

REGISTRO N° 19.583

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 27 días del mes de diciembre del año dos mil once, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el juez doctor Pedro R. David como Presidente y los jueces doctores Alejandro W. Slokar y Liliana E. Catucci como Vocales, asistidos por la Secretaria, doctora María Jimena Monsalve, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fs. 431 –cuyos fundamentos se agregaron a fs. 432/447– de la causa n° 8699 del registro de esta Sala, caratulada "MEDINA, Alberto Darío s/ recurso de casación". Interviene representando al Ministerio Público Fiscal el señor Fiscal General doctor Ricardo Gustavo Wechsler, a la defensa la Defensora Pública Oficial doctora Eleonora Devoto, y a la querrela el señor Manuel Moar, patrocinado por el doctor Oscar Isidro Aguirre.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultaron designados para hacerlo en primer término el juez doctor Alejandro W. Slokar y en segundo y tercer lugar los jueces doctores Pedro R. David y Liliana E. Catucci, respectivamente.

El señor juez doctor **Alejandro W. Slokar** dijo:

-I-

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal n° 17 de esta ciudad resolvió, mediante sentencia de fecha 12 de julio de 2007, condenar a Alberto Darío Medina a la pena de dieciséis años de prisión, accesorias legales y costas, por ser autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego.

Contra esa decisión interpuso la defensa recurso de casación (fs. 464/475 vta.), que fue formalmente concedido (fs. 476/vta.).

2º) El recurrente sostuvo que en la sentencia se efectuó una errada aplicación de la agravante prevista en el artículo 41 bis del Código Penal, lo que implicó una mayor reacción punitiva. En su entender, agravar el homicidio por el

sólo hecho de usar un arma no concuerda con la aplicación lógica de la figura legal, pues el uso del arma es la forma de realizar el tipo, es por ello que la conducta disvaliosa se agota en ese mismo acto. La única lógica que -a su criterio- encuentra la aplicación de la norma es que medie, antes de la realización del verbo típico, una intimidación dirigida hacia la víctima. Expresó que esto fue lo previsto por el legislador para justificar lo establecido en aquél artículo.

Agregó el recurrente que en el caso de autos la víctima recibió los disparos por la espalda, y que el acto fue repentino, sin mediar ningún tipo de intimidación propuesta por el autor para someter a la damnificada a los designios u órdenes de éste aprovechándose para ello del arma de fuego que portaba.

La defensa se quejó también de la forma en que el *a quo* mensuró la pena. Alegó que no se había tenido en cuenta el arrepentimiento espontáneo de su pupilo, quien -afirmó- dio aviso inmediato a las autoridades y no ofreció resistencia alguna a su arresto. La sentencia omitió tratar la cuestión y ello, a criterio del recurrente, conlleva arbitrariedad.

Concluyó solicitando que se case el resolutorio, se modifique la calificación legal y se subsuma el hecho en el tipo de homicidio simple, modificando la pena por desproporcionada y arbitraria, y se reduzca de manera sensible.

3º) Que durante el término de oficina el Fiscal General se presentó a fs. 496/498, solicitando el rechazo del recurso.

Por su parte, la defensa reiteró su solicitud de que se case la sentencia y se modifique la pena impuesta (fs. 509/514).

Superada la etapa prevista en el art. 468 C.P.P.N., quedó el recurso en condiciones de ser resuelto.

-II-

El recurso de casación interpuesto es formalmente admisible. El fallo atacado es recurrible a tenor de los arts. 457 y 459 C.P.P.N., la presentación casatoria satisface las exigencias de interposición (art. 463 de dicho código) y de admisibilidad (art. 444), y se han invocado agravios fundados

en la inobservancia de la ley sustantiva y procesal (art. 456, incs. 1° y 2°).

El examen de la sentencia debe abordarse de acuerdo con los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Casal, Matías Eugenio" (Fallos: 328:3399) que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de revisar, o sea de agotar la revisión de lo revisable (confr. considerando 5 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).

-III-

1°) El *a quo*, tuvo por probado que "el acusado mató a Graciela María Rosa Moar, el 5 de enero de 2006, alrededor de las 11.20, en el interior del inmueble ubicado en la calle Concordia 970, piso 3°, departamento "24" de esta ciudad. Para ello, Medina le efectuó cuatro disparos por la espalda, con una pistola semiautomática marca 'Bersa', calibre 9 mm., con la inscripción Policía Federal Argentina, que el encausado portaba con motivo de su profesión, que impactaron en la región escapular derecha, en la región infraescapular izquierda, en la columna dorsal y en la columna lumbar de la citada Moar, provocándole lesiones internas que derivaron en su muerte; siendo que al menos tres de los mismos habrían sido efectuados mientras la nombrada se encontraban en el suelo" (fs. 440).

La defensa ha alegado que el *a quo* incurrió en errónea aplicación de la ley sustantiva al considerar aplicable la agravante genérica del art. 41 bis del C.P.

Esa disposición establece que "cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego la escala penal prevista para el delito de que se trate se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo, sin que ésta pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda". Sin embargo "Esta agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate".

Lleva dicho la Sala "que esta restricción de la ley conduce a entender que la agravante es aplicable en todos los casos en los que el empleo de un arma no esté contemplado ya como constitutivo o agravante de la figura legal en la parte especial, pues cuando la ley contempla ya el empleo de un arma en la ejecución de un hecho violento contra las personas, la circunstancia de que el arma sea de fuego o de otra naturaleza, propia o impropia, podrá eventualmente ser tenida en cuenta como elemento para la graduación de la pena dentro de la escala penal, pero lo que no puede negarse es que el empleo de cualquier arma es ya un elemento que constituye o califica la figura, y en consecuencia es uno de los contemplados en la excepción" (cfr. causa n° 8645 "Gerbolés, Arturo Aníbal s/ recurso de casación", voto del juez García, sent. de fecha 10/12/2009, Reg. N° 15.667).

En efecto, se trata de una circunstancia de determinación prevista como factor general de agravamiento de la cuantificación punitiva por la mediación de violencia o intimidación contra las personas a través del empleo de un arma de fuego.

Su origen surge del proyecto presentado en la cámara baja por la diputada Garré y otros. Fue considerado y aprobado en la Cámara de Diputados en la sesión del 24 de noviembre de 1999 -con la disidencia parcial del diputado Quinzio-, y considerado y sancionado por la Cámara de Senadores en la sesión del 9 de agosto del 2000, para lo cual la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios había examinado el proyecto del senador Yoma por el que se aumentaban las penas previstas en distintos delitos en razón del uso de armas, y el proyecto del senador Cafiero, que penalizaba al padre, tutor o guardador de menores que tuviesen armas.

Durante el proceso legislativo el mismo miembro informante destacó en el debate parlamentario que "se trata de un proyecto muy simple, y resulta complementario de una gran batería de medidas legislativas que desde hace un año el Congreso de la Nación viene proponiendo y aprobando" y ejemplificó con el delito de homicidio cometido con arma de fuego, para después agregar una lista que incluía las lesiones leves, graves y gravísimas, la privación ilegal de la libertad,

los apremios ilegales y la extorsión, y finalizar sosteniendo que *"hace poco tiempo modificamos las penas cuando el delito de violación se cometía haciendo uso de armas. No podemos modificar delito por delito. Por eso me parece más conveniente, para una mejor sistematización, que sea tratado en la parte general"* (Intervención del senador Agúndez, Orden del día n° 742, sesión del 9 de agosto del 2000).

La razón de la agravación genérica debe buscarse en el mayor peligro creado para el bien jurídico por el empleo de un instrumento eventualmente mortal. Aunque no puede descartarse que en ciertos casos podría resultar aplicable la agravante genérica en homicidios dolosos, una interpretación conforme al fin de la norma que funda la agravante impone en estos casos una interpretación restrictiva, porque el empleo de un instrumento mortal para causar una muerte no puede agravar el homicidio, sin perjuicio de que la naturaleza del instrumento empleado pueda ser considerada al graduar la pena en el marco de la escala penal del homicidio, como ya posibilita la *naturaleza de los medios empleados* prevista como circunstancia en la redacción del art. 40, y así resulta entendido por los autores y la práctica jurisprudencial (*Vid. De la Rúa, Jorge, "Código penal Argentino, Parte General", 2° edición, con la colaboración de Aída Tarditti, Laura Armagno y María Antonia De la Rúa, Bs. As., 1997., pp. 701-2*). Ahora, distinta sería la situación si el arma hubiese sido utilizada como medio de coacción o de violencia preparatoria del homicidio, inhibiendo o reduciendo posibilidades de defensa de la víctima.

En una decisión anterior de esta Sala se ha admitido la posibilidad de que la agravante genérica del art. 41 bis sea aplicable también en casos de homicidio. Sin embargo se ha dejado a salvo que *"ello no sucederá en todo homicidio realizado con arma de fuego, sino cuando ésta se hubiese empleado para ejercer 'violencia o intimidación sobre la víctima', lo que supone una ocurrencia previa al acto de disparar letalmente, para amedrentar u obligar a la víctima a los designios del homicida; actúa como un especial elemento subjetivo de la modalidad comisiva, colocado en una agravante genérica y excede al tipo subjetivo de la especie, que es el*

dolo homicida" (cfr. causa n° 5822 "Araujo, José María y Saavedra, Ricardo Omar s/rec. de casación", del 28/07/2005, Reg. N° 7789).

En sentido análogo se ha interpretado que: "[s]i entendemos que el ejercicio de la violencia que contempla el art. 41 bis es concomitante con el acto mismo de producción del homicidio, estaríamos valorando doblemente el mismo extremo, ya que el tipo penal acuñado en el art. 79 del Código Penal, de por sí presupone un acto de violencia para producir el resultado letal; por lo tanto esta interpretación es la que armoniza más acabadamente con los preceptos constitucionales. Así las cosas, el ejercicio de la violencia o intimidación referidos por la norma, aluden a los momentos previos a la producción en sí misma del homicidio. Aquí no existió violencia o intimidación por parte del sujeto activo a la víctima, sin que se haya verificado la existencia del plus exigido por la norma en estudio, instantes antes de la propia acción que terminó con la vida del damnificado" (Cfr. voto disidente de la jueza Ledesma en la causa n° 7883, Sala III, "Morales, Luis Alberto s/recurso de casación", sent. de fecha 26/06/2007, Reg. N° 874/07).

Así, desde el canon de máxima taxatividad interpretativa -que obstaculiza cualquier inteligencia extensiva de las normas penales- parece correcto sostener la óptica restrictiva de entender que la incidencia del arma de fuego debe exigir estos extremos para que su ponderación no se sume a otra agravación. La inteligencia contraria llevaría a violar la prohibición de doble desvaloración derivada de la lógica jurídica y expresión del *ne bis in idem*.

Por estas razones, entiendo que en el *sub examine* no es aplicable la agravante del art. 41 bis C.P., habida cuenta que no aparece demostrado en autos, conforme surge de la simple lectura del hecho probado en el juicio, que el imputado hubiese dado al arma de fuego un uso distinto del de instrumento homicida.

2º) La solución que propongo en el punto anterior conduce a la reforma de la pena impuesta al imputado, pero dado que esa tarea está condicionada a la inmediatez previa a la determinación de la pena regulada por el art. 41 *in fine* C.P.

(Cfr. C.S.J.N. "Niz, Rosa A.", N.132.XLV, del 15 de junio de 2010), entiendo que corresponde reenviar las actuaciones para que la medición sea realizada por el tribunal de juicio.

Asimismo, al momento de establecer la sanción el *a quo* deberá tener en cuenta, por un lado, el comportamiento posterior al hecho llevado adelante por el imputado, desde el comienzo mismo de las actuaciones, en la medida que constituye una circunstancia atemperante que evidencia la dinámica de la conflictividad lesiva con relevancia en el plano de la imposición de la pena (*Vid. Zaffaroni, Eugenio Raúl, et. al, "Derecho penal. Parte general", Bs. As., 2002, p. 1050*).

Con todo, atendiendo tanto la pauta codificada como "*la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla*" cuanto la magnitud del injusto, al momento de la dosimetría punitiva no pueden dejar de evocarse frente al luctuoso hecho bajo examen los deberes del Estado asumidos en virtud de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (*Convención de Belém do Pará*), por cuyo art. 7 los Estados: "*condenan todas las formas de violencia contra la mujer*" y se han obligado a "*adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: [...] b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer [...]*", en razón de la responsabilidad internacional que acarrea su incumplimiento (*Vid. Causa n° 10.040 "Díaz, Ernesto Rubén s/ recurso de casación", reg. 19.518, rta. 25/11/2011*).

-IV-

Por estas consideraciones, propicio al acuerdo se haga lugar al recurso de casación de fs. 464/475 vta., sin costas, se case la resolución en crisis y se califique el hecho como constitutivo de homicidio simple (art. 79 del Código Penal), y se reenvíen las actuaciones para el dictado de una nueva pena con base en los parámetros aquí establecidos (arts. 470 y 471 C.P.P.N.).

Así voto.-

El señor juez doctor **Pedro R. David** dijo:

Que adhiere al voto que antecede.

La señora juez doctora **Liliana E. Catucci**:

a. Respecto de la calificante de arma introducida por la ley 25.297 con la incorporación al Código Penal del art. 41 bis, he de remitirme en lo sustancial a lo dicho in re: “Silvero Ybarra, Juan Carlos s/ recurso de casación”, c. n° 11.654, reg. n° 642/10, rta. el 6 de mayo de 2010, de la Sala III de esta Cámara, sus antecedentes parlamentarios y demás citas, en el sentido de que “el legislador, al reformar el código, quiso sancionar más gravemente los delitos cometidos con armas de fuego pues ellos entrañan una peligrosidad mayor”; al mismo tiempo que expresó que “esta agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito que se trate”, lo que no ocurre en la calificación atribuida a Alberto Darío Medina (art. 79 ibidem).

De la lectura del art. 41 bis del C.P. se desprende que para que se tipifique el uso de arma de fuego como calificante, en el caso de un homicidio, debe serlo cuando con ese instrumento se cometa la violencia o intimidación a la víctima. Tal la interpretación literal de la norma señalada.

Surge de la autopsia de fs. 136/42 que la muerte de María Rosa Graciela Moar fue producida por lesiones por proyectiles de arma de fuego en tórax y abdomen.

Más allá de la peritación de fs. 202/11, fue el mismo enjuiciado, a la sazón policía, quien en la oportunidad prevista en el art. 378 del C.P.P. reconoció su uso para la acción homicida.

He aquí entonces que la violencia en el caso se llevó a cabo con la pistola semiautomática de doble acción calibre .9 mm., marca Bersa, modelo Thunder 9, n° 528283, serie 11, de la Policía Federal Argentina, que le correspondía al imputado por su condición de agente de esa institución.

Resulta evidente, pues, a mi juicio, que la acción de matar se adecua a los arts. 79 y 41 bis del código sustantivo.

Habiéndose calificado de esa manera en el fallo impugnado, entiendo que el agravio encaminado en el art. 456, inc. 1º, del Código Procesal Penal de la Nación, queda desvirtuado.

b. En punto a la mensuración de la pena, corresponde traer a colación la doctrina del Alto Tribunal en el sentido de que "el ejercicio por los magistrados de sus facultades para graduar las sanciones dentro de los límites ofrecidos para ello por las leyes respectivas no suscita, en principio, cuestiones que quepa decidir en la instancia del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 304:1626; 305:293; 306:1669; 308:2547; causas L.1626, XX, 'Lombardo, Héctor R.', del 4 de septiembre de 1984, P. 101, XXII, 'Poblete Aguilera, Norberto', del 6 de diciembre de 1988; A. 599, XXII, 'Alias, Alberto y otro', del 29 de agosto de 1989; G. 416, XXII, 'Gómez Dávalos, Sinforiano', del 26 de octubre de 1989; T. 50, XXIII, 'Tavares, Flavio Arístides', del 19 de agosto de 1992, entre otros), salvo casos excepcionales en los que se ha incurrido en una arbitrariedad manifiestamente violatoria de la garantía de defensa en juicio, como sostener la sentencia en 'afirmaciones abstractas que no condicen con las constancias de la causa' (V. 324, XXII. 'Villarreal, José Alberto s/ pedido de unificación de pena', del 22 de marzo de 1988); o de omitir el tratamiento de circunstancias atenuantes, es decir, cuando el fallo 'sólo explicó el incremento de la pena sobre la base de pautas objetivas, sin fundar cuáles serían las subjetivas que, en conjunta valoración con las anteriores, justificasen el aumento, y omitió considerar la gran cantidad de elementos de juicio favorables respecto de la personalidad de la procesada' (V. 242, XXIII, 'Viñas, Lía Alejandra y otros s/ robo calificado', del 13 de agosto de 1992)".

Doctrina que desde antaño mantuve como integrante de la Sala I de esta C.F.C.P. (in re: "Chociananowicz, Víctor H. s/ recurso de casación", c. n° 73, reg. n° 99, del 15 de diciembre de 1993).

En el presente caso, y habiéndose descartado la errónea aplicación de la ley sustantiva, considero que el impugnante no logra demostrar el vicio que alega, sino que la sanción luce equitativamente graduada.

En efecto, se valoró a favor de Medina que se trata de una persona sin antecedentes condenatorios y que, más allá de que su capacidad de culpabilidad no se hubiera visto afectada, no podía soslayarse la complicada situación personal y familiar en la que se encontraba.

Como agravantes se consideraron su grado de instrucción, su profesión de policía -que exigía de su parte un mayor apego a las normas-, el modo de ejecución del hecho (disparos por la espalda), y que la víctima era una persona joven.

Estos argumentos, en una escala penal que con la calificante del citado art. 41 bis del C.P. oscila entre los diez (10) años y ocho (8) meses de prisión, y los treinta y tres (33) años y cuatro (4) meses de prisión, justifican plenamente la sanción discernida, de dieciséis (16) años de prisión, sensiblemente inferior al máximo correspondiente.

Es así que no existe mérito para excepcionar la doctrina del Alto Tribunal sobre el punto ni para descalificar este aspecto del fallo como acto jurisdiccional válido.

En estos términos dejo sentada mi discrepancia con el voto de la mayoría.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, por mayoría, **RESUELVE:** Hacer lugar al recurso de casación de fs. 464/475 vta., sin costas, casar parcialmente la sentencia, reformar el punto dispositivo I y condenar en definitiva a Alberto Darío Medina como autor penalmente responsable del delito de homicidio simple (arts. 45 y 79 del Código Penal), reenviando las actuaciones para que se dicte una nueva pena con base en los parámetros aquí establecidos (arts. 470 y 471 C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del art. 400, primera parte del Código Procesal Penal de la Nación en función del art. 469, tercer párrafo del mismo ordenamiento legal y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

Fdo.: Alejandro W. Slokar, Liliana E. Catucci y Pedro R. David.

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 8.699 –Sala II–
"Medina, Alberto Darío
s/recurso de casación"

Ante mi: María Jimena Monsalve (Secretaria de Cámara).