

FALLO SELECCIONADO POR LA SALA PENAL DEL TSJ CÓRDOBA

RECURSO DE CASACIÓN PENAL-FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO - INADMISIBILIDAD FORMAL- FALTA DE SUSTENTO REAL - DEFENSA EN JUICIO - DEFENSA TÉCNICA - MOMENTO A QUO - DESDE PRIMER ACTO DE PERSECUCIÓN PENAL - DECLARACIÓN DEL IMPUTADO - VALORACIÓN - FUENTE EVENTUAL DE PRUEBAS - POSIBILIDAD DE SU DIVISIBILIDAD - SENTENCIA - FUNDAMENTACIÓN EN BASE A PRUEBA INDICIARIA - VALORACIÓN CONJUNTA- DELITOS COMETIDOS CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN CONTRA LAS PERSONAS MEDIANTE EL EMPLEO DE UN ARMA DE FUEGO (ART. 41 BIS CP) - NATURALEZA JURÍDICA - CONCURSO DE AGRAVANTES GENÉRICAS CON UNA MISMA FIGURA BÁSICA - APLICACIÓN DE LAS REGLAS DEL CONCURSO IDEAL - DELITOS COMETIDOS CON LA INTERVENCIÓN DE MENORES DE DIECIOCHO AÑOS DE EDAD (ART 41 QUÁTER CP) - NATURALEZA JURÍDICA - CONCURSO DE AGRAVANTES GENÉRICAS CON UNA MISMA FIGURA BÁSICA - APLICACIÓN DE LAS REGLAS DEL CONCURSO IDEAL - CONCURSO DE DELITOS - CONCURSO IDEAL - CONCURRENCIA SIMULTÁNEA DE LAS AGRAVANTES GENÉRICAS DE LOS ARTS 41 BIS Y 41 QUÁTER DEL CP CON UNA MISMA FIGURA BÁSICA - PENA DEL CONCURSO IDEAL (54 CP) - PRINCIPIO DE ABSORCIÓN - DETERMINACIÓN DE LA PENA MAYOR - APLICACIÓN EN CASO DE ESCALAS PENALES IGUALES - PENA DIVISIBLE - INTERPRETACIÓN DE LA EXPRESIÓN DE UN TERCIO A LA MITAD (ART. 44 PRIMER PÁRRAFO DEL CP)- DOCTRINA CONSOLIDADA DE LA SALA - NUEVOS ARGUMENTOS - IMPROCEDENCIA - RECURSO DE CASACIÓN - FACULTADES DISCRICIONALES DEL TRIBUNAL DE JUICIO - INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA - ESTÁNDAR DE REVISIÓN .

1-No resulta procedente el recurso de casación en el que se ignoran, parcializan o modifican los fundamentos dados en la decisión para arribar a la conclusión objetada. Ello así por cuanto todo recurso es una impugnación que no puede prescindir de los fundamentos de la resolución recurrida y por lo tanto, respecto de ellos, deben esgrimirse los defectos susceptibles de conmovir su validez. De lo contrario, en la medida en que resultan obviados, carecen de embate recursivo y devienen incólumes, adquiriendo la consolidación propia de la cosa juzgada.2- La Constitución de la Provincia de Córdoba, en su art. 40, *in fine*, manifiesta que "carece de todo valor probatorio la declaración del imputado prestada sin la presencia de su defensor", lo cual supone que se haya iniciado la persecución penal en contra de un individuo y que al momento de su declaración no cuente con la presencia de un defensor técnico. Así es

receptado también por la ley adjetiva local (arts. 258 y ss., C.P.P.). De tal manera que, las formas establecidas por la ley procesal tendientes a garantizar el ejercicio del derecho de defensa en juicio sólo aluden a los actos que se cumplen dentro del proceso. El derecho de defensa, en todas sus manifestaciones, se inicia con el primer acto de persecución penal dirigido en su contra.3- La declaración del sometido a proceso, analizada desde la óptica del imputado, importa un medio idóneo para la materialización de su defensa en juicio. Por ello, dicho acto desde la perspectiva del juez en lo penal, puede constituir una fuente eventual de pruebas, pues, de lo contrario, si las manifestaciones del imputado estuvieran ajenas a todo tipo de valoración, no pasarían de ser meras expresiones formales, ineficaces desde el punto de vista de la defensa material. 4- Nada obsta a que el juzgador, conforme a su libre convicción, puede escindir parcialmente la declaración del enrostrado, ponderando sólo aquellos tramos que aparezcan veraces, es decir, contestes con los elementos de prueba analizados.5- No hay óbice alguno a la posibilidad de alcanzar la certeza en base a prueba indirecta, ya que hoy en día no se discute que los indicios tengan tal aptitud, con la condición que sean unívocos y no anfibológicos. Al tiempo que su valoración exige una consideración conjunta y no un examen separado o fragmentario, puesto que la meritación independiente de cada indicio desnaturaliza la esencia que es inherente a este tipo de prueba.6-Tanto la calificante del art. 41 bis como la del art. 41 quáter del C.P., no constituyen meras agravantes generales sino normas que incorporan una modalidad típica de ejecución específica no contemplada por la figura de la parte especial a la que se aplican (en autos, la que surge del art. 79 que luego es puesta en relación con el art. 42 del C.P.), con la cual, entonces, conforman un nuevo tipo delictivo más grave y específico. La agravante genérica del art. 41 bis C.P. se integra con los tipos penales de la parte especial que no incluyen el empleo de armas y constituyen delitos dolosos que requieran violencia o intimidación de las personas, conformando una nueva figura especial calificada. Y la agravante genérica del art. 41 quáter del C.P. se integra, a su vez, con las figuras de la parte especial que contemplan hechos típicos que admiten su agravamiento por la intervención de menores de edad conformando también nuevas figuras calificadas especiales agravadas. 7- Cuando se plantea al aplicación simultánea de las agravantes genéricas de los arts. 41 bis y 41 quáter del C.P. a una misma figura básica, como sería el caso de una tentativa de homicidio del art. 79 en

función del 42 del C.P., los delitos agravados resultantes concurren idealmente (art. 54 C.P.). Esto es, se plantea un concurso ideal entre la figura de tentativa de homicidio agravada por el uso de arma de fuego construida a partir de la aplicación de la agravante genérica del art. 41 del C.P. a la figura de tentativa de homicidio de los arts. 79 en función del 42 del C.P., y la figura de tentativa de homicidio agravado por la intervención de menores de dieciocho años de edad, conformada a partir de la aplicación de la agravante genérica del art. 41 quáter a esa misma figura de tentativa de homicidio del art. 79 en función del 42 del C.P..8- Al adoptar el principio de absorción en el texto del art. 54 del C.P., el legislador sólo se refiere, expresamente, a los casos de concurrencia de figuras con escalas penales distintas, planteando la aplicación de la pena mayor, que no es otra que la escala penal más severa o más grave. 9- Para la determinación de la pena más grave en los casos de concurso ideal, primero debe atenderse a lo dispuesto por el art. 5 del C.P. analizando las especies de pena concurrentes. De resultar éstas coincidentes, debe considerarse, primero, cuál contempla el máximo mayor y de ser éstos iguales, cuál conmina el mínimo mayor. 10- El hecho de que las penas concurrentes sean iguales no excluye la aplicación del principio de absorción en cuanto determina la aplicación de una sola de las penas previstas en las figuras concurrentes. Sin perjuicio de que siendo ambas penas similares, resultará indistinto cuál de ellas se aplique. De modo que ante la concurrencia ideal de las figuras construidas por aplicación de las agravantes genéricas de los arts. 41 bis y 41 quáter del C.P., que contemplan *en cada caso* un incremento de un tercio de la escala penal del delito de la parte especial con el que se integran (la tentativa de homicidio que surge de los arts. 79 en función del 42 del C.P.), la solución punitiva correcta es que ésta se eleve sólo en *un tercio*. Esto es, que se proceda aumentando la escala penal como si concurriera sólo una de las agravantes genéricas en curso. 11- Las circunstancias ajenas al área de enfoque común que concurren en el concurso ideal de delitos, podrán ser tenidas en cuenta luego, al momento de la individualización judicial de la pena.12- En relación con la determinación de la escala penal de la tentativa de los delitos con pena divisible conforme lo dispuesto en el art. 44, 1er. párrafo, del CP ésta se obtiene disminuyendo un tercio el mínimo y la mitad del máximo. Allí claramente se dice que *la escala penal se obtendrá* a partir del cálculo que enuncia, y no que la escala penal es la fórmula utilizada. De tal manera que, la expresión

normativa -"de un tercio a la mitad"- se utiliza como una fórmula de ajuste de los marcos punitivos de los delitos en grado de tentativa.13- No puede afirmarse que con la incorporación del art. 41 bis ni con la modificación del art. 166 del Cód. Penal el legislador haya llevado adelante una "interpretación auténtica" del art. 44 de Cód. Penal. Cuando el legislador decide cuál va a ser la forma de entender el sentido de un término (lo que se conoce como interpretación auténtica), lo hace de manera expresa. Tal es la importancia de esta clase de actos legislativos que la autoridad puede acordarle a una palabra un significado que no se condiga con los usos lingüísticos de su comunidad. En este sentido, el legislador, cuando realiza una "interpretación auténtica" estipula un significado (p.e.: en el artículo 78 del Código Penal establece que el concepto de "violencia" abarca el uso de medios hipnóticos o narcóticos). Tal es la fuerza vinculante que esta clase de normas tiene sobre la actividad interpretativa de los jueces que, cuando el legislador echa mano de ese recurso, lo hace expresamente. 14- Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aplicado la tesis que sostiene que el mínimo de la escala correspondiente al delito consumado debe reducirse a la mitad y el máximo a los dos tercios, no se han explicitado las razones que fundaron la aplicación del cálculo que efectúa, por lo que la adhesión, ni aún con criterio de economía procesal aparece razonable en salvaguarda del principio de igualdad ante la ley a que tienen derecho todos los ciudadanos. Tal criterio no ha sido reiterado en otros fallos del Alto Tribunal, hoy con nueva integración. 15-La deferencia al legislador y a la manera como ha decidido solucionar la disminución de la escala penal en los casos de tentativa no sólo honra nuestro diseño institucional que tiene como base la división de poderes, sino que también descansa en otro principio, amplio y de no menor importancia que los de culpabilidad y proporcionalidad: el de la legalidad. 16- La tesis que sostiene que -a fin de obtener la escala penal de la tentativa- el mínimo de la escala correspondiente al delito consumado debe reducirse a la mitad y el máximo a los dos tercios no es necesariamente más beneficiosa para el condenado, en tanto el juzgador podría determinar una pena concreta cercana al máximo de la escala configurada la cual superaría la que podría surgir de la fórmula que aquí se sustenta, por cuanto siempre aquél marco en el límite superior sería mayor. Así es que entre ambos criterios de selección, consideramos que el que importa una reducción de un tercio en el mínimo y la mitad del máximo, otorga mayores garantías al imputado en términos de

proporcionalidad por cuanto limita el marco general de punición que se deriva de la interpretación contraria. 17- La facultad discrecional de fijar la pena es exclusiva del tribunal de juicio y únicamente es revisable en casación en supuestos de *arbitrariedad*. Dentro de ese estrecho margen de recurribilidad, se ha fijado el estándar de revisión en los supuestos de *falta de motivación* de la sentencia, de *motivación ilegítima* o de *motivación omisiva*. El ejercicio de esta facultad discrecional por parte del Juez se encuentra condicionado a que la prudencia pueda ser *objetivamente verificable*, y que la conclusión que se estime como razonable *no aparezca absurda* respecto de las circunstancias de la causa, extremo éste demostrativo de un ejercicio arbitrario de aquellas potestades.

SENTENCIA NUMERO: OCHENTA Y NUEVE

En la ciudad de Córdoba, a los veintitrés días del mes de abril de dos mil trece, siendo las diez horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la doctora Aída Tarditti, con 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 "F.S.A. p.s.a. homicidio agravado en grado de tentativa –Recurso de Casación–" (Expte. "F", 41/2010), con motivo del recurso de casación interpuesto por la Sra. Asesora Letrada de Turno 3° (reemplazante) de Villa María, Dra. Silvina C. Muñoz, a favor del imputado S.A.F., en contra de la Sentencia número veintisiete, del diez de septiembre de dos mil diez, dictada por la Cámara en lo Criminal y de Acusación de Villa María.

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

- 1)- ¿Ha sido indebidamente fundada la resolución en cuanto a la participación de F. en el presente hecho?
- 2)- ¿Está indebidamente calificado el hecho?
- 3)- ¿Se ha aplicado incorrectamente el art. 44 del Cód. Penal?
- 4)- ¿Se ha individualizado incorrectamente la pena?
- 5)- ¿Qué resolución corresponde dictar?

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

A LA PRIMERA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Por Sentencia n° 27, del 10 de septiembre de 2010, la Cámara en lo Criminal y de Acusación de la ciudad de Villa María, en lo que aquí interesa, resolvió: *"II) Declarar a S.A.F. coautor responsable del delito de Homicidio en grado de tentativa, agravado por el empleo de arma de fuego y por la intervención de un menor de 18 años de edad, en los términos de los arts. 45, 42, 79, 41 bis y 41 quater del C.Penal e imponerle la pena de ONCE AÑOS DE PRISION accesorias legales y las costas del proceso, con declaración de reincidencia (arts. 12, 19, 29 inc. 3° y 50 del C.P., 412, 550 y 551 del C.P.P.)"* (fs. 1307vta./1308).

II. La Sra. Asesora Letrada Dra. Silvina C. Muñoz, defensora del imputado S.A.F, presenta recurso de casación en contra de la citada resolución, e invoca razones del motivo formal (CPP, art. 468, incs. 2°).

Denuncia que en la sentencia atacada no se ha probado la participación de su defendido en el hecho. Dice que no ha destruido la posición exculpatoria del imputado, quien negó el hecho y

refirió que esa noche permaneció en su casa con su familia. Sostiene que prueba de la participación de su defendido sólo cuenta con indicios de mala justificación (fs. 1315).

Cuestiona que se le haya asignado valor decisivo a la declaración en sede instructoria de la concubina de F., V.A.B., y a la del coimputado C.S.P.M. Además, critica que estas probanzas devengan como consecuencia directa e inmediata del contenido de una supuesta conversación que mantuviera la testigo S.B.M. con el Jefe de la departamental O.D.F. y la víctima, la que habría sido registrada en una grabación y en la que se sindicó a su defendido como partícipe del evento (fs. 1315). Sostiene que de ningún modo pudo haberse introducido válidamente al debate tal registro de conversación, ni siquiera bajo el absurdo ropaje de la 'libertad probatoria'. Hace advertencias sobre los riesgos que aceptar este tipo de pruebas acarrearán. Previene que cuando una investigación se inicia, se direcciona y concluye a partir de la incorporación de esta clase de pruebas al proceso vulnera las garantías constitucionales de la presunción de inocencia, el debido proceso y el derecho de defensa (fs. 1315 vta.).

Explica que la grabación a la que alude fue realizada en forma clandestina, sin intervención judicial y sin el consentimiento de uno de los partícipes de la conversación registrada, lo que torna invalorable su contenido. Dice que como se trata de una prueba no obtenida lícitamente, debe ser excluida. Agrega que los argumentos del *a quo* brindados ante este mismo planteo son insuficientes y pierden todo sustento sino se le asigna verdadero sentido y alcance a dicho acto (fs. 1316).

Continúa la recurrente relatando que producto de esa conversación se inició una investigación direccionada directamente contra su defendido, en la que se allanó su domicilio y, además, se obtuvo "casual y espontáneamente" la declaración de su concubina al momento en que el mismo se encontraba detenido por otro proceso. Prosigue diciendo que, con posterioridad a ello y con idéntica metodología, se agregó a la investigación los dichos que "espontáneamente" brindó a la autoridad policial el menor M. —coimputado— en el momento en que mientras se avanzaba en la investigación del hecho que se juzga, se dispuso un allanamiento en su morada relacionado a otro proceso distinto del de marras (fs. 1316).

Sobre la entrevista con M., dice que si bien ella concurrió voluntariamente desconocía que la iban a grabar, por lo que fue engañada. Sostiene que eso fue planeado para luego contarle y hacerlo valer ante terceros. Define los límites de ese engaño señalando que es distinta la predisposición del entrevistado cuando sabe que la misma quedará registrada (fs. 1316). Destaca que en la audiencia la misma M. dijo que en la comisaría no le dijeron que la iban a grabar, y también señala que en sede Fiscal se negó a declarar (fs. 1316 vta.).

Indica que fue cuando ya estaba instalado el rumor que vinculaba a su defendido con el ilícito que los policías Rivero y Lozano se entrevistaron con su concubina, B. quien supuestamente da una versión detallada de lo ocurrido esa madrugada y que termina resultando trascendente para

incriminar a F. Para este testimonio tiene la recurrente, también, "serias reservas". Señala que se ha probado que sus manifestaciones fueron efectuadas sin que, conociendo el vínculo con F., se informara a la misma su posibilidad de abstenerse de declarar. Añade que, al momento de la audiencia, la misma testigo expresó que "fue obligada por la policía a declarar al Fiscal" y que "en la comisaría le hicieron un croquis de cómo tenía que declarar... que los policías Rivero, Lozano y Lazarte le decían que si no decía al fiscal lo que ellos querían le sacarían la nena de dos años, que le pasaría cualquier cosa, que se la llevaban a la nena y se la traían de nuevo" (fs. 1317). Sostiene que si bien no pudo probarse que su declaración fue prestada bajo coacción o sometida a algún apremio, resulta incontestable que para esa época F. estaba detenido y ella y su pequeña hija se encontraban envueltas en la investigación que se venía llevando a cabo. Arguye que tales circunstancias objetivas e incontestables quitan verosimilitud, o al menos generan dudas, respecto de la versión de los empleados policiales en cuanto refieren que la concubina del principal sospechoso en ese entonces "espontáneamente" y sin requerimiento alguno contó lo que conocía perjudicando su situación y erigiéndose en su principal testigo de cargo. Además le resulta dudoso a la recurrente que el supuesto contenido de tal conversación pretenda introducirse al proceso —una vez más— "oblicuamente", a través de los dichos de los referidos funcionarios. Sugiere que la modalidad empleada por los funcionarios policiales responde más bien a la necesidad de procurar del modo más rápido y efectivo posible esclarecer y encontrar al culpable de este evento de gran trascendencia pública por su modalidad y las características de la víctima (fs. 1317 vta.).

Prosigue con sus cuestionamientos a este punto de la sentencia diciendo que, al buscarse el modo de introducir válidamente los supuestos dichos de la testigo ante los funcionarios actuantes, se la condujo a la sede de la Fiscalía y allí la misma, sin dejar de ser observada por quienes la habían conducido hasta el lugar, declaró proporcionando una versión que difiere de la aportada por los policías, no obstante lo cual y según ella misma afirma, tampoco fue veraz pues sus dichos fueron direccionados o condicionados por la "entrevista previa" mantenida con el personal policial que la había conducido hasta allí y, previo a ello, a la sede de la comisaría. Cita el testimonio de la hermana de la testigo, J.E.B., como aval de sus dichos (fs. 1318).

También plantea sospechas sobre esa declaración, porque le parece contrario a la experiencia común que en medio de una investigación por un hecho tan grave y de gran trascendencia pública se mantenga una entrevista previa y privada con la concubina del principal sospechoso y contra quien se direccionaba la investigación, sin advertirla siquiera de las garantías constitucionales que la asisten. También le resulta sugerente que, antes de conducirla ante el Fiscal de Instrucción, se recabe una supuesta versión de lo ocurrido que, a la postre, termina resultando solo y únicamente prueba trascendente para incriminar a su defendido. Concluye que todas estas declaraciones no pueden ser valoradas (fs. 1318 vta.).

Luego destaca que el reconocimiento en rueda de personas en el que se incorporó a su defendido, tuvo resultado negativo: el damnificado no pudo sindicar a ninguno de ellos como partícipes del hecho del que resultó víctima (fs. 1319).

Expresa que el testimonio de C.S.M. a la autoridad policial debe ser excluido, es inexistente jurídicamente (fs. 1320). Sostiene que como el mismo fue receptado luego de que diera su versión B., y encontrándose ya detenidos F. y P., M. ya se encontraba sindicado por los policías y debió habérselo imputado formalmente previo receptarle declaración (fs. 1319).

Sostiene que excluyendo los testimonios cuestionados, aflora la duda a la presente causa y se hace inexorable un fallo absolutorio (fs. 1320). Concluye este punto de su recurso diciendo que el juez otorgó plena credibilidad a la conversación registrada de la testigo M., la que no puede incorporarse válidamente al proceso y de ella derivan los dichos de B. y M., que tampoco pueden producir efectos jurídicos, por lo que la decisión no soporta el principio de razón suficiente. Indica que pese a que el juzgador estimó acreditado que el coimputado M. miente y no lo excluyó de responsabilidad, es en base a sus dichos que se terminó fijando el hecho. Cierra el punto diciendo que el decisorio ha violado los derechos de defensa y del debido proceso al utilizar en contra del imputado una grabación de una conversación y los dichos espontáneos del coimputado cuando ya se había iniciado la persecución penal en su contra (fs. 1321).

III.1. Una atenta lectura de esta parte del recurso nos muestra que la controversia se ciñe sobre la prueba valorada en la sentencia para sostener la participación de F. en el hecho. Concretamente, cuestiona que se haya tenido en cuenta la testimonial de la concubina del incoado V.A.B., porque –dice- declaró coaccionada; también la grabación de la conversación mantenida entre el policía O.D.F. y la testigo S.B.M., porque tal registro se obtuvo clandestinamente, engañando a la entrevistada; y, por último, el relato brindado por el coimputado M., porque fue incorporado al proceso a través de una declaración testimonial.

a. En relación a la validez de la declaración de B., similar planteo fue objeto de controversia en la audiencia. El sentenciante sostuvo que ninguna de las circunstancias que la testigo invocaba como intimidantes fueron probadas en el juicio. Por el contrario, se inclinó a favor de la legalidad de ese testimonio apoyándose en la declaración de los policías, que dijeron no recordar la presencia de la hija de B. cuando la interrogaron (fs. 1297); en su declaración en la audiencia, la secretaria de la fiscalía instructora, S.A.M., dijo no recordar que B. estuviera con una niña (fs. 1297 vta.); la propia B. dijo en el debate que cuando estaba declarando estaba en plena libertad, la Dra. Maldonado le hizo saber que podía abstenerse de declarar pero ella decidió hacerlo (1297 vta.).

Así las cosas, advierto que el *a quo* ha brindado las razones para descartar el planteo que aquí se reedita, por lo que considero que no puede prosperar. Constante jurisprudencia de esta Sala, a través de distintas integraciones, califica como inadmisibles el recurso de casación en el que

se ignoran los fundamentos dados en la sentencia para arribar a la conclusión objetada (TSJ, Sala Penal, "Romero", A. n° 43, 7/9/84; "Bruno", A. n° 39, 20/4/94; "Schiavi", A. n° 328, 11/10/00; "Mariani", A. n° 155, 26/05/04; entre otros). Ello es así, por cuanto todo recurso es una impugnación que no puede prescindir de los fundamentos de la resolución recurrida y por lo tanto, respecto de ellos, deben esgrimirse los defectos susceptibles de conmovir su validez. De lo contrario, en la medida en que resultan obviados, carecen de embate recursivo y devienen incólumes, adquiriendo la consolidación propia de la cosa juzgada (TSJ, Sala Penal, "Pompas", A. n° 412, 18/12/98; "Servin", A. n° 11, 13/2/04; "Medina Allende", A. n° 160, 10/8/09; "Rossanigo", A. n° 161, 27/5/10; "Loyo", A. n° 282, 13/9/11, entre muchos otros).

El testimonio rendido en la etapa instructoria por V.A.B. es válido y debe valorarse junto con el resto de la prueba de acuerdo a la sana crítica racional (incluida su ulterior declaración, en la que refiere que en aquélla mentía). Más adelante mostraremos cómo su testimonio engarza perfectamente bien con el resto de la prueba obtenida en autos y que ha sido valorada en la sentencia atacada.

b. En relación a la grabación de la conversación mantenida entre el policía Oscar Daniel Ferreyra y la testigo S.B.M., que la recurrente denuncia que se obtuvo clandestinamente, engañando a la entrevistada, cabe señalar también aquí que la Cámara se pronunció sobre idéntico planteo que la defensa hiciera en el juicio. En efecto, este tema fue tratado en la sentencia como una cuestión incidental, en la que el *iudex* estimó no se había afectado el debido proceso al incorporar esa prueba porque no fue ilegalmente obtenida. Indicó que se trató de una entrevista informal, consensuada entre todos los participantes. Sostuvo que no se trató de un acto procesal y, por eso, se encontraba ajeno a las reglas de la ley ritual. Concluyó que al ser esa conversación un hecho cierto de la realidad y la grabación un mero registro de lo hablado, ambos elementos son susceptibles de ingresar al debate en el marco de la libertad probatoria para ser valorados con arreglo a la sana crítica racional (cita en ese sentido los artículos 192 y 193 del CPP).

Si se repara en el origen de esta prueba, se puede verificar que no es cierto que fue engañada. Por el contrario, M. ingresa a la investigación *motu proprio*, cuando le envió un mensaje de texto al celular de S.D.M., uno de los policías de la comisaría de Villa María, manifestándole que necesitaba hablar con el Fiscal M. en relación a lo que le había sucedido. Inmediatamente el policía la llamó por teléfono y ella le dijo que necesitaba hablar con él porque sabía quién le había efectuado los disparos al fiscal (fs. 469).

Asimismo, teniendo en cuenta que lo delicado de este tipo de pruebas es acreditar que la voz que se oye sea la que se dice que es, son importantes, además del citado testimonio de M. que asegura conocerla, haber recibido el mensaje, haberla llamado y luego entrevistado personalmente, los dichos de la propia M. en la audiencia, quien expresó que "...cree que la voz es suya, que no

escucha mucho ya que perdió la audición por la diabetes” (fs. 1304). Tampoco puede perderse de vista, en este orden de ideas, que el mismo F. en su declaración dijo conocerla (fs. 1285), o sea que M. era de su círculo, no era un completo desconocido.

c. En lo atinente al relato del coimputado M., que es criticado por la recurrente porque se incorporó al proceso a través de una declaración testimonial y también porque el sentenciante valora solo una parte del mismo mas desecha otra, también considero que debe ser rechazado.

En primer lugar, corresponde advertir que cuando la Constitución de la Provincia de Córdoba, en su art. 40, *in fine*, manifiesta que "*carece de todo valor probatorio la declaración del imputado prestada sin la presencia de su defensor*", no alude a la situación en la que se pretende colocar a M., puesto que ella supone que se haya iniciado la persecución penal en contra de un individuo y que al momento de su declaración no cuente con la presencia de un defensor técnico. Así es receptado también por la ley adjetiva local (arts. 258 y ss., C.P.P.).

Esta precisa cuestión fue objeto de tratamiento en el precedente "Esteban" (S. n° 162, 21/12/1998), donde se apuntó que "*las formas establecidas por la ley procesal tendientes a garantizar el ejercicio del derecho de defensa en juicio sólo aluden a los actos que se cumplen dentro del proceso. El derecho de defensa, en todas sus manifestaciones, se inicia con el primer acto de persecución penal dirigido en su contra*" (Cfr. Cafferata Nores, José I., "Introducción al derecho procesal penal", Lerner, 1994, p. 120). TSJ, Sala Penal, S. n° 46, 26/05/05, "JARMA, Carlos Enzo y otros p.ss.aa. encubrimiento agravado, etc. -Recurso de Casación-".

De las constancias de autos surge que la llegada de los policías al domicilio de M. fue siguiendo el Srio. n° 1665/08 y que éste espontáneamente manifestó su "deseo de contar todo lo que sabía", y les contó con pormenores su versión de lo ocurrido la noche del hecho. Donde incluyó la reunión previa en lo de F., el deseo de éste de "ir a dar vuelta al fiscal", su viaje hasta el domicilio de la víctima y la posterior huída.

Incluso hay testigos de ello, dado que su amigo E.R.S. quien, en su declaración de fs. 862/862 vta. aseguró haber escuchado cuando "el Ñoqui M. le contaba al personal policial que él, es decir el Ñoqui, P. y F., fueron a lo del Fiscal M." la noche del hecho y P. y F. lo ultimaron.

Asimismo, en lo tocante a que el *a quo* valoró una porción de su relato y otra fue dejada de lado, cabe recordar aquí —porque la situación es análoga— que en la actualidad la declaración del sometido a proceso, analizada desde la óptica del imputado, importa un medio idóneo para la materialización de su defensa en juicio, pero ello importa, necesariamente, que dicho acto se traduzca en una fuente eventual de pruebas desde la óptica del Juzgador (T.S.J., "Simoncelli", S. N° 45, del 28/7/98; "Olmos", A. n° 175, 13/5/1999; "Santalises", S. n° 20, 12/4/2002; "Jarma", S. n° 46, 26/05/2005; "Salvay", S. n° 165, 30/07/2007; "Avila", S. n° 13, 20/02/2008, entre otros).

Es, en esa lógica, en que también se afirmó que el juzgador, conforme a su libre convicción, puede escindir parcialmente la declaración del enrostrado, ponderando sólo aquellos tramos que aparezcan veraces, es decir, contestes con los elementos de prueba analizados (T.S.J., Sala Penal, Sent. n° 10, 11/8/61, "Villalba"; Sent. n° 18, 5/9/69, "Bortoletto"; Sent. n° 45, 3/10/96, "Oscars"; Sent. n° 122, 26/10/98, "Piassentini"; A. n° 251, 21/7/99, "Lescano"; A. n° 75, 8/3/01, "López", S. n° 74, del 20/4/2011, "Scarlatta", entre otros).

2. Habiendo zanjado los concretos ataques que le hiciera la recurrente a algunos de los elementos de prueba colectados en autos, ahora analizaremos esos indicios conjuntamente con resto de las evidencias de marras. Cabe traer a colación aquí, entonces, el criterio construido por esta Sala en múltiples precedentes en los que se trató la valoración de la prueba indiciaria. En este sentido, se ha dicho que no hay óbice alguno a la posibilidad de alcanzar la certeza en base a prueba indirecta, ya que hoy en día no se discute que los indicios tengan tal aptitud, con la condición que sean unívocos y no anfibológicos (T.S.J., Sala Penal, S. n° 41, 27/12/84, "Ramírez"; A. n° 109, 5/5/00, "Pompas"; A. n° 397, 18/10/01, "Tabella"; A. n° 176, 7/6/02, "López", S. n° 112, 13/10/2005, "Brizuela"; entre muchos otros).

Por esa razón, se ha advertido que ello exige una consideración conjunta y no un examen separado o fragmentario, puesto que la meritación independiente de cada indicio desnaturaliza la esencia que es inherente a este tipo de prueba (T.S.J., S. n° 45, 29/7/98, "Simoncelli"; A.I. n° 205, 11/8/98, "Capdevila"; A. n° 49, 4/3/99, "Galeano"; A. n° 109, 5/5/00, "Pompas"; A. n° 517, 19/12/01, "Carnero"; A. n° 95, 18/4/02, "Caballero"; S. n° 97, 29/9/03, "Paglione"; S. n° 112, 13/10/2005, "Brizuela"; entre muchos otros).

En este orden de ideas, la condena a F. tuvo lugar por la valoración conjunta de las siguientes pruebas:

* Indicios de mala justificación.

Fernández negó haber cometido el hecho dijo que la noche del hecho estuvo con su concubina V. B. y que todos sus familiares que viven en la misma casa fueron a un kiosco a las diez de la noche y no volvieron hasta el día siguiente. Expresó que nunca llamó por teléfono al fiscal M. Finalmente, dijo que al "Ñoqui" M. lo conoce pero nunca consumió con él bebidas o droga. La Cámara marcó que estos dichos chocan contra los de su concubina que, en el debate —aunque cambió radicalmente respecto a lo expresado en su declaración en la instrucción—, indicó que esa noche estuvieron solamente ella, el imputado y la pequeña hija (fs. 1295). Asimismo, contradice también la posición exculpatoria de F. la declaración de la víctima, el fiscal M., quien refirió que el 1/2/08 F. lo llamó por teléfono diciéndole "M., soy S. F., qué pasa con mi libertad?" (fs. 1295 vta.). Seguidamente veremos también cómo otros testimonios recogidos en la investigación contradicen

su versión, particularmente en lo atinente a quiénes y qué estuvieron haciendo en su casa antes del hecho.

* Actitud asumida en los momentos previos y posteriores al hecho.

Según el testimonio de V. B., la noche anterior a que detengan a S.F, alrededor de las 21.00 horas, se encontraron en la habitación donde vive con el imputado —estando ella allí—, éste, P. alias "Cle" y M. alias "Ñoqui", quien llevaba un arma en la cintura. Recordó que los tres se fueron de la casa en un remis y que F. le dijo que se iban a lo de su primo Q.. Horas más tarde, alrededor de las 05.00 de la madrugada, cuando dormía, escuchó que el imputado F. volvió solo a su casa. Relató que se levantó y lo vio con toda la ropa mojada, pegada al cuerpo. Manifestó que éste le dijo que tenía que ir a tirar el arma a la laguna, porque se había metido en algo grave y que tenía miedo que lo llevaran preso. Llorando le dijo que habían ido con "Cle" y el "Ñoqui" a Villa Nueva, no le contó nada más y se retiró de la vivienda. Dijo B. que estaba muy drogado y que tenía en sus manos una bolsa de fana. Manifestó que S.volvió a la casa al mediodía del día siguiente, con la misma ropa que traía puesta a la noche pero seca y sin advertir que estuviera drogado. Se acordó que a las 13.30 hs. de ese día se fue en su bicicleta y a la tardecita, por un mensaje de texto que le enviara la madre del imputado, se enteró que lo habían detenido. Pocos días después de la detención empezó a escuchar comentarios de gente del barrio que le decían que a F. lo acusaban de "haberle metido el tiro a M." (fs. 754/755).

C.S.P.M. (a) "Ñoqui" declaró como testigo (fs. 808/810). El testimonio que brindó es conteste con el anteriormente analizado en cuanto confirma que se reunieron con P. en lo de F., y también lo es con los comentarios del sector que B. dice haber escuchado, esto es, aquellos que señalan que fue F. quien disparó al fiscal M. Contó que esa noche, en la casa de F., los tres "se drogaron, se fanearon y tomaron pastillas, alplax, clonazepan, y cerveza, por lo que estaban los tres dados vuelta; que no sabe a que hora, pero era de noche, pidieron un remis y fueron para Villa Nueva; que cruzaron el puente del Cristo, fueron por el barrio La Floresta, hasta el fondo, hasta llegar a la ruta provincial 2, que de allí continuaron un trecho mas sobre la ruta y no recuerda a que altura, en un lugar en donde hay una tapera él decidió quedarse ahí, en una alcantarilla, porque le dio miedo; que F. le quería dar el fierro a él... era más chico de edad y no tenía causas". Expresó también que tanto F. como P. pensaron que lo habían matado al Fiscal Márquez y estaban muy asustados, todos mojados... transpirados del susto. Dijo que él los esperó como una hora en una alcantarilla y que luego cruzaron a nado el río a la altura del puente del Cristo, luego F. llamó desde su celular a un remisero conocido de él que los llevó al barrio San Nicolás, a la casa de S.

* Indicio de culpabilidad.

S.B.M., esa mujer que según el policía Sergio Daniel Martínez le había proveído datos en otras investigaciones y que en esta oportunidad se comunicó telefónicamente con él para concertar

una reunión con el fiscal agredido, dijo en ese encuentro que "'la negra Delgado' —madre del imputado F.— le había confiado 'que su hijo Sebastián le había pegado los tiros al fiscal M.'".

* Móvil del delito.

Más allá de que los imputados tenían un considerable grado de intoxicación por el efecto de los psicotrópicos y el alcohol que el mismo "Ñoqui" reconoció que consumieron, no fue eso lo que los llevó a intentar matar al fiscal M., ni tampoco hay pruebas de que hayan buscado robarle algo, sino que lo que los movilizaba era el deseo de F. de eliminarlo porque por su trabajo de fiscal lo habría irritado. En efecto, en su declaración C.I.S.P.M. (a) "Ñoqui" (fs. 808/810) explicó que F. le tenía bronca al fiscal y que "estaba planeando desde hace varios días ir a darlo vuelta... porque le caían citaciones de M.". Otra prueba de que existía la idea en el imputado F. de que fiscal M. tomaba decisiones que lo perjudicaban es que la propia víctima, en esa declaración a la que ya hicimos referencia, expuso que el 1/2/8 (dos meses antes del hecho) F. lo llamó por teléfono para preguntarle por su libertad, donde éste le contestó que no dependía de él (fs. 1295 vta.).

* Reconocimiento de C.S.P.M.

El reconocimiento positivo del imputado M. por parte de la víctima (fs. 818), como aquel de los dos delincuentes que la noche del hecho "venía en primer lugar y se abalanza sobre el declarante..." es una prueba contundente de que los integrantes de la reunión de la noche del hecho, a la que hace referencia la testigo B., llevada a cabo en su casa, fueron quienes horas más tarde irrumpieron en la casa del fiscal con la finalidad de matarlo.

En consecuencia, la versión inculpativa se encuentra contundentemente avalada por la prueba y por la manera como la valoró el Tribunal de mérito, brindando la sentencia motivación suficiente a la atribución de coautoría de S.A.F. en el hecho de marras.

Así voto.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, 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 Doctora Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. La Sra. Asesora Letrada Dra. Silvina C. Muñoz, defensora del imputado S.A.F., presenta recurso de casación en contra de la citada resolución, e invocando razones del motivo sustancial (CPP, art. 468, incs. 1°), se agravia de que el hecho haya sido calificado como coautor responsable del delito de Homicidio en grado de tentativa, agravado por el empleo de arma de fuego y por la

intervención de un menor de 18 años de edad, en los términos de los arts. 45, 42, 79, 41 bis y 41 quáter del Cód. Penal".

Sostiene que verificándose un caso como el presente, en el que la figura se agrave por la utilización de un arma de fuego y la intervención de un menor de edad, no habiéndose establecido ni previsto ninguna regla, ni la que permite su acumulación, ni la que establece su indiferencia, quedamos posicionados frente a una ley que presenta defectos técnicos y que pone en tensión el principio de legalidad en relación a la determinación de la pena a aplicar.

Estima que a través del principio de máxima taxatividad interpretativa se obtiene la fórmula para superar dicha tensión y, en consecuencia, la interpretación no debe hacerse en el sentido de aumentar doblemente el agravamiento —como hizo el juzgador—, sino que dicha situación debe resultar indiferente, correspondiendo interpretar que solo se habilita el aumento de la escala en un tercio, quedando la concurrencia de pluralidad de agravantes como una cuestión a valorar de conformidad a las pautas de los arts. 40 y 41 del Cód. Penal (fs. 1324).

Argumenta que esta "interpretación restrictiva" que propone es la que se corresponde con una interpretación sistemática, pues en la parte especial del Cód. Penal se resuelve de este modo el concurso de distintas circunstancias agravantes. Sostiene que ello ocurre en el caso del art. 119 letra "d" porque allí se enumeran varias circunstancias agravantes, pero basta que concurra una para aumentar la escala y esa pluralidad no modifica la escala, quedando como una cuestión a valorar en las pautas de los arts. 40 y 41 (fs. 1324).

Finalmente, indica que este modo de interpretar que propugna se ha transformado en una regla auténtica con el dictado de la ley 25.815 que ha incluido en el último párrafo del inc. 3 del art. 277 que "La agravación de la escala penal, prevista por este inciso solo operará una vez, aún cuando concurrieran más de una de sus circunstancia calificantes. En este caso, el tribunal podrá tomar cuenta la pluralidad de causales al individualizar la pena" (fs. 1324). Concluye que esta interpretación resulta predominantemente de carácter sistemático y permite "disolver" las tensiones con las garantías constitucionales. Agrega que así se contribuye a estabilizar y hacer predecible la aplicación de las agravantes genéricas y se logra compatibilizarlas con la garantía constitucional de predeterminación legal del hecho y de la pena y el principio de proporcionalidad (fs. 1324).

II.1. Adelanto que asiste parcialmente razón al recurrente en su crítica a la solución punitiva del fallo. En ese sentido, se comparte que pese a la concurrencia simultánea de las agravantes genéricas de los arts. 41 bis y 41 quáter del C.P., que contemplan *en cada caso* un incremento de un tercio de la escala penal del delito de la parte especial con el que se integran (la tentativa de homicidio que surge de los arts. 79 en función del 42 del C.P.), ésta se eleve sólo en *un tercio* en lugar de los *dos tercios* considerados por el sentenciante. Esto es, que se proceda aumentando la escala penal como si concurriera sólo una de las agravantes genéricas en curso, difiriendo la

ponderación de esa *doble* concurrencia como criterio agravatorio, recién para la individualización judicial de la pena, en el marco de los arts. 40 y 41 del C.P..

Sin embargo, no se comparten los argumentos de la impugnante para plantear esa solución punitiva pues al igual que el sentenciante, soslaya que la cuestión planteada, en realidad se relaciona con la calificación legal que corresponde dar a los hechos a partir de las reglas que rigen el concurso de delitos frente a las figuras en juego. Ello por cuanto, contrariamente a lo pretendido por la impugnante, el ordenamiento vigente sí contiene reglas que resuelven específicamente la cuestión. Así acontece con las normas del concurso ideal del art. 54 del C.P., que, por su especificidad normativa, resultan plenamente aplicables al caso, determinando, justamente, la solución punitiva propuesta. De modo que es la existencia de un concurso ideal entre las figuras conformadas por la integración de la figura de homicidio, reprochada en grado de tentativa (art. 79 en función del 42 C.P.), con cada una de las citadas agravantes genéricas (arts. 41 bis y 41 quáter del C.P.), lo que determina que se aplique sólo una de esas escalas penales atendiendo al criterio de absorción previsto por el art. 54 del C.P.. dejando recién para la individualización judicial de la pena toda posibilidad de considerar el tramo fáctico que excede a la punición derivada de aplicar la escala de sólo una de las figuras concurrentes.

En efecto, en relación con ello, conviene recordar lo señalado por esta Sala en el sentido de que tanto la calificante del art. 41 bis como la del art. 41 quáter del C.P., no constituyen meras agravantes generales sino normas que incorporan una modalidad típica de ejecución específica no contemplada por la figura de la parte especial a la que se aplican (en autos, la que surge del art. 79 que luego es puesta en relación con el art. 42 del C.P.), con la cual, entonces, conforman un nuevo tipo delictivo más grave y específico (En ese sentido T.S.J., Sala Penal: relación al art. 41 bis C.P., Ss. n° 74 del 27/8/2003 en “Nieto”, n° 135 del 28/12/2004 en “Soffli”, n° 207 del 13/08/2008 en “Palma”; n° 2 del 16/02/2010 en “Chiliento”; entre otros. Y para el caso del art. 41 quáter C.P., ss. n° 194 del 16/08/2007 en “Torres”, n° 97 del 27/04/2009 en “Bartolucci”, n° 306 del 3/11/2010 en “Dimare”).

Siendo ello así, la agravante genérica del art. 41 bis C.P. se integra con los tipos penales de la parte especial que no incluyen el empleo de armas y constituyen delitos dolosos que requieran violencia o intimidación de las personas, conformando una nueva figura especial calificada. Y la agravante genérica del art. 41 quáter del C.P. se integra, a su vez, con las figuras de la parte especial que contemplan hechos típicos que admiten su agravamiento por la intervención de menores de edad conformando también nuevas figuras calificadas especiales agravadas. De modo que, atento que ambas agravantes genéricas se relacionan con la misma figura básica de homicidio simple en su modalidad tentada de la parte especial (arts. 79 en función del 42 del C.P.), sin que exista prioridad alguna en cuanto a su aplicación, lo que se plantea en autos, es la concurrencia de

una figura de homicidio calificado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa (art. 79 en función de los arts. 41 bis y 42 del C.P.), con otra figura de homicidio agravado por la intervención de menores de dieciocho años de edad en grado de tentativa (art. 79 en función de los arts. 41 quáter y 42 del C.P.). Y es aquí donde el planteo de la impugnante soslaya las reglas que contiene el Código Penal para regular estas situaciones en el Título 9 del Libro Primero, relativo al concurso de delitos (arts. 54 y ss.).

Ahora bien, cuando el legislador adopta el principio de absorción en el texto del art. 54 del C.P., sólo se refiere, expresamente, a los casos de concurrencia de figuras con escalas penales distintas. Por esa razón se alude a la aplicación de la pena mayor que no es otra que la escala penal más severa. Una situación para la cual primero debe analizarse las especies de pena -según el art. 5° C.P.-, de resultar éstas coincidentes, considerando el máximo mayor y de ser éstos iguales, el mínimo mayor (DE LA RÚA, Jorge, *Código penal argentino. Parte general, 2ª edición*, edit. Depalma, Bs. As., 1997, 965). Sin embargo, ello en modo alguno significa que ese mismo principio, que determina la aplicación de una sola de las figuras concurrentes, no sea el mismo que rige para los casos de concurso ideal de delitos con penas iguales, como los que se plantea en autos. Sobre todo en un contexto constitucional signado por el principio de igualdad ante la ley (C.N., arts. 16, 75 inc. 22; DADDH art. 11; DUDH art. 7; PIDCyP arts. 3 y 14.1; CADH 8.2; C.Pcial. art. 7) en virtud del cual no cabe un tratamiento diferente frente a circunstancias similares (sobre las fuentes y alcances del principio de igualdad ante la ley, T.S.J., Sala Penal, “Diaz”, S. n° 74, 20/04/2009; “Beas”, S. n° 75, 20/04/2009; “Garcia”, S. n° 118, 04/05/2010; “Rosas”, S. n° 162, 22/06/2010; entre otros).

En consecuencia, también cuando hay un concurso ideal de delitos con penas iguales y no sólo cuando éstas contemplen penas distintas, rige el principio de absorción y la prohibición de acumulación punitiva debiendo, por ende, aplicarse sólo una de las escalas previstas. Aunque cuando ambas sean iguales, como en autos, será indistinto cuál de ellas se aplica, difiriéndose la consideración agravante de las áreas no comprendidas por el enfoque unitario de las figuras concurrentes, recién para la individualización judicial de la pena. Tal y como plantea la recurrente, aunque sin este desarrollo argumental.

En definitiva, asiste razón a la recurrente en su crítica al incremento en dos tercios en vez de un tercio de la escala prevista para la figura de homicidio en grado de tentativa del art. 79 en función del 42 del C.P. ante la presencia de las agravantes genéricas de los arts. 41 bis y 41 quáter del C.P.. Ello debe resolverse modificando la calificación legal de los hechos al concursar idealmente las figuras especiales de homicidio calificado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa (arts. 79 en función del 41 bis y 42 del C.P.) y homicidio calificado por la intervención de menores de dieciocho años de edad en grado de tentativa (arts. 79 en función del 41 quáter y 42 del C.P.), de conformidad con lo establecido por los arts. 54 y cctes. del C.P.. Y sobre esa base, considerar que

la escala penal del homicidio aumentada sólo en un tercio para conformar el conato sobre el cual se aplica la reducción del art. 42 del C.P., difiriendo la ponderación de las circunstancias fácticas relativa a la agravante genérica concurrente no comprendida en esa escala, como agravante para la individualización de la pena impuesta en el marco de los arts. 40 y 41 del C.P.

Así voto.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, 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 Doctora Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA TERCERA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. La Sra. Asesora Letrada Dra. Silvina C. Muñoz, defensora del imputado S.A.F., en su recurso de casación en contra de la citada resolución, invocando razones del motivo sustancial (CPP, art. 468, incs. 1º), se agravia también de la manera como el *a quo* ha aplicado el art. 44 del Código Penal (fs. 1321).

Señala que si bien en nuestra jurisprudencia provincial resulta pacífica la doctrina sostenida por esta Sala según la cual dicho dispositivo debe ser interpretado como que, en caso de tentativa, corresponde disminuir la escala, en abstracto, un tercio el mínimo y la mitad del máximo, debe tenerse en cuenta jurisprudencia nacional en otro que interpreta el aludido artículo en otro sentido y, agrega, se han producido modificaciones legislativas tanto en la parte general como especial del Código Penal que autorizan su nuevo examen (fs. 1321 vta.).

En este sentido, afirma que la introducción del art. 41 bis y las modificaciones al art. 166 del Cód. Penal han coincidido en elevar la escala penal en un tercio, cuando en el hecho se hubiere empleado un arma de fuego. Expresa que en las discusiones parlamentarias que antecedieron la sanción de esas normas los legisladores manifestaron que su voluntad era, con estas nuevas escalas penales, que la tentativa de esos delitos no fuera excarcelable. Siendo ello así, razona la impugnante, los legisladores "adoptaron, relevaron o tuvieron en consideración el criterio hasta ahora aplicado por los Tribunales de la Provincia de Buenos Aires y los Tribunales Nacionales y Federales y en base a dicha interpretación formularon el agravamiento" (fs 1322).

Agrega, además, que esta postura fue receptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "Veira, Héctor Rodolfo" S. n° 8 de 1992 y que viene siendo jurisprudencia pacífica de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (fs 1322).

Concluye que, de esta manera, el art. 41 bis y el nuevo art. 166 del Cód. Penal (texto según ley 25.882) implican una interpretación auténtica, aunque de un modo implícito, de la forma en que corresponde disminuir la escala penal en los delitos tentados, pues el legislador asumió como propia, al no modificar y/o aclarar el art. 44 del Cód. Penal. Asimismo, invoca razones de orden constitucional como el principio de igualdad (art. 16 CN) que estaría siendo violado por el distinto tratamiento que el mismo caso recibe según la jurisdicción. También sostiene que, la aplicación del criterio que propugna, produciría "como efecto una escala penal para los delitos tentados con un mínimo menor y un máximo mayor", lo que resulta funcional con el principio de culpabilidad y proporcionalidad, pues permitiría a los jueces un mejor ajuste del monto de la pena a las circunstancias particulares del hecho y del autor conforme las pautas de los arts. 40 y 41 del Cód. Penal (fs. 1322 vta.).

II.1. Adelantamos, desde ya, que la queja por la interpretación de la proposición normativa del primer párrafo del artículo 44 del Cód. Penal ("La pena que correspondería al agente, si hubiera consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad") no puede prosperar.

En efecto, como asume la impetrante, es consolidada la doctrina de esta Sala Penal en relación con la determinación de la escala penal de la tentativa de los delitos con pena divisible conforme lo dispuesto en el art. 44, 1er. párrafo, del CP (Cfr. TSJ, Sala Penal, S. N° 31, del 24/9/76, "Chávez"; S. N° 3, del 2/4/81, "Quiroga"; S. N° 10, del 20/6/89, "Zoppi"; S. N° 10, del 7/5/93, "Rodríguez"; S. N° 46, del 8/10/96, "Bautista", S. N° 59, del 21/10/97, "Maiztegui"; S. N° 4, del 20/2/98, "Orella"). Ello fundó la declaración de improcedencia sustancial de planteos casatorios contrariando dicha posición ("Cáceres", A. n° 116, 7/4/1999; "Horenstein", A. n° 365, 14/11/2002; "Martínez", A. n° 38, 3/3/2003).

Sin embargo, la recurrente propone una interpretación diferente. Sostiene que la proposición normativa de dicho artículo contiene una norma que establece que es el mínimo de la escala penal del delito consumado el que se reduce a la mitad, y el máximo el que disminuye en un tercio (esto es: al revés que nuestro criterio). Sus argumentos a favor de esa interpretación son los siguientes: (a) la incorporación del art. 41 bis y la modificación del art. 166 del Cód. Penal importan una "interpretación auténtica" del art. 44 y la misma consiste en que dicho dispositivo obliga a reducir la pena de la tentativa en la mitad del mínimo y un tercio del máximo; (b) la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires adoptan la tesis interpretativa que propone; (c) los criterios discordantes violan el principio de igualdad; (d) la interpretación que busca que esta Sala adopte resulta funcional al principio de culpabilidad y proporcionalidad.

a. El primer argumento contiene dos afirmaciones falsas. El legislador no llevó adelante una "interpretación auténtica", ni la discusión parlamentaria a la que alude versó sobre la manera de

interpretar el art. 44 de Cód. Penal. En efecto, lo que expone como una interpretación de esa clase son meras suposiciones y en nada se parece a los casos en los que el legislador, *de manera expresa*, decide cuál va a ser la forma de entender el sentido de un término (lo que se conoce como interpretación auténtica). Nótese que tal es la importancia de esta clase de actos legislativos que puede acordarle a un término un significado que no se condiga con los usos lingüísticos de su comunidad. En este sentido, el legislador, cuando realiza una "interpretación auténtica" *estipula* un significado (p. e.: en el artículo 78 del Código Penal establece que el concepto de "violencia" abarca el uso de medios hipnóticos o narcóticos). Tal es la fuerza vinculante que esta clase de normas tiene sobre la actividad interpretativa de los jueces que, cuando el legislador echa mano de ese recurso, lo hace *expresamente*. Nada de eso sucede con la propuesta de la impugnante.

b. Sobre su cita al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Veira" (Fallo del 8/9/1992, ED. t. 150, p. 234) y su afirmación de que los criterios discordantes violan el principio de igualdad, vale traer aquí a colación lo que esta Sala ya ha dicho en un reciente precedente ante un planteo análogo: "no se han explicitado en el voto las razones que fundaron la aplicación del cálculo que efectúa, por lo que la adhesión, ni aún con criterio de economía procesal aparece razonable en salvaguarda del principio de igualdad ante la ley a que tienen derecho todos los ciudadanos. Asimismo tal criterio no ha sido reiterado en otros fallos del Alto Tribunal, hoy con una nueva integración" (TSJ, Sala Penal, S. n° 180, 25/07/2012, "Saquilan").

c. Asimismo, en cuanto a que la interpretación que busca resulta funcional al principio de culpabilidad y proporcionalidad porque le concede a los jueces una escala penal más amplia, aun si se le concediere ese punto no veo que dicho argumento tenga el peso suficiente como para dejar de lado la interpretación que sostiene esta Sala. La deferencia al legislador y a la manera como ha decidido solucionar la disminución de la escala penal en los casos de tentativa -lo que, entendemos, respeta la reiterada doctrina judicial ya citada- no sólo honra nuestro diseño institucional que tiene como base la división de poderes, sino que también es "funcional" o descansa en otro principio, amplio y de no menor importancia a los que cita la recurrente: el de la legalidad.

Antes de concluir este punto, debe tenerse en cuenta otro argumento que se expuso en el precedente "Saquilián" porque se vincula con lo expuesto anteriormente en tanto responde a una objeción moral hecha por la defensa a la solución que entendemos contenida en el Código Penal. En ese sentido, se dijo que: "tampoco la inclinación hacia la postura hermenéutica defensiva es necesariamente más beneficiosa para el condenado, en tanto el juzgador podría determinar una pena concreta cercana al máximo de la escala configurada la cual superaría la que podría surgir de la fórmula que aquí se sustenta, por cuanto siempre aquél marco en el límite superior sería mayor".

Voto, pues, negativamente a la cuestión planteada.

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

I. La Sra. Asesora Letrada Dra. Silvina C. Muñoz, defensora del imputado S.A.F., invocando razones que justifican el motivo formal de casación (CPP, art. 468 inc. 2), contradice la citada resolución en tanto considera que no satisface las exigencias de fundamentación en la individualización de la pena (fs. 1323).

Sostiene que el *a quo* valoró negativamente la animadversión de mi defendido hacia la víctima y ello no ha quedado acreditado con certeza. En tanto que ha enunciado la extensión de los daños y el peligro causado, exponiendo dichos parámetros de manera genérica, sin precisar en qué modo, y en el caso concreto, ello incide en el *quantum* de la pena a fijar (fs. 1323).

Además, cuestiona que como elemento atenuante sólo haya considerado su edad, sin tomar en consideración la situación de adicción, lo que indudablemente se proyecta en su menor culpabilidad debido a su menor libertad por las dificultades para motivarse normalmente al momento del hecho (fs. 1323).

II.1. La queja se dirige a cuestionar la fundamentación de la individualización de la sanción impuesta al imputado. Al respecto, reiteradamente se ha sostenido que la facultad discrecional de fijar la pena es exclusiva del tribunal de juicio y sólo resulta revisable en casación en supuestos de arbitrariedad (TSJ, Sala Penal, S. n° 14, 07/07/1988, "Gutiérrez"; S. n° 4, 28/03/1990, "Ullua"; S. n° 69, 17/11/1997, "Farías"; A. n° 93, 27/4/1998, "Salomón"; S. n° 141, 2/11/2006, entre otros).

Dentro de ese estrecho margen de recurribilidad relativo a las facultades discrecionales del tribunal de sentencia, se ha fijado el estándar de revisión en los supuestos de falta de motivación de la sentencia, de motivación ilegítima o de motivación omisiva (TSJ, Sala Penal, "Carnero", A. n° 181, 18/5/99; "Esteban", S. n° 119, 14/10/99; "Lanza Castelli", A. n° 346, 21/9/99; "Tarditti", A. n° 362, 6/10/99; entre otros).

La revisión casatoria se extiende también al monto de la pena cuando éste resulta manifiestamente desproporcionado con la magnitud del injusto y de la culpabilidad, si se aprecia como incongruente conforme a las circunstancias seleccionadas (TSJ, Sala Penal, "Ceballos", S. n° 77, 7/6/99; "Robledo de Correa", S n° 33, 7/5/03; "Aguirre", S. n° 59, 28/6/05).

Por supuesto que la arbitrariedad no consiste en una mera discrepancia con el monto de la pena impuesta dentro de los márgenes de la escala penal aplicable, por cuanto tal desacuerdo no

habilita la excepcional competencia para controlar el ejercicio de una facultad atribuída en principio a otro órgano judicial (TSJ, Sala Penal, "Duarte", S. nº 37, 8/5/01; "Magarí", S. 17, 8/4/02; "Alfaro", S. 45, 27/5/04; entre muchas otras).

La impugnante cuestiona la sanción impuesta por entender que el Tribunal de mérito valoró negativamente una circunstancia no probada, ha enunciado la extensión de los daños y el peligro causado, exponiendo dichos parámetros de manera genérica, sin precisar en qué modo, en el caso concreto, ello incide en el *quantum* de la pena a fijar, y finalmente porque sólo haya considerado positivamente su edad pero que no haya tenido en cuenta su adicción.

A fin de verificar la existencia de los vicios invocados, corresponde revisar los fundamentos brindados por el Tribunal *a quo* en sustento de la sanción impuesta.

2. Al proceder a la individualización de la pena (tercera cuestión) ponderó las circunstancias y modalidades de ejecución, entendiendo que en ese marco referencial jugaban, como circunstancias a favor, *"sólo tengo en cuenta su juventud, la que habrá de brindarle la oportunidad de reflexionar y recomponer el rumbo de su vida"*. Y como circunstancias en contra, *"la forma comisiva del evento criminoso, su naturaleza, extensión de los daños y los peligros causados. Tengo en cuenta adversamente el motivo que lo llevó a delinquir, esto es la animadversión hacia la víctima por la causa que fuere, sentimiento que le hizo persistir en su obrar ya que pudo evitarlo tan sólo alejándose del lugar, al amparo de las sombras y aprovechando que víctima y el "ñoqui" M. se encontraban trabados en lucha"* (fs. 684).

3. Así las cosas, estimo que las críticas esgrimidas a la fundamentación de la pena no pueden prosperar.

En relación a que el motivo que llevó a delinquir a F. no ha sido probado con certeza, debe señalarse que ello no es cierto. Hay suficientes pruebas —y ya han sido analizadas más arriba— de que F. "le tenía bronca al fiscal" y que "estaba planeando desde hace varios días ir a darlo vuelta... porque le caían citaciones de M.", como indicaron los testigos.

En orden a que no se ha explayado sobre porqué valora negativamente el modo comisivo, su naturaleza, la extensión de los daños, etc., no es difícil advertir que el *a quo* alude a las circunstancias que rodearon el intento de asesinato de M.. Esto es: las condiciones de nocturnidad, haberle disparado en frente de su familia y en circunstancias totalmente imprevistas para él. Todo lo cual, revela una mayor peligrosidad de parte de F..

En cuanto a que no valoró positivamente que el imputado es adicto a las drogas y que, por ello, es inferior su culpabilidad debido a la menor libertad por las dificultades para motivarse normalmente al momento del hecho, dicho argumento debe rechazarse de plano, las evidencias demuestran, por el contrario, que el estado de intoxicación que los testigos refieren que tenía F. esa

noche lo adquirió cuando ya había planeado el crimen. Motivo por el cual, esa misma circunstancia, podría haber sido utilizada incluso de forma negativa.

En definitiva, las consideraciones precedentes ponen de manifiesto que las circunstancias consideradas agravantes por el Tribunal de juicio no lucen arbitrarias o irrazonables y, por ello, el recurso no puede prosperar.

Voto, pues, negativamente a la cuestión planteada.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, 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 Doctora Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA QUINTA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Conforme a los resultados a los que se ha arribado en la votación de las cuestiones precedentes, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto y casar la sentencia en cuanto dispuso declarar al prevenido S.A.F., coautor responsable del delito de homicidio en grado de tentativa agravado por el empleo de arma de fuego y por la intervención de un menor de dieciocho años de edad en los términos de los arts. 45, 42, 79, 41 bis y 41 quáter del C. Penal e imponerle la pena de once años de prisión accesorias legales y las costas del proceso, con declaración de reincidencia (art. 12, 19, 29 inc. 3° y 50 del C.P.; 412, 550 y 551 del C.P.P. (ver fs. 1282 a 1308).

En su lugar, corresponde declarar al nombrado, coautor responsable de los delitos de homicidio en grado de tentativa agravado por el empleo de arma de fuego en concurso ideal con el delito de homicidio en grado de tentativa agravado por la intervención de un menor de dieciocho años de edad (arts. 45, 79 en función del 42 y 41 bis, y 79 en función del 42 y 41 quáter del C.P.) y sobre esa base, atendiendo a los criterios de individualización ponderados por el sentenciante, imponerle la pena de diez años de prisión accesorias legales y las costas del proceso, con declaración de reincidencia (art. 12, 29 inc. 3° y 50 del C.P.; 412, 550 y 551 del C.P.P.

Ello así por cuanto la modalidad del hecho (nocturnidad, aprovechamiento de la indefensión de la víctima, entidad del daño causado, peligro y colaboración de un menor, circunstancia agravante que por no incidir en la escala puede ser considerada en la individualización), implica un injusto de magnitud significativa, perpetrado por un móvil desvalorado lo cual también incide en la magnitud de su culpabilidad.

II. Sin costas atento el éxito obtenido (CPP, 550/551).

Así voto.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, 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 Doctora Aída Tarditti, 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: I. Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa del prevenido F. y casar la sentencia en cuanto dispuso declarar a S.A.F., coautor responsable del delito de homicidio en grado de tentativa agravado por el empleo de arma de fuego y por la intervención de un menor de dieciocho años de edad en los términos de los arts. 45, 42, 79, 41 bis y 41 quáter del C. Penal e imponerle la pena de once años de prisión accesorias legales y las costas del proceso, con declaración de reincidencia (art. 12, 19, 29 inc. 3° y 50 del C.P.; 412, 550 y 551 del C.P.P.. (ver fs. 1282 a 1308).

En su lugar, declarar al prevenido S.A.F. coautor responsable de los delitos de tentativa de homicidio agravado por el empleo de arma de fuego en concurso ideal con el delito de tentativa de homicidio agravado por la intervención de un menor de dieciocho años de edad (arts. 45, 79 en función del 42 y 41 bis, y 79 en función del 42 y 41 quáter del C.P.) y sobre esa base, atendiendo a los criterios de individualización ponderados por el sentenciante y a la consideración agravante de los aspectos fácticos no comprendidos en la pena impuesta por el referido concurso ideal, imponerle la pena de diez años de prisión accesorias legales y las costas del proceso, con declaración de reincidencia (art. 12, 19, 29 inc. 3° y 50 del C.P.; 412, 550 y 551 del C.P.P.).

II. Sin costas (CPP, 550/551).

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 todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.