

En Necochea, a los 29 días de noviembre de dos mil once, el juez Mario Alberto Juliano, procede a dictar Veredicto y Sentencia en causa: "FISCINA, Carlos Alberto y otros s. Homicidio agravado en grado de tentativa", expediente 4780-0248, de trámite por ante el Tribunal en lo Criminal N° 1 de Necochea, de acuerdo a lo previsto por el artículo 398 del C.P.P. (modificado por Ley 13.943), planteando a tales fines las siguientes cuestiones:

PRIMERA: ¿Corresponde admitir la conformidad alcanzada por el Fiscal, el imputado y su Defensor para imprimir a la causa el trámite del Juicio Abreviado?

Conforme se desprende del acta de la audiencia celebrada el 21 de noviembre de 2011 y que corre agregada a fs. 252/254 resulta que las partes han pactado se imprima a estas actuaciones el trámite del juicio abreviado, para lo que han acordado que al momento de dictar la sentencia se imponga al señor Carlos Adrián Fiscina la pena de cuatro años de prisión de efectivo cumplimiento y bajo la modalidad de la semidetención con prisión domiciliaria con salidas laborales, por resultar autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el uso de armas en grado de tentativa, previsto y sancionado por el artículo 79 en relación con los artículos 41 bis y 42, todos del Código Penal.

Presente el señor Fiscina en la audiencia respectiva y explicados que le fueron los alcances del acuerdo celebrado, dijo comprenderlo en toda su magnitud y extender su conformidad al mismo.

Lo expuesto cumple con los requisitos establecidos por los artículos 395 y ss. del C.P.P., por lo que corresponde admitir la conformidad alcanzada por las partes, otorgándole a la presente el trámite del juicio abreviado.

A la cuestión planteada, me pronuncio por la AFIRMATIVA, por ser ello mi sincera y razonada convicción (art. 398 inc. 2º del C.P.P.).

SEGUNDA: ¿Está probada la existencia y participación del acusado en el hecho que diera origen a estas actuaciones en tanto su injusto personal?

El hecho traído por las partes como cometido por el señor Carlos Adrián Fiscina, se apoya en las constancias que las partes habilitaron sean utilizadas como prueba y que seguidamente se detallan:

1) Acta de procedimiento de fs. 1/2, labrada el 11 de marzo de 2011 a raíz de una llamada telefónica recibida desde el Hospital Municipal de Necochea, sito en 59 N° 4801, dando cuenta del ingreso de un individuo del sexo masculino que presentaba heridas producidas por arma de fuego, razón por la que personal de la Comisaría Primera se presentó en el nosocomio, donde se certificó que a las 16.00 horas ingresó un individuo con tres orificios de ingreso de proyectil en compañía de otra persona, quien manifestó que se encontraba junto a Alejandro Lolli en la vivienda de "la calle de las torres" y 523 de Quequén, circunstancias en que se constituyó un sujeto de sexo masculino, de entre 35 y 38 años, robusto, mediana estatura con un arma de fuego, que parecía un revólver calibre 32, y efectuó seis disparos hacia Lolli, tres de los cuales impactaron en su cuerpo. El testigo manifestó desconocer la identidad del agresor y los motivos de su accionar. Se secuestró la ropa de Lolli con manchas de tejido hemático para someterlas a pericia.

2) A fs. 6 obra la declaración testimonial prestada por Ismael Alberto Cáceres, quien manifestó que ese día, en horas de la tarde, se encontraba en la casa de Coki Lolli, sita en 542 y 523 de Quequén, tomando cerveza. También se encontraban otros familiares de su amigo. Que en un momento determinado llegó una persona de sexo masculino, de aproximadamente 30 a 40 años de edad, de contextura gruesa, de aproximadamente 1.65 metros de estatura, que golpeó las manos. Coki salió, primero se oía que conversaban y después discutían, luego se oyeron los disparos de arma de

fuego. Escuchó cuatro ó cinco. El declarante salió y vio que Coki tenía un disparo en el abdomen y dos en la pierna y lo trasladó al Hospital de Necochea. Dijo que si volviera a ver al agresor no lo reconocería, que se encontraba medio alcoholizado. Consultado por el arma de fuego, manifestó que era del tipo revólver cromado, posiblemente un calibre 32.

3) Declaración testimonial de fs. 7 prestada por Lidia Isabel Aguirre, concubina de Alejandro Lolli, quien manifestó que el día de los hechos, siendo aproximadamente las 15 horas se encontraba en su domicilio junto a su concubino y un amigo del mismo, Tato Cáceres, y tres hijos menores de edad. Que en un momento determinado golpearon las manos, sale su marido, que se asomó y vio que era un hombre de aproximadamente 30 años de edad, robusto, de 1.65 de estatura, cabellos cortos y negros, que se llama Carlos Fiscina y se domiciliaría en 523 antes de llegar a las vías, que tiene dos perros dogos grandes de color blanco. Se escuchó que discutían. Que en un momento Fiscina extrajo un arma de fuego de entre sus prendas y comenzó a disparar. Que su hijo de quince años se puso en el medio. Que Tato Cáceres sacó a su hijo del medio y lo mete a la casa. Se escucharon cinco o seis disparos. Que el arma era cromada, de caño corto. La persona que disparó tenía puesta una malla con flores o dibujos de color gris y marrón claro y una remera de color gris. Que después lo llevaron a su marido al Hospital de Necochea. Que siendo las 16.10 horas se presentó nuevamente el agresor con otras dos personas de sexo masculino, una de estas personas le dijo que era Juan Batilana y que le diga a su marido que cuando salga lo iba a ir a buscar, que la persona que disparó le dijo "ahora cuando salga tu marido voy a venir con una 9 y le voy a pegar un tiro en la cabeza".-

4) A fs. 41/42 Lidia Isabel Aguirre ratifica lo ya declarado y agrega que cuando el agresor "Carlitos" disparaba tenía que hacer un movimiento con el arma, como si lo cargara. Que cuando vuelve Carlitos con dos hombres, uno lo conoce como Arroyito y el otro después se enteró que es Juan Batilana. Que los tres estaban armados. Carlitos tenía el mismo arma con la que disparó. Arroyito tenía un arma negra y el tercero tenía una pistola con cachas de madera que era de dimensiones más grandes que las otras dos. Agregó que Arroyito le manifestó que su marido le había tirado piedras a su casa. Que esas personas se quedaron en las vías, esquina de su casa, que llegaron sus cuñados y llamó a la policía, llegó personal de la Comisaría Segunda. Dijo poder reconocer a Batilana tanto personalmente como por fotografías. Consultada manifestó que no había enemistad con Carlitos, que se saludaban cuando se veían, que con Arroyito no tenían diálogo. Preguntada dijo que Arroyito vivía a una cuadra de su casa, en 540 casi 523 y que Batilana no sabía donde vivía.

5) Declaración testimonial de fs. 8 y 39 prestada por José Fermín Albarengo, quien es vecino de la víctima y manifestó que el día de los hechos, siendo las 16.30 horas aproximadamente, se encontraba en el patio junto a su familia. Que vio a un individuo que se acercaba a casa de su vecino de apellido Lolli. Luego vieron que discutían. Al agresor lo conoce como Carlitos y vio que éste sacaba de su cintura, en la parte de la espalda, un arma de fuego cromada y le gritó a Lolli "Está armado, Coki..." y se introdujo en su casa a proteger a su familia. Que Carlitos disparó cinco o seis veces. Que cuando pararon los disparos fue a lo de su vecino y vio que tenía un disparo en el abdomen y en su pierna izquierda y que estaba con un amigo tratando de llevarlo al Hospital con un transeúnte que pasaba. Que aproximadamente a las 18.00 horas vio a Carlitos con otros dos individuos, uno era Juan Batilana y al otro lo conoce pero no sabe su nombre. Los tres portaban en sus manos armas de fuego y fueron a lo de la señora de Lolli y la amenazaron a ella y a los que estaban en la casa. Dijeron: "así que

al Coki le gusta bardear a las mujeres cuando está borracho, decile que soy Juan Batilana, que lo voy a venir a buscar y le voy a dar un tiro en el medio de la cabeza".-

6) Inspección Ocular de fs. 11 y croquis ilustrativo de fs. 12, labrados sobre el lugar donde ocurrieron los hechos.

7) Acta de examen de visu de fs. 14, sobre la ropa de Alejandro Lolli pantalón corto color blanco, con líneas laterales color verde y un escudo bordado que dice "Deportivo Laferrere", con manchas símil hemáticas en su parte delantera y dos orificios.-

8) Carta de llamado de fs. 17/19, da cuenta de la llamada al 911 efectuada el 11 de marzo de 2011 a la hora 16.47.02, que lleva el Nro. 877946, efectuada por la esposa de Lolli dando cuenta que su marido Alejandro Lolli había sido baleado.

9) Acta de procedimiento de fs. 20, en la zona de los hechos (domicilio de Alejandro Lolli y casa del imputado Carlos A. Fiscina). Por dichos de Carlos F. Curin, vecino de la víctima y suegro de Fiscina, se establece que Lolli habría querido ingresar a la casa de Fiscina, que se estaba colgando de la reja de la ventana de su hija y que por eso le disparó. En el lugar se encontraba el imputado Carlos Fiscina, quien fue aprehendido por el delito de Tentativa de Homicidio.

10) acta de inspección ocular de fs. 23, croquis ilustrativo de fs. 24, de 523 entre 542 y 538 de Quequén, casa de la víctima Alejandro Lolli y del imputado Carlos Fiscina.

11) placas fotográficas de fs. 25/27, del lugar donde se encontraba Lolli y donde se encontraba Fiscina, de la vivienda de ambos, de la ventana donde fue visto colgado Lolli.

12) declaración testimonial de fs. 35/36, prestada por la Sra. Marcela Ayelén Curín, concubina de Carlos A. Fiscina, con el cual tiene una nena de cuatro años. Que el día de los hechos, siendo las 16 horas aproximadamente se encontraba durmiendo la siesta en su cuarto con su marido y en el otro cuarto su hijita. Que escuchó ruidos en el techo, que fue a ver a su hija y vio que un sujeto de sexo masculino estaba colgado de la ventana tratando de sacar la reja. Que le gritó a su marido y la nena se puso a llorar. Que su marido salió corriendo para afuera. Que luego oyó varias detonaciones. Que estaba nerviosa. Que después de los disparos, no puede precisar cuanto rato, entró al domicilio su marido diciendo que lo corrían, que cerrara todo y le mandó un mensajito a su padre haciendo saber lo que estaba pasando. Que a los cinco minutos llegaron sus padres. Que al sujeto no lo pudo ver bien por las cortinas de la ventana, que tenía el torso desnudo, que no logró visualizarlo demasiado, que no puede determinar si tenía arma de fuego, que le parece que estaba con alguien más ya que se oyó que le gritaba al que estaba colgado. Agregó que su esposo tiene un arma de fuego, pero que ella no la vio por que le tiene terror y estaba bien guardada, que desconocía si ese día la había usado.

13) declaración testimonial de fs. 37/38, prestada el 11 de marzo de 2011 por el Sr. Adolfo Federico Guillermo Curin, quien manifiesta que ese día recibió un mensaje de su hija en su celular, siendo las 15.55, para que fuera ya que estaban tratando de entrar ladrones, que se llevara a su nieta. Que cuando llegó ellos estaban encerrados. Le contaron que un sujeto estaba colgado de la ventana, que su hija y su nieta se habían encerrado en la habitación matrimonial y que su yerno había salido con el arma de fuego para ver quienes eran. Que los ladrones eran tres y que uno estaba armado y le quiso disparar a su yerno pero no salieron las balas, entonces Fiscina repelió el ataque efectuando disparos sin saber donde. Que los tres individuos lo corrieron, se le cayó el arma o la tiró, entró inmediatamente a su casa. Agregó que su yerno no le comentó a cuantos metros sucedieron los hechos. Que después vino la policía, su yerno salió de la casa, charlaron y se lo llevaron sin que éste último ofreciera resistencia. Que sabía que su yerno tenía un arma, no sabe si registrada a su nombre. Que su yerno le dijo que eran

los chorritos de la otra cuadra, que cree que se refería a los de 523 y 542, que es un aguantadero.

14) Declaración de fs. 43, dice en el título declaración informativa, prestada por Axel Alejandro Lolli, de 15 años de edad, acompañado de su madre, Lidia Isabel Aguirre. Manifestó que ese día habían ido con su papá a comprar una cerveza y a lo de su tía que vive en 534. Siendo las 15.30, cuando volvían por 538 una persona llamada Carlitos lo llamó a su papá y se pusieron a charlar en la ventana de la casa de éste. Estuvieron hablando unos cinco minutos y luego siguieron caminando para la casa del deponente. Que no sabía de qué hablaban ya que iba caminando mas adelante que su padre ya que se había cruzado con un amigo que le dicen Toto. Cuando llegaron a la casa, pasados unos quince minutos, golpearon las manos, sale su padre y el deponente lo acompañó. Era Carlitos con el que habían estado minutos antes. Discutieron ya que lo acusaba a su padre de haber querido entrar a su casa por la ventana. Después Carlitos sacó un arma de fuego de su cintura, cree que un revólver porque tenía tambor, que era cromada. Disparó contra su papá. Para tirar tenía que remontar el arma. Que él se puso en el medio para que dejara de disparar pero seguía haciéndolo. Que después vio que su padre tenía sangre en la ropa y pararon a una camioneta para llevarlo al Hospital. Agregó que no estaba en su casa cuando fueron tres sujetos armados a su casa a buscar a su padre, se lo contó su mamá. Preguntado contestó que Fiscina tenía puesta una maya con unas rayitas oscuras y que los disparos fueron cinco o seis, todos dirigidos a su padre.

15) acta de secuestro de fs. 44, correspondiente al plomo extraído durante la operación efectuada a Alejandro Lolli.

16) Declaración de fs. 48/51, prestada en sede de la Fiscalía N° 30 Departamental, el 12 de marzo de 2011 por el Sr. Carlos Adrián Fiscina, quien declaró que el día de los hechos, a las 4 de la tarde, se habían ido a dormir la siesta con su esposa y que en un momento determinado sintieron un fuerte golpe en el techo. Que su esposa se dirigió a la habitación de su hijita y pudo observar que alguien estaba colgado de la reja y empujando la ventana de esa habitación que da a 532. Que ella le gritó avisándole que se querían meter en la casa. El se puso una malla y cuando quiso abrir el postigón de la ventana de la cocina, que también da a 532, para ver quien quería entrar por la otra ventana, encontró resistencia ya que el sujeto quería entrar por esa ventana. Forcejearon un rato hasta que logra abrir el postigón y vio parado frente a la ventana a Coki Lolli que se encontraba alcoholizado o bajo los efectos de sustancia estupefaciente. Lolli se encontraba acompañado por un joven de pelo largo con un tatuaje de una lágrima debajo del ojo. Conoce a Lolli por ser vecino. El declarante se puso zapatillas y una remera y salió de su casa por 538. Vio a los sujetos que estaban acompañados del hijo mayor de Lolli, llevaban una botella de cerveza. Vio que Lolli levanta una piedra de gran tamaño y la tira sobre un portón y siguen camino para la casa de Lolli. Como los seguía escuchó que insultaron a unas personas que se encontraban trabajando frente a la planta de cereales. Que fue a la casa de Lolli, golpeó las manos y primero lo atendió el sujeto con tatuaje en la cara. Después lo atendió el hijo mayor y después salió Lolli. El deponente lo increpó sobre la actitud de querer robarle si trabajaba todo el día y no se metía con nadie y allí Lolli sacó un arma y empezó a amenazarlo poniendo la misma a centímetros de la cara. Por ello el declarante sacó su arma y le gatilla a las piernas para hacerlo retroceder. Que no sabe por qué lo hirió en el abdomen ya que apuntaba a las piernas. Que después se fue a su casa a esperar la policía. Agregó que cuando se cambiaba en su casa agarró el arma, que es un revólver calibre 22. Dice que después del hecho tiró el arma a las vías y se fue a su casa. Que a Arroyito y Batilana no los trata, los conoce porque boquillan cerca de su casa. Que ellos

le preguntaron qué había pasado y lo acompañaron a la casa de Lolli y allí le recriminaron a la esposa que no es posible que estén perturbando todo el barrio, que así no se puede vivir, que no sabe si Batilana y Arroyito tenían armas. Que el deponente no la llevaba ya que la había tirado en las vías.

17) informe médico de fs. 52, efectuado a Lolli por Médico de Policía quien da cuenta que había sido operado con laparotomía exploradora y le habían extraído un proyectil cerca del abdomen. Que en radiografía de muslo derecho se veían dos proyectiles en cara externa de fémur.

18) actas de allanamientos de fs. 64, 66 y 68, en 540 N° 1112 de Quequén donde secuestran un arma de fuego pistola calibre 22 marca GMG N° 6655 con cargador colocado con 6 proyectiles calibre 22, tres de ellos punta hueca, dos de ellos marca FM, dos de la marca super x y el restante marca c. Allanamiento en vivienda de calle 538 N° 1105 de Quequén, no hallaron elementos de interés para la causa. Allanamiento en vivienda de calle 509 entre 528 y 530 de Quequén, no hallaron elementos de interés para la presente investigación.

19) declaración testimonial de fs. 122, prestada por Gabriela Sampayo, domiciliada en 540 Nro 1112 de Quequén, quien manifestó que el día de los hechos, aproximadamente a las 16.00 horas sintió un ruido fuerte que provenía de un portón de un galpón que hay en su domicilio. Que salió a ver y vio a Lolli con dos sujetos. El primero tiraba piedras a las casas existentes en el lugar. Entró a la casa y pudo ver que pasaba Fiscina y se encontraba Lolli, quien al verla le dijo "....a vos te voy a matar a tu hijo....", sintió que se gritaban mutuamente.

20) Declaración testimonial de 123/124, prestada por Santiago Omar Leguizamón, domiciliado en 574-1667 de Quequén, quien manifestó que el día de los hechos se encontraba en la acopiadora de cereales Necochea-Quequén sita en 523 de esa localidad. Que vio que Lolli arrojaba piedras o ladrillos contra las casas del lugar, se encontraba con otros dos sujetos. Que de una de las casas salió una mujer a la cual Lolli le dice que le iba a matar al hijo. Pasó frente a la cerealera, les pidió dinero, ante la negativa siguió su camino. Arrojó piedras a otra casa y continuó hasta su casa. Llevaba una botella de cerveza, estaban como borrachos o sacados. Vio que de la última casa que habían tirado piedras sale un hombre y se dirige a la casa de Lolli, a 70 metros de donde estaba el dicente. Discutieron y vio que Lolli sacó de entre sus ropas un arma de fuego y descerraja tiros en la cabeza de esa otra persona, no saliendo los tiros. La otra persona retrocede, saca un arma de fuego y le dispara a Lolli.

Las constancias precedentemente consignadas posibilitan dar respuesta afirmativa respecto de la cuestión planteada, tanto con relación a la existencia del hecho como de la participación del imputado en el mismo.

La existencia del hecho y la participación ha sido admitida por el propio imputado en la declaración prestada a fs. 48/51, donde si bien procura minimizar su responsabilidad, lo cierto es que admite haber disparado contra el señor Lolli.

Fiscina introduce en su declaración dos defensas a las que es preciso dar respuesta, no obstante la existencia del acuerdo de juicio abreviado y pena pactada.

En primer lugar el imputado aduce que el señor Lolli lo habría apuntado con un arma y le habría gatillado sin que salieran los disparos, razón por la que extrajo de entre sus ropas el arma que portaba consigo, en lo que podría ser interpretado como una conducta defensiva ante una agresión ilegítima. Lamento discrepar con el señor Fiscina en el sentido que, a mi criterio, la pretendida agresión ilegítima de Lolli no se encuentra suficientemente probada.

Ciertamente, hay un testigo aportado por la defensa (el señor Santiago Omar Leguizamón) quien dice haber apreciado a la distancia cuando Lolli lo apuntaba a Fiscina

con un arma de fuego y le gatillaba sin que salieran los disparos. Sin embargo, lo cierto y lo concreto es que el resto de los testigos presenciales no advierten la aducida agresión por parte de Lolli, como tampoco se registró secuestro de arma alguna que permitiera corroborar esa versión defensiva, lo que me lleva a aferrarme, en el reducido marco de conocimiento que supone el juicio abreviado, a lo objetivamente demostrado.

Del mismo modo, el señor Fiscina alega que no tuvo intención y voluntad de matar a Lolli, que simplemente le tiró a las piernas. Sin embargo, el disparo recibido por la víctima en la zona abdominal que, ciertamente, es idóneo para poner en peligro la vida de cualquier persona, habla objetivamente de lo contrario.

La reconstrucción de los hechos que han realizado los testigos que de un modo u otro presenciaron los hechos habla de un actitud vindicativa del señor Fiscina quien habría tomado la justicia por sus propias manos con el propósito deliberado de terminar con las molestias barriales que ocasionaría el señor Lolli, conducta que, además de no ser la aconsejable en una sociedad civilizada, suele terminar con peores consecuencias para el justiciero que para el ajusticiado.

En los términos precedentes daré por probado que siendo aproximadamente las 16 horas del 11 de marzo de 2011 y en 523 nro 1964 de Quequén, el señor Carlos Adrián Fiscina efectuó cinco o seis disparos contra la persona del señor Alejandro Carlos Batolomé Lolli, impactando tres de ellos en la humanidad de la víctima, dos en el muslo derecho y el restante en el abdomen.

Además he de decir que la participación de Carlos Adrián Fiscina en el hecho que nos ocupa ha sido a título de AUTOR, por haber desplegado la conducta descrita en el núcleo del tipo penal (artículo 45 del Código Penal).

En cuanto a la RESPONSABILIDAD por el hecho, entiendo que al señor Fiscina pudo exigírsele una motivación en la norma de acuerdo a parámetros sociales medios, no hallando ninguna circunstancia especial de conflicto que lo coloquen ante la inexigibilidad que le conferirían irresponsabilidad en el caso concreto. Por ello, se lo hace responsable penalmente por su hecho.

Con relación a la CAPACIDAD DE CULPABILIDAD en sentido estricto, en cuanto juicio de imputación subjetiva por el cual se establece la desaprobación jurídico penal de la relación personal entre el sujeto y su hecho, puedo decir que con toda la prueba analizada, formo convicción suficiente acerca de que el imputado, al momento del hecho, era IMPUTABLE. En la misma línea, que tuvo plena conciencia de la ilicitud del hecho que desarrollaba.

El señor Fiscina fue revisado por la Dra. Silvia Solari inmediatamente después del hecho, de acuerdo al examen médico obrante a fs. 31, informando que el causante se hallaba en estado psíquico sin alteraciones clínicas ni signos de intoxicación etílica, consciente, orientado temporoespacialmente, con memoria reciente y remota conservadas y lenguaje coherente.

En el mismo sentido, todo el despliegue delictivo realizado denota la plena comprensión y dirección de sus actos.

Así, en tanto autor, en el caso, realizó la conducta típica prescripta con plena comprensión del sentido y dirección de sus actos, habiendo podido él mismo en el caso concreto, de esa especial circunstancia de día, hora y lugar, haberla omitido y dirigir su accionar en otro sentido.

En conclusión, entiendo que la conducta desplegada por el señor Carlos Andrés Fiscina le es atribuible en su doble faz de responsabilidad y culpabilidad estricta, por ser un hecho que pudo haber omitido en el caso concreto, y por comprender y dirigir plenamente sus acciones.

A la cuestión planteada, me pronuncio por la AFIRMATIVA, por ser ello mi lógica, sincera y razonada convicción (artículos 371.1 y 2, 373 y 399 del C.P.P.).

TERCERA: ¿Existen eximentes, atenuantes y agravantes?

No encuentro eximentes, agravantes ni atenuantes, ni las partes los han propuesto.

A la cuestión planteada voto por la NEGATIVA, por ser ello mi sincera y razonada convicción (arts. 371 inc. 3, 4, 5, 373 y 399 del C.P.P.).

En mérito al resultado que arroja la decisión de las cuestiones precedentemente planteadas y decididas, se pronuncia VEREDICTO CONDENATORIO para el señor Carlos Adrián Fiscina respecto del hecho traído a conocimiento de este Tribunal.

No siendo para más se da por finalizado el acto, firmando el señor Juez, por ante mí Secretario autorizante.

## SENTENCIA

Habiendo recaído veredicto CONDENATORIO, y siguiendo el mismo orden de votación, el Tribunal dictó SENTENCIA en base al planteamiento de las cuestiones que siguen (art. 375 C.P.P.):

PRIMERA: ¿Cómo debe calificarse el hecho?

Las partes han pactado que al momento de dictar la sentencia el hecho sea calificado como homicidio agravado por el uso de un arma de fuego, en grado de tentativa, previsto y sancionado por el artículo 79, en relación con los artículos 41 bis y 42 del Código Penal.

Sin embargo, me permitiré discrepar respecto de la aplicación de la agravante genérica prevista por el artículo 41 bis del Código Penal.

Como lo he dicho en otros casos similares, la Sala I del Tribunal de Casación Bonaerense (por mayoría) viene sosteniendo de manera uniforme la obliteración del art. 41 bis del Código Penal, cuando el delito endilgado es el de homicidio (véanse causas Nº 21.482; 16.746; 16.575; 18.513; 21.514; y 21.403).

En tales precedentes se ha sostenido que: "El ras de razonabilidad republicana que debe emplear el juez en el proceso de aplicación de la ley impone desentrañar el sentido de las normas, máxime en el caso en que estas... son obras del panpenalismo. Si la figura del artículo 79 C.P. presume el *anumis necandi*, su comisión contempla el uso de un medio apto para causar ese resultado... Tratándose el homicidio simple de un delito de afectación del bien jurídico por lesión, carece de sentido considerarlo agravado por el uso de un medio peligroso, puesto que toda afectación por peligro de un bien jurídico es absorbida por su lesión. Más claramente, si se ha matado con un revólver, o una ballesta o con las manos, se ha usado en estos casos un medio apto para terminar con la vida del otro, y el peligro que importaban los primeros con relación a las segundas por su especialidad, se ha concretado en todos... La norma del artículo 57 de la Constitución de la Provincia... lleva a la desaplicación del dispositivo que se juzgue refractario a sus disposiciones y -de todas ellas- una de las más trascendentes, es la razonabilidad republicana" (del voto del Juez Sal Llargués, en causa nº 21.482).-

De la lectura de la cita precedente pueden extraerse los dos argumentos que, a mi modo de ver, resultan dirimentes, y por los que la agravante genérica en cuestión no resulta de aplicación al caso.-

1) Cuando el legislador penal, ha querido agravar la sanción al autor de homicidio por utilizar medios que revelan un mayor injusto o una mayor peligrosidad de éste, así lo ha hecho. Específicamente en el artículo 80 C.P, por

ejemplo en su inciso 5: "por medio idóneo para crear un peligro común", o 2: "...veneno u otro procedimiento insidioso".

En su texto no se consideró al arma de fuego como una de ellas, por lo que, y en virtud de los principios más generales del derecho, una norma de aplicación general (artículo 41 bis C.P) debe ceder ante una de carácter especial (artículo 80 C.P).-

En otras palabras, quién prevé qué medios resultan idóneos para producir un agravamiento en la escala del tipo penal de homicidio es el artículo 80 C.P., por su especificidad, y no el artículo 41 bis, por su generalidad.-

2) Asimismo, el tipo penal de homicidio es claramente un delito de resultado, que requiere de la lesión al bien jurídico vida para su consumación. Tal bien jurídico no es pasible de afecciones graduales, como sí lo son otros, por ejemplo, la propiedad. La vida, en cambio, si se la lesiona (y se consume el tipo penal) debe tener su correlato en una persona muerta.-

El artículo 41 bis, por el contrario, establece un tipo penal de peligro, sea por el mayor poder intimidante que posee el uso de un arma de fuego, como el riesgo concreto para la vida y la integridad corporal que deriva de su utilización, y que resulta de aplicación a aquellos casos en los que el bien jurídico no solo admita afecciones graduales, sino que se trate de aquellos denominados tipos "de pura actividad", o más sencillamente, de peligro concreto.-

Así las cosas, resulta completamente irrelevante el medio que utilice el autor para dar muerte a su víctima (siempre que no se trate de los establecidos en el artículo 80 C.P.), pues si existe una persona muerta es porque el medio empleado resultó apto, y existiendo un resultado típico, el peligro que para el bien jurídico represente un medio determinado queda absorbido por aquel resultado.-

En otras palabras, el tipo previsto por el artículo 41 bis C.P, debe ceder ante la implicación de un tipo de resultado (como lo es el de homicidio), resolviéndose la cuestión conforme las reglas del concurso de leyes, quedando reservada su aplicación a los delitos de pura actividad.-

Relacionado con lo anterior, al tratarse el homicidio de un tipo de resultado, en el mismo se encuentran previstos sus diferentes modalidades de ejecución y por ende, los medios posibles de su comisión (todos aquellos que resulten aptos para dar muerte a una persona). Todo agravamiento de la pena en abstracto por el hecho de utilizar un medio determinado, implica una doble valoración jurídico-penal de la misma circunstancia, por lo que contraría la garantía del ne bis in idem.-

Consecuentemente, el hecho debe ser calificado como homicidio simple en grado de tentativa, previsto y sancionado por el artículo 79 en relación con el artículo 42, ambos del Código Penal y por el cual debe responder el señor Carlos Andrés Fiscina a título de autor (artículo 45 del Código Penal).

Así me pronuncio, por ser mi razonada y sincera convicción (artículos 375.1, 373 y 399 del C.P.P.).

SEGUNDA:- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

I. Corresponde admitir el acuerdo celebrado por las partes para imprimir a estos actuados el trámite del juicio abreviado (artículos 395 y subsiguientes CPP).

II. Coincido con el monto de pena que las partes han estipulado se imponga al momento de dictar la sentencia, esto es la de cuatro años de prisión, la que encuentro razonable y proporcionada a la entidad del injusto, lesión al bien jurídico y culpabilidad que es dable atribuir al causante. La actitud vindicativa del señor Fiscina de tomar un arma de fuego, constituirse en el domicilio de quien momentos antes habría intentado ingresar a su vivienda de modo ilegal y vaciarle el cargador del arma que portaba, impactando en tres ocasiones sobre la persona de la víctima, colocando en serio riesgo

su vida, constituye una conducta que debe ser reprochada en la medida que han previsto las partes.

Sin embargo, discrepo en punto a que, en este caso particular, la pena deba ser de efectivo cumplimiento, aún bajo el régimen atenuado que han previsto las partes (semidetención en prisión domiciliaria con salidas laborales).

Pondero y meritúo la prudencia de las partes (especialmente la del señor Agente Fiscal interviniente) en punto a minimizar la aplicación de la pena de prisión que, ciertamente, debe constituir la reacción última del Estado frente al delito. Sin embargo, la modalidad acordada, aún atenuada frente al riesgo de la cárcel, continúa siendo una restricción de la libertad y una amenaza potencial que, ante cualquier incumplimiento, puede colocar al señor Fiscina en prisión, que es lo que se procura evitar en este caso puntual.

Soy de la idea que la pena a imponer debe ser de cumplimiento condicional.

El artículo 26 del Código Penal establece dos tipos de requisitos para la procedencia de las penas de ejecución condicional. Recaudos de tipo objetivo (que se trate de primera condena y que la pena a imponer no exceda los tres años de prisión) y recaudos de tipo subjetivo, esto es que la condicionalidad se funde, bajo pena de nulidad, en cualquier tipo de circunstancia que demuestre la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad (por ejemplo, la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho).

El conflicto se presenta cuando, como en este caso, los recaudos objetivos entran en contradicción con los subjetivos. Dicho con otras palabras, cuando las circunstancias personales del imputado demuestran la conveniencia de no aplicar una pena privativa de la libertad pero los recaudos objetivos lo impiden. En este caso, por ser una pena superior a los tres años, a pesar de tratarse de primera condena.

Tengo la convicción que "las circunstancias personales" del señor Carlos Adrián Fiscina hacen aconsejable que no se imponga una pena efectivamente privativa de la libertad, como de hecho también lo han entendido las partes al pactar una forma de semidetención bajo el régimen de la prisión domiciliaria con salidas laborales.

Tal como se consigna en el informe elaborado por la perito Asistente Social, Susana Lía Krüger, obrante a fs. 23/25 del incidente de morigeración de la prisión preventiva que corre agregado por cuerda, resulta que el señor Carlos Adrián Fiscina integra un núcleo familiar compuesto por su esposa (Marcela Ayelén Curín) y su hija (Lucila, de cuatro años de edad), mostrándose ambos atendiendo a la crianza de la niña y proveyendo a la economía familiar de modo satisfactorio. Dice que se advierten proyectos familiares superadores. Señala que la detención del imputado impacta en el seno familiar modificando su cotidianeidad. Fiscina trabaja como albañil por cuenta propia con demostrada regularidad en su actividad. Lleva seis años de unión consensual con su pareja y tienen proyectos de construir su propia vivienda.

En el mismo sentido el informe elaborado por la licenciada Rosana D'Annunzio a fs. 11/14 del incidente de excarcelación extraordinaria que también corre agregado por cuerda, donde se consigna que el grupo familiar cubre sus necesidades básicas con el aporte de ambos integrantes de la pareja. Se sostiene que Fiscina tiene una dinámica familiar diaria organizada siendo sus principales actividades el trabajo y la educación de sus hijos. Posee proyectos claros de la posibilidad de mejorar en la calidad de vida. La perito refirió que, mientras el señor Fiscina permaneció detenido por esta causa el grupo familiar atravesó una problemática denominada "situación límite"

en tanto la circunstancia atravesada modificó la condición de vida del grupo familiar, dificultando el desarrollo normal del proyecto de vida.

A fs. 9/10 del incidente de morigeración declaró la esposa del imputado, quien refirió que mientras su marido se encontraba detenido su hija de cuatro años experimento un importante decaimiento motivado en la falta de contacto con su padre y que además sus ingresos no le permiten paliar las necesidades básicas de la familia, necesitando del apoyo del resto de sus familiares.

Ambos informes especializados, coincidentes en su substancia, sumado la declaración de su esposa, son demostrativos de que resulta inadecuado disponer la privación de la libertad del señor Fiscina, aún bajo una modalidad atenuada que ante un eventual incumplimiento lo pueda colocar en las circunstancias que se pretenden evitar.

En los términos precedentes, llevar al señor Fiscina a la cárcel traería aparejadas más consecuencias disvaliosas que las que promete la pena de prisión (la resocialización) difícilmente verificables. Específicamente, además de condenarlo a Fiscina, condenaríamos a su mujer y a su hija, a la desintegración familiar, a la pérdida del trabajo y a la acentuación de los rasgos negativos con que pudiera contar el imputado en su personalidad.

En este sentido deben recordarse los postulados de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990 en donde se advierte la necesidad de que los Estados tiendan a la fijación coherente y flexible de penas en atención a las particularidades del caso y la persona priorizando la no prisionización de los condenados.

Ahora, ¿cómo debe resolverse la contradicción existente entre los recaudos objetivos y subjetivos que establece el artículo 26 del Código Penal para disponer la aplicación de una pena de ejecución condicional?

Ese conflicto exige una labor interpretativa del juez que, en mi caso, habré de realizar haciendo empleo del método sistemático, esto es, una comprensión abarcativa del orden jurídico fincada en las exigencias constitucionales y convencionales a las que, en definitiva, deben ajustarse las leyes que, se supone, deben ser su consecuencia.

Como plataforma sustancial diré que el legislador solamente se encuentra habilitado para poner un límite máximo (techo, tope) al poder punitivo, pero en forma alguna un límite mínimo (un piso), como lo sería la imposibilidad de aplicar una pena menos rigurosa que la efectiva privación de la libertad.

Relacionado con el primer aspecto (que el legislador únicamente se encuentra habilitado a poner un límite máximo al ejercicio del poder punitivo estatal) toda vez que la Convención contra la Tortura veda la imposición de penas crueles, inhumanas o degradantes (artículo 16), con lo que el sistema de protección de los derechos humanos nos está queriendo decir que toda pena que supere ciertos límites (en su cantidad o en su calidad) es cruel, inhumana o degradante y, por ende, prohibida por el orden jurídico.

Por el contrario, de nuestra legislación no surge disposición alguna que habilite al legislador a poner un límite mínimo al ejercicio del poder punitivo estatal, esto es la autorización para establecer una frontera por debajo de la cual una pena (ya sea en cantidad o en calidad) sería ilegítima. Lo cual es una lógica derivación del principio de culpabilidad.

El principio de culpabilidad, entendido como la relación singular y particularizada del individuo con su hecho, parte de la premisa que el nivel de reproche es susceptible de ser graduado de acuerdo a las características del caso, ello como lógica consecuencia que las personas no son todas iguales, que no todos tienen las mismas

posibilidades de motivarse en las normas y adecuar su conducta a ellas y que, muy por el contrario, presentamos tantas diversidades como individuos habitan el planeta.

La idea de un reproche mínimo, fijo y tasado (en cantidad o calidad), es contraria al principio de culpabilidad, ya que para aquellos supuestos donde la sanción se coloque por encima de la culpabilidad que es dable atribuir al individuo por su hecho nos encontraríamos en presencia de una pena cruel, inhumana o degradante, prohibida por la ley.

Pero no solo eso. Si aceptamos que la culpabilidad es susceptible de ser medida en grados, desde la ausencia absoluta de culpabilidad en adelante (hasta el límite legal del poder punitivo), admitir que el legislador se encuentra autorizado a poner un piso de punibilidad, que en algún supuesto puede resultar superior a la culpabilidad que es dable atribuir al individuo, implicaría convalidar que el legislador se arroge atribuciones propias del Poder Judicial, como lo es el conocimiento sobre las causas pendientes (artículo 116 C.N.), lo cual representa una clara violación al principio republicano de división de los poderes (artículo 109 C.N.). O, dicho con otras palabras, conferirle la atribución de establecer, jure et de jure, sin admitir prueba en contrario, que siempre y en todos los casos, frente a un determinado delito la culpabilidad debe ser medida a partir de un estándar determinado.

Retomando la línea argumentativa que traía y regresando a la solución que debe adoptarse frente a la imposibilidad material y jurídica de conciliar los recaudos objetivos y subjetivos del mentado artículo 26, anticipo que deben prevalecer estos últimos por encima de los formales o materiales. No sólo por los claros límites impuestos al legislador para el diseño de la ley penal, sino también por la finalidad que la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos han asignado a las penas.

Las normas supremas de la Nación (artículos 18 Constitución nacional, 5.6. CADH, 10.3. PIDCP) han establecido que el fin de las penas es la resocialización del individuo, esto es, un proceso destinado a revertir las condiciones de vulnerabilidad que lo colocaron en contradicción con la ley penal. El fin resocializador de las penas implica privilegiar la dignidad del individuo que delinquirió por sobre cualquier otra finalidad presunta (retribución o prevención).

Consecuentemente, si el fin de la pena debe implicar privilegiar la situación del imputado, deviene evidente que los recaudos formales de la ley no pueden ni deben sobreponerse por sobre los aspectos subjetivos del caso particular que hacen aconsejable no imponer una pena efectivamente privativa de la libertad.

De acuerdo a lo precedente, corresponde declarar la inconstitucionalidad del límite previsto por el artículo 26 del Código Penal de tres años para la imposición de penas de cumplimiento condicional (artículos 18, 109 y 116 Constitución nacional; 16 de la Convención contra la Tortura) e imponer al señor Carlos Adrián Fiscina una pena de cuatro años de prisión, de ejecución condicional.

Por idéntico período (cuatro años) el señor Fiscina deberá mantener fijado un domicilio y someterse al contralor del Patronato de Liberados (artículo 27 bis Código Penal).

Así me pronuncio, por ser ello mi lógica, sincera y razonada convicción (artículos 373 y 375.2 del C.P.P.).

**F A L L O**

Necochea, 29 de noviembre de 2011

**AUTOS, VISTOS Y CONSIDERANDO:**

El Acuerdo que antecede, se **RESUELVE:**

I. Admitir la conformidad de las partes para imprimir a la presente causa el trámite de juicio abreviado (artículo 396 del C.P.P.).

II. DECLARAR la inconstitucionalidad del límite de tres años para la imposición de penas de cumplimiento condicional previsto por el artículo 26 del Código Penal (artículos 18, 109 y 116 de la Constitución nacional, 5.6. CADH, 10.3 PIDCP y 16 de la Convención contra la Tortura).

III. CONDENAR a Carlos Adrián Fiscina, argentino, soltero, D.N.I. 28.041.645, nacido el 31 de mayo de 1979 en Necochea, hijo de Horacio Alfredo Fiscina y de María Angélica Rodríguez, albañil, domiciliado en 538 N° 1105 de Quequén, a la pena de CUATRO AÑOS de prisión, de cumplimiento condicional, por resultar autor penalmente responsable del delito de homicidio en grado de tentativa, hecho ocurrido en Quequén, el 11 de marzo de 2011 en perjuicio del señor Alejandro Carlos Bartolomé Lolli (arts. 26, 40, 41, 42, 45 y 79 del Código Penal y 371, 373, 375, 522, 523, 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal).

IV. FIJAR como condiciones de la pena de ejecución condicional que por idéntico período que el de la condena (cuatro años) el señor Fiscina mantenga fijado un domicilio y se someta al contralor del Patronato de Liberados (artículo 27 bis C.P.).

REGISTRESE. NOTIFIQUESE, practíquense las comunicaciones de ley y hágase saber el contenido del presente resolutorio a la víctima mediante cédula.

FDO: Mario Alberto Juliano. Juez