**STJSL-S.J. – S.D. Nº 055/18.-**

--En la Provincia de San Luis, **a diecinueve días del mes de marzo de dos mil dieciocho**,se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. LILIA ANA NOVILLO, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y CARLOS ALBERTO COBO - Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos*:* ***“(O) ZAVALA HÉCTOR “HOMICIDIO SIMPLE” - JUICIO ORAL -RECURSO DE CASACIÓN”* –** IURIX PEX N° 179980/15.-

Conforme al sorteo practicado oportunamente, con arreglo a lo que dispone el artículo 268 del Código Procesal, Civil y Comercial, se procede a la votación en el siguiente orden: Dres. LILIA ANA NOVILLO, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y CARLOS ALBERTO COBO.-

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión son:

I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación interpuesto?

II) ¿Existe en el fallo recurrido alguna de las causales enumeradas en el Art. 428 del Código Procesal Criminal?

III) ¿Qué resolución corresponde dar al caso en estudio y cuál sobre costas?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo:** 1) **Procedencia formal del recurso**: Que por actuación Nº 6671244 en fecha 05/02/17, el abogado defensor del condenado en autos, Héctor Zavala, Dr. Salvador Hugo Scarso, interpone recurso de casación contra la Sentencia Definitiva Nº 1 dictada en fecha 02/02/17 por la Excma. Cámara en lo Penal y Correccional de la Tercera Circunscripción Judicial de la Provincia que resuelve, declarar a su defendido culpable, por ser autor material y penalmente responsable del delito de homicidio simple (arts. 79, 41 y 45 del Código Penal), de quien en vida se llamara Miguel Ángel Aguilera, condenándolo a sufrir la pena de quince años de prisión, accesorias legales y costas procesales. El recurso es fundado por ESCEXT actuación Nº 6749866 en fecha 18/02/17.

2) Que corresponde en primer término, efectuar el pertinente análisis a los fines de determinar, si se ha dado cumplimiento a los requisitos establecidos por la normativa vigente, en punto a la admisibilidad del recurso en cuestión.

Analizadas las constancias del sistema IURIX, del expediente principal “ZAVALA HÉCTOR HOMICIDIO SIMPLE – Expte. PEX N° 179980/15”, se observa, que el recurso ha sido interpuesto y fundado en término. Asimismo, ataca una sentencia definitiva de un Tribunal competente, encontrándose el recurrente, exento del depósito judicial conforme al art. 431 del Cód. Procesal Penal.

En consecuencia, debe considerarse en este estudio preliminar y en mérito a lo dispuesto por el inc. a) del art. 442 del código de rito, que el recurso articulado deviene formalmente procedente.

Por ello, VOTO a esta PRIMERA CUESTIÓN por la AFIRMATIVA.-

Los Señores Ministros, Dras. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y CARLOS ALBERTO COBO, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, Dra. LILIA ANA NOVILLO y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN.**

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo: 1) La Sentencia:** De los antecedentes de la causa surge, que por Veredicto de fecha 22/12/16 (actuación Nº 6587281) y Sentencia Nº 1 de fecha 02/02/17 (actuación Nº 6661023), la Excma. Cámara en lo Penal y Correccional de la Tercera Circunscripción Judicial de la Provincia, resuelve declarar a Héctor Zavala, por ser autor material y penalmente responsable del delito de homicidio simple (arts. 79, 41 y 45 del Código Penal) de quien en vida se llamara Miguel Ángel Aguilera, condenándolo a sufrir la pena de quince años de prisión, accesorias legales y costas procesales.

**2) Agravios del recurrente**: El recurrente solicita a este Superior Tribunal de Justicia que se revoque, en todas sus partes, la sentencia condenatoria, ordenando: a) La modificación del tipo penal de la calificación del hecho, conforme análisis de la prueba recepcionada, de homicidio simple a homicidio culposo, y b) La inaplicabilidad del art. 41 del Código Penal.

En cuanto a la procedencia formal del recurso manifiesta, que el ámbito en el cual la dogmática tradicional de la casación penal, sólo acepta los motivos jurídicos de violación de la ley (sustantiva o adjetiva), la Corte Suprema, invocando la garantía fundamental del imputado, de recurrir el fallo condenatorio, estableció recientemente los siguientes nuevos patrones, en que se debe permitir el examen sencillo y sin rigores formalistas, de la validez de la sentencia condenatoria recurrida en general, y posibilitar la revisión de la aplicación de las reglas sobre la prueba en el caso concreto, garantizando su examen integral, que implica la desaparición de toda restricción dogmática al examen. (Fallo “Casal”).

Agrega, que al introducirse la revisión de las resoluciones judiciales por tribunales de instancias superiores (JERARQUIA CONSTITUCIONAL DE LA GARANTIA DEL DOBLE CONFORME), y las conclusiones a que arriba el Tribunal, para justificar la condena, permite a la defensa técnica, formalizar valoración recursiva a los fines se revea, mediante casación, la sentencia dictada.

Como **primer agravio**, manifiesta el recurrente, que existe un yerro en la calificación legal del hecho, y una violación a las reglas de la sana crítica. Agrega que la condena y calificación dada al hecho, parte exclusiva y excluyentemente, de la validez que se le da a la declaración de Néstor Fabián Zavala, y de esa base, se comienza a acomodar el cuadro fáctico para justificar la aplicación del art. 79 del C.P. en una condena, y también, las distintas piezas procesales, como testimoniales, documentales, periciales, etc., para justificar el tipo penal de condena, se comienza a acomodar de conformidad a la valoración de tal declaración.

Sostiene, que dado los dichos en debate oral del dependiente, por dieciocho años del extinto y amigo personal de aquel, se condena a 15 años de prisión al defendido y, además, por homicidio simple, cuando el desarrollo del análisis en su cuadro fáctico, la conducta de la víctima que no se analiza, y el comportamiento de encartado, se arriba a un típico caso de homicidio culposo.

Destaca que la inexistencia de dolo, parte de la innecesariedad de que su defendido, recepcionara por parte del extinto, una agresión no correspondida, en momento en que se encontraba trabajando, en una retro – pala, zarandeando arena dentro de su propiedad, que no molestaba la libre circulación del camión en que se conducía el Sr. Aguilera. Esto surge, sin hesitaciones de la inspección ocular realizada en debate oral, lo que se condice con: a) las vistas fotográficas, y b) el Acta de Procedimiento Compuesta.

Alega que el Sr. Aguilera se conducía, conjuntamente con el testigo (empleado y amigo) Néstor Fabián Zabala, aproximadamente a las 15 horas, en el camión Mercedes Benz de propiedad del primero, y al momento en que traspasaba sin problema alguno, la propiedad del condenado, éste se encontraba trabajando en su pala mecánica y a más de cuarenta metros del ingreso a la casa de la madre. Que Aguilera agrede desde dentro de su camión al defendido, quién deja su pala mecánica en marcha y se retira hacia la casa de su madre.

Expresa que el hoy fallecido, acompañado por Néstor Fabián Zabala dentro del camión, haciendo marcha atrás por más de cuarenta metros, (“*Miguel hizo marcha atrás y se bajó del camión yo me quedé arriba*” –Acta de Debate –Dichos de N. F. Zabala), continúa agrediendo a Héctor Zabala, parando el vehículo en proximidad al ingreso al perímetro de la vivienda de la madre del defendido y bajándose del mismo, solo.

Alega que desde el ingreso al perímetro cerrado – alambrado- a la vivienda de la madre del imputado, hay una distancia de cuarenta y cinco metros con sesenta centímetros, que de las sumatorias antes descriptas, se tiene, que la pala mecánica estaba a 40 metros del perímetro de ingreso al predio y a 85,60 mts., de la vivienda propiamente dicha, sumando a ello que Aguilera, con 0,60 gramos de alcohol en sangre, estaba parado frente a su camión y a mitad de camino entre Zabala y la pala mecánica que se encontraba encendida y la que tenía que apagar el motor, para evitar más perjuicio.

Destaca, que su defendido debía amedrentar o atemorizar a Aguilera, para evitar el ataque físico de aquel, y necesariamente debía pasar por el frente de Aguilera, para apagar el motor de su pala mecánica.

Expresa, que es aquí donde toma una decisión errada, al tomar un rifle calibre 22, con el fin de causar temor en la persona de Aguilera, saliendo desde adentro de la vivienda con el arma apuntando hacia abajo –arma que poseía mira telescópica, dirigiéndose hacia la pala mecánica y dentro de la propiedad de su madre. Aquí es donde se disiente del razonamiento (sana crítica) del fallo. Se difiere en que el imputado manifiesta, que jamás apunta al extinto y que se enreda en un alambrado existente en el piso, lo que produce el disparo accidental, a los dichos del “testigo”, en que manifiesta que le apunta y dispara.

Manifiesta, que la existencia de alambre se desprende de la elevación de las prendas de vestir, al Jefe de Criminalística U.R.III de Concarán S.L. de fecha 04 de junio de 2015, en la que textualmente se expresa: *“Sobre N° 1 el cual contiene en su Inter Un (01) Pantalón de Grafa muy sucio y rasgado en su pierna izquierda, de color beige marca Pampero talle N° 44”.* Que increíblemente este pantalón desaparece del proceso, ya que fue solicitada su exhibición en debate a los fines de la visualización de la rotura y no fue encontrado, no sabiéndose, si la falta de remisión fuera responsabilidad del Juzgado de Instrucción, o de Criminalística.

Manifiesta, que fundamenta la crítica al decisorio que ataca, en que los magistrados intervinientes han efectuado un desajustado tratamiento del caso, sin haber analizado el hecho bajo las dos órbitas posibles, esto es, tratar de establecer, si el accionar del imputado debía subsumirse en el delito de homicidio culposo o bien, como lo hicieron, en el de homicidio simple.

Como **segundo agravio**, titulado *INAPLICABILIDAD DEL* *ART 41 DEL CÓDIGO PENAL*, manifiesta que la presente es una causa de HOMICIDIO que se lleva a cabo con un arma de fuego. Por lo que es inaplicable el art. 41 bis, a los delitos que ya contienen el uso de armas en sentido genérico.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, ya ha establecido ese criterio en fallos de Recursos de Casación en los autos: “ROBO CALIFICADO POR HOMICIDIO –IMP. NIEVAS MARIANO EZEQUIEL y OTROS – DM. TORRES FREDY SAUL– RECURSO DE CASACIÓN” – EXP. N° 01-N-2006 de fecha 16 de noviembre de 2006 (Sentencia N° 67/06), que es la no aplicación del agravante del art. 41 bis, respecto de una figura penal que ya contiene un agravante, de lo contrario se estaría agravando doblemente el delito, con consecuencias en la cuantía de la eventual pena a aplicar.

Agrega que el fallo anteriormente indicado, es mencionado de manera expresa y con idéntico resultado en los autos caratulados: “RECURSO DE CASACIÓN EN AUTOS: FLORES, MARIO BENITO – DAM. BAIGORRIA MIGUEL ÁNGEL – HOMICIDIO EN OCASIÓN DE ROBO (AR)” Expte N° 24113, conforme fallo de fecha 22 de agosto de 2014 en los autos: STJSL–S.D. N° 107/14. Destaca, que la aplicabilidad del agravante del art. 41 del Código Penal ya ha sido resuelta por fallos casatorios y por nuestro Superior Tribunal de Justicia, y que los fallos casatorios son obligatorios para los Tribunales Inferiores y que deben conocer y respetar. Formula reserva de caso federal.

**3) Traslado al Fiscal de Cámara:** Que corrido el traslado de ley por decreto de fecha 22/02/18, por actuación Nº 6867565 contesta el Sr. Fiscal de Cámara, en fecha 13/03/18, expidiéndose solamente por la procedencia formal del recurso de casación.

**4) Traslado al representante del particular damnificado:** Fue debidamente notificado del traslado ordenado en fecha 16/03/17, pero según el sistema IURIX, el mismo no es contestado.

**5) Dictamen del Sr. Procurador General**: Por actuación Nº 7693110 de fecha 17/08/17, se expide el Sr. Procurador General quien opina, que el recurso debe rechazarse, atento que el defensor particular, centra sus agravios en una cuestión de prueba – más concretamente en el testimonio de Néstor Fabián Zavala, endilgando que en su valoración, el Tribunal ha violado las reglas de la sana critica; por lo que comparte esa afirmación. Concretamente lo declarado por Néstor Fabián Zabala, es corroborado por pruebas de eminente carácter técnico. Puntualmente hace referencia a las consideraciones efectuadas en la pericial balística, a la autopsia (que describe el recorrido de entrada de la bala y sin orificio de la salida). Destaca que el testimonio analizado, se ve notablemente robustecido con las reconstrucciones técnicas realizadas por los Licenciados Carina Bernal y Juan Carlos Romero.

Concluye, en que el recurrente no efectiviza una crítica razonada y seria sobre la sentencia. Sobre la valoración de la prueba efectuada en la sentencia considera, que tal ponderación resulta por demás congruente con relación a las pruebas colectadas a lo largo del proceso y en el debate oral, considerando, que la misma se encuentra fundada y motivada y la mera discrepancia del recurrente, sin una fundamentación que contradiga los fundamentos de aquella, no puede prosperar, tornando sus agravios inatendibles.-

**6) Consideraciones previas en cuanto al Recurso de Casación, Fallo “Casal”:** El recurso de casación, ha sido definido como el medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos en la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos, atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica; reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia y una nueva decisión, con o sin reenvío a un nuevo juicio. (TRATADO DE LOS RECURSOS, Tomo III, Recurso de Casación Penal, por Jimena Jatip, Págs. 39/82. Ed. Rubinzal Culzoni).

Sin perjuicio de ello, ahora con el alcance del nuevo recurso de casación, surgido de la sentencia de la Corte Suprema en “**Casal Matías Eugenio**”, del 29/9/2005, según la cual, después de la reforma constitucional de 1994 (Cfr. art. 75 inc. 22) y teniendo en cuenta la jurisprudencia internacional (en particular “HERRERA ULLOA”, 1994, de La Corte Interamericana de Derechos Humanos), todo condenado tiene derecho a recurrir la sentencia para que un tribunal superior revise integralmente los fundamentos del fallo; incluidos los que hacen a la prueba del hecho, con el único límite de los que están íntimamente ligados a la inmediación real.

En el conocido precedente “Casal”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación concluyó, después de un largo desarrollo argumental, que en el “*estado actual de la legislación procesal penal de la Nación, los recursos ante la Cámara de Casación Penal constituyen la vía que todo condenado puede recurrir en virtud del derecho que consagran los arts. 8º, inc. 2º, ap. h, de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 inc. 5º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*” (CSJN, “Casal” *Fallos:* 328:3399).

En consonancia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, comprendió que el recurso de casación: *“…satisface los requerimientos de la Convención en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado.”* (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informes Nº 24/92 en el caso “Villalobos c/Costa Rica” de fecha 21/10/92; Nº 17/94, en el caso “Maqueda”; Nº 22/97, en el caso “La Tablada”, y Nº 55/97, en el caso “Abella”, citados en Admisibilidad del Recurso de Casación*,* Doctrina, por M. Mercedes López Alucín, en *Vías de impugnación del Proceso Penal, Nuevas Tendencias y cambios de paradigma,* Revista de Derecho Procesal Penal, Director Edgardo Alberto Donna, año 2013-2 Tomo II, Pág. 250 y ss.).-

La casación controla el juicio de logicidad de la sentencia y su motivación. Esa revisión remite a la “relevancia” de la prueba considerada, o descartada, pero no necesariamente a su “credibilidad”, que depende de la impresión que brinda la inmediación. Sin embargo, son controlables los motivos expuestos para otorgar mayor valor a un elemento de juicio que a otro; apreciaciones que no pueden reposar en un puro subjetivismo y que quedan sujetas al examen casatorio.

Por todo ello VOTO a esta SEGUNDA CUESTIÓN por la negativa

Los Señores Ministros, Dras. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y CARLOS ALBERTO COBO, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, Dra. LILIA ANA NOVILLO y votan en igual sentido a esta **SEGUNDA CUESTIÓN.**

**A LA TERCERA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo**: Sentado lo anterior, adelanto que comparto el dictamen del Sr. Procurador General (actuación Nº 7693110) de fecha 17/08/17, ya que, como se sostiene en el mismo, los agravios expuestos no logran conmover los fundamentos del decisorio atacado, y las pruebas colectadas en autos han sido ponderadas de manera correcta por el Tribunal: la sentencia impugnada se encuentra debidamente fundamentada, y tiene un razonamiento lógico sobre la prueba que permite arribar a la conclusión, de que Héctor Zabala cometió el delito de homicidio simple (art. 79 C.P.), en perjuicio de quien en vida se llamara Miguel Ángel Aguilera.

En los fundamentos del fallo se sostuvo que: “*Vistas las referenciadas constancias de la causa en juicio oral, público y contradictorio, el Tribunal tiene por probado que el acusado efectivamente acometió contra el damnificado a las 15:30 hs aproximadamente del día 03 de Junio de 2015 utilizando el arma de fuego secuestrada en autos.”*

“*Como se dijo previamente el testimonio de Néstor Fabián Zabala resulta de vital relevancia para el esclarecimiento del hecho, no solo por ser preferencial testigo de los acontecimientos sino por la veracidad del mismo. El relato efectuado por el testigo, percibido por este Tribunal en la audiencia pública –bondades del juicio oral con la inmediatez que éste aporta- es de una espontaneidad, franqueza y sencillez que en forma elocuente corroboran la veracidad de sus dichos y por consiguiente la autoría del encartado en el hecho que se le incrimina.”*

“*El informe médico forense acredita la causa de muerte de la víctima, todo ello vinculado con pruebas periciales incorporadas regularmente al debate y ratificadas en el mismo por sus autores.”*

“*El arma utilizada, tanto en sus características como en su aptitud para el disparo, se encuentra perfectamente detallada en la pericia balística incorporada como prueba documental, como así también las especificaciones correspondientes a la misma*.”

*“Por otro lado tanto le existencia del hecho atribuido y la participación del encartado han sido reconocidas hasta por la propia defensa (conforme surge del comienzo de su alegato).”*

Del análisis de la prueba rendida en el debate oral surge, a mí entender, el dolo homicida del autor del hecho, y estimo que el Tribunal de Juicio arribó a la conclusión correcta, de que la muerte de Miguel Ángel Aguilera no se trató de un homicidio culposo.

La declaración del único testigo que presenció los hechos, Néstor Fabián Zabala, quien era empleado y manifestó ser amigo del occiso, exige un análisis más riguroso sobre la consistencia y la congruencia de sus dichos.

Entiendo que de esa manera, ha sido valorada su declaración por el que el *a-quo*, a la luz de la sana crítica y de los principios de la recta razón, es decir, de acuerdo a las normas de la lógica, la psicología y de la experiencia común.

Pero además, **su testimonio ha sido confrontado con otros elementos probatorios aportados a la causa,** los que a continuación detallaré, pero que conforman un plexo probatorio que determina sin dudas, la participación del imputado y su intencionalidad homicida.

Néstor Fabián Zabala, declaró en el debate que: “*A la mañana fui a la casa del patrón Miguel y él me llevó al corralón donde estaba la máquina, como las 11 de la mañana se me rompió un bolillero de la rueda de ahí lo llamo al señor Miguel fue me buscó y nos fuimos a la casa de él a buscar un bolillero como no lo encontramos, como las 12 me llevó hasta mi casa y él se fue a comprar el bolillero, como las dos de la tarde me llamo Miguel para decirme que había comprado el bolillero y me fui para allá a preparar todas las cosas para armar la rueda. Cuando pasamos por el río, eran las tres y 20 estaba Héctor sacando arena con una maquina, ahí Miguel le dijo que no hiciera muchos huecos y de ahí comenzaron a discutir y más fuerte y fue ahí cuando Miguel le dijo voy a llamar a la policía, Miguel quería que sacara en línea y no que sacara de un lado al otro la arena. De ahí comenzaron a discutir y discutir y fue Miguel que me dijo voy a llamar a la policía porque ya se va a ver lo que va a pasar, Héctor se fue a la casa de la madre Miguel hizo marcha atrás el camión se bajó y llamó a la policía el Sr. Zabala salió de la casa de la madre con las manos al costado yo no vi lo que llevaba, cuando vino a 30 mts. le dijo te voy a matar “hijo de puta” se dio vuelta Miguel y le dijo “que me vas a matar cagón” . Héctor, levanto le apuntó y le tiró, y Héctor se disparó para la casa de la madre y ahí deja el arma. A Miguel yo lo agarré y lo acuesto, justo iba pasando un señor y me dijo llamá a la ambulancia, y avisé que le habían pegado un tiro…”*

Examen médico legal (autopsia): Obrante a fs. 54/55, determina la causa de la muerte de Miguel Ángel Aguilera: murió por un disparo de arma de fuego, que le provocó una herida torácica que le causó un paro respiratorio cardíaco, lesión y colapso pulmonar por hemorragia traumática interna.

El Dr. Lafourcade Durán realizó la autopsia, y también la extracción de muestras del humor vítreo del cadáver de Aguilera (acta de fs. 118), a los fines de que se realice la pericial toxicológica solicitada por la defensa (la que obra a fs. 195/196). En el debate declaró que: *“La causa de muerte es rotura del pulmón es el colapso porque estaba perforado en varios de sus lóbulos y la hemorragia colapsa el pulmón por la perforación que tiene y hace como una suerte de asfixia. El tiempo que se produjo la muerte fue en minutos, porque la hemorragia es masiva y pulmonar. Con respecto al tema de la alcoholemia tiene distintos grados específicamente no es algo absoluto las variaciones de la conducta es a 0 a 60 pero obviamente que hay algunas alteraciones en sensibilidad en los reflejos. Si es euforia depende muchas veces del individuo, algunos son eufóricos otros se deprimen es medio relativo tratar específicamente sobre este punto. Sé que hay alteraciones en la esfera cognitiva en la apreciación de los reflejos. El límite para conducir es 0,50 con 0,60 es medio subjetivo hablar sobre eso es medio ambiguo porque no es algo preciso pero enlentece los reflejos, o sea que disminuye los reflejos. Si la persona es impulsiva disminuye los reflejos. Frenos inhibitorios dependen muchas veces de la estructura psíquica de la persona. En este caso la persona comprende lo que hace y dirige sus acciones.”*

La pericial criminalística, efectuada sobre el arma de fuego obrante a fs. 202/210, de la que surge que el proyectil incriminado (peritado), ha sido disparado, en y por el arma de fuego tipo Carabina, maraca Mahley modelo 11-11, calibre 22 de largo.

La pericial accidentológica de fs. 212/219 vta., efectuada por la Lic. Carina Bernal, que realiza la **reconstrucción virtual del hecho investigado**, y arriba a la siguiente conclusión: “*Del tipo de arma y cartucho es posible que el tirador se encontrara a 30 metros de la víctima, utilizando para eso la mira telescópica y hacer blanco sin dificultad”.*

Lo que echa por tierra la versión brindada por la defensa del hecho, y por el propio imputado en el debate, quienes sostuvieron que: *“…se interna entre los árboles existentes en el lugar aproximadamente en el punto 3) del dicho croquis, entonces al pasar por entre dichos árboles el encuentra unos alambres de púa allí tirados…”,* que se enredó el pie con un alambrado existente en el piso y tropezó, lo que produjo el disparo accidental que causó la muerte de Aguilera.

En primer lugar, porque Héctor Zabala le gritó a Aguilera “*te voy a matar, hijo de* *puta”* cuando salió de la casa de su madre a donde había ido a buscar el arma, levantó la misma, le apuntó y le tiró, después de lo cual se dirigió corriendo a la casa de para después escapar. (cfr. Declaración del testigo Néstor F. Zabala).

El testigo Lucas Cepa, policía de la provincia, que ratifica actuaciones de fs. 2/38 y en sede judicial fs. 57 vta., declara en la audiencia del debate que: “*Yo estuve en el allanamiento en el domicilio del imputado la ropa que tenia era ropa de trabajo borcegos, el nos manifestó que se había cambiado, y que le había comunicado a los familiares y que quería entregarse, la ropa era una musculosa y me parece que una camisa de grafa, secuestramos un pantalón, unos botines, camisa y musculosa pero no recuerdo si el pantalón estaba roto en la rodilla. El Sr. Zabala no hizo ningún comentario sobre el hecho…”,* en referencia a lo manifestado supra.

La inspección ocular realizada en el lugar del hecho por el Tribunal del Juicio y las partes, comprobó que en cuanto al arma, que *“no se necesitaba apoyo para dispararla, siendo necesario alrededor de dos o tres segundos para hacer foco con la mira, situaciones que el encartado usufructuó para llevar adelante su acometimiento mortal contra la víctima.”*

La Lic. en criminalística Carina Bernal, declaró en el debate que: *“Nos solicitaron una reconstrucción del hecho. Pasamos los datos objetivos que hay en el expedientes, fuimos al lugar para dimensionar el espacio, posición final, en donde estaba la casa, se hizo un análisis de los testimonios y las pericias del médico legal y la pericia balística para ver si se correspondían con uno de los dichos. Nos dividimos el trabajo de la siguiente manera, yo hago el análisis integral de la causa, hago la pericia y el reconstruye de acuerdo a la pericia. Es posible que la distancia haya sido de 30 mts., esta reconstrucción la plasmo en un cd. Nos basamos en cuanto a un testimonio y ver si esos dichos de corresponden* *con lo que objetivamente tenemos. Fuimos al lugar para levantar el terreno exacto. Había pocos elementos objetivos, medimos la distancia con odómetro común.”*

Por último, cabe agregar el informe médico psiquiátrico efectuado a Héctor Zabala, (Actuación Nº 5376949) de fecha 05/04/16, efectuado por el Médico Psiquiatra del Superior Tribunal de Justicia, Dr. Franco Mastronardi, quien en debate manifestó que: “*Que se entrevistó al Sr. Zabala para hacerle una pericia, en el cual se intenta a través del relato del individuo para llegar a conocer cómo funciona la cabeza de la persona o si presentaba alguna patología que le imposibilite comprender y dirigir los actos en el momento del hecho todo en base de la entrevista y del relato de los sucesos a los efectos del Art. 34 del Código Penal, para verificar si el acusado posee alguna patología mental, que lo encuadre como imputado. Cuando se entrevisto al Sr. Zabala dentro del Art. 34 llegamos a la conclusión que el acusado no posee ninguna patología médica que pueda ser declarado para ser encasillado en ese art. porque no tiene ninguna patología médica que el dificulte comprender y dirigir sus actos, en la parte de los test proyectivos para determinar los rasgos de la personalidad fueron solicitados que sean realizados por personal capacitado en este caso los peritos psicólogos. No refiere alteraciones de su juicio por consumo de sustancias, y no había referencia de análisis toxicológicos en el Expte.”*

Como señala el Procurador General en su dictamen, considero que la prueba colectada y producida en el debate oral, otorga la certeza necesaria para fundar la condena impuesta.

Se observa, que el razonamiento del tribunal aparece reflejado de manera clara, tanto respecto al hecho mismo como a su desarrollo, valoración de la prueba, autoría y encuadre legal.

Se ha sostenido que: *“La apreciación de la prueba testimonial es, en principio, materia reservada al juez que ha tomado directo contacto con el material probatorio y ajena, salvo absurdo, al recurso de casación penal.”* (Ibarra, Luis Ariel s. Homicidio simple /// Tribunal de Casación Penal Sala I, La Plata, Buenos Aires; 24-08-2000; Rubinzal Online; RC J 1027/04, en <http://www.rubinzal.com.ar//jurisprudencia/buscador>, acceso 26/03/18.

*“El valor de las pruebas no está prefijado y su asignación resulta facultad excluyente del tribunal de mérito, muy especialmente, en el caso de prueba testimonial, donde existe una inmediata relación entre el órgano de prueba y el decisor, constituyendo la fuerza convictiva del testimonio materia ajena a la inspección casatoria.”* (Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala III, 22/04/2004, "Y.A. s/ Recurso de casación", c. 5839, jueces: MAHIQUES (SD), Borinsky, Domínguez. [www.scba.gov.ar](http://www.scba.gov.ar), acceso 26/02/18).

Si no se alegan y demuestran notorios apartamientos de las reglas de la sana crítica y de la lógica, la valoración del *a-quo* sobre el material probatorio, resulta materia ajena a la casación.

El método de la sana crítica racional, se caracteriza por la posibilidad de que el magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa, valorando la prueba con total y absoluta libertad; el juez, a la hora de valorar los elementos de comprobación legalmente obtenidos e incorporados al proceso, no está sometido a limitaciones jurídicas. Pero la ausencia de reglas abstractas y generales de apreciación de los elementos de convicción, no implica la inexistencia absoluta de reglas, ya que el juzgador debe valorar la prueba conforme las leyes del pensamiento (leyes lógicas, principio de razón suficiente); de la experiencia común (leyes de la ciencia natural) y de las ciencias – exigencia interna-, a la vez que debe fundamentar su decisión, o sea, exponer los motivos que justifican su convencimiento. La convicción no se encuentra condicionada por normas legales, sino por reglas que rigen el correcto discurso de la mente con sus operaciones intelectivas.

Este sistema de valoración de la prueba, requiere de dos operaciones intelectuales. Por un lado, debe describirse el elemento de convicción (por ej., las conclusiones que formulan los peritos, la declaración del testigo, etc.). Por otra parte, debe valorarse críticamente dicha probanza, con el objeto de poner en evidencia su idoneidad, para fundar la conclusión que en ella se asienta.

Mediante estos requerimientos -destaca Cafferata Nores-, se combinan las exigencias –políticas y jurídicas- relativas a la motivación de las resoluciones judiciales, con las mejores posibilidades de descubrir la verdad sin cortapisas legales, a través del caudal probatorio recogido en el proceso. (Cfr. Cafferata Nores, José I., *La prueba en el proceso penal,* 2º Ed. act., Depalma, Buenos Aires, pág. 41, citado en *La valoración de la Prueba,* por Gustavo Arocena, Doctrina, Revista de Derecho Procesal Penal, La prueba en el proceso penal, Tomo I, año 2009-1, Rubinzal Culzoni Ed, Dir. Edgardo Alberto Donna, Págs. 287/289).

**Segundo agravio, titulado “INAPLICABIDAD DEL ART 41 DEL CODIGO PENAL”:** El recurrente alega, que la presente es una causa de homicidio que se lleva a cabo con un arma de fuego. Por lo que es inaplicable el art. 41 bis, a los delitos que ya contienen el uso de armas en sentido genérico. Agrega que ello fue resuelto por este Superior Tribunal en los precedentes que cita.

Debo recordar que en los autos: “***RECURSO DE CASACIÓN - EN AUTOS: FLORES, MARIO BENITO - DAM. BAIGORRIA MIGUEL ÁNGEL - HOMICIDIO EN OCASIÓN DE ROBO (AR)” Expte. Nº 24-I-13 - IURIX Nº INC. 71441/3, por ST STJSL-S.J.–S.D. N° 107/14,*** de fecha 22/08/14, este Alto Cuerpo resolvió que: “*Resulta claro que la agravación genérica prevista en el primer párrafo del citado art. 41 bis para el uso de armas de fuego, es de aplicación a los delitos que no estén ya agravados en la ley penal por el uso de armas, pues el arma de fuego es un arma y, por ende, está contemplada ya en ciertos tipos penales como elemento constitutivo o como circunstancia agravante. Si ello es así, no puede sostenerse que un delito agravado por el uso de armas –un arma de fuego- se agrava a su vez por la misma circunstancia (es decir por empleo de un arma de fuego). La razón de esto se halla en la prohibición de nuestro derecho positivo de la doble valoración de las circunstancias agravantes de la pena.”* (El subrayado es propio).

Ahora bien, dicho precedente no es aplicable al caso que nos ocupa. En primer lugar, porque la excepción prevista en el segundo párrafo del citado artículo 41 bis, que establece que: *“la agravante por el uso de arma de fuego no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella (violencia o intimidación mediante el uso de un arma de fuego), ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate”,* no es aplicable al delito de homicidio, ya que éste no contempla en sus diversas modalidades típicas (figuras atenuadas y agravadas) a la violencia o intimidación, contra las personas, mediante el empleo de un arma de fuego como un elemento constitutivo o calificante.

Asimismo, la jurisprudencia es conteste en cuanto a que es aplicable la agravante genérica consagrada en el artículo 41 bis del Código Penal, a la figura tipificada en el artículo 79 del mismo cuerpo legal: *“Es posible aplicar el art. 41 bis del C. P. al delito de homicidio simple. Se trata de un delito doloso, la acción típica sin duda exige violencia en contra de la víctima y la aludida figura penal no contiene en forma expresa dentro de su estructura la circunstancia consistente en el empleo de un arma de fuego. Además, la mentada circunstancia tampoco resulta contemplada por ninguna de sus figuras calificadas (agravadas o atenuadas)(art. 80, y 81, pto. 1 inc. a. C. P.). Resulta claro que cuando el autor de este delito emplea un arma de fuego como medio violento, ello le brinda más seguridad, al mismo tiempo que anula las posibilidades defensivas de su víctima, todo lo cual revela una superior magnitud de injusto.”* (Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, 27/08/2003, "Nieto Víctor Hugo p.s.a. homicidio, etc. Recurso de casación" Expte. "N" 7/2002, Jueces: Aída Tarditti, María Esther Cafure de Battistelli y Luis Enrique Rubio, [www.justiciacordoba.gov.ar](http://www.justiciacordoba.gov.ar)., acceso 26/02/18).

“*Ciertamente la violencia es inherente al delito de homicidio -apartado primero del art. 41 bis- y, de otro lado, su ejecución a través del empleo de armas de fuego no está expresamente establecida como elemento fundante o calificante del tipo penal, de modo tal que pudiera tener operatividad la salvedad del segundo apartado de ese precepto.*”

*“Por el contrario, el delito de homicidio ha sido particularmente uno de los tenidos en mira por el legislador al dar fundamento a la incorporación de esta circunstancia agravante en la Parte General del Código. Así, al defenderse en el Senado la sanción del art. 41 bis el miembro informante dijo, invocando como fuente ciertas estadísticas que daban cuenta del aumento de la utilización de armas de fuego en la comisión de delitos con violencia o intimidación, que uno de tales ilícitos era el homicidio, pues el 95% de ellos se comete con armas de fuego, justificando el fundamento de la agravante en la "mayor contundencia" de las de ese tipo y el mayor poder de vulnerabilidad sobre las víctimas (conf. versión taquigráfica de la 42ª Reunión 15ª. Sesión ordinaria, de 9-VIII-2000, Orden del día Nº 742).”* (SCJ Buenos Aires, 18/02/2009, "C.,R.D. s/ Recurso de casación", P. 103.042, Jueces: de Lázzari, Genoud, Soria, Kogan, Negri (del voto del Dr. Soria), [www.scba.gov.ar/falloscompl](http://www.scba.gov.ar/falloscompl), acceso 26/02/18).

Por los fundamentos expuestos, el segundo agravio debe ser rechazado.

En consecuencia debo destacar, que en el texto del fallo, no aparecen los vicios de errónea aplicación del tipo penal, de la calificación del hecho y de la agravante del art. 41 bis del C. Penal, a lo que agrego, que los agravios expuestos se fundan en una mera discrepancia del recurrente con la valoración de los hechos y de la prueba efectuada por el Tribunal del Juicio. Por el contrario, en el fallo impugnado, se han consignado suficiente las razones que llevan a determinar las conclusiones expresadas, por lo que el recurso articulado deviene improcedente, y debe ser rechazado. En consecuencia, por las consideraciones expresadas, corresponde el rechazo del Recurso de Casación interpuesto. Costas al recurrente vencido. ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dras. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y CARLOS ALBERTO COBO, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, Dra. LILIA ANA NOVILLO y votan en igual sentido a esta **TERCERA CUESTIÓN.**

Con lo que se da por finalizado el acto, disponiendo los Sres. Ministros la Sentencia que va a continuación:

**San Luis, diecinueve de marzo de dos mil dieciocho.-**

**Y VISTOS:** En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Rechazar el Recurso de Casación interpuesto.

II) Costas al recurrente vencido.

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.-

*La presente Resolución se encuentra firmada digitalmente por los Sres. Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Dres. LILIA ANA NOVILLO, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y CARLOS ALBERTO COBO, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis.-*