



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TO1/CNC1

Reg. n° 1381/2018

En la ciudad de Buenos Aires, a los 30 días del mes de octubre del año dos mil dieciocho, se reúne la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Horacio L. Días, Luis M. García y Gustavo A. Bruzzone, asistidos por el secretario actuante, Santiago A. López, a fin de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 1008/1025 en la presente causa n° CCC 6156/2012/TO1/CNC1, caratulada “**Gómez Norberto Raúl y otros s/ recurso de casación**” de la que resulta **RESULTA:**

I. Mediante sentencia del 19 de mayo de 2015, el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 25 de esta ciudad resolvió, en lo que aquí interesa, condenar a Norberto Raúl Gómez a la pena de ocho (8) años de prisión de efectivo cumplimiento, al entender que el nombrado resultaba autor penalmente responsable de los delitos de homicidio agravado por su comisión con arma de fuego en grado de tentativa, en concurso real con portación de arma de uso civil sin autorización legal y con amenazas coactivas agravadas por el uso de armas en concurso real con lesiones graves (cfr. los arts. 12, 29 inc. 3°, 41 *bis*, 42, 45, 55, 79, 90 y 189 *bis* inc. 2°, párrafo segundo, del Código Penal –CP–).

II. Contra esa sentencia, la defensa oficial de Norberto Raúl Adán Gómez interpuso recurso de casación a fs. 1008/1025, el cual fue concedido por la mencionada judicatura el pasado día 10 de julio del 2015 (consultar fs. 1026/1032), y mantenido luego a fs. 1036 de conformidad con la manda del art. 464 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN).

La defensa canalizó sus tres (3) agravios por la vía de los dos incisos contenidos en el art. 456, además de invocar también al art. 474, ambos del CPPN; y recordó de igual modo que el remedio recursivo en cuestión se dirigía contra una sentencia definitiva (cfr. el art. 457 del CPPN), y que ésa reunía asimismo los requisitos de impugnabilidad propios del segundo inciso que pertenece al art. 459 del CPPN.

Adicionalmente, en materia de admisibilidad, se citó también al art. 8°, inciso segundo, apartado h), de la Convención Americana de

Derechos Humanos (CADH) y a la doctrina emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) a partir de los precedentes “Girolodi” y “Casal”.

Así, en lo concerniente a los agravios, consideró primeramente que hubo una falta de adecuada motivación de la condena dictada en el presente proceso.

Luego, en segundo término, entendió que se había incurrido en una errónea aplicación de la ley sustantiva; ello fue así, dado que se procedió a escindir un mismo suceso histórico para subsumirlo en distintas calificaciones legales, a su vez todas erróneas; se calificó al hecho como constitutivo del delito de homicidio en grado de tentativa (cfr. los arts. 79 y 42 del CP), cuando en realidad debería haberse tipificado como lesiones graves; y, asimismo, se tuvo por satisfecho el tipo penal de amenazas coactivas agravadas por el uso de armas.

Finalmente, como tercer agravio, se requirió la declaración de inconstitucionalidad del art. 41 *bis* del CP, postulando a tales fines que también se deje de lado la aplicación de la agravante, consistente en la utilización de un arma de fuego, en lo que hace a las figuras de homicidio y amenazas coactivas.

III. La Sala de Turno de esta Cámara analizó la admisibilidad del recurso presentado y resolvió darle trámite en los términos del art. 465 del CPPN (véase a este fin la constancia que luce a fs. 1039).

IV. Durante el término de oficina previsto en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del cuerpo legal citado en el párrafo anterior, la defensa oficial presentó un escrito apoyando los argumentos del recuso.

Sin embargo, en dicha ocasión la defensa introdujo también un nuevo agravio, por medio del cual se cuestionaron las pautas empleadas por el tribunal de juicio con el objeto de mensurar el monto de pena finalmente aplicado al condenado Gómez.

V. Superada la instancia prevista por el art. 468, CPPN, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

VI. Tras la deliberación, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO:



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TO1/CNC1

El juez Horacio Leonardo Días dijo:

I. Inicialmente corresponde señalar que el recurso de casación interpuesto es formalmente admisible, toda vez que la sentencia recurrida es de aquellas definitivas previstas en el art. 459 del CPPN; los planteos esgrimidos encuadran dentro de los motivos previstos por los arts. 456 (en línea también con lo establecido en la sentencia “Casal” – *Fallos* 328:3399) y 474 del CPPN; y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y fundamentación requeridos por el art. 463 del citado código ritual.

II. Resuelta la admisibilidad del recurso articulado, y previo a ingresar al tratamiento de los agravios traídos a estudio por el recurrente, es preciso recordar que el tribunal a cargo del debate tuvo por probada la materialidad de los hechos sujetos a análisis en los siguientes términos, a saber: “...que el día 8 de febrero de 2012, aproximadamente a las 11:30, en el pasillo de la manzana 27 del barrio «El Correo», ubicado dentro [d]el asentamiento de emergencia denominado «Villa 31» de esta ciudad, más precisamente cerca del frente de la casa «1» o «2», Javier Gómez, Carlos Daniel Ramos, Isabelino González Alcaraz y otro sujeto del sexo masculino llamado «Damián» se encontraban cumpliendo tareas de trabajo, concretamente trasladando un carro de materiales de la construcción. Al llegar al sitio antes indicado, Norberto Raúl Gómez interceptó a los dos primeros nombrados, mientras que González Alcaraz y «Damián» continuaron empujando el carro y les refirió en forma intimidante que no podían pasar más por el sitio. El damnificado Javier Gómez cuestionó ese proceder, y el imputado comenzó [a] decirles que esa era su zona y que «...ustedes por acá no pasan más, porque sino les vamos a pegar un tiro en las piernas...». Seguidamente el imputado ingresó a su domicilio, ubicado en ese mismo sitio y salió inmediatamente portando un arma de fuego cargada y que estaba en inmediatas condiciones de efectuar disparos, la que comenzó a exhibir en forma intimidante. Luego apuntó a la cabeza de Gómez y gatilló pero el disparo no se produjo. Norberto Raúl Gómez la volvió a gatillar, probándola, y esa vez si salió el disparo, que terminó impactando en el piso, entonces volvió a apuntarle a Javier Gómez, le disparó y el

proyectil impactó en su pierna izquierda, y con ello causó lesiones graves. Luego el imputado le refirió «¿...ahora entendés lo que te decía...?» Javier Gómez, fue sacado del lugar, siendo luego trasladado al Hospital Rivadavia donde fue asistido” (cfr. a fs. 486vta./487 el punto II.a) de la sentencia).

III. Aclarado ese extremo, es el turno ahora de adentrarme en el tratamiento de los agravios que fueron introducidos por la defensa técnica del condenado, mediante el respectivo recurso de casación.

IV. Planteo relativo a la nulidad del fallo por carecer de una adecuada motivación

a) Como bien se indicó en las resultas, en primer lugar la defensa del condenado Norberto Gómez se agravió de la sentencia dictada en su contra, pues entendió que ésta no se encuentra debidamente fundada. Por tal motivo requirió entonces que se declare su nulidad.

Esta solicitud se articuló en torno a la idea expuesta por el recurrente según la cual el razonamiento que fue empleado por los jueces para fundar la condena de su asistido fue arbitrario, toda vez que éstos incurrieron en omisiones y falencias al momento de tener que valorar las pruebas producidas durante el debate.

De allí que, en opinión del recurrente, el fallo en cuestión debía ser consecuentemente descalificado por falta de fundamentación suficiente (cfr. los arts. 123 y 404 del CPPN); en tanto que, al mismo tiempo, el imputado Gómez debería haber sido absuelto en virtud del principio constitucional del *in dubio pro reo*.

Al respecto, se destacó que únicamente durante el debate declararon dos (2) testigos presenciales, el damnificado y su suegro, a pesar de que ambos reconocieron en sendos testimonios que habían otras personas en el lugar, al momento de ocurrir los hechos objeto del presente proceso penal; no obstante lo cual, ninguna de éstas fue convocada a prestar declaración. Así las cosas, esta circunstancia implicó una precaria e insuficiente recolección de pruebas, lo que se traduce a su vez en una absoluta orfandad probatoria.

De igual modo, el recurrente consideró inadmisibles —en los supuestos en los cuales se halla presente el testigo en el debate y declara—



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TO1/CNC1

sustituir o completar el contenido de su deposición oral con lo manifestado durante la instrucción.

En adición, se señaló también que los testigos no fueron contestes a la hora de referirse al origen de la incidencia, ni tampoco cuando tuvieron que relatar cómo sucedieron realmente los hechos imputados.

Por último, a los efectos de concluir la argumentación que atañe a este primer agravio, el recurrente efectuó un análisis de las declaraciones testimoniales producidas durante la audiencia de juicio oral y público.

Así, comenzó recalcando, en lo que estrictamente se refiere al testigo Carlos Daniel Ramos, que si se confrontan sus declaraciones a la luz de la sana crítica racional se deberá concluir entonces que no hay certeza respecto al origen mismo del conflicto entre Norberto Gómez y Javier Gómez, a diferencia de lo establecido en la sentencia recurrida, en la cual se lo atribuyó al “paso por las inmediaciones del domicilio del imputado”. Ello, toda vez que el mentado testigo no hizo ninguna alusión a que la incidencia haya tenido que ver con el paso por las inmediaciones del domicilio del imputado.

A continuación, subrayó que tampoco surgía este extremo de las restantes declaraciones testimoniales recibidas en el debate. En tal sentido, remarcó que el testigo Isabelino González Alcaraz sólo escuchó dos disparos, por lo que simplemente se dio vuelta pero no se acercó al lugar ni preguntó qué había pasado. De igual manera, Alejandrina Gómez Rodríguez tampoco hizo referencia a la existencia de un conflicto relacionado con el impedimento de paso; y en similares términos se expidió también Junior Gómez, quien simplemente aludió a que hubo una “pelea”. Por lo demás, el damnificado nada dijo acerca de que la agresión haya tenido como origen un impedimento de paso por parte del acusado.

Así las cosas, de acuerdo a la visión sostenida en el respectivo recurso, la reconstrucción del hecho efectuada en la sentencia impugnada no se derivó necesariamente de las pruebas que en su apoyo se citaron, particularmente en lo que tiene que ver con el origen del conflicto; siendo que el móvil de la agresión resultó ser un extremo

dirimente para la resolución del caso, a punto tal de poder permitir una adecuada subsunción legal del hecho en cuestión.

Con posterioridad, se indicó que con el material probatorio incorporado al debate tampoco podía arribarse a la certeza de que, en forma previa al disparo en la pierna, el imputado Norberto Gómez haya apuntado y gatillado contra la cabeza de Javier Gómez, y que a pesar de esto la bala no haya salido; ello, en virtud de la falta de univocidad en los indicios producidos en el expediente.

En efecto, en relación con esta cuestión, se destacó que solamente se cuenta con los testimonios de Gómez y Ramos, siendo que ambos no fueron contestes al referirse sobre este mismo punto; pues el primero de ellos comenzó su declaración afirmando que el acusado le apuntó, aunque sin especificar primeramente que lo haya hecho hacia su cabeza. Así, fue sólo después de que la fiscalía le preguntó, que el nombrado testigo hizo saber que le habían apuntado a la cabeza. Y de igual modo, en razón de nuevos interrogantes formulados por el fiscal sobre si había escuchado o no un ruido en ese momento, Gómez dijo que sí escuchó un ruido, “que gatilló”. Esto motivó, por contraponerse con su declaración prestada antes en sede judicial, que ésa fuera leída; siendo entonces que el testigo refirió en el debate que para él gatilló, que escuchó el ruido, pero que por ahí no lo dijo en su momento.

A este respecto, destacó el recurrente que no resultaba razonable que, al poco tiempo de ocurrido el hecho que constituye el presente objeto procesal, el testigo manifieste tener dudas sobre si el imputado gatilló o simplemente cargó el arma, y que luego –más de tres (3) años después– esa duda se haya traducido en una certeza.

Y por otra parte, frente a preguntas formuladas por la misma defensa durante el debate, relativas a si Gómez le hizo alguna referencia sobre a dónde le iba a disparar, respondió que no; circunstancia que ocasionó nuevamente la lectura de la declaración prestada en instrucción, en lo concerniente a lo indicado por él en aquella oportunidad, por cuanto en esa ocasión afirmó que el acusado –antes de tirar con el arma de fuego– refirió “...ustedes por acá no pasan más porque si no le vamos a pegar un tiro en las piernas...”, para luego manifestar –con



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TO1/CNC1

posterioridad a tirarle un disparo en la pierna— “...ahora entendés lo que te decía...”; contestando el mencionado testigo en la audiencia de debate que no recordaba bien el contenido de las manifestaciones proferidas por Gómez al momento de ocurrir los hechos.

De esta manera, el recurrente quiso destacar la existencia de una incongruencia en el testigo, toda vez que si bien, por un lado, recordó en la audiencia algo sobre lo cual antes dudaba —esto es, que había gatillado el arma—, lo cierto es que no recordó en ésa el contenido de las manifestaciones que le hiciera el imputado al momento de los hechos; extremo que, sin embargo, el testigo ya había especificado en su declaración prestada durante la instrucción.

A continuación, en lo que hace al señor Ramos, el recurrente recalcó que comenzó su exposición en el debate afirmando que Norberto Gómez había salido de su casa, que primero tiró un disparo al piso y luego a la pierna de Javier Gómez. Por esta razón, el fiscal le preguntó si había apuntado a otra parte del cuerpo; contestando el testigo que “la verdad que no, fue algo muy ligero”, lo que llevó a que la fiscalía le leyera su declaración prestada en sede policial. En virtud de ello, indicó el nombrado Ramos que podría ser que haya pasado eso, dado que todo fue muy rápido; él vino y apuntó a todos los que estaban en el grupo ahí, pudiendo ser que haya apuntado primero a la cabeza, aunque la verdad es que no estaba muy seguro de ello.

Ante esta falta de seguridad, la defensa señaló que la fiscalía le había recordado que antes se había mostrado seguro al respecto; ratificando el testigo que podía ser que haya apuntado a la cabeza porque hizo varios movimientos. “Habrá apuntado al pecho, a la cabeza, a varios lados” dijo. Y luego el fiscal insistió en pedir una aclaración acerca de si pudo ser o si fue que el acusado apuntó con su arma a la cabeza de Gómez, remarcando una vez más el testigo que “él vino y apuntó a todos lados, no sé si en ese momento no habrá salido el tiro como dice ahí, pero él vino, apuntó a todos lados, tiró el tiro al piso y después le pega en la pierna”.

Entonces la fiscalía pidió que se le exhibiera su declaración prestada en sede policial, instancia en la cual el testigo en cuestión no

reconoció la firma plasmada en dicha acta; aunque sí luego identificó la que estaba inserta en la otra declaración que se le exhibió: esto es, la que fue realizada en el juzgado de instrucción aquí interviniente.

Así las cosas, cuando el fiscal procedió a la lectura de esta última acta testimonial, subrayando que en ella había dicho que el imputado le apuntó a la cabeza, el testigo una vez más relató lo mismo; aunque en esta ocasión acompañó sus palabras con gestos y sostuvo que el acusado hizo un movimiento de arriba para abajo y que el tiro no salió, que luego disparó en el piso, porque salió apuntando a donde sea, pero que no sabe por qué no tiró primero arriba cuando apuntó.

Finalmente, el recurrente concluyó la fundamentación de este agravio haciendo hincapié en que si bien respecto al origen del conflicto hay dos hipótesis diversas que pueden extraerse de los testimonios prestados durante el juicio oral y público: esto es, que fue a raíz de que Javier Gómez escupió y que Norberto Gómez interpretó que fue por él (según los dichos del primero de los nombrados), o bien que el conflicto se había originado un tiempo atrás en un partido de fútbol (de conformidad con las manifestaciones expuestas por el testigo Ramos), lo cierto es que el tribunal a cargo del debate tuvo por cierto que el origen de este conflicto resultaba ser la existencia de un impedimento de paso.

Y de igual manera, se recalcó también que, más allá de que el testigo Gómez había manifestado que el imputado le apuntó a la cabeza y gatilló, la verdad es que Ramos –luego de la insistencia exteriorizada por la fiscalía para que aclare este punto– afirmó que había apuntado para todos lados y que después de disparar al piso, lo hizo hacia la pierna del damnificado.

b) Ante esta cámara, el recurrente presentó en término de oficina un escrito por medio del cual se remite, en lo que concierne estrictamente al presente agravio, a los motivos ya expuestos en el propio recurso de casación.

c) Adentrándome en el análisis de este agravio, en primer lugar debo señalar que efectivamente tiene razón la defensa cuando indica que dos (2) son los testigos directos de los hechos objeto del presente proceso; dado que los restantes declarantes en la audiencia no refirieron



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TO1/CNC1

haber estado presentes al momento en que éstos tuvieron lugar. Tales personas son los señores Carlos Daniel Ramos y Javier Gómez.

Así las cosas, para dar debido tratamiento y respuesta a este primer agravio traído por el recurrente, se impone consecuentemente un **análisis minucioso de las declaraciones prestadas** por ambos durante la audiencia de juicio oral y público celebrada con fecha 24 de febrero de 2015, las cuales pueden ser revisadas a través de la grabación audiovisual que contiene el CD obrante a fs. 973.

d) De este modo, si se repasa la mentada filmación se advierte que aproximadamente entre el minuto treinta y cinco (35) y el cincuenta y siete (57) tiene lugar la declaración del mentado **testigo Ramos**. En ésta, el nombrado refirió que conoce de vista a los imputados, ya que son medio vecinos; y que también conoce al testigo Gómez.

Luego, sobre el hecho en particular, recordó que iban pasando por el lugar, dado que se dedican a hacer fletes, cuando el acusado Gómez entró a la casa y salió con un arma; efectuando entonces un disparo en el piso y después otro en la pierna de Javier Gómez. Aclaró asimismo que no vio que tirara o apuntara a otra parte del cuerpo o bien a otro lado; y manifestó también que “fue algo muy ligero” (*sic*).

De igual manera, aclaró que no sabía qué tipo de pistola era y especificó que el problema venía de antes; que ya habían tenido roces los dos Gómez (tanto el acusado como el damnificado) a partir de un partido de fútbol que jugaron juntos, por lo que ellos tenían prohibido circular por el frente de la casa; toda vez que el acusado les había indicado que no pasen más por ese lugar. Asimismo, recordó que las amenazas eran mutuas.

A continuación, se procedió a leerle la declaración que el mismo testigo brindó con anterioridad; contestando Ramos que podía ser, que podía haber ocurrido que el acusado le haya apuntado en la cabeza a todos los que estaban en el grupo ahí. Aclarando luego que en verdad no estaba muy seguro de eso, ya que todo fue muy rápido.

Ante nuevas preguntas que se le formularon, indicó otra vez que podía ser que el imputado haya apuntado a la cabeza, aunque en realidad

lo hizo a todos lados. Y dijo que no sabía si salió o no el tiro en ese momento.

Al exhibírsele la declaración prestada en sede policial (cfr. fs. 10/11), el testigo refirió no conocer su firma, aunque sí identificó la que figura en el acta testimonial que se labró en el juzgado de instrucción aquí interviniente, y en la cual se ratifica lo declarado en la Comisaría 46° de la Policía Federal Argentina (véase la declaración que luce a fs. 79/80).

Finalmente, explicó que el acusado hizo un movimiento de arriba hacia abajo –mientras el testigo movió su propio brazo para graficar mejor la situación por él observada–; siendo que, para él, eso era “apuntar a la cabeza”, mientras el disparo no salió, por lo que después tiró al piso y posteriormente a la pierna del testigo Gómez. Concluye señalando que “la verdad es que tendría que haber un finado acá”, por todo lo que estaba pasando entre ellos y dado que el problema venía de hace rato.

e) Por otra parte, en lo que hace al restante **testigo**, el damnificado **Javier Gómez**, su declaración se prolongó desde el minuto cincuenta y siete (57) hasta el minuto setenta y tres (73) aproximadamente.

En ésa, indicó que conocía a los imputados del barrio. Recordó además que eran como las diez (10) u once (11) de la mañana, y que venía con un carro llevando materiales. Hizo saber también que justo escupió en el piso cuando el acusado Gómez venía de frente, por lo que éste último pensó que lo había hecho por él. Así fue como empezaron a discutir, aunque en verdad las cosas no fueron como pensó el imputado.

Continuando con su relato, el testigo señaló que entonces Norberto Gómez entró a su casa, sacó un arma y se vino apuntándole con ésa. Así, efectuó un disparo primero en el piso y después otro que le pegó en su pierna. Aclaró asimismo que venía apuntándole a la cabeza y que si bien realizó dos (2) disparos después de apuntarle a esa zona del cuerpo, al momento de ocurrir esto último escuchó un ruido como que gatilló.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TO1/CNC1

En ese instante, la defensa le preguntó si tenía seguridad sobre ello, y el señor Javier Gómez contestó que sí, que lo escuchó. Por este motivo, dicha parte solicitó que se confronte lo declarado por el testigo durante la instrucción a fs. 39/39vta., oportunidad en la cual afirmó que “no sé si gatilló o simplemente cargó”, indicando inmediatamente a continuación que sí sabía la diferencia entre una y otra cosa, y que en su opinión sí gatilló.

Luego, comentó también que el imputado nunca hizo referencia sobre si le iba a disparar o no a alguna parte específica del cuerpo. Y por eso mismo, la defensa volvió a requerir una nueva lectura de la mentada declaración brindada con anterioridad, siendo que el testigo refirió entonces no recordar bien si le dijeron (tal y como surgía de su declaración de instrucción) o no que le iban a pegar un tiro en la pierna.

Finalmente, la fiscalía también solicitó que se proceda a leer una pregunta formulada en su declaración testimonial anterior, en virtud de la cual el damnificado indicó que el motivo por el que no podían pasar por ese lugar era una discusión que había tenido con el acusado en un partido de fútbol, la que se inició por una circunstancia propia del juego, y en virtud de lo cual ése se enojó y delante de todos les dijo “te voy a disparar en la cabeza”; recordando el testigo durante la audiencia de debate haber sido el destinatario de esa misma expresión. Que desde ese momento fue entonces que comenzó a mirarlo mal, aunque sin decirle nada.

f) Ahora bien, concluido el repaso de las declaraciones prestadas durante el debate por los testigos Gómez y Ramos es preciso señalar –en primer término– que, a diferencia de lo argumentado por la defensa, no es posible sostener aquí la inexistencia de pruebas conducentes para tener por acreditada la materialidad de algunos de los hechos discutidos durante la audiencia de juicio oral y público.

En efecto, sendos testigos han sido coincidentes en indicar que el pasado día 8 de febrero de 2012, aproximadamente a las 11:30 horas, en el pasillo de la manzana 27 del barrio “El Correo”, ubicado dentro del asentamiento de emergencia denominado “Villa 31” de la Capital Federal, más precisamente cerca del frente de la casa “1” o “2”, mientras

el señor Javier Gómez se encontraba circulando junto con otras personas, entre ellas el testigo Ramos, se cruzaron con el acusado, el señor Norberto Gómez, quien luego de mantener una conversación con el damnificado Gómez, ingresó a su casa y salió de ella, apuntando a éste último, para luego efectuar dos disparos: uno de ellos impactó en el piso, en tanto que el restante lo hizo en la pierna del señor Javier Gómez.

De igual manera, se desprende de sendos relatos que el imputado al momento de apuntarle al señor Javier Gómez lo hizo hacia su cabeza y que gatilló el arma que llevaba, aunque por razones ajenas a su voluntad tal disparo finalmente no se produjo.

Ello es así, sobre la base de las siguientes razones. Primeramente, porque el damnificado Gómez fue claro, preciso y enfático al declarar durante la audiencia y señalar que luego de la discusión mantenida con el imputado, éste se dirigió a su casa y regresó apuntándole con un arma. Y si bien es cierto, tal y como lo remarca la defensa en su recurso, que inicialmente el testigo no especificó que le habían apuntado a su cabeza, tal circunstancia fue clara y rotundamente aclarada por él luego de que fuera interrogado al respecto por la fiscalía, sin que sea posible advertir en tal sentido ninguna fisura o contradicción en su relato, a diferencia de lo sostenido en el recurso de casación.

Asimismo, también ha sido preciso y seguro en indicar –inclusive, contestando las preguntas que en tal sentido la defensa le formuló en la audiencia, la cual le recordó que precedentemente había manifestado tener dudas al respecto– que cuando fue apuntado por Norberto Gómez escuchó un ruido, como si éste hubiese gatillado; siendo que, acto seguido, manipuló nuevamente el arma en cuestión, produciéndose un primer disparo en el piso y un segundo en la pierna del referido testigo. En tal sentido, dicha manipulación encuentra su razón de ser en el hecho de haberse gatillado el arma en forma previa y sin éxito; siendo entonces poco plausible la versión de que, en lugar de gatillar el arma en cuestión, ésa fue cargada, dado que no encontraría una explicación razonable la circunstancia de que luego de ello haya sido manipulada.

En adición, tampoco puede dejarse de mencionar acá que si bien la defensa requirió la lectura de la declaración prestada con anterioridad,



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TO1/CNC1

dado que en dicha oportunidad hizo saber que el acusado afirmó que le iba a pegar un tiro en la pierna, lo cierto es que también se procedió a la lectura, esta vez por iniciativa de la propia fiscalía, de otra parte de su declaración testimonial efectuada previamente y en la cual afirmó que Norberto Gómez le dijo que le iba a disparar en la cabeza.

g) A esta declaración testimonial debe aunársele la que brindó el señor Ramos.

En efecto, si bien es verdad que el nombrado inicialmente indicó que Norberto Gómez ingresó a su casa y de allí salió con un arma, disparando primero al piso y luego a la pierna de Javier Gómez, lo cierto es que también aclaró que “todo fue muy ligero” (*sic*).

Ese fue el motivo por el cual primeramente señaló que no vio que el acusado tirara o apuntara a otra parte del cuerpo, o bien a otro lado. Pero luego, al requerir la fiscalía mayores precisiones, dado el carácter ya mencionado sobre cómo se concatenaron los hechos en cuestión, el testigo Ramos comenzó reconociendo que era posible que el imputado haya apuntado a la cabeza; destacando de cualquier manera que, en realidad, lo hizo para todos lados. Asimismo, reconoció luego que no sabía si salió o no el tiro en ese momento. De manera tal de que entonces abrió allí la posibilidad de que efectivamente los hechos hayan sido como los relató Javier Gómez: esto es, que Norberto Gómez haya apuntado a la cabeza de aquél y haya gatillado, sin que se produzca el disparo por razones ajenas a su voluntad.

No obstante ello, a continuación –frente a un nuevo pedido de la fiscalía– explicó que, mientras él mismo hacía los ademanes respectivos, el acusado hizo un movimiento de arriba hacia abajo. Y especificó, al mismo tiempo, que eso había implicado apuntarle a la cabeza de Javier Gómez; en tanto que, en virtud de que el disparo no salió, después tiró al piso y posteriormente a la pierna del testigo Gómez.

Es por ello entonces que puede afirmarse, sin incurrir en equivocaciones a este respecto, que tales conclusiones son contestes y se corresponden con la declaración brindada por el testigo Gómez durante la audiencia de debate.

Por lo demás, debe remarcarse aquí que el señor Ramos hacia el final de su declaración testimonial expresamente manifestó que, dado todo lo que había ocurrido en torno a esta disputa entre Javier Gómez y Norberto Gómez, “la verdad es que tendría que haber un finado acá”; lo que refuerza de este modo la idea expresada por el testigo Gómez, en cuanto subrayó que el acusado le había dicho antes que le iba a disparar en la cabeza.

h) Lo afirmado precedentemente me permite descartar el argumento de la defensa, consistente en remarcar la presencia de otras personas que también se habrían encontrado presentes en el lugar y al momento de los hechos, a las cuales no se las convocó a declarar durante el debate, en virtud de que como acabo de explicar los testimonios brindados por los nombrados Ramos y Gómez constituyen un cuadro probatorio cargoso suficiente como para superar la valla que a este respecto impone el principio constitucional de la inocencia en juicio (cfr. el art. 18 de la Constitución Nacional –CN–); tornándose entonces absolutamente infundado todo planteo direccionado a cuestionar la acreditación de los hechos efectuada en la sentencia recurrida, sobre la base de la hipotética y eventual concurrencia de otros testigos, cuyas declaraciones –en lo que hace a su contenido– tampoco han sido precisadas por el recurrente, manteniéndose siempre entonces dentro de un mero plano conjetural.

De igual manera, el planteo esgrimido por el recurrente a través del cual considera inadmisibles –en los supuestos en los cuales se halla presente el testigo en el debate y declara– sustituir o completar el contenido de su deposición oral con lo manifestado durante la instrucción no resiste el menor análisis a la luz de lo observado en la respectiva filmación de la audiencia de juicio.

Ello, por cuanto en ésta es posible verificar que los testigos fueron contestando aquello que se les iba preguntando y que, en todo caso, sólo se procedió a la lectura pertinente del testimonio brindado con anterioridad, cuando se configuraron las circunstancias que se ajustan a las hipótesis contempladas por el segundo inciso del art. 391 del CPPN. Disposición que, por lo demás, no sólo no fue cuestionada en su



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TO1/CNC1

legitimidad por la defensa, sino que –por el contrario– también se valió de ella el mismo recurrente durante las audiencias de juicio.

Y por último, en relación con el origen de la incidencia que motivó el inicio de las presentes actuaciones he de hacer notar que, más allá de alguna divergencia al respecto, lo cierto es que si se cotejan las dos declaraciones ya reseñadas existe en ambas ciertos puntos centrales que resultan ser coincidentes en esta materia, en cuanto se refieren a una mala relación entre el acusado y el damnificado –cuya génesis tuvo lugar en un partido de fútbol–, en virtud de la cual Norberto Gómez le había dicho a éste último que no pasara más por donde él vivía.

i) De cualquier modo, cabe aclarar que todo lo señalado en este punto, relativo a la materialidad de los hechos, lo es sin perjuicio de la subsunción legal que corresponderá efectuar en relación con éstos, sobre lo cual me ocuparé en el acápite siguiente de mi voto.

En conclusión, corresponde entonces rechazar el presente agravio de acuerdo a los términos aquí expuestos.

V. Agravio concerniente a la errónea aplicación de la ley sustantiva

a) La defensa ha planteado también que el hecho objeto del proceso debería haber sido encuadrado únicamente en la figura típica de lesiones graves, disponiéndose una penalidad mínima que permitiera la condenación en carácter condicional de su asistido, atenta la falta de antecedentes condenatorios que presenta.

Para sostener dicho pedido, el recurrente sostuvo que se trata de un hecho histórico que en sí constituye una unidad de hecho; es decir, que en su opinión hay aquí una única conducta, con un fin puntual porque en la misma sentencia se indica a fs. 911 que “...hubo un incidente producto de su paso por las inmediaciones del domicilio del imputado, que se cruzaron palabras, que Norberto Raúl Gómez buscó un arma para reforzar su posición con la que apuntó y gatilló contra la cabeza de Javier Gómez y que la bala no salió. También que luego apuntó a otros sectores, que probó el disparo que logró hacer contra el suelo y para afianzar la amenaza, al momento de hacerla, disparó contra la pierna del damnificado causándole las lesiones ya determinadas”.

Por ello, estimó que ni la tentativa de homicidio ni las amenazas ni la portación del arma considerada de uso civil ni las lesiones graves podían ser tenidas como sucesos fácticos escindibles uno respecto del otro. De allí que, desde el punto de vista objetivo, la defensa advirtió la existencia de idénticas circunstancias de modo, tiempo y lugar dentro de las cuales se desarrolló la conducta imputada: el tener consigo el arma, el supuesto ataque a la vida, el proferir frases intimidantes y el disparo hacia la pierna; existiendo de este modo una relación de continuidad, desde el momento en que Gómez se hizo del arma, apuntó hacia la víctima, disparó al suelo y luego hacia su pierna.

Luego, en lo que tiene que ver con la figura de la portación de arma de uso civil, la parte impugnante explicó que no existía una conducta independiente en el supuesto de la portación, dado que su utilización resultó ser el medio empleado para acometer contra la persona de Gómez y lesionarlo así gravemente. Por ello, el tipo de portación de arma de uso civil quedó subsumido en el de lesiones graves, toda vez que el delito previsto en el art. 189 *bis* del CP es aplicable en la medida de que no se dé simultáneamente otro delito que ya lo hubiera captado, en cuyo caso la figura se ve desplazada por este otro delito, que por sí solo incluye (consume) ya el desvalor que aquélla supone en este caso.

Y luego aclaró adicionalmente que si ello no sucediera, se vulneraría así el principio del *ne bis in idem* ya que, al preverse en una figura autónoma el empleo del arma como circunstancia agravante, si se aplicase la pena prevista en ésta conjuntamente con la dispuesta para la portación de arma de uso civil sin la debida autorización, se estaría condenando al sujeto por dos delitos cuando en realidad sólo ha cometido uno.

De este modo, en relación específicamente con este punto, concluyó que al haber una superposición temporal y material entre la portación del arma y la agresión existe entonces un concurso aparente entre ambas figuras.

A continuación, en lo que se vincula con el homicidio en grado de tentativa, además de recordar el recurrente lo señalado antes respecto a



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TO1/CNC1

la orfandad probatoria que había para afirmar con certeza que el acusado apuntó a la cabeza y gatilló contra Javier Gómez, explicó también aquí que debían considerarse ciertas circunstancias, las que –a modo de indicios– terminaban por descartar la existencia de un dolo de homicidio en cabeza de su defendido.

En efecto, se remarcó sobre este punto que si Norberto Gómez hubiese apuntado a la cabeza del testigo Gómez y hubiese querido ocasionarle la muerte, sin lugar a dudas hubiese continuado con su comportamiento, ya sea apuntando a su cabeza o a cualquier otra parte vital de su cuerpo. Pero, no obstante ello, lo único que se constató fue sólo una lesión en la pierna, por lo que no es posible extraer una intención inequívoca de producir la muerte del sujeto pasivo.

En tal sentido, al recordar lo señalado por el tribunal de juicio, en cuanto dijo que “no hay duda que en punto a que un intento de disparo que voluntariamente se realiza a la zona de la cabeza de una persona ha sido efectuado con la voluntad de matar”, el impugnante consideró a tal afirmación como absolutamente dogmática si se tiene presente que para que una agresión sea calificada como tentativa de homicidio no bastará el mero empleo de un medio capaz de producir la muerte por su poder ofensivo, la repetición de la agresión, el número de lesiones, el lugar vital en que fueron inferidas y las manifestaciones verbales, sino que la intención del delincuente debe aparecer claramente definida en tal dirección; por lo que es menester una prueba específica demostrativa de la resolución de matar en el momento de comenzar la ejecución para dar a los signos exteriores una correlativa fuerza intencional, y si ello no se hallaba plenamente demostrado por actos confusos y equívocos tal calificación debía ser rechazada en virtud del principio *in dubio pro reo*.

Dicho esto, el recurrente afirmó que en el caso no había ninguna manifestación externa de parte de su asistido que permitiese inferir una voluntad que exceda el causar una mera lesión en el cuerpo de la víctima; ello no sólo por el lugar en el cual se produjo puntualmente esa lesión y la posibilidad cierta de concretar la muerte de Javier Gómez (extremos que ya se indicaron), sino que también en razón de las manifestaciones que su defendido le hiciera a la víctima, esto es: “ustedes por acá no

pasan más, porque si no les vamos a pegar un tiro en la pierna”, y que el mismo tribunal de juicio tuvo por acreditadas en la sentencia impugnada.

Es que de acuerdo a lo expuesto en el recurso de casación, de haber existido en la persona de Norberto Gómez un designio para matar perfectamente éste lo habría concretado, en atención a que ningún extremo fáctico ajeno a su voluntad se lo impedía; toda vez que la circunstancia de que no haya vuelto a dirigir el arma hacia una zona vital de Javier Gómez puso en evidencia que el acusado no concretó el hecho, por cuanto voluntariamente así no lo quiso, y no porque mediaran para ello circunstancias ajenas a su voluntad.

En tal sentido, se subrayó que si se tuvo por acreditado que el imputado con su accionar perseguía dar muerte a Javier Gómez, tal extremo conllevaba a tener que encuadrar su accionar en las previsiones del art. 43 del CP, por cuanto ése contempla el instituto del desistimiento voluntario. Ello es así, pues la lógica indicaba que si Norberto Gómez perseguía dicha finalidad, frente a la posibilidad concreta y cierta de poder consumarlo (ya que no habían circunstancias ajenas a su voluntad que se lo impidiesen), al no hacerlo finalmente, la única explicación plausible para ello es que el señor Norberto Gómez desistió consecuente y voluntariamente de consumir el homicidio en cuestión, resultando así impune tal evento.

Finalmente, en lo tocante a las amenazas –las que según el criterio sostenido por los jueces a cargo del debate han quedado configuradas a partir de las frases, proferidas antes de los disparos, de que “ustedes por acá no pasan más porque les vamos a pegar un tiro” y, con posterioridad a ello, de que “ahora entendés lo que te decía”–, el impugnante recordó que, en oportunidad de declarar durante la audiencia, el damnificado no hizo ninguna mención acerca de que el origen del conflicto entre ambos haya sido un impedimento de paso, tal y como se sostuvo en la sentencia recurrida.

En tal sentido, al ser interrogado por la misma defensa en el juicio, el damnificado no recordó que el acusado le haya proferido tales frases; en tanto que el testigo Ramos hizo saber que el imputado le había dicho a Javier Gómez que no pasara más por allí, lo que llevó a que se



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TO1/CNC1

pusieran a discutir y a pelear entre los dos; profiriéndose así amenazas mutuas.

Por tal motivo, de acuerdo con la visión sostenida por la defensa en su recurso de casación, si se hubiesen valorado sendos testimonios a la luz de la sana crítica racional se habría podido advertir –en primer lugar– la imposibilidad de arribar a la certeza de que realmente estas frases existieron en el contexto del hecho, dado que la misma víctima no las recordó; en tanto que, en segundo término, de haber existido éstas, en modo alguno habrían generado en el damnificado el temor al cual se refiere el art. 149 *bis* del CP, en virtud de la actitud asumida por ése al iniciar la discusión con el acusado.

Y de cualquier manera, siempre de conformidad con la postura refrendada por el recurrente, aun cuando se considerara que la frase “ustedes por acá no pasan más porque les vamos a pegar un tiro” constituía un anuncio de un mal suficientemente serio y grave, lo cierto es que –desde que estábamos ante una unidad de hecho– ese mal grave efectivamente se concretó en la agresión, la cual resultó concomitante con la frase; de manera tal que aquella perdió su significado autónomo, en virtud de que tuvo lugar la fase siguiente en el menoscabo del bien jurídico: o sea, la agresión con el arma, el tiro en sí mismo. Por lo demás, argumentó también el impugnante que la frase “ahora entendés lo que te decía” –proferida después del último disparo, una vez cesado el ataque en cuestión– no constituyó el anuncio de un mal grave e inminente en el futuro.

b) En término de oficina, en lo que hace a este agravio, el señor defensor ante esta instancia acompañó la argumentación brindada por su colega, a la cual añadió algunas citas de decisiones jurisprudenciales dictadas por la Cámara Federal de Casación Penal.

c) Para dar debido tratamiento a este agravio considero necesario efectuar en forma previa una observación inicial de naturaleza procesal y que, como tal, tiene impacto directo en lo que hace a la calificación legal que debe asignársele a los hechos que se han tenido por probados al terminar la audiencia de juicio y que, como ya he explicado en el acápite anterior de este mismo voto, merecen su confirmación en esta sede.

Efectivamente, en relación con las **lesiones graves** debo señalar que, por aplicación del principio dispositivo que rige en materia recursiva (cfr. el art. 445 del CPPN), esta judicatura sólo puede abocarse al análisis del encuadre jurídico adoptado por el tribunal de juicio en relación con los hechos que –al mismo tiempo– tuvo por probados en el respectivo debate y que el recurrente ha cuestionado por medio de su correspondiente impugnación: con ello me refiero, claro está, a la aplicación de las figuras del homicidio tentado calificado en virtud de la agravante genérica contenida en el art. 41 *bis* del CP, de la portación ilegal de un arma de uso civil y de las amenazas coactivas agravadas también por el uso de armas.

d) Así las cosas, aclarado este primer extremo, corresponde entonces que me adentre específicamente en el tratamiento del presente agravio.

Tal y como ya he tenido oportunidad de explicar en el acápite precedente, se encuentra probado que el condenado Norberto Gómez, el día de los hechos, al cruzarse con el damnificado Javier Gómez en las cercanías de la casa del primero de los nombrados, mantuvo una discusión con éste último, la que se vio interrumpida por el ingreso del primero de los aquí mencionados a su vivienda, luego de lo cual salió de ésta munido de un arma de fuego con la cual apuntó a la cabeza de Javier Gómez y a continuación gatilló tal arma, sin que saliera el tiro en cuestión por razones ajenas a la voluntad del señor Norberto Gómez.

Que al encontrarse acreditada tal secuencia fáctica, a la que le prosiguió una manipulación del arma en cuestión por parte del citado Norberto Gómez, fruto de la cual se efectuó un disparo al piso, seguido por otro tiro que impactó en la pierna del damnificado Javier Gómez como consecuencia lógica de que el acusado Gómez apuntara contra esa extremidad, no hay dudas entonces de que además de las mencionadas lesiones, las cuales son el resultado final de esta última secuencia de los hechos, estamos en presencia también de un **homicidio en grado de tentativa** que concurre en forma real con tales lesiones graves (cfr. los arts. 42, 79 y 90 del CP). Sobre la aplicación o no a esa figura de la



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TOI/CNCI

agravante genérica contemplada en el art. 41 *bis* del CP, volveré más adelante.

En efecto, para arribar a dicha conclusión basta con tener presente la mecánica de los acontecimientos ya descripta. Es que la conducta desplegada por el imputado Norberto Gómez de tomar un arma de fuego y de salir con ella de su casa, para dirigirse luego hasta donde estaba Javier Gómez, apuntarle con ésa a su cabeza y después jalar el gatillo de la pistola en cuestión es constitutiva indudablemente de un accionar típico desde el punto de vista de la figura del homicidio simple (cfr. el art. 79 del CP), la cual no llegó a completarse por razones ajenas a su voluntad (cfr. el art. 42 del CP).

Es que, como se sabe, el primero de los dos artículos antes citados tipifica la conducta de quien mata a otro, en tanto que la norma general contenida en el artículo 42 del CP regula el instituto de la tentativa, al establecer que quien comienza la ejecución de la acción típica (en este supuesto, el homicidio simple), pero no lo consuma por causas ajenas a su voluntad, sufrirá las penas establecidas en el art. 44 del CP.

En consecuencia, si se analizan ambas directrices legislativas a la luz de los acontecimientos probados en el debate, lo cierto es que al apuntar a la cabeza de Javier Gómez y al gatillar el arma en cuestión Norberto Gómez comenzó la ejecución de una conducta homicida, la cual no se vio realizada por el hecho de que simplemente el mentado disparo no salió.

Asimismo, debe decirse que tal acción constituye también lo que la doctrina ha denominado como tentativa acabada: esto es, aquella conducta que no sólo implica el comienzo de ejecución de alguna figura típica, sino que adicionalmente conlleva un completo disvalor de acción por parte del autor; restando tan sólo –y consecuentemente con ello– la producción del disvalor de resultado, en cuyo caso estaríamos ya en presencia de un hecho típico consumado. Por tal motivo, pues, se trata de un accionar que, como tal, ya no puede ser desistido por el autor (cfr. el art. 43 del CP).

Por lo demás, considero que la argumentación desplegada por la defensa –tendiente a subsumir todo el accionar del acusado Gómez bajo

la calificación legal de las lesiones graves— no debe encontrar aquí una acogida favorable, en virtud de que en nada puede influir sobre ese extremo el hecho de que con posterioridad el imputado haya finalmente disparado a la pierna del damnificado.

Es que tal accionar no puede ser tomado en cuenta ni como un indicio de una supuesta falta de voluntad homicida por parte del condenado, dado que al momento en el cual Norberto Gómez gatilló con su arma hacia la cabeza del señor Javier Gómez no había elemento alguno que impidiese aseverar que la conducta hasta allí ejecutada era constitutiva de un homicidio simple; ni tampoco como un supuesto de desistimiento, ya que el hecho de haber gatillado con su arma en la cabeza del damnificado Gómez implicó de su parte la completa realización de los actos ejecutivos tendientes a ocasionar la muerte de éste último, la que —como se sabe— no llegó a concretarse en virtud de no haber salido el disparo en cuestión: es decir, por circunstancias totalmente ajenas a su voluntad.

En tal sentido, debo recalcar finalmente que si bien tiene razón la defensa cuando recuerda que antes de dispararle a la pierna del damnificado el acusado Gómez les dijo “ustedes por acá no pasan más, porque sino les vamos a pegar un tiro en la pierna”; lo cierto es que también surge de las declaraciones testimoniales prestadas durante la audiencia de debate, y sobre cuyo contenido me he explayado detalladamente en los puntos d) a g) del acápite anterior de este mismo voto, que Norberto Gómez le dijo a Javier Gómez —por un lado— que le iba a disparar en la cabeza y, por el otro, que en opinión del testigo Ramos, atento todas las peleas que se habían sucedido con anterioridad entre esas dos personas, verdaderamente “tendría que haber un finado acá”. Ello, máxime si se recuerda que el mismo recurrente planteó de manera sistemática sus dudas respecto a cuál había sido la causa primigenia del enfrentamiento entre los dos Gómez.

Estos últimos extremos probatorios confirman así la idea de que efectivamente en este caso ha existido primeramente una conducta ajustada al tipo penal del homicidio simple (cfr. el art. 79 del CP), en grado de tentativa (de acuerdo con el art. 42 del CP) —y sobre la que



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TOI/CNCI

luego analizaré la posibilidad de agravarla según lo dispone el art. 41 *bis* del CP—, y a la cual luego se adunó una segunda conducta independiente respecto de la primera —al concretarse el destrabe del arma en cuestión, previo agotamiento del accionar desplegado en forma previa por el señor Norberto Gómez— que produjo las lesiones tipificadas en el art. 90 del CP; descartándose de este modo la posibilidad de que haya existido aquí una única conducta, o sea una unidad de acto, e imponiéndose consecuentemente con ello la figura del concurso real entre ambas (cfr. el art. 55 del CP).

e) Lo sostenido en el punto anterior, en cuanto se afirmó allí la existencia de un accionar constitutivo de un homicidio simple en grado de tentativa, impone acoger positivamente aquí el argumento expuesto por el impugnante, en lo relativo a la aplicación de la figura de **las amenazas coactivas agravadas por el uso de arma**; ello, toda vez que éstas deben ser analizadas a la luz de los dos (2) hechos referidos en el punto precedente.

En efecto, si se tienen en cuenta los hechos tal y como fueron probados al término del debate, conjuntamente con las consideraciones ya volcadas en lo que hacen a las figuras típicas del homicidio simple tentado y de las lesiones graves (cfr. los arts. 79, 42 y 90 del CP), no hay dudas entonces que por aplicación del principio de unidad de hecho —y más allá de los otros cuestionamientos articulados por la defensa, tendientes a criticar el carácter típico de las frases o su condición de coactivas— ese mal grave se concretó puntualmente en las agresiones; las cuales resultaron ser prácticamente concomitantes con la frase “...ustedes por acá no pasan más, porque sino les vamos a pegar un tiro en las piernas...”, la que fue expresada por el acusado Gómez para referir en forma intimidante que no podían transitar más por ese sitio, toda vez que lo consideraba como su zona, lo que generó que el damnificado Javier Gómez cuestionara ese proceder.

Así las cosas, tal frase perdió su significado autónomo; lo que impone consecuentemente descartar de plano la aplicación de la figura típica en cuestión, de conformidad a como fue oportunamente requerido por la parte recurrente.

f) Ahora bien, en lo que tiene que ver con el cuestionamiento desarrollado respecto a la figura típica de la **portación de arma de uso civil sin la debida autorización**, entiendo que también deberá rechazarse su utilización en el presente caso, aunque por motivos distintos a los expuestos por el recurrente.

1) Es que si bien la argumentación de la defensa, tal y como ya he dado cuenta anteriormente, se ha encaminado en este punto a sostener el carácter meramente instrumental y subsidiario que tendría el tipo consistente en portar un arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal en relación con la producción de las lesiones graves aquí ocasionadas (cfr. los arts. 189 *bis*, segundo apartado, tercer párrafo, y 90 del CP, respectivamente), lo que debería llevar a configurar –de acuerdo con los hechos acreditados en autos y según su opinión– un concurso aparente entre ambos; lo cierto es que –a mi modo de ver las cosas– no corresponde adentrarse en el tratamiento de dicha problemática cuando existe en forma previa una carencia probatoria sobre un punto esencial que hace al núcleo del tipo penal en cuestión: me refiero, claro está, a la clase de arma de fuego empleada por el acusado para acometer los hechos objeto de discusión.

En efecto, como bien puede advertirse sin mayores dificultades a partir de la prueba producida durante la audiencia de juicio oral y público, no ha sido posible establecer con certeza qué tipo de arma de fuego empleó el acusado, pues ninguno de los testigos fue conteste ni categórico en relación con este aspecto (sobre tal asunto se limitaron simplemente a indicar que se trató de una pistola) y, al mismo tiempo, el allanamiento practicado a dichos fines durante la instrucción no tuvo un resultado positivo. Por lo demás, a igual conclusión negativa se arribó también en el informe practicado a fs. 59/61.

Pero, a pesar de la orfandad probatoria reinante en este punto, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 25 de Capital Federal aplicó a este respecto la figura menos leve: esto es, la portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal; en el entendimiento de que, como en este caso, no podía acreditarse el uso de un arma de guerra, entonces dicha circunstancia necesariamente debía conducir –por



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TO1/CNCI

descarte y por revestir un carácter subsidiario la primera de las figuras mencionadas en este mismo párrafo— a calificar a tal conducta como constitutiva del delito de portación de un arma de uso civil sin la debida autorización legal.

2) Ahora bien, en mi opinión, esa solución no es acertada si se tiene en cuenta el cuadro probatorio ya descrito, a la luz de las reglas generales que rigen el proceso penal y el principio constitucional del *in dubio pro reo* que nace del art. 18 de la Constitución Nacional (CN).

Es que, como se sabe, el proceso penal no es otra cosa más que un actuar coordinado, concatenado y sucesivo; o sea una actividad convergente y progresiva, que actúa como puente entre el delito y la sanción. Es decir, convierte a la imputación en una concreta punición. Asimismo, en su interior puede detectarse la presencia de tres poderes característicos, en cabeza de tres sujetos distintos, los que justamente dan origen al mencionado actuar, y cuya intervención es absolutamente necesaria en todo proceso penal: me refiero claro está, al juez, en cuya cabeza recae la jurisdicción; al acusador (público o privado) que tiene a su cargo la acción; y finalmente al imputado, quien goza del poder de excepción.

Del ejercicio de esos tres poderes, efectuado de conformidad con las normas procesales penales que le brindan a estos tres sujetos atribuciones y sujeciones, a veces facultativas y otras imperativas, se puede deducir consecuentemente la existencia de una relación dialéctica entre una tesis (acusación), una antítesis (defensa) y una síntesis (decisión del magistrado), que garantiza el cumplimiento de la orden constitucional por la cual “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin un juicio previo...” (art. 18 de la CN); entendiéndose acá al juicio previo como una expresión lógica (fruto de esa relación dialéctica), o sea razonada y fundada, a la cual podrá arribar el juez interviniente en virtud del choque de ideas ocurrido entre las partes (el acusador y el acusado), que se conoce a su vez como principio de contradicción, y siempre que se respete al mismo tiempo la regla de la congruencia.

Y es precisamente también que, como resultado del mecanismo previamente explicado, se arriba igualmente a aquello que denominamos

la “verdad procesal”, a la cual debe necesariamente ajustarse el magistrado al momento de ejercer su poder jurisdiccional; so pena, en caso contrario, de dictarse una decisión infundada por carecer de una debida correspondencia con los hechos cuya acreditación tuvo lugar durante el proceso.

De allí que, en consecuencia, siguiendo tales directrices, a la luz de aquello que no pudo tenerse por probado –es decir, si se trató de un arma de uso civil o bien una de guerra–, corresponde como una derivación lógica del principio constitucional del *in dubio pro reo* descartar la aplicación tanto de la figura de portación de arma de uso civil sin la debida autorización legal, como así también de aquélla que se condice con la portación de un arma de guerra.

g) Resta analizar en lo que a este agravio se refiere la aplicación o no de la **agravante regulada por el art. 41 bis del CP** y, eventualmente también, su declaración de inconstitucionalidad.

1) En primer término debo señalar que, al momento de interponer su respectivo recurso de casación, el impugnante ha centrado –en realidad– su argumentación y petición exclusivamente en la declaración de inconstitucionalidad de la agravante en cuestión (véase a este fin el punto III del acápite titulado “Agravios” que integra el libelo procesal de fs. 1008/1025); siendo que con posterioridad, en término de oficina, el defensor ante esta dependencia judicial ratifica dicho planteo y requiere asimismo, con carácter subsidiario y mediante cita de dos precedentes de la actual Cámara Federal de Casación Penal, la no aplicación de la mentada agravante, denunciando a tal fin una violación al *ne bis in ídem* por haber sido el arma de fuego utilizada por su asistido la misma que se empleó también como medio para acometer contra la persona de Javier Gómez (léase el punto III de la presentación que luce a fs. 1042/1045vta.).

Ahora bien, en lo que tiene que ver específicamente con la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del art. 41 bis del CP, la defensa argumentó que dicha petición debía acogerse favorablemente en virtud de afectarse el principio de legalidad, dado que la aludida agravante –en su opinión– no respeta el mandato de *lex certa* derivado de



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TOI/CNCI

ése (cfr. los arts. 18 de la CN, 8.1 y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.1 y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En tal sentido, se destaca que la agravante es de naturaleza genérica; es decir que no se encuentra vinculada puntualmente con ninguna conducta típica de la parte especial del CP, lo que no hace sencillo determinar a qué tipos penales concretos puede aplicarse. De igual modo, se recuerda también que la norma debe ser clara y cierta para su destinatario, o sea para el ciudadano común; y que las dudas en relación a su texto se originan en una inadecuada técnica legislativa, más allá de que la intención del legislador ha sido clara: esto es, generar una mayor prevención en los delitos de homicidio, cometidos por lo general con armas de fuego.

Finalmente, la parte recurrente cita doctrina en relación con los problemas que supondría la aplicación de las llamadas agravantes genéricas y, en particular, transcribe una serie de pasajes correspondientes al voto de la mayoría, conformada por los jueces Pérez Barberá y Gilardoni, ambos integrantes de la Cámara de Acusación cordobesa, dictado en el marco de la causa “Arce, José Alberto p.s.a. homicidio agravado por el art. 41 *bis*” (expediente “A-63/08”) con fecha 26 de junio de 2009.

En dicha sentencia se afirmó que el segundo párrafo del art. 41 *bis* del CP, el cual prohíbe aplicar la agravante en cuestión –esto es, el empleo de un arma de fuego– cuando ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito al cual se pretende agravar, genera serias dudas sobre la posibilidad de que ello sea posible en relación con alguna figura típica específica de la parte especial del CP. Ello es así, dado que una interpretación sistemática de ese cuerpo normativo impone recurrir a lo establecido por el art. 104 del CP; en cuanto ése castiga con pena de prisión de uno (1) a tres (3) años solamente a aquél que dispara contra una persona y no la hiere o le causa una lesión leve, quedando absorbido ese tipo penal si media una herida mortal o de una entidad mayor a leve (o sea grave o gravísima).

Que por esta razón, entonces, se concluye en dicho fallo que la mentada agravante no puede aplicarse a las figuras típicas del homicidio, ya sea doloso o culposo, y a las de las lesiones dolosas, ya sean éstas leves, graves o gravísimas; siendo que el problema aquí es la indeterminación que existe en relación con la extensión de la norma analizada, lo que conduce a una afectación del principio de *lex certa*.

2) Concluida la reseña de los motivos incoados por el recurrente relativos a este planteo, comenzaré primero con el tratamiento de los argumentos encaminados a obtener la declaración de inconstitucionalidad del art. 41 *bis* del CP, recordando a tal fin la operatividad aquí del ya citado principio dispositivo consagrado en el art. 445 del CPPN; motivo por el cual, me limitaré a contestar sólo los argumentos planteados a este fin por el recurrente.

Así las cosas, aclarado este extremo, debo indicar en primer lugar que de conformidad a cuanto ya he sostenido en otros precedentes (véase a este fin –entre otros– la causa n° CCC 38294/2012/TO1/CNC1, caratulada “Juárez Brian Ezequiel s/ robo con armas”, reg. n° 691/2016, resuelta por la Sala 1 de esta Cámara Nacional de Casación con fecha 1° de septiembre de 2016) la tipificación de determinadas conductas, la determinación de la clase y/o del monto de pena a aplicar en dichos casos, así como también la inclusión de ciertas circunstancias como agravantes o atenuantes de tales figuras penales, son todas decisiones propias del Congreso de la Nación que, como tales, no pueden ser analizadas bajo una perspectiva de conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador, siempre y cuando se mantengan dentro del ámbito propio de sus funciones (cfr. CSJN *Fallos* 257:127; 293:163; 300:642; 301:341; 314:424).

Asimismo, en dicho precedente –de acuerdo con lo que ya había afirmado antes en la causa n° 43506/2012/TO1/CNC1, registro n° 400/16 de la Sala 3 de esta cámara–, recordé “...que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha manifestado que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TO1/CNCI

promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la ley fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, por lo que únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable, tiende a hacerse lugar a la declaración de inconstitucionalidad de una norma. [...] De igual manera, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha precisado, como regla de interpretación de las leyes, que debe darse pleno efecto a la intención del legislador (*Fallos 302:973*), y que la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra misma de la ley (*Fallos 299:167*); de manera tal que los jueces no pueden sustituir al legislador sino que deben aplicar la norma como éste la concibió (*Fallos 300:700*). Asimismo, las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras que emplean sin violentar su significado específico (*Fallos 295:376*); máxime cuando aquél concuerda con la aceptación corriente en el entendimiento común, con la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (*Fallos 312:311*, considerando 8º), evitando darle así un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando, como valedero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (*Fallos 1:297*, considerando 3º; *312:1614*; *321:562*; *324:876*; entre otros)”.

3) Ahora bien, la defensa se agravia del citado art. 41 *bis* del CP porque sostiene que la agravante allí tipificada viola el principio de legalidad, dado que no cumple con el mandato constitucional que impone certeza y precisión al momento de tipificar conductas penales.

Al respecto, debo destacar que de acuerdo a los criterios antes citados, establecidos por nuestro último intérprete constitucional, más allá de la técnica legislativa escogida y de la conveniencia o no de la inclusión dentro de nuestro CP de la agravante en cuestión, lo cierto es que resulta posible darle a ésa un alcance claro y preciso que se ajuste al referido mandato constitucional.

De igual manera, me parece importante recordar aquí que el mentado principio de legalidad –en función del alcance que posee– se

encuentra atravesado siempre por los problemas propios de todo lenguaje, y a los cuales éstos no pueden escapar jamás: esto es, la ambigüedad y la vaguedad.

De allí que entonces –repito: más allá de la posibilidad que había de emplear tal vez una mejor técnica legislativa y/o de su acierto– se impone aquí, como en tantos otros muchos supuestos, un análisis del artículo en cuestión que supere los problemas propios de todo lenguaje. Ello, a la luz de los ya explicados criterios interpretativos que toman a la intención del legislador (*Fallos 302:973*) y a la letra misma de la ley como su primera fuente para determinarla (*Fallos 299:167*); de manera tal que los jueces no sustituyan al legislador sino que apliquen la norma como éste la concibió (*Fallos 300:700*).

Ahora bien, antes que nada advierto que el primer párrafo del art. 41 *bis* del CP contempla tres elementos fundamentales para que pueda aplicarse la agravante en cuestión a cualquier delito tipificado por dicho cuerpo normativo: α) la violencia contra las personas; β) la intimidación contra las personas; γ) mediante el empleo de un arma de fuego. Asimismo, debe destacarse que las dos primeras opciones son disyuntivas: esto es, puede configurarse la violencia o bien la intimidación; pero siempre es ineludible que cualquiera de esos dos extremos se dé contra un ser humano. Y finalmente, tanto una como otra circunstancia –es decir, la violencia o la intimidación– deben originarse en virtud de la utilización de un arma de fuego.

Aclarados los requisitos básicos exigidos por la referida agravante, al analizarse éstos en forma conjunta con la disposición contemplada en su segundo párrafo (que veda su aplicación cuando tales circunstancias ya formen parte del tipo penal como elemento constitutivo o calificante de éste) no hay dudas entonces que la situación configurada, a los efectos de que pueda ser agravada legítimamente en los términos del citado art. 41 *bis* del CP, requiere de dos clases de infracciones penales diferentes: por un lado, una infracción de resultado (por ejemplo, la que ocurre con un homicidio, unas lesiones, etc.) y, por el otro, una de peligro.

Precisamente a esta clase de infracción hace referencia el codificador cuando reguló dicha agravante, desde el momento en que se



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TO1/CNCI

exige para ello la causación con un arma de fuego de una situación de violencia o de intimidación en la víctima. De allí consecuentemente el plus que origina el aumento en la sanción, porque en definitiva no sólo se castiga la infracción de resultado sino que justamente se sanciona también –con más pena– la configuración en forma simultánea de una situación de peligro, a partir del empleo de un arma de fuego que motiva al mismo tiempo la intimidación o violencia en la víctima.

Este último aspecto es, asimismo, el que permite descartar –a mi modo de ver las cosas– la interpretación que la defensa presenta también en su respectivo recurso; remitiéndose al ya nombrado precedente jurisprudencial de la provincia de Córdoba, y por el cual se descartaba la aplicación de la agravante, a la luz de la figura tipificada en el art. 104 del CP. Es que efectivamente, a diferencia de lo establecido en este último tipo penal, en la agravante bajo estudio existe un plus a raíz de la configuración en el caso de una situación de violencia o intimidación en la víctima, los cuales no están contemplados por el tipo penal del abuso de armas.

De allí que, en consecuencia, entiendo que no se tratan de situaciones directamente comparables; lo que me lleva a sostener que la inserción de sendas figuras dentro de nuestro CP no genera una incompatibilidad que lleve a su mutua exclusión, en línea con el criterio de nuestra CSJN ya reseñado previamente y por el cual se sostiene que la interpretación de las normas debe hacerse evitando una pugna entre sus disposiciones y buscando conciliarlas (*Fallos* 1:297, considerando 3º; 312:1614; 321:562; 324:876; entre otros).

Que en mérito entonces a tales consideraciones, y teniendo en cuenta la argumentación desplegada por el recurrente al plantear la inconstitucionalidad del art. 41 *bis* del CP, entiendo que debe rechazarse este planteo.

4) Fijado el criterio que debe sostenerse para interpretar la nombrada agravante, y descartada así la posibilidad de declarar su inconstitucionalidad por violación al principio de legalidad, toca el turno ahora de precisar si tal agravante puede ser aplicada o no al presente caso.

Lo primero que debo decir aquí es que se encuentra plenamente acreditado en autos, y de igual manera no ha sido cuestionado por el recurrente, el empleo de un arma de fuego por parte del condenado, lo que impone analizar entonces si el empleo de dicha arma –además de haber sido utilizada como medio para cometer la infracción de resultado: en este caso puntual, la tentativa de homicidio y las lesiones graves– ha implicado una situación de intimidación o amenazas para la víctima, operando entonces como una infracción de peligro.

Luego, teniendo en cuenta la prueba producida durante la debate, y cuyo tratamiento ya he abordado más arriba, no hay dudas que a partir de la declaración prestada por el testigo Ramos –en particular en cuanto ése destaca que el condenado apuntó con su arma “para todos lados”– se produjo una situación de intimidación, es decir un miedo o temor en los allí presentes (entre ellos, la víctima Gómez) que los llevó a no moverse del lugar donde se encontraban, motivada precisamente en el empleo de la referida arma que, como tal, constituyó entonces una infracción de peligro en los términos ya indicados con anterioridad.

En consecuencia, tratándose así de dos infracciones diferentes es que corresponde rechazar el argumento de la defensa, en cuanto ésa sostuvo una afectación aquí al principio del *ne bis in ídem*. En efecto, ello es así porque precisamente estamos –como ya expliqué– ante un mismo hecho que acarrea dos clases de infracciones penales diferentes: la de resultado, por una parte, y por otra la de peligro.

Finalmente, no corresponde que me adentre a analizar la aplicación de esta agravante en relación con las amenazas coactivas, atento lo señalado precedentemente respecto a esta figura típica.

5) Por estas razones es que considero que sí debe aplicarse al presente caso la agravante genérica regulada por el art. 41 *bis* del CP y adicionalmente, como una consecuencia lógica de ello, rechazar el planteo de inconstitucionalidad que ha excitado el impugnante en su recurso de casación en relación precisamente con dicha norma del código penal argentino.

h) Que en atención a lo que ya he indicado en este mismo acápite, soy de la opinión que la reconfiguración típica, aquí propiciada, de los



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TOI/CNCI

hechos que oportunamente se tuvieron por acreditados impone una revisión amplia y completa del monto de pena que en su momento fijó el Tribunal Oral en lo Criminal n° 25 de esta ciudad, dado que el principio rector en esta materia es la culpabilidad por el hecho (cfr. el art. 18 de la CN).

Por esta misma razón, con el objeto de aventar cualquier temor de parcialidad, dicha labor deberá ser llevada a cabo por otro tribunal oral, el que se designará mediante sorteo de estilo, y previa celebración ante esa sede de una audiencia contradictoria entre las partes; en la cual se tendrá que debatir entonces –entre el Ministerio Público Fiscal y la defensa técnica del condenado– no sólo el monto de la pena a fijar, sino también la modalidad de ejecución de ésta e igualmente, con carácter eventual, la posible imposición al señor Norberto Gómez de determinadas reglas de conducta (cfr. los arts. 26, 27 *bis*, 40, 41, 41 *bis*, 42, 44, 55, 79 y 90 del CP).

VI. En mérito a los fundamentos aquí expuestos es que propongo al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la defensa y, en consecuencia, casar la sentencia condenatoria recurrida, en lo que hace estrictamente a los hechos acreditados en autos como constitutivos de los delitos de portación de arma de uso civil sin la debida autorización legal (cfr. el tercer párrafo del segundo apartado que integra el art. 189 *bis* del CP) y amenazas coactivas agravadas por el uso de armas (cfr. los arts. 149 *bis*, segundo párrafo, y 149 *ter*, inciso primero, del CP); y disponer el reenvío, en tal sentido, de las presentes actuaciones a un nuevo tribunal, a fin de que –previa audiencia contradictoria entre las partes– determine la pena que corresponde imponer al condenado, de conformidad con la calificación legal aquí confirmada a los restantes hechos, además de la modalidad de ejecución de ésta y la eventual aplicación de reglas de conducta al señor Gómez. Sin costas, dada la solución aquí propiciada (arts. 456 inc. 1°, 465, 468, 469, 470, 530 y 531 del CPPN).

Tal es mi voto.

El juez Luis M. García dijo:

1. Viene recurrida la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal n° 25 por la que se condenó a Norberto Raúl Gómez a la pena de ocho años de prisión de efectivo cumplimiento como autor de los delitos de homicidio agravado por su comisión con arma de fuego en grado de tentativa, en concurso real con portación de arma de uso civil sin autorización legal y con amenazas coactivas agravadas por el uso de armas, en concurso real con lesiones graves (confr. sentencia de fs. 974/975 y fundamentos de fs. 977/1007).

1.a En primer lugar la defensa critica la reconstrucción del hecho llevada a cabo en la sentencia por el Tribunal Oral, cuyos fundamentos considera no satisfacen las exigencias de los arts. 123 y 404 CPPN, y en definitiva solicita la absolución de su asistido por imperio del art. 3 CPPN. Se queja de que únicamente se ha contado con los relatos de dos de los testigos presenciales del hecho imputado a Norberto Raúl Gómez: el damnificado Javier Gómez y su suegro Carlos Daniel Ramos, no obstante de que éstos habían declarado que se encontraban presentes otras personas en el lugar. Aduce entonces que esa “precaria e insuficiente recolección de pruebas por parte de los preventores (...) se traduce en absoluta orfandad probatoria”.

Aunque la recurrente alega que el *a quo* ha incurrido en arbitrariedad en la valoración de la prueba, y argumenta que el motivo cae en el segundo inciso del art. 456 CPPN, sus argumentos no sustentan un caso de arbitrariedad de sentencia, sino que traducen una censura sobre el modo de valorar la prueba. De modo que la revisión de la sentencia de condena debe llevarse adelante según los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso de Fallos: 328:3399 (“*Casal, Matías Eugenio*”) que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de revisar, o sea de agotar la revisión de lo revisable (confr. considerando 23 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt, y considerando 12 del voto de la jueza Argibay). La jurisdicción de revisión debe circunscribirse a los agravios presentados y no implica una revisión global de oficio de la sentencia (art. 445; *vide* también consid. 12, párrafo 5, del voto de la jueza Argibay en ese caso).



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TO1/CNC1

1.b Subsidiariamente, en el recurso de casación se alega que en la sentencia se han calificado erróneamente los hechos de la acusación. En síntesis, la defensa pretende que se anule la condena por los delitos de tentativa de homicidio, portación de arma de fuego de uso civil y amenazas coactivas agravadas por el empleo de un arma. Solicita entonces que se case la sentencia recurrida y, en definitiva, se condene a su asistido por la comisión del delito de lesiones graves en perjuicio de Javier Gómez.

Este segundo motivo de agravio invocado por la defensa encuadra sin esfuerzo en el inc. 1º del art. 456 CPPN, y aunque ciertas impugnaciones guardan relación con cuestiones fácticas de la acusación, que no caen estrictamente en alguno de los dos supuestos de esa disposición, por tratarse de una sentencia de condena, la revisión procede también con el alcance de la doctrina de la Corte Suprema sentada en el caso de Fallos: 328:3399 (*"Casal, Matías Eugenio"*).

1.c En tercer orden, la recurrente solicita se declare la inconstitucionalidad del art. 41 *bis*, primer párrafo, CP. Invoca que la circunstancia agravante a la que califica de "genérica" es contraria al principio de legalidad que se infiere del art. 18 CN.

La impugnación de inconstitucionalidad del art. 41 *bis* CP, fue introducida oportunamente y rechazada en la sentencia por unanimidad, por lo que la admisibilidad de este motivo de agravio del recurso se juzga según el art. 474 CPPN.

1.d En su presentación durante el plazo de oficina, el Defensor Público de Norberto Raúl Gómez que actúa ante esta Cámara ha introducido dos nuevos agravios no contenidos en el escrito de interposición del recurso de casación presentado por el Defensor Público de la instancia anterior.

Por un lado sostiene que el art. 41 *bis* CP habría sido erróneamente aplicado al caso, y por otro califica de arbitraria la determinación de la pena impuesta a su asistido, alegando inobservancia de los arts. 40 y 41 CP, y de los requisitos de fundamentación exigidos por los arts. 123, 398 y 404, inc. 2, CPPN.

Ningún cuestionamiento de este tipo había sido traído en el escrito de interposición del recurso de casación de fs. 1008/1025.

Como he señalado reiteradamente, una vez admitido a trámite el recurso, éste está regido por el art. 445 CPPN, que ciñe la jurisdicción de revisión del tribunal *ad quem* “sólo en cuanto a lo puntos de la resolución a que se refieren los motivos del agravio”. Éstos se definen en el escrito de interposición. La ley no permite que, una vez interpuesta y concedida la impugnación, el recurrente introduzca nuevos motivos de agravio, limitación que rige tanto en el trámite de los recursos regulados por los arts. 465 y 466, como en el trámite de autos o decretos equiparables a las sentencias definitivas regulado por el art. 465, en conexión con el art. 454, tercer párrafo, CPPN (cfr. Sala 1, causa n° 69.237/2014, “*Altamirano, Héctor Daniel*”, sent. de 26/05/15, reg. n° 100/2015; y causa n° 27.528/2003, “*Pisarro, Marcelo Oscar*”, sent. de 24/09/15, reg. n° 484/2015; entre muchas otras).

La recurrente no ha justificado concretamente por qué razón esta Sala debería hacer excepción a esa regla general, y tratar también los nuevos motivo de agravio introducidos por primera vez en el plazo de oficina. Evoco mis recientes intervenciones en las que desarrollé las razones por las que entiendo que una dispensa de la introducción en forma temporánea de los agravios no se infiere de la doctrina del caso publicado en Fallos: 328:3399 (“*Casal, Matías Eugenio*”), ni tampoco puede inferirse del de Fallos: 333:405 (“*Baldivieso, César Alejandro*”). A esas intervenciones me remito (confr. causa n° 46.935/2014, “*Benítez, Julio Alberto*”, sent. de 26/09/2018, Reg. n° 1.191/2018, y causa n° 67.556/2013, “*Monteros, Guillermo Alfredo*”, sent. de 27/09/2018, Reg. n° 1.197/2018).

Desde esa comprensión adelanto que esta Cámara sólo puede abordar los agravios que afectarían la validez de la sentencia de condena, en la medida en que se trate de nulidades “que impliquen violación de las normas constitucionales”. Pues si tal clase de nulidades pueden ser declaradas de oficio en cualquier estado y grado del proceso (art. 168, segundo párrafo, CPPN), debe admitirse que los recurrentes puedan llamar la atención a esta Cámara sobre tales nulidades en el plazo de



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TOI/CNCI

oficina, aunque no hubiesen constituido un motivo de agravio al momento de la interposición del recurso, porque oponer un obstáculo de inadmisibilidad en ese restringido campo sería contrario a la razón de ser del art. 168 CPPN. Así, p. ej., he admitido que al emprender el examen de admisibilidad de agravios introducidos por primera vez en el plazo de oficina, no obstante su introducción tardía, esta Cámara está habilitada a examinar alegaciones de violaciones a la prohibición *ne bis in idem*, o de infracción al principio de congruencia entre acusación y sentencia (confr. mi voto en causa 22.687/2013, “*Bustos, Mónica A. y otro*”, en esta Sala I, sent. de 28/12/2016, reg. n° 1037/2016).

Ahora bien, la defensa no ha justificado concretamente por qué razón esta Sala debería hacer excepción a esa regla general, y tratar también los nuevos motivos de agravio introducidos por primera vez en el término de oficina (fs. 1042/1045), de modo que entiendo inadmisibles esas introducciones. De tal suerte, no corresponde examinar la queja de la pretendida errónea aplicación al caso del art. 41 *bis* CP y la alegada arbitrariedad en la determinación de la pena, sin perjuicio del efecto que podría tener lo que diré sobre la corrección de la calificación legal establecida en la sentencia.

2. El *a quo* ha apoyado su convicción sobre la existencia de los hechos de la acusación y sus circunstancias en las declaraciones testimoniales del damnificado Javier Gómez y de Carlos Daniel Ramos - padre de la pareja del primero-. Ha apreciado sus relatos como creíbles y pormenorizados y que permitían reconstruir lo ocurrido, descartando que se tratase de testigos interesados. Determinó que éstos poseían una especial motivación para hacer conocer la verdad y la responsabilidad del imputado, que se derivaba del anhelo legítimo de toda víctima, y no de un sospechoso interés en imputar a quien no habría tenido vinculación alguna con el suceso.

Explicó además que, en todo caso, las circunstancias de la evocación que pudieran haberse diluido por el transcurso del tiempo fueron ratificadas mediante el procedimiento que autoriza el art. 391 CPPN.

Sobre esta base relevó que ambos testigos habían sido contestes al afirmar que “se encontraban realizando tareas de traslado de materiales cuando se aproximaron a la vivienda del imputado y que éste encaró a la víctima reprochándole que pasara por allí. También han corroborado que Gómez entró a su domicilio y salió munido de un arma que en principio apuntó a la cabeza y gatilló sin lograr que saliera el proyectil. Indicaron además que luego probó contra el piso, consiguió disparar, tras lo cual apuntó a la pierna de la víctima y la hirió”, así como que “hubo un incidente producto de su paso por las inmediaciones del domicilio del imputado, que se cruzaron palabras, que Norberto Raúl Gómez buscó un arma para reforzar su posición con la que apuntó y gatilló contra la cabeza de Javier Gómez y que la bala no salió. También que luego apuntó a otros sectores que probó el disparo que logró hacer contra el suelo y para afianzar la amenaza, al momento de hacerla, disparó contra la pierna del damnificado causándole las lesiones ya determinadas”.

Según se afirma en la sentencia, esos tramos de la imputación fueron “reafirmados por los restantes testigos y convalidados por la prueba pericial que ha determinado la entidad y calidad de la lesión”.

También abordó el *a quo* las manifestaciones del damnificado en punto a que éste habría escupido y que “lo hizo para dar cuenta del modo en que se inició el contacto entre ambos, mas aclaró cuál fue el contenido de la amenaza y los más graves hechos que se produjeron antes y concomitantemente con ella”. Asimismo destacó que ambos testigos aludieron la existencia de roces previos con el imputado, pero que ello no implicaba una distorsión en la reconstrucción de lo sucedido a través de sus dichos.

Calificó como altamente ilustrativo el hecho de que “el imputado falló en su inicial propósito por razones atribuibles al defecto del arma y no a una voluntad distinta. La circunstancia de que tras haber apuntado a la cabeza de la víctima y gatillar sin conseguir el disparo, realizó maniobras tendientes a probar el mecanismo y que al lograr el disparo volvió a dirigir el arma hacia el damnificado, dan cuenta de que se trató de un fallo funcional que alteró el inicial designio”.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TOI/CNCI

Así tuvo por acreditado el hecho que la acusación había atribuido a Norberto Raúl Gómez.

2.1 A la luz de la prueba disponible y de lo que se puede conocer de los dichos de los testigos Javier Gómez y Carlos Daniel Ramos, no encuentro razón para establecer la existencia de una duda razonable acerca del modo en el que el *a quo* ha reconstruido los hechos de la acusación, que además coincide en lo sustancial con los fundamentos expuestos en el voto del juez Días (acápito IV).

La recurrente critica que tanto el damnificado Javier Gómez como su suegro Carlos Daniel Ramos, junto con Isabelino González Alcaraz, Alejandrina Gómez Rodríguez y Junior Gómez no habrían sido contestes en sus declaraciones en punto al origen de la incidencia que motivó el episodio investigado y a la secuencia de los hechos que culminaron con la lesión causada a Javier Gómez en su pierna.

Alega que el móvil de la agresión dirigida al Javier Gómez es un extremo dirimente para la resolución del caso, y aduce que ello repercute en la subsunción legal del hecho, dado que el tribunal *a quo* calificó los dichos anteriores y posteriores a los disparos causados por el imputado bajo la figura prevista en el art. 149 *bis* CP.

De tal forma, alega en primer lugar que no existe certeza de que, previo a los disparos, Norberto Raúl Gómez hubiese manifestado que “ustedes por acá no pasan más porque les vamos a pegar un tiro”, y que tampoco hay certeza de que luego de ellos hubiese dicho “ahora entendés lo que te decía”. Pretende que debe excluirse por defecto de prueba este tramo de la imputación dirigida en su contra. Subsidiariamente aduce que, de haber pronunciado tales frases, en modo alguno podrían haber generado temor en el damnificado, dada la actitud que éste asumió, en tanto fue éste quien inició una discusión con su asistido.

Para probar este extremo alega que de la declaración prestada por Carlos Daniel Ramos no se desprende con certeza que el origen del conflicto entre el imputado y el damnificado hubiese tenido origen en que éste último pasó por las inmediaciones del domicilio del primero. Evoca que el testigo manifestó que el conflicto era anterior, que se había

originado porque “se habían agarrado jugando a la pelota”, que “ya tenían un roce y se dio ese día que discutieron y pasó esto” y “que las amenazas siempre eran entre los dos”. Apunta la recurrente que en oportunidad de referirse al coimputado Darío Agustín Barrios el testigo expresó “seguramente que Darío [Agustín Barrios] habrá dicho esto”, es decir que no iban a pasar por las inmediaciones del domicilio de Norberto Raúl Gómez y que también amagaba con sacar un arma, “porque esto viene de hace años este problema, se dio que ahora pasó esto, porque acá tendría que haber un finado por todo lo que pasaba, pero ese ya viene el problema de hace rato y seguramente que cuando pasaban siempre amenazaban”.

Adicionalmente alega que el motivo de la pelea que ha tenido por probado el Tribunal Oral tampoco se desprende de la declaración de Javier Gómez, quien “ninguna alusión hizo (...) respecto a que la incidencia tuviera que ver con su paso por las inmediaciones del domicilio de [su] asistido”. En esta dirección, señala que en el marco del debate, Javier Gómez expresó que al momento de cruzarse con Norberto Raúl Gómez escupió sin querer y que éste pensó que lo hacía por él, por lo que entró a su casa y sacó un arma. Postula que el motivo de la pelea tampoco surge de los restantes testimonios brindados por Isabelino González Alcaraz, Alejandrina Gómez Rodríguez y Junior Gómez quien refirió que hirieron a su hermano porque “se cruzaron y lo miró mal”.

A juicio del Tribunal Oral, los testigos Javier Gómez y Carlos Daniel Ramos dieron un relato creíble y pormenorizado, descartando la existencia de parcialidad. Destacó que ambos fueron contestes al afirmar que hubo un incidente producto de su paso por las inmediaciones del domicilio del imputado y que la alegación del defensor en relación a que había sido el damnificado quien lo originó, si bien se desprende de los dichos de aquél, da cuenta del contenido de la amenaza recibida y los hechos que sucedieron antes y concomitantemente con ella.

Observo que la crítica de la defensa respecto a que no se habría determinado con exactitud el origen del problema preexistente entre el imputado y la víctima, está desprovista de impacto en la reconstrucción



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TO1/CNC1

global del hecho juzgado. La recurrente pretende justificar la importancia de acreditar este extremo en que habría sido dirimente para sustentar una cierta subsunción jurídica que se le ha dado al caso. Sin embargo no encuentro error en la ponderación que de este aspecto ha hecho el *a quo* en tanto ha valorado que -sea cual fuere el “origen de la incidencia”- lo cierto es que frente a un encuentro entre Norberto Raúl Gómez y Javier Gómez, el primero de ellos le ha proferido frases de contenido intimidante al segundo y ha empleado un arma de fuego para lesionarlo. En nada modifica la reconstrucción fáctica del caso la posibilidad de que hubiese sido el propio damnificado quien habría provocado el altercado a través de una conducta considerada desafiante por el imputado o si el conflicto entre estos sujetos se remontaba a sucesos anteriores. En cualquier caso, se trata de un acto de matonería en el que según la sentencia el imputado pretendía impedir que en adelante el señor Javier Gómez pasase por lo que el imputado demarcaba como su propio “territorio”. Agrego que no se alega, ni surge de los antecedentes del debate, que pudiera entrar aquí en consideración un eventual exceso en la causa o exceso en la defensa por desproporción del medio empleado porque ello habría requerido alegar y demostrar previamente la existencia de una agresión ilegítima de Javier Gómez a Norberto Raúl Gómez, lo que ni siquiera se insinúa.

Por lo demás, se advierte que la argumentación de la defensa es confusa, puesto que al tiempo que discute que no se habría demostrado el verdadero origen del conflicto pretende que no deberían tenerse por ciertas las frases de contenido intimidante que su asistido le profirió a Javier Gómez, sin explicar cómo el primer extremo implica o excluye al segundo.

2.2 Por otra parte, la recurrente cuestiona la sentencia en cuanto sostiene que previo al disparo que alcanzó al señor Javier Gómez en la pierna, el imputado le hubiese apuntado y gatillado en dirección a su cabeza, disparo que no se produjo por razones ajenas a su voluntad. Según su tesis los testimonios de Javier Gómez y Carlos Daniel Ramos no habrían sido contestes sobre este punto de la acusación; alega además que el fiscal habría direccionado su interrogatorio, para arribar a la

conclusión forzada de que Norberto Raúl Gómez apuntó el arma en dirección a la cabeza de Javier Gómez, conclusión que habría forzado con el fin de imputarle una tentativa de homicidio y, en consecuencia, postular la absolución del coimputado Barrios.

Afirma la defensa la existencia de contradicciones entre la declaración de Javier Gómez en sede judicial y el relato que dio más tarde en el marco del debate, en punto a si el imputado gatilló o no el arma en dirección a su cabeza. Alega que en su primera declaración indicó que “el Ruli comenzó a exhibirme el arma de fuego que tenía hasta que me apuntó en la cabeza y yo escuché un ruido, no sé si gatilló o simplemente cargó pero por suerte el disparo no salió”; mientras que en el debate manifestó que “para mí gatilló, yo escuché el ruido (...) por ahí no lo dije en su momento (...) sí gatilló”. Releva además la defensa que, en el marco del juicio, el testigo manifestó que no recordaba con exactitud si –tal como había expresado al declarar en la instrucción- el imputado le refirió que iba a pegarle un tiro en las piernas.

Sobre esta base arguye que no resulta razonable que la duda expresada por el testigo un mes luego de ocurrido el hecho en relación a estas dos cuestiones, transcurridos tres años se tradujera en certeza.

Sumado a ello la recurrente sostiene que el representante de la fiscalía también habría direccionado la declaración prestada por el testigo Carlos Daniel Ramos en el juicio, teniendo en cuenta la insistencia con que lo interrogó sobre las discrepancias existentes con la versión de los hechos que aquél aportara ante la policía y durante la instrucción, luego de manifestar que no reconocía su firma en la primera de ellas. A este efecto releva que, al ser preguntado si el imputado apuntó con el arma a alguna otra parte del cuerpo del damnificado, Ramos comenzó por decir “la verdad que no, fue algo muy ligero. Salió, todos nos corrimos, había seis personas más o menos que no citaron, que estuvieron con nosotros (...) Yo vi eso, que tiró uno al piso y uno a la pierna nada más”, y ante la alegada insistencia del fiscal relató que “puede ser que haya apuntado a la cabeza, sí porque [él] hizo varios movimientos. Habrá apuntado al pecho, a la cabeza, a varios lados (...) Él vino y apuntó a todos lados, no



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TOI/CNCI

sé si en ese momento no habrá salido el tiro como dice ahí pero él vino, apuntó a todos lados, tiró el tiro al piso y después le pega en la pierna”.

Continuó señalando la defensa que, leída su declaración prestada durante la instrucción, en la que había sostenido que el imputado “más allá de exhibirle el arma de fuego mientras nos amenazaba, se la colocó a la altura de la cabeza y apuntándolo efectuó una serie de movimientos, como que la movía mientras la empuñaba. Eso nos dio la sensación que había disparado pero el disparo no había salido, y por eso mismo él, después bajó el armamento y lo probó moviéndolo contra el piso, hasta que finalmente salió el disparo” y preguntado nuevamente por el fiscal, refirió que “hace el movimiento de arriba para abajo, y no salía, tira en el piso, porque él sale apuntando a donde sea (...) no sé por qué no tiró primero arriba cuando apuntó”.

Además se queja de que en sede judicial el testigo Ramos había hecho alusión a una participación activa en el hecho por parte de Barrios, versión que ratificó en el debate y que, sin perjuicio de ello, el fiscal optó por postular su absolución entendiendo que no existían elementos de prueba suficientes para incriminarlo.

El eje de la estructura argumental de la defensa reposa en la confrontación de la declaración de los testigos en la audiencia, con las que habían prestado en la etapa de instrucción.

Ahora bien, el art. 391, inc. 2, CPPN, autoriza la incorporación de las declaraciones de la instrucción de los testigos a fin de “demostrar contradicciones o variaciones entre ellas y las prestadas en el debate, o (cuando) fuere necesario ayudar la memoria del testigo”. Esta disposición no autoriza a suplir o reemplazar la versión aportada por el testigo en la audiencia, sino para esclarecer su declaración presente, o exponer las dudas sobre su idoneidad para formarse un juicio sobre algún aspecto del objeto del debate.

Según surge del acta de debate, el testigo Carlos Daniel Ramos manifestó que “no observó que [Norberto Raúl Gómez] lo apuntara [a Javier Gómez] en otra parte del cuerpo (...). No vio que se golpearan. (...) que podía ser que apuntara a la cabeza pero que en el presente no se encuentra seguro de ello (...) que [Norberto Raúl Gómez] apuntó hacia

todos lados pero no recordaba bien. (...) que [Norberto Raúl] Gómez hizo un movimiento y agregó que no podía especificar si Darío lo secundaba o lo estaba cubriendo”.

Consta en el acta del debate que se le leyó la declaración documentada a fs. 10 vta. (confr. fs. 953 vta.) en la que había relatado que: “fue detenida su marcha por una persona de sexo masculino del cual conoce como “RUNI” quien además se encontraba acompañado del cuñado de este de nombre DARIO, ambos domiciliados en el domicilio nombrado precedentemente desconociendo demás de estos, refiriéndole el primero de ellos que no pasaran más por ese lugar, por lo que el dicente le contestó que se encontraban trabajando y que debían hacerlo, ingresando rápidamente RUNI al interior de la finca saliendo de manera inmediata portando en su mano una pistola con la cual hizo un primer disparo hacia el suelo para luego apuntar en la cabeza de su compañero accionándole el gatillo, disparo el cual afortunadamente no salió, efectuando otra detonación la cual impactó en la cara frontal de la pierna izquierda a la altura inferior del muslo, atinando el dicente en un primer momento a auxiliar a su compañero JAVIER el cual emanaba abundante sangre de su pierna, recordando que el masculino RUNI no dejaba un solo momento de referirles amenazas tales como “no pasen más o los cago a tiros”, logrando retirarse del lugar” (SIC). Observo que al cabo de la lectura en la audiencia el testigo afirmó que lo leído concuerda con su declaración. Observo asimismo que no hay constancia en el acta de que la defensa hubiese confrontado o pedido explicaciones al testigo en punto a que el imputado había apuntado a la cabeza de Javier Gómez “accionándole el gatillo”.

Respecto del damnificado Javier Gómez, el tribunal *a quo* relevó que al momento de declarar en el debate manifestó “[q]ue [Norberto Raúl Gómez] venía apuntando con un “fierro”, se la puso en la cabeza, tiró al piso y después le disparó en la pierna. (...) Que disparó una vez al piso y otra en la pierna después de ponerla en su cabeza. Que gatilló en su cabeza y el dicente escuchó un ruido. Que estaba con el cuñado Darío, al que señaló en la sala, quien lo estaba “segundeando”. (...) dijo que a su entender gatilló. Que no hizo referencia a si le iban a disparar en



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TO1/CNC1

otras partes del cuerpo y no recordaba con precisión tampoco que lo de “pegar tiros en las piernas”.

En atención a ello tuvo por acreditado, en lo que aquí interesa, que Norberto Raúl Gómez “apuntó a la cabeza de Gómez y gatilló pero el disparo no se produjo. Norberto Raúl Gómez la volvió a gatillar, probándola, y esta vez s[í] salió el disparo, que terminó impactando en el piso, entonces volvió a apuntarle a Javier Gómez, le disparó y el proyectil impactó en su pierna izquierda”.

Consideró que esta reconstrucción se sostenía en las versiones del testigo Carlos Daniel Ramos y el damnificado Javier Gómez, cuyos relatos juzgó contestes en cuanto a que “Norberto Raúl Gómez buscó un arma para reforzar su posición con la que apuntó y gatilló contra la cabeza de Javier Gómez y que la bala no salió” y que “los parciales tramos que pudieron observar en el momento o conocer con posterioridad fueron reafirmados por los restantes testigos y convalidados por la prueba pericial que ha determinado la entidad y calidad de la lesión”.

La defensa tuvo oportunidad de interrogarlos o pedirles explicaciones acerca de ese recuerdo y los testigos han persistido en su versión de los hechos. No veo pues que el *a quo* hubiese incurrido en defecto de sana crítica por haberse formado convicción respecto del hecho de la acusación a partir de las declaraciones de estos testigos con las aclaraciones pertinentes.

Por lo expuesto, concuro a la solución propuesta por el juez Días en el acápite IV de su voto, en cuanto propone rechazar el recurso de casación en cuanto hace al primer motivo de agravio allí presentado.

3. De modo subsidiario, la recurrente pretende se califique el hecho imputado a su asistido como constitutivo de lesiones graves; según su tesis, se habría afirmado erróneamente la existencia de un concurso real entre las lesiones graves y la tentativa de homicidio agravado por el uso de arma de fuego, con la portación no autorizada de arma de uso civil y amenazas coactivas agravadas por el uso de un arma.

En síntesis plantea que ha existido una única conducta, con un fin puntual, llevada a cabo en idénticas circunstancias de modo, tiempo y

lugar que no puede escindirse para conformar una imputación bajo los cuatro títulos mencionados. Alega que existe una superposición temporal y material que engloba el tener consigo un arma, el supuesto ataque a la vida, el proferir frases intimidantes y el disparo hacia la pierna de Javier Gómez, en un mismo sustrato fáctico que a su juicio debe calificarse únicamente como un supuesto de lesiones graves.

3.1 Concuero en lo sustancial con el voto del juez Días –acápite V apartado d- en cuanto ha rechazado los agravios de la defensa dirigidos a cuestionar la existencia de dolo de homicidio, por la que se pretende se descarte la atribución de homicidio en grado de tentativa a Norberto Raúl Gómez.

El dolo existe en el momento de la acción o no existe. La conducta posterior bajo ciertas condiciones puede ser indicio de que el dolo no existía al momento de la acción (confr. mi voto en causa n° 29.638/2013, “*Rojas, Javier David*”, Sala 1, sent. de 23/09/2016, reg. n° 750/2016), o puede ser indicio, también bajo ciertas condiciones, de revocación, modificación o desistimiento de la acción delictiva.

Se ha tenido por cierto que el imputado apuntó a la cabeza de Javier Gómez, gatilló, y el disparo no salió. Se trata de un acto que no ofrece equivocidad, pues dirigida el arma a corta distancia hacia la cabeza, con sólo apretar la cola del disparador (que en el lenguaje popular se designa como gatillo), si el agente conoce que el arma está cargada y es apta para disparar, se satisface el dolo de homicidio, porque con esa acción crea el riesgo para la vida de la persona a quien apunta a la cabeza. Atento a la zona apuntada que es el centro neurológico de todas las funciones vitales, es inaceptable la tesis de que sólo se habría representado la posibilidad de lesionar, pero no de matar.

El disparo no salió por algún defecto de funcionamiento del arma, y el imputado se sorprendió por su fracaso, porque probó el arma realizando un segundo disparo hacia el piso, que esta vez no fue fallido. Cuando se aseguró de ello, el imputado dirigió nuevamente el arma hacia la pierna y produjo un nuevo disparo, lesionando a Javier Gómez en ese miembro. Este disparo no suprime el dolo inicial de homicidio, porque la tentativa de homicidio se configuró cuando apretó por primera vez la



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TO1/CNC1

cola del disparador. En todo caso, el disparo ulterior que hirió al señor Javier Gómez puede ser tomado como modificación del plan inicial.

Esa modificación, como lo explica el juez Días, no es el desistimiento voluntario de la tentativa que libera de pena según el art. 43 CP, porque el desistimiento sólo es posible en caso de tentativa inacabada. En cambio, en la tentativa acabada frustrada no aplica la cancelación de la punibilidad de aquella disposición. La calificación de la tentativa como acabada o inacabada se define según el plan del autor, pues sólo cuando el autor ha hecho todo lo necesario según su plan para consumar el delito la tentativa ha de considerarse acabada. Sin embargo, el plan, que pertenece al plano de lo subjetivo, sólo puede reconocerse a partir de lo objetivo, y en particular, de los actos materiales de ejecución, de los medios empleados y de las circunstancias del obrar. Cuando el autor realiza actos materiales de ejecución con determinados medios y en determinadas circunstancias que *ex ante* bastan para la consumación del delito, y la consumación no se produce por circunstancias ajenas a su voluntad, entonces se trata de un caso de tentativa acabada. Sólo puede examinarse un supuesto de tentativa inacabada cuando la consumación no se alcanza por faltar todavía la realización de ciertos actos ejecutivos. En el supuesto de hecho probado en la sentencia, el imputado apuntó con su arma cargada a la cabeza de Javier Gómez, apretó la cola del disparador, y el disparo no salió. Para la consumación del homicidio no restaba todavía ningún acto ejecutivo material; éste no se consumó porque el mecanismo del arma o el del proyectil fallaron. En otros términos, no es un supuesto de hecho en el que la muerte no se produjo porque todavía faltaba hacer algo para su ejecución, sino uno en el que se hizo todo lo necesario para matar pero el disparo –por circunstancias ajenas a la voluntad del agente- falló. Es un caso claro de tentativa acabada o delito frustrado. Con estas consideraciones adicionales adhiero a la solución propuesta por el juez Días en lo que concierne a la atribución de homicidio en grado de tentativa y al rechazo del alegado desistimiento (acápites V, apartado e, de su voto).

Concuerdo también en que el *a quo* no ha errado al declarar que el homicidio en grado de tentativa concurre de modo real con el delito de lesiones graves.

Tal como ha sido reconstruida en la sentencia la secuencia de los hechos, es a mi juicio indisputable que Norberto Raúl Gómez empuñó el arma de fuego apuntando a la cabeza de Javier Gómez y accionó la cola del disparador del arma y que el disparo no se produjo por falla del arma o de la munición alojada en orden de tiro. Por las razones antes desarrolladas, también es indisputable que el imputado obró con dolo de homicidio, y que hizo todo lo necesario para producir la muerte, según su plan. El homicidio se frustró por circunstancias ajenas a su voluntad – el señalado fallo- y el imputado probó el funcionamiento del arma intentando un segundo disparo, apuntando al piso, que esta vez se produjo. Entonces tomó una nueva resolución, no comprendida en su plan inicial, De disparar contra Javier Gómez apuntándole a uno de sus miembros. Nada se ha sostenido en la sentencia de que hubiese intentado un nuevo disparo a una zona vital, sino que se ha declarado que el imputado le disparó y el proyectil impactó en su pierna izquierda.

No se presenta aquí un supuesto de infracciones progresivas, en el que el injusto del hecho posterior, por ejemplo el del homicidio, absorbe por consunción el injusto menos grave de los actos anteriores dirigidos contra el mismo bien jurídico o uno comprendido en el mismo bien jurídico –por ejemplo las lesiones graves no mortales cometidas con dolo de homicidio-. Se trata de un caso inverso en el que el agente, ante la frustración del homicidio cambia su plan, y resuelve ejecutar un hecho menos grave, en el caso un atentado contra la integridad corporal contra uno de los miembros inferiores del sujeto pasivo en el que la posibilidad de causar la muerte se representa como improbable. Esta nueva resolución posterior al homicidio frustrado, causa un daño a un bien jurídico distinto, y un nuevo dolor, distinto del dolor del homicidio. El matón que ha fallado en dar muerte a su víctima en el primer intento cambia de plan y decide hacerlo sufrir en el cuerpo, produciéndole un daño grave. La independencia objetiva de los hechos es clara, y también lo es la independencia subjetiva, porque los distintos actos de agresión



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TO1/CNC1

no reconocen una unidad de resolución original existente al momento del comienzo de ejecución del primer hecho. En defecto de unidad de resolución, tampoco se plantea una hipótesis de unidad de acción –sea que ésta se examine desde un punto de vista naturalístico, sea que se plantee desde un punto de vista normativo-. Porque –más allá de las disputas acerca del concepto de unidad natural de acción- todos los abordajes presuponen una unidad de resolución en el comienzo de ejecución; pues movimientos corporales que satisfacen objetivamente, cada uno de ellos el supuesto de hecho de una disposición penal deben remontarse al plan común original a todos los actos, “si tales movimientos no responden a un plan común no puede haber unidad de conducta” (Zaffaroni, Eugenio Raúl / Alagia, Alejandro / Slokar, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, 1ª. edic. EDIAR, Buenos Aires, 2000, p. 822).

Sobre la alegación de la defensa de errónea aplicación del art. 41 *bis* CP, como supuesto de agravación de la tentativa de homicidio y las lesiones graves no he de pronunciarme; remito a las razones de inadmisibilidad de esta queja expuestas *supra*, nro. 1.d.

3.2 El *a quo* ha declarado aplicable al caso el art. 189 *bis*, inc. 2, párrafo tercero, CP, y la defensa impugna la decisión alegando desconocimiento del art. 3 CPPN, porque no se tiene certeza de las características del arma de fuego empleada.

Ha sido materia de debate y se ha tenido por acreditado que Norberto Raúl Gómez empleó un arma de fuego y que esa arma de fuego era apta para el disparo, puesto que el imputado había dirigido un disparo al piso primero y un segundo disparo que impactó en la pierna del damnificado Javier Gómez, lesionándolo de este modo.

Por ende no se encuentra en disputa la existencia y concreta utilización del arma de fuego, y la omisión de su secuestro en nada altera aquello que se pudo conocer a través de otros medios de prueba, como son las declaraciones de los testigos que oyeron los disparos, el relato del propio damnificado y una de las personas que presencié el hecho junto a éste, y por último, la constatación de la lesión ocasionada por herida de bala en la pierna del damnificado.

Desde ese entendimiento, ha sido por estricta aplicación del *in dubio pro reo* -y no en violación a éste- que el tribunal oral ha calificado el hecho como uno de portación no autorizada de arma de fuego de uso civil. En efecto, la calidad de arma de fuego, su capacidad para el disparo, las condiciones para disparar de modo inmediato y la portación del arma en la vía pública no se encontraba en duda. Lo único que se ignoraba eran las características del arma, por lo que, en la ignorancia, frente a la alternativa de que se tratase de un arma de guerra o de una calificable como de uso civil, en la sentencia se ha optado, en beneficio del acusado, por la calificación más leve del art. 189 *bis*, inc. 2, tercer párrafo, CP.

Aunque los jueces no han podido alcanzar certeza respecto de la calidad del arma de fuego empleada, por no haber sido ésta secuestrada, esa ignorancia no impone en las circunstancias del caso la exclusión de la atribución de responsabilidad en los términos de alguna de las dos hipótesis del art. 189 *bis*, inc. 2º, párrafos tercero y cuarto CP cuando, como en el caso, no cabe la posibilidad de considerar una hipótesis distinta que no cayese bajo el supuesto de hecho sea del párrafo tercero o del cuarto. Sólo si hubiese duda razonable acerca de la posibilidad de una hipótesis distinta que excluiría su aplicación el principio *in dubio pro reo* conduciría, a su absolución por ese delito.

Sin embargo, la existencia de esta duda sobre cuál de las hipótesis alternativas es la ajustada a lo acontecido no impone en las circunstancias del caso la exclusión de la atribución de responsabilidad a tenor del art. 189 *bis*, inc. 2, párrafo tercero, CP. Cuando, como en el caso, está demostrado que se usó un arma de fuego, y que se disparó, es forzoso considerar que se trató o bien de un arma de guerra, o de un arma de uso civil, y no cabe la posibilidad de considerar una hipótesis distinta cuyo objeto no cayese bajo el supuesto de hecho de la portación de un arma de fuego, aplica entonces, en la duda, la disposición menos grave. El principio *in dubio pro reo* excluiría la aplicación del art. 189 *bis*, inc. 2, párrafo tercero, CP, sólo si hubiese duda razonable acerca de la posibilidad de una hipótesis distinta que impidiese calificar al objeto portado como arma de fuego en condiciones de disparo.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TOI/CNCI

Entiendo aquí pertinente reproducir sobre este problema ciertas consideraciones que he expuesto antes de ahora (confr. mi intervención como juez subrogante de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, causa n° 5122, “*Vera, Ángel Rubén y otro*”, sent. de 26/06/2008, reg. n° 12.016; y causa n° 11.269, “*De Agustini, Irán*”, rta. 12/07/2011”, reg. n° 18.919).

En doctrina se aborda el problema que señalo bajo el rótulo de determinación alternativa del hecho. Así se explica que “*existen supuestos en los que a la convicción del juez le consta que el acusado, caso de no haber cometido el delito que se le reprocha y en virtud de ello poder ser absuelto por el principio ‘in dubio pro reo’, debió haber cometido necesariamente otro hecho cuya comprobación, no obstante, únicamente puede ser realizada alternativamente [...]*” (Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5° edición, Comares, Granada, 2002, páginas 153/155) .

Describe también este autor que “[u]n caso especial de la determinación alternativa viene constituido por la ‘pura alternatividad de los hechos’: en verdad, aquí queda claro cuál es la norma penal aplicable pero no la acción a través de la cual el autor ha infringido aquella.” (*Ibidem*, p. 155). Supuesto que se designa como elección alternativa en sentido impropio -*unechte Wahlfeststellung*- por oposición a la propia que consiste en la elección alternativa entre dos disposiciones que no pueden ser objeto de infracción al mismo tiempo (Lackner, Karl / Lackner, Karl / Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 22a. Edic., Beck, Munich, 1997, § 1, nro. 9), o también alternatividad fáctica -*Tatsachenalternativität*- frente a alternatividad de tipos penales -*Tatbestandsalternativität*- respectivamente (Schönke, Adolf / Schröder, Horst, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 23a. Edic. actualizada por Lenckner, Theodor / Eser, Albin / Cramer, Peter / Stree, Walter, Munich, 1988, § 1, nro. 58). Existe acuerdo que entre las primeras se incluyen los casos de ejecución de un mismo injusto bajo diferentes modalidades de acción, y los casos de diversas circunstancias de calificación con igual contenido de injusto (*ibidem*, § 1, nro. 61).

En la primera descripción como elección alternativa propia encuadra la determinación alternativa que ha hecho el tribunal de juicio y que ataca el recurrente.

Una vez agotados regularmente los presupuestos que habilitaban a los jueces para dictar una sentencia, considerando desde todos los puntos de vista posibles la acusación penal, la prohibición “*non liquet*” les impide excusarse de dar una respuesta a la petición de condena, pues el proceso penal no puede quedar sin solución una vez cumplidas válidamente sus etapas.

Se sostiene así que la determinación alternativa no es una infracción sino “una excepción *necesaria al principio ‘in dubio pro reo’ anclada en motivos político-criminales que en verdad rige para aquellos casos en los que las distintas posibilidades están situadas en una relación de alternatividad y no en una relación gradual del más o menos [...]*” (*ibidem*, p. 155).

Desde una posición más rigurosa, se contesta que “no podría permitirse la determinación alternativa ni siquiera tratándose de formas de expresión equivalentes del mismo tipo penal; porque también, en este caso, es imposible indicar ‘los hechos que se consideran probados’ [...] sobre los cuales debe descansar la condena.” (Maurach, Reinhart / Zipf, Heinz, *Derecho Penal Parte General. 1 Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994, páginas 164 y sgtes.). Sin embargo, estos autores luego se hacen cargo de las potenciales críticas y admiten que “la absolución tendría que herir el sentimiento de justicia de la sociedad, si queda en claro que con seguridad, el autor es culpable y que lo que no se sabe es sólo el tipo penal que se ha cumplido.” Terminan entonces admitiendo la posibilidad de la determinación alternativa, precisamente para casos como el presente, o sea en “*aquellos actos con un contenido de ilícito esencialmente equivalente, ‘circunstancias de hecho comparables desde la perspectiva ético-jurídica y psicológica’*” (*ibidem*; sobre esto, más referencias en Schönke-Schröder, cit., § 1, nro. 65).

Desde el punto de vista procesal, y como resguardo frente al peligro de infracción al principio *in dubio pro reo* se exige que en cada caso se trate de una “alternatividad *exclusiva* entre los supuestos fácticos que entran en consideración”, donde “*exclusiva* significa que se descartan otras posibilidades (impunes o reductoras de la punibilidad)” (Schönke-Schröder, cit., § 1, nro. 85), porque de lo contrario, si existiese una posibilidad razonable de que la prueba indique hacia un supuesto fáctico



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TO1/CNCI

que acarrea la impunidad o una punibilidad más leve, la determinación alternativa del hecho sería contraria al principio *in dubio pro reo*.

La defensa no discute que el hecho de que su asistido llevara consigo un arma de fuego cargada en condiciones de disparar pueda calificarse como portación de arma de fuego de uso civil. En cambio aduce que esa imputación quedaría absorbida por la agresión ocasionada al damnificado, que según su tesis, sólo existió en el acto del disparo que impactó en su pierna, por lo que sostiene un caso de concurso aparente entre la portación del arma de fuego de uso civil y las lesiones graves. Alega que la superposición de estos tipos penales en función del concurso real que le asignó el tribunal oral, redundaría en una afectación al *ne bis in ídem*.

Ahora bien, la existencia de consunción de una figura por otra presupone que todo el injusto de una está ya contemplado o comprendido en el injusto de la otra. Como lo he expuesto antes, tal no es el caso de los arts. 79 y 90 CP, y 189 *bis*, inc. 2, tercer párrafo, CP. Por cierto el empleo de un arma de fuego en la ejecución de un acto de menoscabo de la integridad física o la vida de otro hace más concreto y próximo el peligro abstracto que está en la base de la incriminación de la segunda figura legal, sin embargo, por su carácter abstracto, no comprende en todo su alcance el carácter peligroso de la conducta de encontrarse en la vía pública con un arma de fuego, sin autorización, peligro que no se reduce al de su empleo para cometer un delito determinado y que afecta a todos aquellos que se encontraban próximos aquel día. Es que, tal como se encargó de relevar la defensa, el hecho se llevó a cabo frente a la presencia de más personas que las que declararon en el juicio, y en efecto ello se desprende de la declaración del testigo Carlos Daniel Ramos documentada en la sentencia (fs. 487/487vta.). De modo que, en lo que concierne a la alegada afectación de la prohibición *ne bis in ídem*, la argumentación del recurso de casación está desprovista de un mínimo desarrollo argumental. Pues si se trata de hechos independientes entre sí no hay *bis in ídem*, y si se tratase de un único hecho bajo la forma de concurso ideal, como aquí se sostiene, la

disposición del art. 54 ofrece una solución al riesgo de que una persona sea penada dos veces por el mismo hecho.

Tampoco se demuestra la existencia de una doble punición del mismo hecho por que el homicidio en grado de tentativa y las lesiones se hubiesen visto agravados por el empleo de un arma de fuego, a tenor del art. 41 *bis* CP, porque en este caso lo que se agrava es el homicidio y las lesiones, pero no se comprende el peligro de circular en la vía pública con un arma de fuego, sin autorización. En el primer caso el art. 41 *bis* CP agrava la punibilidad de hechos que en sí mismos son punibles, por constituir atentados a la vida y la integridad corporales; mientras que en el caso del art. 189 *bis*, inc. 2, párrafos tercero y cuarto, el circular por la vía pública con un arma de fuego en condiciones de disparo inmediato es el núcleo de la prohibición, y la disposición del arma en esas condiciones es fundamento de la punibilidad de un hecho que se castiga por la pura actividad por el peligro indeterminado que crea para las personas que se encuentren a distancia de tiro del agente que circula por la vía pública.

Por estos fundamentos disiento con la solución propuesta por el juez Días en el acápite V, apartado f, de su voto.

3.3 La defensa impugna por alegada errónea aplicación de la ley sustantiva la decisión del *a quo* que ha declarado que el homicidio en grado de tentativa y las lesiones graves cometidas con el empleo de un arma de fuego concurren de modo real con el delito de portación no autorizada de arma de fuego de uso civil. El juez Días propone en el acápite V, apartado f, de su voto que no ha habido errónea aplicación del art. 55 CP; propuesta que en este punto no comparto, por los fundamentos que paso a exponer.

La recurrente plantea que no ha existido una conducta independiente de portación argumentando que la utilización del arma de fuego es el medio empleado para acometer contra la persona de Javier Gómez y lesionarlo gravemente. Rechaza la existencia del concurso real afirmada en la sentencia, y sostiene que la portación del arma de fuego ha quedado subsumida en las lesiones graves, argumentando que el art. 189 *bis*, inc. 2, CP, “sólo es aplicable en la medida en que no se dé



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TO1/CNC1

simultáneamente otro delito que ya lo hubiera captado” (SIC), en cuyo caso la aplicación de esta disposición se vería desplazada por consunción por la del art. 90, o en su caso, 79, CP.

Alega también infracción a la prohibición *ne bis in idem* señalando que se agravan el homicidio y las lesiones por la utilización de un arma que se superpone con la conducta de la portación, por lo que se estaría condenando al sujeto por dos delitos cuando en realidad sólo ha cometido uno. Destaca sobre el punto la coincidencia temporal existente entre las dos imputaciones en tanto el arma ha sido utilizada exclusivamente para agredir al damnificado, por lo que argumenta se da un caso de concurso aparente entre ambas figuras.

El tribunal oral afirmó que “resulta obvio que el imputado llegó al lugar en el que se cruzó con la víctima llevando consigo el arma en condiciones de efectuar un disparo, la disparó y se retiró con ella del lugar”.

Concluyó que “[d]e tal forma, se desprende que Norberto Raúl Gómez deambuló por el espacio público llevando consigo un arma de fuego” y agregó que “[c]onsiderando que dicha arma se hallaba en condiciones de ser usada y que su portador carecía de autorización para tenerla o trasladarla, corresponderá asignar a este tramo de la imputación una calificación más leve e incluirla en los parámetros del Art. 189 *bis*, inc. 2º, párrafo segundo, del Código Penal, conducta ésta que es claramente distinguible de la tentativa de homicidio y de las amenazas y lesiones, que se llevaran a cabo en un espacio y un lapso sólo parcialmente concurrente y que, en tal sentido, crea un peligro indeterminado para todas las personas que se encuentren al alcance de tiro de quien lleva el arma en la vía pública. Se trata pues de un concurso material entre la portación y la tentativa de homicidio, conforme las previsiones del art. 55 del Código Penal”.

Como punto de partida es pertinente señalar que las conductas de portación no autorizadas de armas de fuego conminadas con pena en el art. 189 *bis*, inc. 2, párrafos tercero y cuarto CP, no constituye un adelantamiento de la punición de delitos dolosos contra la integridad física, sino la expresión de una decisión legislativa que se independiza de

la finalidad con la cual el agente lleva en la vía pública –sin autorización– armas de fuego en condiciones inmediatas de producir disparos. La prohibición refiere a un poder de policía general en el que se juzga altamente peligroso que los habitantes de la Nación porten en la vía pública, libremente, y según su discreción, armas de fuego. Así el Estado se ha reservado el poder de policía de decidir ya quiénes, y bajo qué circunstancias, autoriza a circular armados con armas por la vía pública, poder de policía que tiene su expresión primaria en la Ley n° 20.429 y su decreto reglamentario n° 395/1975. El injusto de la portación es pues independiente, y no se confunde, con el injusto que pueda realizarse en perjuicio de la vida, la integridad física, la propiedad, la libertad, etc., mediante la utilización y en su caso disparo del arma en un caso concreto, en la vía pública. Cualquier agresión concreta con el arma en la vía pública realiza un injusto que no abarca el peligro general que se crea para toda persona que esté al alcance de tiro del arma, mientras el agente circula por la vía pública, llevándola en condiciones inmediatas de producir disparos.

Desde esta perspectiva, no está justificada la tesis de un concurso aparente entre la portación y el empleo del arma de fuego en la vía pública, como instrumento de un delito concreto. La tesis, por lo demás, no ofrece ninguna explicación a los supuestos en los cuales se circula por la vía pública con el arma de fuego en condiciones de disparo durante un tiempo relevante anterior al comienzo de ejecución del delito, o durante un tiempo relevante posterior a la consumación del delito cometido mediante el empleo del arma, tiempos en los que se crea y subsiste el peligro general que está en la base de la punibilidad del art. 189 *bis*, inc. 2, párrafos tercero y cuarto, CP, que ya no pueden ser abarcados por el daño o peligro concreto realizados con el empleo del arma como instrumento de otro delito. En estos casos, es posible el concurso real entre la portación y un acto singular de agresión a otro, entendido el concurso real como concurso de hechos independientes (art. art. 55 CP). También es posible el concurso ideal cuando el tiempo de la portación no autorizada no excede sensiblemente el tiempo de comienzo de la ejecución en la vía pública de un delito en el que el arma es instrumento,



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TO1/CNC1

y el tiempo de su consumación. En ese caso aplica la regla del concurso ideal, porque en los injustos del empleo del arma de fuego contra una persona determinada –p. ej., homicidio, lesiones corporales, amenaza, robo, etc.- no está comprendido el peligro general de la portación del arma en la vía pública, peligro que amenaza la vida y la integridad física de toda persona, ajena a esos hechos, que se encuentren al alcance de tiro del arma. Se trata en esta constelación de casos de un hecho que cae bajo más de una sanción penal (art. 54 CP).

Para la aplicación del art. 55 CP es presupuesto indispensable una descripción fáctica suficientemente circunstanciada que permita sostener la existencia de *hechos independientes* en el sentido de la ley. Pues la portación como delito de carácter permanente, a diferencia de la tenencia de arma de fuego, presupone que el agente lleve consigo el arma de fuego en la vía pública en condiciones de producir disparos, lo que requiere de una descripción temporo-espacial suficiente para juzgar la independencia de otros hechos eventualmente cometidos empleando el arma como instrumento, o en su caso, la unidad de hecho, según se expone en el párrafo precedente.

Más allá de la posibilidad teórica de que pueda presentarse un concurso real entre la portación no autorizada del arma de fuego y la tentativa de homicidio agravado con el empleo de ese arma y las lesiones graves producidas con ésta, una descripción fáctica circunstanciada que permita establecer la independencia de hecho no ha sido satisfecha por el Ministerio Público. En efecto, conforme surge de la descripción fáctica del requerimiento de elevación a juicio (fs. 338/340 del principal), luego de que Norberto Raúl Gómez, Javier Gómez y Carlos Daniel Ramos se encontraran en las inmediaciones del domicilio del primero de ellos, “el imputado ingresó a su domicilio (...) y salió inmediatamente después, portando un arma de fuego calibre 38, 9 mm o similar, cargada y que estaba en inmediatas condiciones de efectuar disparos (...). Cabe destacar que ni Norberto Raúl Gómez, ni Barrios, se encontraban autorizados por la autoridad competente para tener y/o portar armas de fuego, en ninguna de sus categorías. Acto seguido, el primero de los nombrad[o]s comenzó a exhibirles en forma intimidante el arma de

fuego a Ramos y a Gómez, hasta que terminó apuntando solo a este último, a la altura de la cabeza; e intentó darle muerte, al gatillar el armamento. No obstante, por cuestiones mecánicas del arma, ajenas a la voluntad de quien la portaba, el disparo no salió; y por ello, Norberto Raúl Gómez la volvió a gatillar, probándola, y esa vez sí salió el disparo, que terminó impactando en el piso. Debido a que con eso comprobó que el arma funcionaba volvió a apuntarle a Javier Gómez, le disparó y el proyectil impactó en su pierna izquierda, y con ello causó lesiones graves. Paralelamente, al notar que había herido a Gómez, el imputado le refirió "...ahora entendés lo que te decía...", en alusión a lo que buscaba con las frases intimidantes que instantes [atrás] había manifestado". En la descripción del hecho por el que se autorizó llevar adelante el juicio contra Norberto Raúl Gómez no se detalla ninguna conducta anterior o posterior a la agresión inferida al damnificado de portación de esa arma de fuego. Observo en especial que, conforme surge de la imputación transcripta, el imputado no se encontraba muñido del arma desde el comienzo de la incidencia con el damnificado, sino que ingresó a su domicilio en busca de aquélla una vez iniciado el pleito, secuencia que el fiscal describe ocurrió en un lapso muy breve de tiempo. En efecto, postula que Norberto Raúl Gómez "ingresó a su domicilio (...) y salió *inmediatamente* después portando un arma (...) cargada y que estaba en inmediatas condiciones de efectuar disparos" (el destacado me pertenece). En la pieza requirente, tampoco se afirma qué hizo el imputado una vez que efectuó los disparos, esto es, si volvió a ingresar a su domicilio, si permaneció con el arma en la vía pública, o en su caso se fue, también por la vía pública, llevando el arma.

A su vez, según consta en el acta de debate, se observa que tampoco se ha hecho una descripción que complete lo que el requerimiento de remisión a juicio no aclara. Sólo se ha dejado constancia en ella de que el representante del Ministerio Público alegó: "cuando Gómez y Ramos fueron interceptados por Gómez, mientras los otros dos continuaron empujando el carro, procediendo a cortar el paso de Javier Gómez mientras el imputado (Norberto Raúl) Gómez le dijo que no podían pasar, lo que generó una discusión, según el relato de



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TOI/CNCI

Javier Gómez, momento en que el imputado ingresó a su domicilio y salió portando un arma con la que apuntó a la cabeza de Gómez, gatilló y no salió la bala, realizó una maniobra con el arma, apuntó y le disparó a la pierna provocándole lesiones” (acta del debate, fs. 958).

De modo que, constato que no surge de la acusación una descripción suficientemente circunstanciada que permita discernir en el acto de la agresión dirigida a Javier Gómez una secuencia temporal relevante para establecer como hechos independientes la salida a la vía pública de Norberto Raúl Gómez, desde su domicilio, llevando consigo el arma, y el comienzo de ejecución de la agresión con el arma de fuego con la secuencia de disparo fallido, disparo al piso y nuevo disparo al cuerpo, y para establecer si después de ello reingresó a su domicilio o si continuó circulando por el arma por la vía pública. En esas condiciones el peligro indeterminado para los bienes jurídicos de terceros creado por la portación no se diferencia temporalmente de un modo relevante del comienzo de ejecución de la tentativa de homicidio y la consumación de las lesiones corporales en perjuicio de Javier Gómez.

Finalmente, en la sentencia recurrida se ha tenido por probado el hecho de la acusación y sus circunstancias en términos sustancialmente idénticos a los que se describieron en el requerimiento de remisión a juicio (confr. fundamentos, fs. 995 vta.).

El *a quo* ha afirmado que “resulta obvio que el imputado llegó al lugar en el que se cruzó con la víctima llevando consigo el arma en condiciones de efectuar un disparo”, pero no ha dado otra precisión temporal sobre la ejecución de la portación, lo que en cualquier caso no podría haber excedido las circunstancias del hecho sostenidas por la acusación promovida por la fiscalía. En efecto, no estaba habilitado a avanzar más allá de los límites fácticos establecidos en el marco del art. 347 CPPN, porque ello privaría al imputado y a su defensa de la oportunidad útil de discutir los extremos pertinentes del hecho por el que fue llevado a juicio.

Por esa razón, encuentro que en defecto de determinación de una independencia entre la portación y las agresiones con el arma de fuego, se presenta un supuesto de concurso ideal entre la portación, la tentativa

de homicidio y las lesiones graves causadas con el arma, que se rige según el art. 54 CP. De modo que concluyo que el tribunal oral *a quo* ha aplicado erróneamente el art. 55 CP, porque la acusación no había ni sostenido ni demostrado que se presentasen circunstancias que permitiese sostener la concurrencia material de hechos independientes.

Así entiendo que cabe hacer lugar parcialmente al recurso de casación de la defensa, en lo que a este motivo de agravio concierne, y modificar la sentencia según lo dispone el art. 470 CPPN; y en esto disiento de la propuesta del juez Días en el acápite V, apartado f, de su voto.

4. En tercer orden, la recurrente impugna de inconstitucionalidad el art. 41 *bis* CP. Aduce afectación del principio de legalidad en su derivado específico de prohibición de leyes o sanciones indeterminadas “no sólo por ser genérica, sino porque produce perplejidades específicas de aplicación”, que no se suplen siquiera con la intención del legislador, puesto que de la exposición de motivos de la ley que la incorporó al CP se desprende que su objetivo consistía en generar mayor prevención en los delitos de homicidio cometidos con armas de fuego”.

Con cita de una sentencia de un tribunal de la provincia de Córdoba señala que es difícil de individualizar las figuras legales a las que aplicaría esta circunstancia la agravante genérica cuando el delito se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego. Según pretende, una interpretación sistemática de los tipos penales del abuso de armas (art. 104 CP), lesiones leves, graves y gravísimas dolosas (arts. 89, 90 y 91 CP) y homicidio doloso e imprudente (arts. 79 y 84 CP), conduciría a descartar la aplicación de la agravante genérica del art. 41 *bis* CP en toda hipótesis de lesiones dolosas y de homicidio doloso o imprudente. Argumenta que, de tratarse de un caso en el que se causaren lesiones leves a la víctima, por imperio del principio de especialidad correspondería aplicar el tipo del abuso de armas previsto del art. 104 CP; y que, en los restantes casos –sea que se causaren lesiones dolosas graves o gravísimas o que se cometa un homicidio doloso o imprudente- el propio art. 104 CP “se autoexcluye en términos de subsidiariedad” porque el delito



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TO1/CNCI

consumado por haber sido cometido con un arma de fuego prevé una escala penal mayor en los tipos específicos mencionados.

Concluye que la utilización de un arma de fuego como instrumento para la causación de lesiones graves o gravísimas y para la comisión de homicidios ya se encontraría contemplada en los respectivos tipos penales básicos.

En otro orden alega que el delito previsto por el art. 149 *bis* primer párrafo, última oración, CP contempla como agravante el uso de un arma, atendiendo a que prevé la misma pena que el delito de disparo con arma de fuego del art. 104 CP, y que la conducta de disparar contra una persona con un arma de fuego es de mucho mayor peligro que el simple hecho de amenazarla con esa misma clase de arma.

Antes que ahora me he expedido en relación a la adecuación constitucional de la agravante genérica prevista en el art. 41 *bis* CP, en el caso “*Moreira, Marcelo Daniel*” (Sala 1, causa n° 32012/2013, sent. de 24/05/2018, reg. n° 579/2018).

Allí sostuve que no existe obstáculo a que el legislador, guiado por los principios de proporcionalidad y determinación, tome en cuenta los medios empleados no sólo para definir como delictivo un acto que de otro modo no lo sería, sino también para tratar de un modo más grave un hecho que ya lo era aun sin emplear ese medio. Por ello, entendí que no puede sostenerse que el legislador incurre en una infracción a la prohibición de doble valoración cuando incluye entre los medios de ejecución que agravan el homicidio el empleo de violencia o intimidación con un arma de fuego, pues en principio, tiene cierta discreción para agravar el hecho según el medio empleado. Señalé que incluso antes de la reforma introducida al Código Penal por ley 25.297 el legislador había establecido un tratamiento más grave del homicidio por el empleo de ciertos medios, tales como aquél cometido con veneno u otro procedimiento insidioso, o por un medio idóneo para crear un peligro común o con el concurso premeditado de dos o más personas (art. 80 incisos 2º, 5º y 6º CP respectivamente).

Relevé además la alocución de uno de los miembros informantes del proyecto que luego se hizo ley, cuyas consideraciones se ajustan a la

interpretación del art. 41 *bis* CP que propuse, y señalé que, por lo demás, el fundamento de la agravación supera un control de racionalidad en tanto, en general, las armas de fuego tienen un poder vulnerante aumentado.

Concluí entonces que la regla de agravación es aplicable en todos los casos de delitos cometidos *con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego* salvo cuando el empleo de un arma de fuego está ya contemplado como constitutivo o agravante de la figura legal concretamente aplicable.

Puesto que el Código Penal no define ningún supuesto de hecho de homicidio con el empleo de un arma, ni menos aún de una de fuego, no parece haber obstáculo a la aplicación del art. 41 *bis* CP cuando el homicidio se comete con un arma de fuego. Esta inteligencia ha sido seguida en otra sentencia de esta Cámara (confr. Sala II, causa n° 15.583/2013, “*Espínola Cañete, Ricardo*”, sent. de 27/10/2015, reg. n° 595/2015).

Si por hipótesis se concediera razón a la defensa respecto de que, por medio de la interpretación sistemática que propone, los actos de agredir o matar a otro mediante el empleo de un arma de fuego quedarían comprendidos en los tipos básicos de lesiones (graves o gravísimas) y homicidio; ello ha quedado desvirtuado por la sanción de la ley 25.297 que incorporó al Código Penal un reproche mayor cuando se empleare ese medio para agredir o matar a otro.

En síntesis, tal como declaré en aquélla oportunidad, no se advierte que la ley exija otra cosa que lo que literalmente dice, vale decir, que se cometa el delito “con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego” y ello se ha verificado en el caso. El texto legal es suficientemente claro, de modo que tampoco está justificada la alegada inconsistencia con el mandato de determinación que se infiere del art. 18 CN.

Sentado ello y por estos fundamentos, concuerdo con el juez Días en el rechazo el planteo de inconstitucionalidad del art. 41 *bis* CP introducido por la defensa pública en el recurso de casación. Luego, disiento con el juez de primer voto en cuanto ha dado respuesta al



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TOI/CNCI

agravio que aparece planteado por primera vez en la presentación hecha por la defensa durante el plazo de oficina (art. 466 CPPN) dirigido a cuestionar la aplicación de esa agravante al caso, en tanto, como se dijo, éste es inadmisibles por extemporáneo.

5. La recurrente se agravia también del dispositivo de la sentencia por la que se ha condenado a Norberto Raúl Gómez por el delito de amenazas coactivas agravadas por el uso de armas del art. 149 *bis*, en función del art. 149 *ter*, inc. 1, CP, delito que se ha declarado concurre de modo real con el de homicidio en grado de tentativa y lesiones graves (dispositivo II de la sentencia).

En la sentencia se ha tenido por probado que Javier Gómez, Carlos Daniel Ramos, Isabelino González Alcaráz y otro hombre de nombre “Damián”, no identificado, “se encontraban cumpliendo tareas de trabajo, [...] trasladando un carro de materiales de la construcción [y que] Norberto Raúl Gómez interceptó a los dos primeros nombrados, mientras que González Alcaráz y “Damián” continuaron empujando el carro y les refirió en forma intimidante que no podía pasar más por el sitio”. Se afirmó que “el damnificado Javier Gómez cuestionó ese proceder, y el imputado comenzó [a] decirles que esa era su zona y que «...ustedes por acá no pasan más, porque, si no les vamos a pegar un tiro en las piernas...». Seguidamente el imputado ingresó a su domicilio, ubicado en el mismo sitio y salió inmediatamente portando un arma de fuego cargada y que estaba en inmediatas condiciones de efectuar disparos, la que comenzó a exhibir en forma intimidante. Luego apuntó a la cabeza de Gómez y gatilló pero el disparo no se produjo”.

Dos jueces del Tribunal Oral, en mayoría, señalaron que “las amenazas proferidas por Norberto Raúl Gómez a Javier Gómez tenían por objeto que no transitara por el frente de su vivienda. De tal manera, en tanto la exigencia se dirigió a obligarlo a hacer algo contra su voluntad, se verifican los elementos objetivos y subjetivos del supuesto de hecho agravado del último párrafo del art. 149 *bis* del Código Penal”.

En este punto, los jueces argumentaron que “decirle a otro frases tales como «ustedes por acá no pasan más, porque si no les vamos a pegar un tiro en las piernas...» y luego de disparar «...ahora entendés lo

que te decía» o «...te voy a disparar en la cabeza...» configuran el anuncio de un mal suficientemente serio y grave para satisfacer la tipicidad objetiva y subjetiva del art. 149 *bis* CP, la que parcialmente además cumplió. A ello debe agregarse para valorar la actitud de Gómez que, como se probó, tras parte de estas manifestaciones, concurrió a su domicilio de donde regresó munido de una pistola que ciertamente empleó. Cabe aplicar la agravante del inc. 1º del Art. 149 *ter* del Código Penal”.

Agregaron que “[e]sta circunstancia, además, permite corroborar que la amenaza era seria y que fue apta para provocar en el ánimo de la víctima la creencia de que el mal grave prometido por el imputado podía concretarse. En ese sentido, no debe soslayarse que las víctimas se enfrentaban con un sujeto en estado de ira que, tras amenazar a Gómez, buscó un arma de fuego que utilizó”.

5.1. La impugnación de la defensa se apoya en argumentos fácticos y jurídicos.

Desde lo fáctico afirma que las frases no habrían generado en el damnificado el temor que estima presupuesto en el art. 149 *bis* CP, teniendo en cuenta que éste fue quien habría iniciado la discusión con su asistido. Desde lo jurídico aduce que, sin perjuicio de que la frase “ustedes por acá no pasan más porque les vamos a pegar un tiro” constituyó el anuncio de un mal grave, ese mal grave se concretó en la agresión, que resultó concomitante con la frase, por lo que aquélla habría perdido su significado autónomo desde el momento en que tuvo lugar la agresión causada al damnificado.

Destaca en apoyo a su pretensión la postura del juez Goerner quien en su voto declaró que las frases proferidas “tenían que ver con la agresión ocasionada y el contexto en que aquélla se había producido”, por lo que no constituían amenazas.

Finalmente disputa que sea aplicable la forma agravada del art. 149 *ter*, inc. 1, CP.

5.2. El art. 149 *bis* CP define en su primer párrafo, con claridad, el supuesto de hecho como “hacer uso de amenazas para alarmar o amedrentar a una o más personas”; y que su segundo párrafo conecta las



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TO1/CNC1

amenazas con el fin de obligar a otro a que haga u omita algo contra su voluntad.

La tipicidad no se sustenta en que se hubiese producido el efecto de alarma o intimidación de las admoniciones, porque no es decisivo si éstas causaron tal efecto, sino que lo decisivo es examinar si éstas eran objetivamente intimidantes, y si el destinatario las podría comprender como intimidantes aunque tal efecto no se produjera en él. Además, el delito de amenazas no consiste simplemente en pronunciar ciertas palabras, sino en hacerlo con el fin de alarmar o amedrentar. En la base del art. 149 *bis* CP está la finalidad de reprimir toda forma de violencia verbal o comunicativa en la medida en que sea expresada para amedrentar o causar temor a otro, con el anuncio de un mal injusto (confr. causa n° 13.518/2013, “*Lezcano, Ramón Avelino*”, sent. de 11/05/2017, reg. n° 360/2017). En rigor, el supuesto de hecho subjetivo de la figura legal consiste en el dolo, más una finalidad adicional que califica al dolo. El dolo se configura por la comprensión de la idoneidad de las palabras que se pronuncian para amedrentar o alarmar al receptor, y la decisión de pronunciarlas no obstante comprender ese significado. La ley exige un elemento de finalidad, pues no basta con que se expresen ciertas cosas que el agente comprende pueden causar alarma o miedo, sino que es necesario además que se expresen con la finalidad específica de causar alarma o miedo (confr. causa “*Rojas, Javier David*”, antes citada).

Según la sentencia el imputado hizo admoniciones a Javier Gómez y a Carlos Daniel Ramos para que no pasaran por ese pasillo de su domicilio, porque esa era “su zona”, y que de lo contrario “les pegaría un tiro en la pierna”. El mal amenazado era grave, nada indica que lo hubiese hecho en ánimo de broma, y se ha establecido que el imputado y Javier Gómez tenían una enemistad previa, aunque no se determinó exhaustivamente la relación de enemistad.

Las admoniciones satisfacen objetiva y subjetivamente el supuesto de hecho de coacciones del art. 149 *bis*, CP. Lo que el imputado expresó a Javier Gómez y Carlos Daniel Ramos es inequívocamente el anuncio de un mal, de un mal grave, y de un mal que era para el imputado posible de realizar. No tiene otro sentido que el anuncio de un mal futuro, y es

suficientemente serio para infundir temor al receptor del anuncio. El imputado perseguía alarmarlos y amedrentarlos para que no pasasen por el lugar, no hay otra interpretación posible.

5.3. La defensa disputa la existencia de concurso real entre las amenazas y el acometimiento posterior con un arma de fuego.

Su argumentación padece de una debilidad inicial, porque pasa por alto que según la sentencia el imputado dirigió las frases amenazantes, en plural, a Javier Gómez y a Carlos Daniel Ramos, y según se tuvo por establecido en la sentencia, ingresó a su domicilio, volvió empuñando un arma, hizo gestos intimidantes con el arma, pero finalmente sólo acometió al primero con el arma. En su argumentación el carácter de víctima del segundo está invisibilizado, y la defensa no se hace cargo de demostrar por qué el acometimiento posterior al primero excluiría la punibilidad de las amenazas al segundo que no fue acometido.

Sin perjuicio de este defecto de fundamentación de la crítica, tampoco es de recibo el argumento en lo que sí desarrolla. En la reconstrucción de los hechos se aprecian dos momentos en los que el imputado emprende actitudes intimidantes. En un primer momento no está armado, pero intima a Javier Gómez y a Carlos Daniel Ramos a no pasar más por allí porque esa era “su zona”, y los amenaza con pegarles un tiro. Ninguno de los dos se va inmediatamente, y las amenazas ya están consumadas. El imputado toma entonces una nueva resolución, ingresa a su domicilio, se provee de un arma de fuego, sale, Javier Gómez y Carlos Daniel Ramos todavía están allí, “mueve el arma para todos lados” de manera intimidante, y después apunta a Javier Gómez, acciona el disparador, pero la bala no sale. Entre el primero y el segundo momento hay un hiato. La resolución de proveerse de un arma y acometer a Javier Gómez es ulterior a la amenaza, y se explica porque éste no la acató y no se había ido del lugar. Los hechos son pues independientes entre sí, tanto objetiva como subjetivamente.

Bajo otras circunstancias, si la amenaza del mal es concomitante a la realización del mal amenazado, la amenaza es un hecho co-penado que carece de autonomía jurídica frente al delito que hace realidad la amenaza. A este respecto, sucede según la experiencia común que



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TOI/CNCI

muchas graves amenazas se exponen sin el propósito de cumplir lo que se amenaza, y son los actos objetivos y sus circunstancias los dirimientes para distinguir entre la amenaza de muerte y el comienzo de ejecución de un homicidio (confr. causa n° 42/2014, “*Vera Echeverría, José Luis*”, Sala 1, sent. 11/05/2018, reg. n° 663/2018).

No es este sin embargo el supuesto de autos, en que tal inmediatez no ha existido, sino una nueva resolución de pasar de la violencia verbal a la física, lo que requería proveerse de un arma que el agente no tenía cuando pronunció su admonición de “pegar un tiro”.

Distinta es la situación en lo que concierne al otro tramo del evento, cuando el imputado, una vez que entró a su domicilio se proveyó de un arma y volvió a salir con ella, pues en este caso, la manipulación intimidante fue inmediatamente anterior al empleo del arma y el disparo fallido. Si bien en otras condiciones la manipulación de un arma apuntando a varios lados, podría constituir una manifestación concluyente de que se está dispuesto a usarla, si se usa disparándola toda la manipulación previa es un acto co-penado por la disposición que castiga el homicidio o las lesiones.

Con estas acotaciones, no encuentro, pues, que el *a quo* hubiese incurrido en un error al declarar que el delito de amenazas concurre en el caso probado con los delitos de homicidio en grado de tentativa y lesiones graves según el art. 55 CP.

5.4. En el voto mayoritario se declara que las coacciones están en el caso agravadas por el empleo de armas. Entiendo que, por aplicación de las razones desarrolladas en el punto anterior, cabe aquí dar razón a la defensa que discute la aplicabilidad del art. 149 *ter* CP.

Pues si sólo tiene autonomía típica a tenor del art. 149 *bis* CP el primer tramo del evento, cuando el imputado hizo intimaciones para que Javier Gómez y Carlos Daniel Ramos no pasasen más por ese lugar bajo admoniciones de pegarles un tiro, y si en ese tramo no exhibía un arma, porque no tenía una consigo, entonces no se satisfizo el supuesto de hecho de la agravante del art. 149 *ter*, inc. 1, CP. Y una vez que ingresó a su domicilio, se proveyó de un arma de fuego, salió a la vía pública y la manipuló de modo intimidante, la aplicación de esta agravante no entra

ya en consideración, porque más allá de la simbología comunicativa que tiene mover el arma y apuntar en todas direcciones ese acto está comprendido y co-penado por las disposiciones que castigan el homicidio frustrado y las lesiones graves inmediatamente inferidas empleando el arma de fuego.

6. En definitiva, emito mi voto en el sentido de que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación de la defensa pública y, en consecuencia, casar la sentencia de 19 de mayo de 2015 y condenar a Norberto Raúl Gómez como autor del delito amenazas coactivas en concurso real con homicidio en grado de tentativa, y con el delito de lesiones graves –ambos agravados por el empleo de un arma de fuego–, en concurso ideal con portación no autorizada de un arma de fuego de uso civil (arts. 456 inc. 1 y 2; 457, 459, 465 y 470 CPPN; y 41 *bis*, 42, 54, 55, 79, 90, 149 bis, y 189 bis, párrafo tercero, CP).

7. La modificación de la calificación jurídica del hecho de la acusación determina la necesidad de establecer la medida de la pena que corresponde imponer a Norberto Raúl Gómez por los hechos de los que ha sido hallado responsable, según la nueva calificación jurídica.

Esta Sala está en condiciones de fijarla, sin reenvío, después de haber tomado conocimiento personal del imputado en la entrevista realizada a tenor del art. 41 CP.

La escala penal compuesta se construye, según el art. 55 CP, con el mínimo de seis años y ocho meses de prisión, que resulta del mínimo con que se conmina el homicidio en grado de tentativa, agravado por el empleo de arma de fuego (arts. 42, 79 y 41 bis, CP), y con la suma de los máximos de las penas de los hechos independientes que concurren de modo real entre sí que arroja treinta años de prisión (arts. 41 bis, 42, 79, 90 149 bis, CP).

Al fijar la pena en la sentencia que viene recurrida el tribunal oral había relevado “que el proceder de Gómez fue resultado de evidente encono y de la persistencia de una conflictiva sostenida en el tiempo con una particular motivación”, así como que “actuó de manera abierta, en la vía pública y frente a diversas personas asumiendo una situación [de]



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TO1/CNC1

presunta impunidad que le permitía dar rienda suelta a su propósito frente a su propio domicilio”.

También valoró la juventud y escasa instrucción formal del imputado, y estimó “como de especial gravedad, la inusitada violencia desplegada, y el acometimiento sorpresivo además de la motivación alegada”. En función de ello impuso a Norberto Raúl Gómez la pena de ocho años de prisión.

Reformada la calificación jurídica, de entre esos elementos no observo que en la sentencia se hubiese dado ninguna relevancia específica a circunstancias objetivas de las comprendidas en el art. 41, inc. 1, CP, salvo la referencia a: a) que actuó de manera abierta en la vía pública, y frente a diversas personas; b) la “inusitada violencia desplegada”; y c) el “acometimiento sorpresivo”.

Entiendo, sin embargo, que la primera de esas consideraciones tiene mínima relevancia, y que la segunda y tercera ninguna. En efecto, en el concepto de extensión del daño y peligro causados se comprende la extensión del riesgo creado para personas distintas de la víctima por estar al alcance de los disparos del arma, sin embargo, no hay otra referencia a otras personas, salvo las que acompañaban al señor Javier Gómez, empujando o tirando del carro. De modo que desde puntos de vista objetivos esto justifica algún apartamiento del mínimo legal, para comprender el riesgo distinto del peligro y daño inferidos a Javier Gómez. En cambio, calificación de la violencia desplegada como “inusitada”, no ofrece ningún criterio objetivo específico para la medición de injusto, porque se trata de una violencia homicida –fallida- y de una lesión corporal, desplegadas con un arma de fuego, que nada tienen de inusitado frente a figuras legales cuyos mínimos y máximos se agravan por el empleo de un arma de fuego según el art. 41 *bis* CP, que aquí se declara aplicable. Un “acometimiento sorpresivo” puede tener relevancia en cuanto la sorpresa pone a la víctima en condiciones de mayor vulnerabilidad y aprovecha de su desprevenimiento y menores posibilidades de defensa. Sin embargo, de los propios términos de la sentencia no surge esa desprevenimiento, pues los jueces de han hecho eco de las declaraciones de los testigos que dieron cuenta de rencillas o roces

previos, de la posición del imputado que intimidaba a no pasar por allí, y se observa en particular que, en lo que concierne al hecho probado, en la sentencia se afirma que el imputado dijo “ustedes por acá no pasan más, porque si no les vamos a pegar un tiro en las piernas” y que “seguidamente el imputado ingresó a su domicilio, ubicado en ese mismo sitio y salió inmediatamente portando un arma de fuego carga [...] la que comenzó a exhibir en forma intimidante”. No hay según esa reconstrucción desprevenimiento o sorpresa en el empleo posterior.

No encuentro en la sentencia recurrida otras consideraciones objetivas susceptibles de ser comprendidas en el art. 41, inc. 1, CP, y no procede indagar la existencia de otras de la misma naturaleza que eventualmente hubiesen sido ignoradas por el a quo, por respeto a la prohibición de *reformatio in pejus*.

Desde puntos de vista subjetivos que refieren a la medida del reproche o culpabilidad, en cambio, en la sentencia recurrida se ha dado relevancia: a) el encono persistente, la motivación, b) la actuación en la vía pública asumiendo una situación de impunidad, c) la juventud del imputado al momento del hecho y su escasa instrucción formal.

El encono persistente y la motivación pueden ser tomados en cuenta al graduar la pena bajo el concepto de “calidad de los motivos que lo impulsaron a delinquir”. En la sentencia hay variadas referencias a una enemistad o encono que se remontan a un conflicto previo cuya sustancia no se aclaró. También se valora en la sentencia que el imputado obró en la vía pública con asunción de impunidad, lo que se condice con la actitud de “matón” a la que me he referido en párrafos precedentes, pues el imputado se erigía en autoridad para prohibirle pasar a su víctima por un lugar de circulación pública, estableciendo una zona de “dominio”, lo amenazaba, y como la amenaza no fue suficiente, lo acometió con el arma. Los motivos son bajos y no excusables. Esto agrava el reproche de culpabilidad.

En la sentencia también se ha valorado la juventud del imputado y su escasa instrucción formal. Estos elementos pueden ser indicios de falta de madurez y defectos de socialización que pueden, bajo ciertas condiciones, hacer sospechar menores recursos personales y espirituales



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TO1/CNC1

para ajustarse a las normas. Por cierto, el imputado tenía 23 años al momento del hecho, y su relativa juventud podría tener alguna incidencia para juzgar qué recursos tenía para no incurrir en el delito. Sin embargo, contra la afirmación de escasa instrucción formal se alza lo afirmado por el imputado en la audiencia *de visu* en punto a que a los 22 años había terminado sus estudios secundarios.

Los hechos son graves, y los motivos son bajos, no hay indicios serios de defecto de socialización que le hicieran difícil al imputado ajustarse a las normas. Sin embargo, la medida de la pena puede fijarse por debajo a la magnitud que sería ajustada al injusto culpable, por razones preventivas.

Evoco en este sentido que una vez fijada la gravedad objetiva de los hechos, y el reproche del que el imputado se ha hecho merecedor, no hay obstáculos a que, por razones de prevención especial la pena se ajuste por debajo de la que correspondería a su culpabilidad (Roxin, Claus, *Sentido y límites de la pena estatal*, en Temas básicos de derecho penal, Reus, Madrid, 1976, p. 30; también en *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, en Monatschrift für Kriminologie, 1973, nros. 7/8, p. 320).

A este respecto, es pertinente tomar en consideración que el imputado ha de ser tenido como primario en el delito, que no hay constancias de que hubiese sido condenado, ni siquiera perseguido, por otros delitos, con posterioridad a los hechos objeto de esta sentencia, que, como ha resultado de la audiencia *de visu*, ha afirmado mantener el mismo núcleo de convivencia con su mujer y tres hijos menores de edad, que ha hecho esfuerzos de formación realizando cursos en gestión ambiental, que ha expresado inclinación a la cooperación para la integración social en el ámbito de su barrio organizando competencias deportivas, y que mantiene la misma ocupación laboral desde el momento del hecho. Estos elementos permiten formarse una expectativa de conducta futura en la que aparece improbable una reiteración específica. A este respecto no es irrelevante el extenso tiempo pasado desde el hecho de la condena, sin reiteraciones comprobadas.

Sobre la base de estas consideraciones, se entiende adecuado imponer a Norberto Raúl Gómez la pena de siete años de prisión, y las costas del proceso, por los hechos que se califican en el punto precedente.

Así voto.

El juez Gustavo A. Bruzzone dijo:

1.- En primer lugar, corresponde señalar que coincido con la valoración probatoria efectuada de la acreditación del hecho, desarrollada por el colega Días en los apartados IV y V de su voto.

2.- De esa forma, conforme lo señalado precedentemente, y como se sostiene en el apartado V mencionado, “se encuentra probado que el condenado Norberto Gómez, el día de los hechos, al cruzarse con el damnificado Javier Gómez en las cercanías de la casa del primero de los nombrados, mantuvo una discusión con este último, la que se vio interrumpida por el ingreso del primero de los aquí mencionados a su vivienda, luego de lo cual salió munido de un arma de fuego con la cual apuntó a la cabeza de Javier Gómez y a continuación gatilló tal arma, sin que saliera el tiro en cuestión por razones ajenas a la voluntad del señor Norberto Gómez.” Asimismo “al encontrarse acreditada tal secuencia fáctica, a la que le siguió una manipulación del arma en cuestión por parte del citado Norberto Gómez, fruto de la cual se efectuó un disparo al piso, seguido por otro tiro que impactó en la pierna del damnificado Javier Gómez como consecuencia lógica de que el acusado Gómez apuntara contra esa extremidad, no hay dudas entonces de que además de las mencionadas lesiones, las cuales son el resultado final de esta última secuencia de los hechos, estamos en presencia también de un homicidio en grado de tentativa que concurre en forma real con tales lesiones graves ...”

Al concluir el punto d) del mencionado apartado, se indica que “efectivamente en este caso ha existido primeramente una conducta ajustada al tipo penal del homicidio simple (art. 79, CP), en grado de tentativa ... y a la cual luego se adunó una segunda conducta independiente respecto de la primera –al concretarse el destrabe del arma en cuestión, previo agotamiento del accionar desplegado en forma



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TOI/CNCI

previa por el señor Norbert6o Gómez- que produjo lesiones tipificadas en el art. 90 del CP; descartándose de este modo la posibilidad de que haya existido aquí una única conducta, o sea una unidad de acto, e imponiéndose consecuentemente con ello la figura del concurso real entre ambas (art. 55 del CP).”

Con ello, también concuerdo; es decir, en cuanto a la forma en que concurren materialmente (art. 55, CP) la tentativa de homicidio con las lesiones consumadas, y donde el supuesto desistimiento que se alega, del homicidio tentado inicial, no tiene la eficacia que le otorga el voto disidente de la sentencia en estudio del juez Goerner.

3.- En ese sentido, a su vez, la subsunción agravada escogida por el uso de un arma de fuego, es correcta, y a efectos de rechazar el planteo de inconstitucionalidad que se le dirige a la utilización de la agravante genérica del art. 41 bis, CP, me remito a lo dicho en el precedente “**Espínola Cañete**”¹, coincidiendo, en consecuencia, con la conclusión a la que llega el juez Días en el apartado V, g, 5), para rechazar el planteo de inconstitucionalidad introducido, en lo que al tipo penal del homicidio simple se refiere (art. 79, CP).

4.- En lo que no habré de coincidir con el colega que lidera el acuerdo es, en la propuesta para modificar la subsunción efectuada por el tribunal de juicio, donde la mayoría fue conformada por los jueces Dieta de Herrero y Bustos Lambert, descartando las amenazas coactivas agravadas por el uso de arma (apartado V, e) y la portación de arma de uso civil sin la debida autorización legal (apartado V, f, 1).

A este respecto, he de compartir en un todo las consideraciones volcadas por el juez García en los puntos 3.3 y 5 de su voto.

Con relación a la hipótesis prevista en el art. 189 bis, inc. 2º, párrafo tercero del CP, entiendo que en la sentencia recurrida se han dado argumentos pertinentes para explicar por qué, aunque el arma de fuego no fue incautada, y pese a las fuertes sospechas de que se trataría de un arma de guerra, se condenó, no obstante, por el delito de portación de arma de uso civil sin la debida autorización legal.

¹ Sala II, causa n° 15583/13, reg. n° 595/2015 del 27/10/2015.

En este sentido, acompaño la solución propuesta por el colega preopinante, incluso lo que concierne a la modificación de la regla concursal aplicada para la tentativa de homicidio, la causación de lesiones graves y la portación del arma de fuego atribuidos a Norberto Raúl Gómez, pues a este respecto, no existe en la sentencia una descripción fáctica que permita discernir con suficiencia que estamos frente a hechos independientes. Por ello, y por los argumentos que, en extenso, expuse al fallar en los autos “**Bobba**”² y “**Salas**”³, que son, *mutatis mutandi*, de aplicación al caso en estudio, entiendo que corresponde casar la sentencia en este punto y modificar la regla concursal aplicada en derredor de estas hipótesis por la del art. 54 CP.

También habré de compartir los fundamentos y solución propuesta por el juez García, específicamente en el apartado 5.4. de su voto, para descartar la aplicabilidad al caso del art. 149 *ter*, inc. 1º del CP, debiendo modificarse la subsunción legal de ese hecho por la de amenazas coactivas del art. 149 bis, 2º párrafo del CP, que en el caso concurre en forma real (art. 55 CP) con los delitos de homicidio en grado de tentativa y lesiones graves.

En función de lo expuesto, luego de celebrada la audiencia de conocimiento directo del imputado, y coincidiendo en un todo con la valoración de las pautas mensurativas efectuadas por el colega preopinante en el punto 7 de su voto, adhiero también a la propuesta de pena que formula respecto de Norberto Raúl Gomez, a siete años de prisión y las costas del proceso.

Así voto.

En virtud del acuerdo que antecede, esta **Sala 1** de la **Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal RESUELVE:**

HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación de la defensa pública y, en consecuencia, **CASAR PARCIALMENTE** la sentencia de 19 de mayo de 2015 y, en definitiva, **CONDENAR a Norberto Raúl Gómez a la pena de siete años de prisión,**

² CNCCC, Sala 1, causa n° 27135/2014, rta. 06/04/2017, Reg. n° 235/2017.

³ CNCCC, Sala 1, causa n° 33449/2015, rta. 23/08/2018, Reg. n° 995/2018.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 6156/2012/TOI/CNCI

accesorias legales y costas como autor del delito amenazas coactivas en concurso real con homicidio en grado de tentativa, y con el delito de lesiones graves –ambos agravados por el empleo de un arma de fuego-, en concurso ideal con portación no autorizada de un arma de fuego de uso civil (arts. 456 inc. 1 y 2; 457, 459, 465 y 470 CPPN; y 41 *bis*, 42, 54, 55, 79, 90, 149 bis, y 189 bis, párrafo tercero, CP). Sin costas de la instancia en virtud del éxito parcial obtenido (arts. 530 y 531 CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N y lex 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

HORACIO L. DÍAS

LUIS M. GARCÍA

GUSTAVO A. BRUZZONE

Ante mí:

SANTIAGO A. LÓPEZ