomio con el móvil policial, mientras que el imputado Barrionuevo de habría dado a la fuga rápidamente".

III. Según las descripciones fácticas enunciadas, se advierte que las recurrentes pretenden en su segundo planteo una calificación legal distinta a la dada por el sentenciante, basándose para ello únicamente en una errada afirmación sobre el hecho, vinculada a la intencionalidad del autor.

Cabe recordar al respecto, que cuando se recurre por el motivo sustancial de casación se coordina la interpretación unitaria de la ley de fondo, sometiendo en definitiva su intelección al más alto Tribunal de la Provincia y ante el cual la causa llega con los hechos del proceso definitivamente fijados, para que solamente se juzgue de la corrección jurídica con que han sido calificados (Exposición de Motivos a la ley 3831, Ed. Assandri, 1950) (TSJ, Sala Penal, "Pitt", A. n° 59 del 21/6/1991; "Ludueña", A. n° 227 del 20/11/1997; "Soria", A. n° 13 del 12/2/1998, entre otros). El desconocimiento de los hechos de la causa impide el progreso del recurso (TSJ, Sala Penal, desde su más antiguo precedente: "Brizzio", 8/8/1941; "Osterode", A. n° 80, 6/12/1984; "Capdevila", A. n° 206, 11/8/1998; "Oviedo", A. n° 54, 10/3/2003, "Sosa", S. n° 317, 30/11/2010 –entre muchísimos otros-; NUÑEZ, Ricardo, "Código Procesal Penal", Lerner, 1986, nota 2 al artículo 490, pág. 466).

Partiendo de tales criterios, corresponde rechazar el planteo efectuado por las recurrentes contra la aplicación del art. 42 del CP al caso de marras, en tanto no se corresponde con los hechos que han quedado fijados en autos. Ello así, por cuanto las impugnantes sustentan su pretensión sobre la base fáctica de que el acusado ha procedido con intencionalidad directa de lesionar a la víctima y meramente eventual con relación al posible resultado de muerte. A diferencia de ello, han quedado firmes los hechos fijados por el *a quo* en cuanto a la existencia probada de "intencionalidad homicida", en la modalidad de dolo "directo" por parte del imputado Barrionuevo, tal como claramente es sostenido en el fallo recurrido ("*...no cabe duda alguna que fue Barrionuevo el autor del disparo que lesionó a Cebrero y que ese disparo lo efectuó con la intención de dar muerte a la víctima -fs. 356 vta.-*") y en el Auto de elevación a juicio al

que dicho resolutorio se remite ("*...el imputado, determinado con dolo directo y bajo el designio de atentar contra la vida de Raúl Fabián Cebrero enderezó su voluntad a tal fin, utilizando para ello un elemento idóneo para matar, la que accionó deliberadamente contra el cuerpo de Cebrero y en dirección a sus zonas letales.*" -fs. 280 vta. y 281-).

Por las razones expuestas, resulta adecuada la aplicación al caso del art. 42 del CP por parte del tribunal de mérito, al no existir duda alguna sobre su procedencia en aquellos supuestos, como en el de autos, en que se verifica un dolo directo del autor con relación al delito tentado.

Voto pues negativamente con relación a la segunda cuestión.

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente las presentes cuestiones. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de idéntica forma.

A LA TERCERA CUESTIÓN

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

I. Bajo el motivo sustancial del art. 468 inc. 1° del C.P.P., las recurrentes cuestionan que ha existido una errada aplicación de la ley penal, insistiendo en la consideración de que se trata de un delito de lesiones leves (art. 89 CP). Invocan así que la correcta calificación de esta figura por el uso de arma de fuego es la prevista en el art. 104 del CP, considerando errada la aplicación del art. 41 bis. en función de los arts. 79 y 42 del mismo cuerpo legal.

Como introducción al planteo, advierten su conocimiento de los precedentes "Nieto", S. n° 74, 27/8/2003; "Lezcano" S. n° 102, 17/10/2003 y "Herrera", S. n° 154, 24/06/2008 de esta Sala Penal, aunque plantean que debe tenerse en cuenta que la aplicación del art. 41 bis del CP no resulta pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, existiendo sentencias contradictorias en el ámbito provincial a partir del precedente "Arce" de la Excm. Cámara de Acusación, en el que se declaró de oficio la inconstitucionalidad de la norma referida.

Seguidamente, citan los antecedentes parlamentarios de la norma cuestionada y ciertas estadísticas en la Provincia de Córdoba, con el propósito de evidenciar la

ineficacia de la agravante genérica referida. Sumado a ello, destacan la naturaleza de la norma en cuanto debe ser abracada por el dolo.

Afirman que desde una interpretación sistemática, quedaría descartada la aplicación de la agravante genérica del art. 41 bis del CP a cualquier hipótesis de lesiones, explicando al respecto que, al tratarse el caso de una lesión leve provocada por el disparo de un arma de fuego, la agravante genérica no se aplicaría porque, por imperio del principio de especialidad y por la propia letra del segundo párrafo del artículo precitado, en conjunción con la del art. 104 del mismo cuerpo legal, correspondería aplicar este último.

Subsidiariamente, para el caso que se considere que corresponde encuadrar el hecho en el art. 79 en función del art. 42 del CP, como lo hace el *a quo*, plantean la errada la aplicación del art. 41 bis. del mismo cuerpo legal, por entender que no se encuentran dadas en autos las exigencias legales necesarias.

En esta dirección, sostienen que no se ha verificado en el caso la existencia de violencia o intimidación con el arma de fuego previo al disparo y, conforme una interpretación sistemática del Código, el legislador ya ha tenido en cuenta el uso del arma de fuego al momento de codificar la misma y sus implicancias en la figura que nos ocupa (art. 79 CP). Manifiestan que un razonamiento contrario conduce al absurdo de calificar lo que la figura básica contiene, que es la violencia propia del homicidio, afectando ello la prohibición de la doble valoración.

Citan jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, en el sentido de que aunque puede concurrir la figura del art. 79 con la previsión del art. 41 bis del CP, ello no sucederá en todo homicidio realizado 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, entendiéndose que ello excede al tipo subjetivo de la especie, que es el dolo homicida, el cual se agota con la intención de dar muerte, por cualquier medio, que no esté previsto en alguna calificante específica.

II. Teniendo en cuenta las consideraciones y conclusiones que fueron expuestas con relación a la "primer cuestión", habiéndose confirmado ya la existencia de intencionalidad homicida en el autor del hecho imputado, de lo que se desprende un encuadramiento legal en la figura de homicidio simple en grado de tentativa (arts. 79 y 42 CP), tal como bien lo ha sostenido el tribunal de mérito, corresponde rechazar el primer argumento impugnativo sustancial por el que se invoca que es errada la aplicación del art. 41 bis CP, con el sólo basamento de que el hecho debe quedar encuadrado en la figura

del art. 89 y, en consecuencia, agravarse sólo por el art. 104, ambos del CP., dado que las conclusiones antes logradas no sufren modificaciones como consecuencia de los cuestionamientos formulados por las recurrentes dentro del motivo sustancial de casación.

Resta evaluar así solamente el segundo planteo que las recurrentes efectúan en forma subsidiaria al argumento precedente, por el que, partiendo de admitir el encuadramiento legal del hecho la figura de Homicidio Simple en grado de tentativa (arts. 79 y 42 del CP), cuestionan su calificación a partir de la aplicación del art. 41 bis. del CP como agravante genérica por el "uso de arma de fuego", dado que no se ha verificado en el caso la existencia de violencia o intimidación con el arma de fuego en forma previa al disparo, y, asimismo, en razón de entender que el legislador ya tuvo en cuenta el uso del arma de fuego al momento de codificar la misma y sus implicancias en la figura en cuestión.

1. En diversos precedentes, esta Sala se ha referido a la naturaleza jurídica de la aludida agravante y a sus consecuencias dogmáticas (T.S.J., Sala Penal, S. n° 74, 27/8/03, "Nieto"; S. n° 102, 17/10/03, "Lezcano", S. n° 115, 1/12/03, "Ceballos Murúa"; S. n° 60, 7/7/04, "Márquez"; S. n° 135, 28/12/2004, "Soffli"; S. n° 108, 11/10/2005, "Mercado"; entre otros).

Al respecto, se ha afirmado que el artículo 41 bis del C.P. no constituye una mera agravante general sino una norma que repercute sobre la magnitud de los marcos punitivos establecidos en los delitos de la parte especial y las leyes complementarias, por la incorporación de una modalidad típica de ejecución de un delito violento (uso de arma de fuego), no contemplada expresa y específicamente por aquellos. De lo que incluso se ocupó el debate parlamentario, en el que el Senador Agúndez (miembro informante) justificando la técnica legislativa empleada al señalar que resultaba imposible modificar delito por delito y que dicha ubicación iba a permitir la mejor sistematización de la norma (Antecedentes Parlamentarios, La Ley, 2001-A, p. 184).

La ventaja dogmática que reporta situar de esta manera la regla, se relaciona con el principio de culpabilidad, ya que como es sabido éste debe alcanzar a los elementos del tipo; también se vincula con la participación criminal y la consecuente exigencia que el dolo de los que no intervienen como autor o coautores incluya esa modalidad típica (en tal sentido, Barberá de Riso, María Cristina, "Arma de fuego y política criminal -su empleo, un enfoque crítico-. El agravamiento dentro del sistema", en Pensamiento Penal y Criminológico, Mediterránea, Córdoba, Año III -2002-, n° 5, p. 106). Tales consecuencias

no resultarían posibles si el art. 41 bis se limitase a introducir una circunstancia agravante sin conexión con los tipos objetivos.

En consecuencia la regla del art. 41 bis del C.P. actúa generando un tipo delictivo que se encuentra en relación de especialidad con varios tipos penales, siempre que éstos no incluyan el empleo de armas y que, a su vez, se trate de delitos dolosos que requieran violencia o intimidación contra las personas, como modalidad de ejecución típica (sobre la exigencia subjetiva, Reinaldi, Víctor Félix, "*Delincuencia armada*", Mediterránea, Córdoba, 2004, pág. 220). Quedando excluidos de dicho ámbito de aplicación, los delitos no dolosos, los delitos dolosos que no exijan violencia o intimidación contra las personas y los delitos dolosos que ya contemplen como circunstancia agravante el empleo de armas ("RODRÍGUEZ", Sent. 202 del 8/8/2008).

2. En cuanto a la razón de la agravante se indicó (*in re* "Mercado", S. n° 108, 11/10/2005) que al fundar su inclusión, el Legislador tuvo en cuenta las alarmantes estadísticas sobre homicidios cometidos con armas de fuego -sin realizar ningún tipo de distinción legal-. Por lo que las razones de política criminal proporcionadas se conectan principalmente con la prevención general negativa de la delincuencia armada, tanto para disuadir "*la tenencia de tantas armas de fuego*", como para reprimir con mayor severidad "*porque endurece las penas, levantando los mínimos*" (pub. cit., p. 184). Añadiendo a dichas razones de política criminal, en delitos como el homicidio, la razón de la agravante no se halla en el mayor peligro para la vida, sino en que el autor se ha valido de un medio como el arma de fuego, de alto poder letal o lesivo, que le brinda más seguridad y al mismo tiempo anula las posibilidades defensivas de su víctima. Todo lo cual revela una superior magnitud de injusto (Reinaldi, Víctor Félix, *op. cit.*, ps. 220) (T.S.J., Sala Penal, "Mercado", S. n° 108, 11/10/2005) (T.S.J., Sala Penal, "Mercado", S. n° 108, 11/10/2005).

Aunque se aclaró que no resulta relevante que "la posibilidad de defensa del agredido y la de riesgos para su agresor se hayan efectivamente debilitado en el caso concreto (Reinaldi, Víctor Félix, "Es aplicable la agravante genérica del art. 41 bis al delito de homicidio (Art. 79 CP) y al de robo calificado por homicidio (art. 165 CP)", en "*Pensamiento Penal y Criminológico*", Ed. Mediterránea, n° 8, Córdoba, 2004, pp. 247 y ss.) (T.S.J., Sala Penal, "Mercado", S. n° 108, 11/10/2005).

3. A su vez y en lo atinente a la aplicabilidad de la agravante genérica del artículo 41 bis al delito de homicidio simple del art. 79 del C.P., debe señalarse, además de lo expuesto, que la cuestión ya ha sido objeto de reiterados pronunciamientos de este Tribunal Superior (T.S.J., Sala Penal, S. n° 74, 27/8/03, "Nieto"; S. n° 102, 17/10/03,

“Lezcano”, S. n° 115, 1/12/03, “Ceballos Murúa”; S. n° 60, 7/7/04, “Márquez”; S. n° 135, 28/12/2004, “Soffli”; s. n° 320, 11/12/07, “Ferreyra”), en los cuales esta Sala se expidió en sentido opuesto al pretendido por las impugnantes.

Como ya se sostuvo (Supra II.1), se excluye el tipo agravado por el empleo de arma de fuego, en los delitos dolosos que no exijan violencia o intimidación contra las personas y los delitos dolosos que ya contemplen como circunstancia agravante el empleo de armas.

La figura penal del artículo 79 del C.P. no configura ninguno de los supuestos de exclusión mencionados, pues se trata de un delito doloso cuya acción típica sin duda exige violencia en contra de la víctima, pero dentro de su estructura no contiene en forma expresa la circunstancia consistente en el empleo de un arma de fuego, ni ella resulta contemplada por sus figuras calificadas (agravadas o atenuadas; arts. 80 y 81, pto. 1 inc. a, C.P.) (en igual sentido, Reinaldi, Víctor Félix, *"Delincuencia armada"*, Mediterránea, Córdoba, 2004, pág. 221; Laje Anaya, Justo, *"El art. 41 bis del Código Penal y las andanzas del diablo -Ley n° 25.297-*", en S.J. n° 1318, 23/11/2000, p. 641).

Más aún, la posibilidad de que las penas del homicidio se elevaran con motivo del empleo de un arma de fuego, aún a pesar de las elevadas estadísticas para este tipo de delito no fue ajena a la previsión del legislador. Al punto de inspirarse en las alarmantes estadísticas sobre homicidios cometidos con armas de fuego, según se desprende de las palabras del Senador Agúndez, cuando señaló que *"...uno de los delitos fundamentales considerado es el delito mayor... el homicidio... . En el delito de homicidio con armas de fuego (las) penas se aumentan en esta ley..."* (Antecedentes Parlamentarios, La Ley, 2001-A, p. 183).

4. Acreditada en autos la utilización de un arma de fuego por parte del imputado Barrionuevo para llevar a cabo su intención directa de concretar un homicidio, puede adelantarse que tampoco asiste razón a las recurrentes en esta tercera cuestión.

En efecto, surge claramente de lo expuesto en los puntos precedentes que la interpretación formulada por el sentenciante para aplicar simultáneamente las figuras de los arts. 79, 42 y 41 bis del C.P., atendiendo a que el encartado empleó un arma de fuego con la intención directa de matar a la víctima, resulta perfectamente coherente dentro del esquema penal del ordenamiento positivo vigente. Y que tal peculiaridad (el empleo del arma de fuego) en el modo de ataque tentado sobre la vida de la víctima, configura un injusto de mayor gravedad, que se combina con claras y atendibles razones político-criminales de prevención general para justificar un tratamiento punitivo diferenciado,

agravado en comparación con otros casos en los que se emplean otro tipo de armas (que no son de fuego).

Voto, pues, negativamente también en relación con esta cuestión.

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA CUARTA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

Atento al resultado de la votación que antecede corresponde:

I. Rechazar el recurso de casación interpuesto por las Dras. Nerina Eluani y María Noel Costa, en su carácter de defensoras del imputado Juan Carlos Barrionuevo, contra la sentencia número once dictada el dieciséis de marzo de dos mil diez por la Cámara en lo Criminal de Cruz del Eje, con costas.

II. Con costas, atento el resultado obtenido (arts. 550 y 551, C.P.P.).

Así voto.

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal;
RESUELVE: Rechazar el recurso de casación interpuesto por las Dras. Nerina Eluani y María Noel Costa, en su carácter de defensoras del imputado Juan Carlos Barrionuevo, con costas (550/551 del CPP).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y las señoras Vocales de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.

