En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los veinte días del mes de abril del año dos mil diez, habiéndose reunido en Acuerdo los Dres. Mónica Rodríguez, en su carácter de Presidente en el caso, Roberto Rubén Portela y Silvia Susana Martos, a fin de dictar sentencia en estos autos caratulados **"A., C. A. s/homicidio r/víctima-Trelew"** (Carpeta N° 1132-Legajo N° 10.151), y su acumulado caratulado: **"S., M. F. p.s.a. Robo Agravado r/Damnificado Eugenio Cañumil"** (Carpeta 808, Legajo Fiscal Nro. 7.595), seguidos contra **M. F. S.** (alias "c."), argentino, hijo de M. F. y de M. I. J., nacido el 18 de abril de 19**, en Gualeguaychú, Provincia de Entre Rios, estado civil soltero, ddo. en B° P., calle E. nro. *** de la ciudad de Trelew, DNI **.***.***, quien fuera condenado a la pena única de **CUATRO AÑOS DE PRISION**, comprensiva de los delitos de ROBO SIMPLE y HOMICIDIO SIMPLE, cometidos en carácter de autor, en grado de tentativa, por los hechos cometidos en esta ciudad de Trelew, los días 15 de noviembre del año 2007 y 11 de marzo del 2008, en los que resultaran perjudicados el Sr. E. C. y C. A.

Intervino por el Ministerio Público Fiscal la Dra. Alicia Susana Vilaseca y por la defensa técnica de M. F. S. el Dr. S. R.

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5° párrafo, del Código de Procedimiento Penal), se establece el siguiente orden de votación: Dr. Roberto Rubén Portela, Dra. Silvia Susana Martos y Dra. Mónica Rodriguez.

El **Juez Roberto Rubén Portela** dijo:

Motiva la intervención de este cuerpo, la impugnación deducida por la Defensa Pública contra la Sentencia dictada en fecha 27 del mes de octubre del

año 2008, por la que el imputado M. F. S., fuera condenado a la pena única de cuatro años de prisión, por considerarlo autor de los delitos de Robo simple y Homicidio Simple, en grado de tentativa (arts. 42, 44, 45, 79 y 164 del C.Penal), por los hechos ocurridos en la ciudad de Trelew, los días 15 de noviembre de 2007 y 11 de marzo de 2008, en los que resultaran perjudicados E. C. en el primer hecho y C. A., en el último.

En su escrito impugnaticio, la Defensa Pública centra sus críticas en los siguientes puntos, a saber: **1)** Nulidad del debate por irregularidades durante el desarrollo que afectan el derecho de defensa: En tal sentido, destaca que se ha violado el art. 300 del C.P.P., en cuanto veda a los magistrados intervinientes tomar conocimiento previo al debate, de las pruebas a ofrecer, las que consistieron en fotocopias de testimoniales y del legajo de prueba de la fiscalía, que se encontraban sobre el estrado antes de iniciar el debate, cuestión esta que corroborada por el Presidente del Tribunal, el mismo subsanó tal situación, disponiendo el retiro de los mismos. Que, sin perjuicio de haber consentido tal subsanación, entiende que se han violado las garantías del sistema acusatorio, por lo que entiende que este hecho debe ser considerado al momento de valorar la insalvable irregularidad que luego se cometió al finalizar el debate. En este sentido, señala que conforme lo prescribe el art. 327 del rito, corresponde a la Defensa la última palabra, lo que en modo alguno aconteció al ceder el uso de la palabra a la madre de la víctima, debió hacerlo con anterioridad a la exposición de su parte, conforme lo manda el art. 328 del mismo cuerpo legal. Que la madre de la víctima efectuó consideraciones sobre el alegato de la defensa, expresiones que entiende, dejaron en los jueces una última impresión desfavorable para el imputado, viéndose ello reflejado en el voto del Dr.

Fabio Monti, el que transcribe en su parte pertinente, por lo que postula se decrete la nulidad del debate y la absolución de S.

2) Falta de prueba sobre la autoría en cabeza de S., que determina una sentencia nula por falta de fundamentación: **En relación al primer hecho**, destaca que en el curso del debate no se pudo probar que la sustracción efectivamente se haya producido, que la víctima no concurrió, ni reconoció los elementos secuestrados y que la policía sólo detuvo a una persona (S.) que andaba por los techos. Cita jurisprudencia. **En relación al segundo hecho**, señala que no hay testigos directos; que en la inspección ocular no se hallaron rastros de vainas servidas o hemáticas, como así tampoco, persona alguna que aportara algún dato. Que el único testigo presencial resulta ser B. quién era amigo de la víctima y enemigo del imputado, que aparece como tal luego de la muerte de A. Que los restantes testigos son de oídas, que también surgen con posterioridad a la muerte de A.; así, el único que afirma haber escuchado de la víctima que su agresor fue S., no fue traído a debate. Que los testimonios de oídas no son contestes, citando a la testigo R. S., hermana de la víctima quien refirió que éste le manifestó que había sido el "C." con otros dos más, coincidente con una denuncia anónima que recibiera el Oficial J., en cuanto se trataba de un grupo de personas; siendo el testigo B. quién sostiene que fue uno solo, S.; destaca que era de noche, que el lugar estaba oscuro y que él, estaba a 100 mts., de A.; para luego interrogarse quién miente. Que los jueces no explican porqué A. tenía disparos de dos calibres distintos, que necesariamente intervino alguien más, para luego preguntarse quién disparó, S. que estaba

enyesado o los otros dos?. Finaliza este cuestionamiento compartiendo lo sostenido por el Dr. B. en cuanto que la prueba sobre indicios impone que estos sean unívocos y no anfibológicos, pero que en el caso no lo son dado que las únicas pruebas arrimadas resultan ser los testimonios de la madre, hermana y amigo de la víctima, por lo que sostiene la absolución de S.

3)Erróneo encuadramiento legal del segundo hecho: En orden a esta cuestión, la Defensa cuestiona la afirmación de los judicantes, en cuanto a tener por probado el dolo requerido para el tipo penal del art 79 del C. Penal, atento la carencia de certeza sobre el mismo, dado que en el debate no se han podido despejar los interrogantes y planteos que describe en los puntos 1) a 5) de su escrito. En función de ello, entiende absurdo considerar que toda lesión a la integridad física o psíquica de una persona, pueda quedar atrapado por la figura de la tentativa de homicidio, por lo que entiende que conforme a la lesión ocasionada, el tipo penal aplicable resulta ser el de Lesiones graves (art. 90 del C.P.). Que, en relación al tipo penal sostenido por su parte, afirma que el mismo no fue evaluado por el Tribunal, siendo el Dr. B. quien se refirió a ella, pero la descarta sin fundamentos, por lo que postula la nulidad de la Sentencia por omitir su tratamiento.

Ofrece prueba y efectúa la reserva de impugnación extraordinaria local (art. 375 del C.P.P.) y del caso federal.

Finalmente solicita se disponga la absolución de su asistido y, en forma supletoria, se readecúe la calificación legal del hecho y se aplique una pena justa.

Realizada la audiencia que impone el art. 385 del C.P.P., la Defensa ratifica el escrito impugnativo,

presentado en tiempo y forma, modificando el orden de los hechos al ser estos tratados. Reitera en forma detallada, los fundamentos expresados en su escrito.

Por su lado, la Fiscalía entiende que debe ser rechazada la impugnación deducida en tanto que la Sentencia resulta debidamente fundada, al igual que las nulidades impetradas, brindando razones de ello. Que, respecto a la existencia de legajo de prueba y fotocopias de la investigación en el estrado del Tribunal, no significó infracción a lo dispuesto en el en el art. 300 del rito, siendo validado y consentido por la Defensa.

Idéntica conclusión, en cuanto al uso de la palabra por parte de la madre de la víctima, que si bien fue realizado con posterioridad a los alegatos, no respetando el orden que prescribe el art. 328 del mismo cuerpo legal, tampoco se conculcó derecho alguno. Que, para los dos hechos traídos a juicio, se apreció adecuadamente la prueba obtenida. Que, respecto a la calificación del segundo de los hechos en el orden cronológico, se acreditó que la víctima recibió los impactos de espalda, propiciando se mantenga el encuadramiento legal realizado en el pronunciamiento jurisdiccional, como así también, idéntica conclusión respecto al primero de los hechos, y se rechace el recurso presentado.

Ingresando al tratamiento a los planteos realizados por la Defensa, me referiré en primer lugar a la nulidad que se pretende del debate, por violación del art. 300 del C.P.P. Al respecto, si bien le asiste razón a la Defensa en cuanto a la imposibilidad que tiene el Tribunal de acceder a tomar conocimiento de las actuaciones, previo al debate, ha quedado reflejado en forma absoluta que esta disposición no fue

infringida, pues surge de las manifestaciones del propio Defensor, Dr. Omar López, el que advirtió la existencia, sobre el estrado, de fotocopias del legajo de prueba del Ministerio Público Fiscal, lo que fuera corroborado por el Presidente del Tribunal, motivando el retiro inmediato de tal documentación, todo ello con conformidad del representante técnico ya mencionado. Allí el profesional aceptó las manifestaciones de los miembros del Tribunal en cuanto a que no habían tomado conocimiento de esos instrumentos, y el debate continuó su curso. En consecuencia, hoy no se puede reeditar una cuestión que fuera resuelta oportunamente, habiéndose demostrado la inexistencia de irregularidad alguna, que imponga el tratamiento de la cuestión traída, por lo que debe ser rechazada la pretensión.

Otro de los ataques, respecto a la validez del debate que fuera realizado por la Defensa, es el referido al uso de la palabra concedida a la madre de la víctima. Conforme al Código ritual, en su art. 328, se prevee que la víctima podrá hacer uso de la palabra aunque no haya intervenido en el procedimiento, antes de la exposición de la defensa. En el caso que nos convoca, surge evidente que, en nombre de la víctima, la Sra. A., madre de la misma, expone ante el Tribunal, luego de producirse los alegatos. La nulidad por la nulidad misma, tal como lo invoca la Defensa, no puede prosperar como se pretende; si bien le asiste razón en cuanto a la intervención de la representante de la víctima, esto no constituyó óbice alguno para que la defensa pudiera ejercer sus facultades, no obstante ello, lo consintió, por lo que mal puede, a esta altura, pretender reinstalar la discusión cuando todo ello fue consecuencia, de sus propios actos. En este orden, también debe rechazarse la nulidad intentada.

El segundo agravio hace referencia a la falta de prueba y fundamentación sobre los hechos traídos a

juicio. Respecto al primer hecho, el acaecido el 15 de noviembre de 2007, en orden al delito de robo simple art. 164 del C.P., en perjuicio E. C., sostiene la Defensa que no se pudo probar la sustracción pues la víctima no compareció ni reconoció los elementos secuestrados. Agrega también, que la prueba brindada durante la instrucción fue correctamente incorporada al debate, pero ineficaz para llegar a la probanza de lo sucedido.

Debo señalar que la Defensa incurre en un contrasentido cuando en una parte de los fundamentos de la impugnación, sostiene que la prueba que se había producido en la etapa investigativa, fue correctamente incorporada al debate, pero que ésta no es eficaz para llegar a probar lo sucedido. Cabe preguntarse entonces con qué objeto las pruebas se incorporan, cuáles son los efectos jurídicos que estas producen. La respuesta obvia es que, atendiendo a lo dispuesto por el art. 25 del C.P.P., el mismo no hace distingo entre prueba incorporada y la producida en el debate, y establece en forma genérica que éstas serán valoradas según la sana crítica, formando su convicción como resultado de la comprensión conjunta y armónica de toda la prueba.

Continuando, respecto a la comprobación de lo sostenido por la impugnante, debo mencionar conforme se dejara constancia en el transcurso del debate, que E. C. no compareció al mismo, debido a razones de salud psiquiátrica, certificado presentado por la fiscalía, razón por la cual resulta más que evidente y es parte del sentido común y para mayor abundamiento, éste dato de la realidad expresamente comprendido por el Código de forma en su art. 314, que en sus cuatro incisos y párrafos posteriores, comprende las distintas situaciones en que se procederá a la incorporación de

pruebas; en este caso, la normativa aplicable se encuentra descripta en el inciso 3ero., cuando resulte imposible la presencia de quien participara o presenciara el acto, comprendiendo ello, declaraciones o dictámenes producidos.

Completando lo que vengo diciendo, tenemos las actuaciones policiales obrantes a fs. 01/03 vta., denuncia de fs. 11/12 vta., y reconocimiento de elementos secuestrados y entregados a fs. 16, de la carpeta individualizada como caso 7595, en los autos caratulados "S., M. F. p.s.a. de Robo Agravado a E. C. – Tw"; siendo exhibidos los elementos mencionados en dicha oportunidad y reconocidos, todo ello, el día 15 de noviembre del 2007, encontrándose presente la Sra. Abogada de la Oficina de la Defensa Penal, Dra. María Ángela Gómez Lozano. El art. 379, 3er. párrafo del C.P.P., es claro al respecto, refiriéndose al anticipo jurisdiccional de prueba, toda vez que no es necesario la autorización judicial de ella, si existiera acuerdo de las partes sobre la necesidad y modo de realización de la misma, siendo indispensable la aprobación del Defensor, en éste caso concreto, la presencia de la Defensa, avala lo que vengo diciendo. Por un lado, ya tenemos que la prueba analizada por los jueces sentenciantes, fue correctamente incorporada y como tal, fue objeto de la valoración dentro de los principios de la sana crítica. Si bien el art. 258 del C.P.P., señala expresamente cuál es el valor de las actuaciones de la investigación preparatoria, y que estas no tendrán valor probatorio para fundar la condena del acusado, exceptúa de esta imposición, a las que hayan sido recibidas de conformidad con las reglas de anticipo de prueba, como así también, aquellas en las cuales el Código autoriza de manera excepcional introducir al debate, por su lectura. Sobre este tema, entonces, señalo que el acta de reconocimiento es una

de las piezas contempladas por el art. 314 inc. 3ero., contando con el contralor de la Defensa.

Amén de ello, también debo destacar que dentro de éste análisis valorativo se tuvieron en cuenta las declaraciones testimoniales de los funcionarios policiales que concurrieron prestamente al lugar de los hechos, frustrando de ésa manera la consumación del ilícito, cuya ejecución había principiado el incuso S. Los funcionarios policiales, tal el caso de M. R. M., M. L., son contestes en afirmar haber visto a un sujeto correr por los techos, previo salir por la ventana de una vivienda que tenía un vidrio roto, quien, al corroborar la presencia policial, abandona las cosas que llevaba consigo, para tratar de evadirse, siendo detenido a los pocos metros; identificado el sujeto, resultó ser M. F. S., recuperándose los elementos cuya sustracción se procuraba y pertenecientes a la vivienda de E. C.

Con la prueba invocada, encuentro razonable las conclusiones de los magistrados, en desmedro de los intereses de la defensa. Por lo que, postulo el rechazo de este agravio.

Proseguiré con el tratamiento de los agravios, en orden al segundo de los hechos, esto es, el ocurrido el día 11 de marzo del 2008, en calle P. D., a la altura catastral nro. **** del B. M. de Trelew, en el que resultara víctima de lesiones con arma de fuego, C. A., cuyos proyectiles ingresaron y se alojaron a nivel dorsal, línea medio-posterior dorsal entre undécima y duodécima vértebra y, a nivel de región glútea de ese lado, hecho que se le endilga a S. y que fuera calificado en la sentencia como autor de Homicidio simple en grado de tentativa (art. 79 y 42 del C.P.).

La Defensa sostiene que la sentencia carece de prueba y fundamentación sobre la autoría. Que no hay testigos directos del hecho, que el único testigo presencial de fragmentos de aquél, es B., amigo de la victima y enemigo del imputado, quien aparece como tal, luego de la muerte, como así también los testigos de oídas. Que el único que habría escuchado a la víctima es el testigo C. que no fue traído a debate. Que los testigos no son contestes, por lo que su defendido debe ser absuelto.

Delimitado así el ámbito de impugnación, trataré de dar respuesta a lo allí planteado. Desde ya adelanto que mi opinión favorecerá a la confirmación de la sentencia atacada. Ello, en virtud de que del análisis surge, pese a los esfuerzos realizados por la Defensa, que el imputado es el autor del hecho investigado.

Ataca la Defensa la prueba testimonial obtenida, ya sea porque los testigos aparecieron con posterioridad al deceso de la víctima y se refieren a circunstancias que presumiblemente habría manifestado C. A., cuando se encontraba internado en el nosocomio local. También, apunta a desmerecer la declaración del testigo B. que a su modo de ver, tuvo una visión fragmentaria de los sucesos, a la vez que adjudica a este testigo, ser amigo de la víctima y enemigo del victimario. Estos son los puntos básicos sobre los que la Defensa pretende enervar las pruebas que dieran sustento a la decisión jurisdiccional impugnada.

En primer lugar debo destacar que ha quedado debidamente aclarado el porqué los testigos aparecen con posterioridad a la muerte de la víctima. En ese contexto y hablo por la experiencia que me dan los años en el ejercicio de la magistratura, en los que tuve la responsabilidad de decidir en numerosos casos que se asimilan a esta plataforma fáctica, en los que, el que resultaba víctima de un hecho violento, al igual que su

victimario, pertenecen a un mismo ambiente cultural y social, donde se manejan valores que difieren del resto de la comunidad, siendo común descartar la razón para imponer la fuerza y la violencia, todo ello potenciado por la pérdida de valores, y la presencia de este flagelo llamado alcohol y sustancias tóxicas. Todas esta cuestiones conforman serias dificultades para concretar una investigación, cuando estamos en presencia de delitos que abarcan a integrantes de esta parte de la sociedad, en las que el perjudicado generalmente se reserva el nombre de quién le infringiera la lesión, el daño o el perjuicio; ello como una malentendida comprensión de que al recuperar su salud o condición física atacada, "resolverán" el conflicto "a su modo" y que, como en el presente caso, aportar el nombre o los datos del o los sujetos que provocaran ése resultado lesivo o este mal, sería considerada como una actitud de "vigilante". Esta terminología y conducta adoptada, es muy común en los sujetos que forman parte de este ambiente periférico.

Lo señalado por la testigo M. C. A., madre de la víctima y R. S. (hermana del lesionado), no hacen más que consolidar lo expresado anteriormente; testigos éstos, a pesar del vínculo de parentesco, no tienen porqué ser descartados para su consideración, aunque sean de oídas; es así que, las testigos mencionadas, conforme al registro de audio, escucharon directamente de la víctima, que sindicó al imputado alias "c." S., como el que materializara los disparos sobre la humanidad de este, y que no quería poner en conocimiento, mientras pudo, a las autoridades, porque no era vigilante. También contamos con el testimonio de R. V. (concubina del damnificado), quien asevera haber tomado conocimiento de quién fue el agresor de su

pareja, el dia 1ro. de abril, día en el que fallece, debido a que en esa oportunidad, un amigo de éste, había concurrido a la habitación del nosocomio donde la víctima estaba internada y, estando ella presente en el lugar, escuchó a su marido decirle al visitante que M. S. había sido el agresor, y que, iba a arreglar este asunto, cuando saliera del hospital.

A todo evento, hay un testigo directo de los sucesos, tal el caso de R. O. B., que aunque haya sido amigo de la víctima y presuntamente enemigo del victimario (por cuestiones de polleras), de modo alguno sus manifestaciones deben ser desechadas. El hecho concreto es que, B. manifestó que él iba detrás de A. como a unos cien o cincuenta mts., (tal como surge del audio)y que era de noche, señalando que este se dirigía hacia un descampado que le dicen "el arenero" y allí es cuando un sujeto le dispara, que hubo tres o cuatro disparos, huyendo este sujeto en dirección contraria a la que tomó la víctima, destacando que cree que el agresor tenía una de las manos vendada, posiblemente la derecha. Que el dicente se dirige hacia el lugar donde estaba la víctima tirada sobre el pasaje Mamet, siendo allí que escuchó decir al herido, que el autor de los disparos, había sido "c." S., a quien señala en la sala, recayendo esta identificación, en la persona del imputado. Otro dato de interés que se aduna a las consideraciones evocadas, es que en el acta de detención del encartado realizada tiempo después (fs. 12/vta del legajo de prueba), surge que al momento de producirse la entrega voluntaria de S., éste tiene puesto en su mano derecha, un yeso. Hasta aquí no encuentro que los elementos analizados conlleven una situación de duda respecto a la autoría y responsabilidad por parte del incuso. Las pruebas testimoniales son unívocas y me llevan a concluir que efectivamente los hechos acaecieron del modo en que lo

describieran los magistrados del tribunal sentenciante, por lo que cabe confirmar este aspecto de la sentencia.

Por último, cabe avocarme a la pretensión de la Defensa en cuanto a la calificación que entiende corresponde a este segundo hecho, conformando una serie de interrogantes al respecto. Señala que los jueces determinaron que el dolo de matar se configuró en el momento en que el autor disparó con un arma de fuego sobre zonas vitales del cuerpo, y que esta sola aseveración no justifica el dolo de matar, porque en el debate no se pudo adquirir con certeza si S. es el autor, si este tenia una mano enyesada, ¿cómo hizo para disparar?; ¿cómo hizo para disparar con una mano enyesada, dos armas distintas? (testimonio del Dr. Z.), que la zona glútea no es una zona vital que denote la intención de matar, no disparó ni a la cabeza, ni al corazón, ni al estómago; que si disparó tan cerca, entre un mínimo de 70 cms., y un máximo de 20 mts., podría haber apuntado a zonas vitales o incluso, rematado cuando cayera, nada ni nadie se lo impedía, por lo que la intención no fue matarlo; por lo que el delito es subsumible en el tipo de lesiones graves (art. 90 del C.Penal).

Respecto a la autoría que es el primer interrogante que se realiza la defensa, ya fue debidamente tratado, como así también que B., el testigo presencial –respecto del segundo interrogante–, también fue evacuado, pues este refirió haber escuchado el ruido de tres o cuatro disparos y que el sujeto que los efectuara, tenía la mano derecha vendada; no puso sobre las espalda del acusado que hubiera tenido dos armas, tampoco que hubiera otros sujetos en el hecho. Incluso, el cuestionado testimonio del funcionario policial, N. J., que recibiera en forma telefónica y

anónima al día siguiente del hecho, la versión de que eran cuatro personas, tres mujeres y un masculino que identificaron como M. S., los que intervinieron en el hecho, este anoticiamiento no es serio, toda vez que, como dejara asentado, fue hecho anónimamente y en forma telefónica. El informe al que hace referencia la Defensa, realizado por el Dr. Z., obrante a fs. 04 del legajo de prueba y ratificado en el curso de la audiencia, en la parte final del mismo expresa: "...impresiona proyectiles de distintos calibres...", no manifiesta que son dos armas distintas como lo sostiene la Defensa, solo habla de una impresión profesional; a todo evento, esa originaria impresión del profesional médico, se aclara con el informe pericial realizado bajo el Nro. 068/08 – UECT, por el Subcomisario C. F., obrante a fs. 41/44 del legajo de pruebas, precisando que los orificios presentes en las prendas de vestir (por no haberse obtenido los proyectiles del cuerpo de la víctima), presentan un diámetro aproximado de 9 mm o su equivalente 38"...". Aquí el experto no se refiere de modo alguno a calibres distintos, sino por el contrario, a que la impronta dejada en las ropas pertenecían a un calibre determinado y único, razón por la cual, también esta postura defensista debe ser desestimada. Con respecto al lugar donde impactaron los disparos, la Defensa señala uno en la zona glútea, pero omite indicar el ingreso del segundo constatado en la humanidad de la victima, y éste conforme al informe del médico forense que glosa a fs. 39 vta., del legajo de prueba, lo ubica a nivel dorsal, línea medio-posterior dorsal, entre undécima y duodécima vértebra, denotando el serio compromiso para la integridad física del lesionado; el hecho que no haya ocasionado una herida en la cabeza, el corazón o el estómago, no significa que sean las únicas partes vitales que puedan ser afectadas por un

arma de fuego y si bien es cierto, que la distancia de disparo fue estimada en un mínimo de 70 cms., no olvidemos que los impactos fueron concretados estando la víctima de espalda al victimario. Debo también recordar que B. escuchó tres o cuatro disparos, impactando solo dos y en cuanto a que el victimario pudo haber rematado a la víctima cuando se encontraba caído, esto no fue posible, dado que como se esclareciera con el relato de B., una vez producidos los disparos, el agresor huyó en dirección contraria al que se dirigió la víctima, la que también se aleja del lugar hacia el P. G., tal como surge del croquis de la reconstrucción del hecho, cayendo en ése sitio, a metros de la calle P. D., por lo que, va de suyo que la intención del acusado y máxime teniendo en cuenta el calibre apontocado por el perito F., conforme a la impronta dejada en las ropas, y el lugar por los que ingresaron en el cuerpo de la víctima, comparto la calificación acordada por los sentenciantes, esto es, Homicidio Simple en grado de tentativa (art. 79 y 42 del C.P.).

Por todo lo expuesto y a modo de conclusión, sostengo que debe confirmarse en un todo, la sentencia impugnada.

Por último regulo los honorarios profesionales de la Defensa Pública, atento a la intervención que le cupo en este proceso, en la suma de Pesos Un mil quinientos ($ 1.500)(art. 59, Ley 4920).

La Juez **Silvia Susana Martos, dijo:**

1.- En el inicio de mis fundamentos he de señalar que no expondré los antecedentes que motivan el recurso contra la sentencia de condena, pues la completa relación de los hechos efectuada ut supra resulta lo

suficientemente explicita como para poder remitirme a ella.

2.- En el ámbito del recurso del condenado, regulado con amplitud en el código vigente -art. 374 C.P.P.-, al punto que el legislador le ha llamado "impugnación ordinaria", el Tribunal debe entender sin las limitaciones que son propias de los remedios extraordinarios, como el recuso de casación al que se ha referido la Corte Suprema en "CASAL" para exigir el máximo esfuerzo de revisión.

3.- Siguiendo las mandas procesales, se celebró la audiencia oral y pública legislada en el art. 385 del CPP, debatiéndose los argumentos del recurso. Luego de la deliberación realizada, se arribó a la solución del caso por mayoría, con disidencia de la Dra. Rodríguez.

4.- Luego de analizar las cuestiones traídas a revisión adelantaré que la impugnación interpuesta será rechazada, confirmándose la sentencia pues tal como se irá desmenuzando, la valoración de la prueba realizada por los jueces lo ha sido conforme las reglas de la sana crítica racional y se encuentra correctamente fundada.

5.- **Primer agravio: Nulidad del debate.** Con referencia a la existencia de prueba de la Fiscalía sobre la mesa de los magistrados y a disposición del tribunal el día de la audiencia de debate, diré que esa cuestión ya fue resuelta en el momento y no corresponde reeditarla pues tal como quedó consignado, ante la advertencia de la Defensa, el Presidente ordenó su retiro, manifestando los miembros del Tribunal no tener conocimiento de qué se trataba. Ello fue aceptado por la Defensa, por lo que no puede introducirse nuevamente el planteo como violación del art. 300 del C.P.P. Rige el principio de la buena fe procesal y la irregularidad se subsanó ordenándose la entrega a la parte sin que los jueces tomaran conocimiento de la prueba de manera

no permitida, aceptando ello la Defensa, por lo que debe ser rechazado el agravio.-

Respecto al planteo efectuado bajo el mismo acápite, cuestionando la validez del debate en el hecho de Homicidio en grado de Tentativa, por haber hecho uso de la palabra en último término la madre de la víctima alterando de ese modo el orden previsto en la norma procesal, dejando en los jueces una última impresión totalmente desfavorable para el imputado, recurriendo el Dr. Monti en su voto a los dichos por la mujer en esa oportunidad, diré que si bien el art. 327 del CPP establece un orden para el uso de la palabra, el art. 328 del CPP da derecho a la víctima a expresarse. Si bien es cierto que ello se produjo luego de los alegatos y no antes, como lo prevé el rito, esta alteración no acarrea nulidad alguna; la Defensa lo consintió y además tuvo la posibilidad de solicitar nuevamente la palabra. Por ello el agravio deberá rechazarse

6.- Segundo agravio: 6.1.- Falta de prueba y de fundamentación sobre la autoría: Primer hecho: es el ocurrido el 15 de noviembre de 2007 en perjuicio de E. C., atribuido a M. F. S., calificado como robo simple art. 164 del C.P.. Sostiene la Defensa que no se pudo probar la sustracción pues la víctima no compareció ni reconoció los elementos secuestrados. Agrega también, que la prueba brindada durante la instrucción fue correctamente incorporada al debate, pero ineficaz para llegar a la probanza de lo sucedido.

Surge de las actuaciones que la no comparencia al debate de E. C., estuvo justificada por razones de salud, por lo que el caso encuadra en art. 314 inc. 3 del CPP.

Por otra parte los bienes secuestrados le fueron exhibidos al damnificado y reconocidos por éste encontrándose presente en la diligencia la Abogada de la Oficina de la Defensa Penal, Dra. María Ángela Gómez Lozano, todo ello realizado como anticipo jurisdiccional de prueba, art. 379, 3er. párrafo del C.P.P.

Atento ello, considero que los magistrados incorporaron correctamente la prueba.

También comparecieron al debate los policías que intervinieron inmediatamente de haber sido anoticiados del ilícito y procedieron a la aprehensión del imputado, tal como lo detalla el acta y así lo manifiestan los funcionarios en la audiencia.

Concluyo, por lo expuesto, que tal como lo dijera, corresponde que el agravio sea rechazado

6.2.- Respecto del hecho ocurrido el 11 de marzo del 2008, en el que resultara víctima de lesiones con arma de fuego, C. A. y por el que se condenara al Sr. S. como autor de Homicidio simple en grado de tentativa (art. 79 y 42 del C.P.) diré que el abogado defensor intentó descartar la autoría del Sr. S., a partir del argumento de que no existieron testigos directos del hecho, resultando todos de oídas, los que a su vez no son contestes y respecto del testigo B., afirma que vio los hechos en forma parcializada a más de ser enemigo del imputado

Adentrándome al análisis de los votos a fin de determinar la forma en que fue valorada la prueba colectada, considero que los jueces ponderaron la misma en su conjunto para arribar a la certeza respecto de la autoría de S. El Juez Minatta afirmó "todos esos hechos que damos por ciertos, forman la plataforma indiciaria como para deducir con certeza que el autor de las lesiones lesivas fueron causadas por el acusado, puesto que la imputación de B. y de los testigos que

escucharon de boca de la víctima en distintas oportunidades que el autor, al coincidir con su relato la pericia señalada en cuanto a la modalidad de la acción y la existencia de motivos en la persona de S. para agredir a A., sostienen tal deducción razonable de autoría, conforme a las reglas de la experiencia y de la lógica, no vislumbrándose de tales hechos otra interpretación razonable que contribuya en sentido contrario, por lo que se dan los extremos que tanto la doctrina como la jurisprudencia exigen para que la prueba indiciaria sea el soporte de la convicción de certeza destructora del estado de inocencia del imputado"

Observo, al igual que los jueces, que no se vislumbran motivos para dudar de los testimonios, no encontrando discordancia con el resto de la prueba colectada como es la pericia del Lic F. en cuanto a la correspondencia con lo testimoniado por el testigo B. en cuanto a la posición de la víctima y victimario; la circunstancia que si bien este testigo no ve el rostro del agresor, alcanza a ver que tenía su mano vendada, lo que se corresponde con el dato consignado en el acta de detención de S. de fecha 14 de mayo, en el sentido que tenía un yeso en la mano de derecha. Todos los testigos ponderados, escucharon de boca de la víctima que el autor de los disparos fue el imputado

El resto de los cuestionamientos formulados en el recurso por la Defensa, han sido contestados por los jueces en el marco de la ponderación de la prueba. Así el Dr. Fabio Monti dijo en su voto " … la hermana de A.- R. S.- ya había escuchado de boca de su hermano el día posterior al hecho (esto es el 12 de marzo), que el autor de los disparos era M. S. Resulta comprensible que ella no haya trasmitido dicha información a la

policía y/o a la fiscalía por cuanto la propia víctima no quería denunciar el suceso". Asimismo el Dr. Monti, descarta que la incomparecencia al Debate de un amigo de la víctima de apellido C., quien estuviera en la habitación del hospital y a quien le revelara sobre quien fuera el autor de los disparos, sea fundamental a la hora de decidir sobre la autoría, al decir " en cuanto a la existencia de la conversación mantenida entre A. y su amigo de apellido C., ha dado cuenta la madre de A. ... no existiendo motivo alguno como para dudar sobre lo declarado por la misma. Máxime cuando la Sra. A. precisó que su hijo se encontraba plenamente consciente cuando hizo esas afirmaciones y su descompensación se produjo con posterioridad a la conversación de marras"

Considero que los magistrados han explicado de manera suficiente y razonada los motivos por los cuales llegan a la certeza de la autoría. La circunstancia que el único testigo presencial del hecho sea amigo de la víctima y se haya enfrentado en otra oportunidad al imputado, como asimismo que haya observado lo sucedido en forma parcial, no empaña su testimonio pues sus dichos resultan contestes con el resto de las pruebas, por caso, la madre, la concubina y la hermana de A. quienes también escucharon de boca de éste que el autor había sido "E. C." S.

No asiste razón a la Defensa cuando afirma que la Sra M. C. A. y R. V. resultan ser testigo de oídas. Si bien es cierto que la víctima no les dijo directamente a ellas quien había sido en autor de los disparos, se lo dijo a un amigo que estaba en la habitación del hospital, lugar en el que se encontraban también las mujeres. Concretamente la Sra. A. dijo que ella estaba en los pies de la cama cuando escuchó lo que dijo su hijo.

Del mismo modo respecto de la autoría en cabeza de S., se expresa R. O. B., quien la noche del suceso, caminaba detrás de la víctima por el lugar denominado "el arenero", cuando escuchó tres o cuatro disparos y cuando se acercó a su amigo herido éste le dijo que había sido "e. c. S.". Ello además se compadece con el dato aportado por este testigo, pues observa que la persona que le disparó tenía una de las manos vendada, posiblemente la derecha. Este dato se debe relacionar con el acta de detención del encartado, la que da cuenta que tenía colocado un yeso en su mano derecha. Todo ello fue tenido en cuenta y ponderado por los jueces para llegar al estado de certeza, además de lo aportado por el testigo presencial en cuanto a la modalidad de la acción y la ubicación que tenían agresor y víctima en el arenero coincidente con la pericial balística y médica

Dando respuesta a la supuesta contradicción entre lo declarado por la hermana de A. y el testigo B., referido a que ella escuchó de su hermano que intervinieron más de dos personas, manifestando la Defensa que ello es compatible con el informe del policía J., y lo consignado por el médico de Policía Z., como también la demora de A. en exteriorizar quién había sido el autor de los disparos a su persona, revelándoselo a un persona de apellido C., el que nunca fue escuchado. Tal como surge de la ponderación de los jueces, no es cierto que recién antes de morir, el día primero de abril haya revelado la autoría de " e. C. S.". El Dr. Monti, aclara correctamente que tanto la hermana de la víctima, como su amigo B., sabían quién resultaba el autor, pero se respetó la voluntad de la víctima de no denunciar esta circunstancia. A. dijo que él lo arreglaría cuando curara pues no se consideraba

"vigilante",según sus códigos. Todo sale a la luz luego de su muerte. En el mismo orden, si bien el testigo C. no fue traído al Debate, de la conversación mantenida con su hijo da cuenta la madre, refiriendo lo escuchado, no existiendo motivos para dudar de sus dichos. En la ocasión tambien estaba en esa habitación su concubina y A. se encontraba plenamente consciente cuando hizo esas afirmaciones –dijo la madre- y su descompensación sobrevenido a posteriori.

Por otra parte si bien la hermana refiere que A. le dijo que el autor fue "e. C." quien andaba con otros dos más como también lo recoge el informe de J. por el llamado anónimo que recibiere, de ello no se puede inferir que más de una persona le haya disparado. El testigo B. afirmó que se escucharon varios disparos, pero el solo vio a S. y la testigo R. V., concubina de la víctima escuchó de boca de éste que "M. S. le había dado los dos tiros". El médico Z. no afirmó que los dos impactos de bala en la humanidad de la víctima hayan sido efectuados por dos armas distintas, sino que "impresionaban" como de distinto calibre.

Traigo a colación lo afirmado por el Dr Pfleger, Ministro del Superior Tribunal de Justicia: *"...Constituye una facultad de la instancia de mérito seleccionar el material probatorio, prefiriendo algunos elementos y descartando otros, no siendo suficiente, a quien se opone, expresar un mero criterio discordante...."* *(SCBA. C. Ac. 81491, Moreno S. 16/07/2003 en JPBA t. 123 F. 200, p{ag. 84)* y que *"...Si los elementos de juicio de los que dispone el sentenciante para elucidar la participación de los imputados en el hecho son de valor indiciario, ello no constituye "per se" óbice alguno a la posibilidad de alcanzar la certeza, toda vez que hoy en día ya no se discute que los indicios tengan tal aptitud con la condición de que sean unívocos y no*

*anfibológicos....Sin embargo, la valoración de los indicios exige una consideración conjunta y no un examen separado o fragmentario, puesto que la meritación independiente de cada indicio, desnaturaliza la esencia que es inherente a este tipo de pruebas.....el análisis separado de cada elemento de juicio constitutivo de prueba indirecta, instaura siempre una alternativa anfibológica que necesita ser contrastada con el resto del marco convictivo para evaluar si aún así se mantiene la duda o si es posible llegar a una certeza positiva o negativa acerca del aspecto discutido....” (TSJCBA PENAL c. Sent. 97. Paglioni M.A. 29/09/2003 en JPBA t. 122. 150, pág 73/74).*Autos “M., J. D. – V., M. Á. s/ Homicidio simple (1°) y Homicidio simple en C.R. con Lesiones leves (2°) (Expte. N° 20.170, F° 166, M-2005).

3.- Errónea calificación legal del segundo hecho. Concretamente critica el dolo de matar. Al respecto diré que encuentro suficientemente fundados los votos de los magistrados. Los disparos impactaron encontrándose la víctima de espaldas, uno sí en el glúteo y otro en la zona dorsal línea medio-posterior dorsal, entre undécima y duodécima vértebra, denotando un serio compromiso para la integridad física del lesionado

Los jueces ponderan correctamente la intención del acusado teniendo en cuenta la existencia de motivos en la persona de S. para agredir a A. – pertenecían a grupos barriales enfrentados- la modalidad de la acción, disparar por la espalda a un ser humano a zonas vitales, ponderando el Dr. Minatta: ”como son la espalda y el glúteo que, conforme a la experiencia común pueden causar la muerte de una persona”… “Contribuye a tal inferencia lógica, además la

siguiente deducción, los disparos fueron producidos entre una distancia mínima de setenta centímetros –tal como lo afirma el perito F.- y una máxima de veinte metros, que es la última visual que tuvo de la víctima, el testigo presencial B. … cabe concluir que los disparos efectuados con un arma de fuego a zonas vitales a una persona, aún a distancia máxima, son elementos suficientes como para probar que el agresor se representó el resultado mortal y quiso, entonces, matarlo". Todo ello, observo que se compadece con las pericias balísticas, los informes médicos y el testimonio del testigo B. La calificación de Homicidio Simple en grado de tentativa (art. 79 y 42 del C.P.) es la correcta.

A ello agrego que, aunque se diga que el agresor no pensó en dar muerte a la víctima sino sólo herirlo, a la hora de juzgar su conducta, ello resulta indiferente ya que el mismo usó en forma consciente un medio idóneo y eficiente para matar a corta distancia y disparó a zonas vitales pues no necesariamente, tal como se afirma en la sentencia, debe disparar al corazón para que se configure el tipo.

Por todo lo expuesto debe confirmarse la sentencia impugnada por la que se condena a M. F. S., alias "C.", a la pena única de cuatro años de prisión, comprensiva de los delitos de Robo Simple y Homicidio Simple, cometidos en carácter de autor, en grado de tentativa, por los hechos cometidos en esta ciudad de Trelew los días 15 de noviembre del año 2007 y 11 de marzo de 2008 en la ciudad de Trelew, en los que resultaron perjudicados el Sr. C. E., en el primer hecho y el Sr. C. A. en el último, dado que los jueces expresaron fundadamente y con acierto las razones por las que las pruebas colectadas los convencieron

Por último regulo los honorarios profesionales de la Defensa Pública, atento a la intervención que le

cupo en este proceso, en la suma de Pesos Un mil quinientos ($ 1.500) (art. 59, Ley 4920).

La Juez **Mónica Rodríguez, dijo:**

I. He de expresar, en primer término, mi coincidencia con la opinión del Magistrado que guía el acuerdo en cuanto propicia el rechazo de la nulidad del debate articulada por la Defensa. El pedido, según entiendo, resulta tan extemporáneo como carente de fundamento.

Encontrar el Defensor en la sala de audiencia, al comienzo del debate, un juego de copias del legajo fiscal de investigación, así como copias de "testimoniales" presuntamente correspondientes al caso, resulta una circunstancia que –amén de su irregularidad- no puede erigirse en un vicio que conmueva la validez del juicio.

Hacer lugar al pedido de la Defensa, sin que haya mediado perjuicio alguno, constituiría un rigorismo formal inadmisible pues, se advierte, no sólo fue subsanado en forma inmediata el defecto -al ordenar el Presidente el retiro del material-, sino que no se ha invocado siquiera la sospecha de que los legajos hubiesen sido examinados por los Jueces, ni que se haya afectado de alguna manera su imparcialidad en la causa. Voto, sin más, por el rechazo de la nulidad deducida.

II. En relación al segundo hecho por el que fuera condenado en la sentencia en crisis, se agravia la Defensa por entender que la prueba valorada para decidir la condena no es suficiente para tener por cierto el hecho de Robo en grado de tentativa atribuido a S. y, mucho menos, su autoría en el mismo.

Sin embargo, entiendo que los elementos de prueba valorados en la sentencia en crisis resultan bastantes

para atribuir al acusado la responsabilidad penal que, en este aspecto, sienta el fallo de condena.

Así, la detención de S. en inmediaciones del domicilio de E. C., donde se produjo el ingreso violento, en clara actitud de huir del lugar al arribo de la policía, sumado a los contestes dichos en el debate de los empleados policiales y de una vecina del lugar, resultan, junto a otras constancias de corroboración objetiva –secuestros, informe técnico, fotografías-, un cuadro probatorio suficiente como para confirmar la decisión de condena.

Más allá de ciertas imprecisiones en el relato de los funcionarios actuantes, que aparecen lógicas por el tiempo transcurrido entre su intervención y el juicio, han sido contestes en el debate M. R. M. y M. L. Ambos afirman que a su llegada al lugar del hecho, luego de la recepción de un llamado dando cuenta de la ocurrencia de un ilícito contra la propiedad, observan la ventana delantera con uno de sus vidrios rotos y ven salir de allí a quien, instantes después, es reducido cuando intentaba alejarse del sitio descolgándose de un techo lindero.

El empleado policial M. L. dice, en la audiencia: *"vemos que una persona está saliendo por una ventana la cual se encontraba con su vidrio roto, con un bolso, al detectar la presencia policial arroja el bolso y emprende una huída por los patios, salta un techo y lo perdemos de vista, M. lo sigue y yo procedo a rodear la cuadra, es diferente en esa zona, es más corta la cuadra porque está cortada a la mitad, doy la vuelta y veo a esta persona que se viene desprendiendo de los techos y cae al lado mío, así que tuve que reducirlo, yo no lo conocí, luego pude saber que era S., alias el C."*.

Por su parte el policía M. dice: *"Recibo llamado entrando al turno y salí con el Sgto. 1° Luzio,*

avisaban que había una persona ingresando a un domicilio, rompiendo una ventana; llegamos y en el frente de la vivienda vemos una persona que sale corriendo, la puerta del domicilio estaba abierta, le doy la voz de alto y salta un paredón, yo piso sobre la misma chapa y a mí se me rompe. Mis compañeros lo cierran y lo detienen. Había soltado los elementos, tenía preparado otros y quedaron cosas en el domicilio de la víctima. No exhibió armas"

Resultan demostrativas del cuadro de situación descripto las fotografías, obrantes en el legajo de prueba fiscal, en las que se advierte la fuerza desplegada por el o los autores, provocando la rotura casi total de uno de los paneles de vidrio de la ventana delantera de la vivienda.

Asimismo, el acta de fs. I/III del legajo fiscal, incorporada como documental al juicio y ratificada por el Oficial H. en el debate, así como la diligencia de reconocimiento de elementos secuestrados, de fs. 16, si bien no suplen la omisión de recibir declaración a la víctima –en la audiencia de juicio o, en caso de impedimento del testigo, bajo las formalidades de un anticipo jurisdiccional de prueba-, resultan indicios ciertos y suficientes como para demostrar la existencia de una efectiva y concreta lesión al derecho de propiedad del Sr. E. C.

El cuadro indicativo se completa con los dichos de la testigo S. M. E. K., quien ratifica en el debate que en el patio de su casa, vecina a la vivienda de C., el o los autores del ilícito dejaron abandonadas en la huída elementos sustraídos del domicilio de la víctima. Indica que ella misma franquea el paso a los funcionarios policiales, quienes labran una actuación dando cuenta del secuestro de los elementos que

describe. En la audiencia de juicio afirma haber participado como testigo de actuación cuando C. fue víctima de un robo. *"Simplemente escuché ruidos, los perros ladrando, llegó la policía, llegaron, pasaron a mi patio y llevaron una campera y otras cosas, lo que había ahí que no era mío, yo abrí las puertas de mi casa y los acompañé al patio"*. Asimismo ratifica el acta que se le exhibe, obrante a fs. 1/3 del legajo de prueba fiscal.

Insisto, no obsta a la conclusión anterior el hecho de que no haya podido comparecer al debate el damnificado, Sr. E. C. –demostrada su imposibilidad de asistencia por hallarse internado-, si la prueba ya citada resulta pertinente, útil y suficiente para tener por acreditado el ilícito en cabeza del sometido a proceso, M. F. S.

He de discrepar, pues, con la apreciación de la Defensa en cuanto predica ausencia de prueba suficiente para arribar a una decisión de condena. Contrariamente, entiendo que la acumulada es holgadamente demostrativa de la participación del acusado en el hecho, el que fuera correctamente calificado como tentativa de robo.

Por lo expuesto, en consonancia con el voto del colega preopinante, postulo la confirmación parcial de la sentencia, en cuanto condena a M. F. S. por el delito de Robo en grado de Tentativa (art. 164 y 42 del Código Penal), con costas. Así lo voto.

III. Distinta posición he de asumir en relación al agravio vinculado al hecho de Homicidio tentado –nulidad de la sentencia por falta de fundamentación-, en perjuicio de C. A. A. Advierto que el control que este Tribunal ha sido llamado a ejercer se centra, básicamente, en determinar la eficacia probatoria de la prueba producida en el debate respecto a la *autoría* de M. F. S. –negada por el acusado-, en el hecho calificado como tentativa de homicidio.

La Defensa sostiene que la prueba acerca de la participación de su defendido se basa en testimonios *referenciales o de oídas*, los cuales, por sus concretas características en el caso –no son contestes y quien escucha directamente los dichos de la víctima (C.), no fue llevado a juicio-, no reúnen la entidad probatoria mínima que permita predicar certeza acerca del *modo* en que ocurrió el episodio. Agrega que el único testigo presencial de fragmentos del hecho, B., era amigo de la víctima y enemigo del imputado.

La decisión, pues, requiere la revisión íntegra del material probatorio valorado en el fallo a fin de determinar si acaso asiste razón a la impugnante o si, por el contrario, el cuadro demostrativo de las conclusiones fácticas que contiene resulta suficiente para fundar una sentencia de condena.

Es sabido que motivar una decisión como la impugnada exige una tarea que va más allá de la mera descripción de la prueba, ya que requiere –además de la fijación de los hechos probados y de su calificación legal-, la enunciación explícita de las razones por las cuales se otorga o niega eficacia probatoria a todos los elementos de prueba que puedan ser relevantes y no sólo a aquellos sobre los que se funda el pronunciamiento.

Ello es así pues, sabemos, no existen enunciados fácticos *dados* sino que requieren de una *construcción* que realiza el sujeto que lo formula. Esa construcción siempre es *selectiva*, pues el intérprete toma sólo aquellos datos –dentro de la infinita gama de aspectos que presenta un hecho de la realidad-, que considere relevantes.

Esta introducción tiene que ver con un grave déficit que advierto en la descripción de los hechos,

primero por parte de la Fiscalía, receptada luego en la sentencia de mérito, en tanto al construir la plataforma fáctica –recortando selectivamente ciertos datos- tiene por verdadero un enunciado que desconoce numerosas pruebas relevantes, soslayando una *versión posible* de los hechos que permitirían subsumirlos en una norma más favorable al imputado, como se verá.

La sentencia en crisis no contiene una descripción explícita del hecho que considera acreditado, pese a tratarse de uno de los presupuestos básicos de la motivación -junto a la valoración de la prueba y al encuadramiento legal-. La apuntada omisión, sumada a una conclusión incriminatoria que no aparece como derivación razonada de la totalidad de la prueba rendida en el debate, ni como única versión explicativa de lo ocurrido, inclinan mi voto –anticipo-, en el sentido de propiciar la declaración de nulidad del pronunciamiento, de conformidad a lo dispuesto por el art. 330 inc. 3° del C.P.P., y la absolución del acusado por el delito individualizado en el fallo como "Segundo Hecho".

No se observa en el fallo un esfuerzo reconstructivo crítico de la prueba que permita conocer, con la certeza que la etapa requiere, las *concretas circunstancias* que rodearon al hecho y, particularmente, el *modo* en que ocurrió. Es que no se hacen cargo los Jueces, entiendo, de analizar rigurosamente el sentido de cada dato probatorio y el valor –si cabe conferirle alguno-, a las pruebas que contradicen la versión fiscal. El fallo se limita a ponderar el tópico "autoría" sin fijar, primero, la concreta materialidad del hecho en su contexto.

Sin perjuicio de lo dicho, cuestión sobre la que he de volver, advierto que los propios elementos de prueba valorados por los Jueces como demostrativos de la autoría del imputado, no configuran un cuadro

indiciario sólido y coincidente que demuestre la hipótesis fiscal.

Así, las lacónicas expresiones de la víctima sobre la agresión sufrida, que a su hermana le indica *"fue el C. S. y dos personas"*, y a un conocido (de apellido C., ausente en el debate), le dice "*fue el C. S."*, sumado a la confusa y contradictoria declaración del supuesto testigo presencial de una parte del suceso, R. B. -en razón de la incerteza y parcialidad que surgen de sus dichos, así como de los serios y fundados cuestionamientos que ha merecido este testigo por parte de la Defensa-, resultan insuficientes para formar conocimiento cierto de que el nombrado fuera el autor del los disparos que provocaron las lesiones en la víctima y, mucho más, para acreditar el hecho descripto en la acusación. A dicho cuadro debe sumarse una investigación incompleta y sesgada, que se satisfizo con una primera hipótesis y descartó, sin aducir motivo alguno, numerosos indicios que permitían inferir otros cursos de investigación.

Así, el Ministerio Fiscal atribuye al imputado *haber esperado a la víctima, oculto detrás de una rampa de cemento, haberla interceptado y sorprendido cuando ésta atravesaba un descampado y con intención de causarle la muerte haberle efectuado al menos dos disparos, cuando la víctima huye del lugar, que impactan en la parte posterior de su cuerpo –línea medio posterior dorsal, entre undécima y duodécima vértebra, y a nivel de región glútea, no produciéndose su fallecimiento como consecuencia de dichas lesiones.* La plataforma fáctica así descripta fue calificada como tentativa de homicidio agravado por el uso de arma de fuego (art 41 bis, 42, 45 y 79 del Código Penal).

La Fiscalía imagina una hipótesis: S., parapetado detrás de una rampa de cemento, espera a la víctima a la que intercepta y sorprende, y queriéndole causar la muerte le efectúa al menos dos disparos en la parte posterior del cuerpo. Sin embargo, como veremos, se trata ésta de una versión que ni siquiera surge demostrada claramente de los dichos del único testigo supuestamente presencial, R. B.

En relación a este testigo advierto que tanto la Fiscalía como los Jueces del mérito han dado crédito absoluto a sus dichos. Sin embargo corresponde, en mi opinión, poner en crisis su credibilidad, toda vez que los argumentos con los que ha sido cuestionado por la Defensa no pueden, en modo alguno, soslayarse.

Al analizar su declaración advierto inconsistencias en el relato, tales como indicar primero que estaba hablando con un vecino "cuando eso fue", es decir, cuando escucha los disparos, y luego señala que Alarcón se va y él "iba para otra calle cuando escuch(a) los disparos". Más adelante afirma que mientras A. caminaba, el testigo iba "detrás" como a unos cien o cincuenta metros. Con posterioridad afirma haber visto cuando le disparan, aunque aclara que no le ve la cara al agresor. También dice que va inmediatamente a "auxiliar" a C., pero cuando llega la policía –ya había sido llevado A. en ambulancia-, B. no estaba en el lugar, ni hay indicio alguno que haya sido quien diera aviso a la prevención.

En síntesis, no ha podido saberse, por sus propios dichos, si el testigo estaba conversando con S. o iba caminando detrás de A., más allá de que las condiciones del lugar, la oscuridad reinante que se advierte en las tomas fotográficas y la gran distancia a la que se hallaba, restan aún más, si cabe, credibilidad a sus manifestaciones.

Por otra parte, la enemistad de B. con el imputado ha sido demostrada sin lugar a dudas. El testigo C. refiere conocer a B. Dice que sabe de inconvenientes suscitados entre este último y S. Agrega en el debate *que su cuñado le comentó que B. y su hermano lo habían patoteado a principios de año, entre enero y febrero...le dijo que iba pasando frente a la casa de B. y lo patotearon, por una gilada, pasa que la novia de B., de apellido H. le comentó a su cuñado, S., que B. le pegaba y él le dijo que lo dejara, la chica se lo comentó a su novio y lo patotearon. Igual en una oportunidad lo corrió con un fierro,* haciendo referencia a un arma de fuego. Agrega el testigo que él *primero no creía bien y preguntó a E. L., y él me dijo* "si, fue porque la mina metió gilada" *y su otro cuñado, P., también le dijo lo mismo.* No sabe si todo el barrio conocía de la enemistad, pero sí que había gente que sabía.

Cierto es, también, como afirman los Jueces del mérito, que el imputado tenía enemistad con la víctima, pero tengo presente, justamente, que el informe brindado por J. dice que A. se hallaba junto a B. y otras personas bebiendo en el lugar de los hechos instantes antes de la agresión. Tal posibilidad resulta más verosímil que la versión que da B., al decir que había estado conversando con A. pero que cuando éste se va, él sale detrás a unos cincuenta o cien metros. No es como de ordinario suceden las cosas, pues si estaban juntos la víctima y él, no se entiende por qué se desplazaron separados, al menos en el trayecto en el que coincidían. Y si no coincidían en ninguna parte del trayecto, cómo es posible que B. afirme haber ido caminando detrás de A.

El dato que brinda B. acerca de que el agresor llevaba una "venda" o un "yeso" en su brazo derecho no resulta, según entiendo, indicativo de una mayor credibilidad en sus dichos, ya que al ser conocidos del barrio, con alta probabilidad era una circunstancia que fácilmente podía conocer y mencionar.

Debo, por otra parte, decir que no resulta dirimente en el caso, según entiendo, que no se haya oído en el debate al testigo de apellido C., quien habría escuchado a A. –frente a su pareja y a su madre-, que era "e. C. S." el que lo había lesionado. Digo esto porque los dichos de madre de la víctima, M. C. A., aparecen como sinceros, y su credibilidad surge prístina, a mi juicio, en su primera intervención en el juicio. Por ello, pese a entender que la posibilidad del uso de la palabra después de los alegatos quiebra la estricta formalidad que debe presidir el proceso de adquisición de conocimiento en esa etapa, como indica la Defensa, considero que tal irregularidad no afecta la verosimilitud que objetivamente advierto presenta su primer relato. Así, la testigo realiza una descripción concisa y espontánea, pues va y vuelve de modo natural y abierto en sus dichos, mencionando reiteradamente el nombre de la persona que llega y el intercambio de palabras que tuvo con su hijo.

Pero, aún teniendo por ciertos y sinceros los dichos de la madre y de la esposa de la víctima, no es posible descartar el -igualmente creíble y franco- testimonio de la hermana de A., R. S. cuando señala que al día siguiente del hecho su hermano le dice que "había sido el C. S. y dos personas más". Textualmente indica "*...cuando cayó internado yo fui al día siguiente, a mí me dijo que había sido e. C. con otros dos más, iba para la casa de él, le pegaron el tiro y llegando a la vereda le pegó el último tiró y quedó*

sentado, me dijo que fue como a las once de la noche...".

Digo que no es posible descartar este testimonio por entender que lo dicho por A. a su madre y pareja frente a C. y lo narrado a su hermana, por un lado, *no son versiones incompatibles* pero, además, la segunda es más cercana en el tiempo a la ocurrencia del hecho y es más completa que la primera. Por tal motivo entiendo que corresponde privilegiar los dichos brindados a la testigo R. S. acerca de que la agresión fue emprendida por, al menos, tres personas.

Contrariamente, no encuentro acreditado, con ninguna de las pruebas del caso, que el acusado haya esperado a A. detrás de una rampa de cemento. Diferentes indicios colectados en el proceso permiten inferir lo contrario. Por un lado no se acreditó que el día y hora del paso de la víctima hayan sido circunstancias que el imputado pudiera conocer de antemano. Por otra parte la *ubicación* de los dos impactos de bala –en la parte posterior del cuerpo (zona de cintura y glúteo)-, no se compadece con un agresor que, con propósito de matar, sale al encuentro de una víctima desprevenida, a menos que alevosamente la haya dejado pasar y le disparara desde atrás.

El referido dato objetivo (ubicación de las lesiones) más bien permite dar pábulo a la versión –que he de analizar-, de *haber sido corrida a tiros la víctima y eventuales acompañantes, por al menos tres personas*, tal como se describe en el informe que refiere una *llamada anónima*, relatada por el testigo J. en el debate. Ello explicaría el porqué la Sra. Fiscal, al momento del juicio, agrega la circunstancia de que la víctima, luego de ser interceptada, *decide huir del lugar y correr en dirección contraria a su agresor*,

situación aprovechada por S. para efectuar dos disparos contra A. En la acusación, en cambio, sostiene que A. sale corriendo *con posterioridad* a los disparos. Aunque ciertamente hay que decir que no es "dar la espalda a su agresor y huir" como la experiencia indica que suelen ocurrir, de ordinario, este tipo de episodios.

Llegado a este punto, es preciso profundizar la cuestión acerca de que en la causa existe una *versión alternativa* a la brindada por la Fiscalía acerca de cómo ocurrieron los hechos que, llamativamente, ha sido por completo ignorada por la titular de la acción penal y por la sentencia en crisis.

Así, a fs. 5 del legajo de prueba de la fiscalía obra un informe, incorporado al debate, en el cual el Suboficial de policía N. J., comisionado para hacer averiguaciones en relación al hecho, recibe una llamada anónima en la que relatan las circunstancias del mismo y sus posibles autores. Así, textualmente informa, con fecha 13 de marzo de 2008, que: " *en fecha 12/03/08 en horas de la noche la persona de A. C. momentos antes del hecho ilícito, se encontraba en un descampado conocido como "el arenero" cercano al lugar de los hechos ingiriendo bebidas alcohólicas junto a las personas conocidas en el ámbito delictual siendo ellos B. R. O. y el hermano de éste O. B., y en de pronto se hacen presente en el sitio un grupo de individuos de entre cuatro o cinco siendo reconocidos uno de ellos como S. M. F. alias el (C.) y al hacerse presente los mismo se origino un enfrentamiento, en el cual los hermanos B. y la persona de A. comenzaron a correr en dirección al domicilio de la familia B. y es allí que en la persecución en momentos en que estos estaban ingresando al domicilio sito en P. G. casi intersección calle P. D. de esta donde se domicilia B. O., cae herido frente al domicilio de B. por un disparo de arma de fuego el mencionado A., no reconociendo la persona*

que dio aviso a los demás informando asimismo que en el grupo que efectuó los disparos por arma de fuego andaba una persona de sexo femenino y que los mismos se habían dado a la fuga en forma inmediata del sitio." (sic).

A la vez, el policía N. J., quien interviene en la investigación momentos después del hecho, indica en el debate que *"Cuando ocurrió le hecho practiqué averiguaciones y practiqué un informe sobre los autores del hecho. A la noche hago unas averiguaciones, nadie sabía nada, nadie vio nada, al día siguiente recibo una llamada anónima y me dice más o menos quién podría haber sido, mirá lo que pasó anoche el hecho fue en tal parte, lo corrieron fueron cuatro personas, andaba una mujer –tres femeninos y "una" masculino-, lo corren y efectuaron los disparos y sindican a S. "como más conocido", aparentemente estaban en el arenero sobre calle D., estaban bebiendo y ahí los corren a tiros y viene y el lugar en que cayó fue a media cuadra. Acta de fs. 1, en que se constituye en el lugar. A fs. 5, informe.*

Cierto es que no cabe conferir credibilidad plena a los datos así introducidos, pues no desconozco el empleo espúreo que se hace en muchas ocasiones del "llamado anónimo" que, como latiguillo, es utilizado por parte de los empleados policiales para introducir irregularmente datos al proceso; por tanto, no desconozco el escasísimo valor que, aún de modo indiciario, debe tener este tipo de informes. Sin embargo, así como no podría tener eficacia como prueba de cargo suficiente para fundar una condena, sí constituye un indicio que puede tomarse, *favor rei*, cuando no se pueda inferir intencionalidad espúrea alguna en su introducción al proceso –es brindado casi inmediatamente después de ocurrido el hecho- y los

datos allí contenidos, favorables al imputado, brinden un dato o versión alternativa, no sólo posible sino de mayor fuerza explicativa en relación a otros datos objetivos obrantes en la causa.

Este informe, incorporado como documental al proceso, ratificado en la audiencia de juicio por el funcionario que lo suscribe, reúne aquellas características que he mencionado, en tanto brinda una versión complementaria y aclaratoria, que resulta concordante con la totalidad del plexo probatorio colectado en la causa.

Pero la verosimilitud que surge del aludido informe se ve corroborada, además, por el acta prevencional, obrante a fs. 1 del legajo fiscal que, según se advierte, se inicia con una certificación realizada por el oficial A. G. en la que deja constancia que *"...en circunstancia que el suscripto se encontraba en la guardia de esta Dependencia policial, tomo conocimiento vía radial por parte del comando que en el B° M. P. G. e intersección calle P. D. tres personas había efectuado disparos con arma de fuego hacia un tercer individuo..."* (sic). Es decir que la primera noticia, a instantes de ocurrido el hecho –por lo que no cabe presumir falsedad- que llega a la guardia de prevención es que *tres personas habrían efectuado disparos con armas de fuego contra otra.*

Esta alusión acerca de que eran *tres* los agresores se corresponde, insisto, con lo que la propia víctima le habría dicho a su hermana R. S., en el sentido de que los autores de la agresión con arma habrían sido *el C. S. con otros dos más.*

Por otro lado, tampoco puede decirse que lo haya descartado absolutamente el testigo B. cuando afirma que la agresión fue realizada por *una sola persona*, pues preguntado sobre si vio aparte de la que indica otras personas más, contestó, *"no, yo no alcancé a ver*

ninguna más. Lo cual no equivale a decir que no había otras personas, sino que él no vio –o no quiso identificar-, a nadie más.

Esta versión alternativa a la que aludo, también permitiría explicar la constatación efectuada por el médico de policía, Dr. F. Z., quien indica, en el informe de fs. 4 "elemento productor de la lesión herida por proyectil de armas de fuego- *Impresiona proyectiles de diferentes calibres"*

La impresión asentada en su informe por el Dr. Z. no se ha visto contrarrestada por la pericia criminalística realizada por el Lic. C. F., N° 68/08 UECT, a fs 41/44. Ello es así, primero porque tiene mucho más valor conviccional la primera constatación, hecha por un médico policial directamente en el cuerpo de la víctima, que el examen criminalístico de las prendas que ésta vestía. Pero, además, porque es el propio Licenciado F. quien advierte de la falta de certeza en su constatación, cuando luego de describir los elementos sobre los que efectuó la pericia y las operaciones practicadas señala que "...como no se obtuvieron los proyectiles del cuerpo de la víctima, los orificios presentes en las prendas de vestir, presentan un diámetro aproximado de 9 mm o su equivalente 38'. Para determinar fehacientemente el calibre y el arma utilizada *debería realizarse un cotejo balístico*, pero es indispensable contar con los proyectiles alojados en el cuerpo".

En este punto tengo en cuenta que según el policía C. los familiares y pareja de la víctima le refieren, en las entrevistas iniciales, que A. habría mencionado supuestamente a C. que le dispararon con un arma calibre 38" o 32". Sin embargo, ni la madre ni la

pareja de aquél narraron haber escuchado tal comentario.

Advierto que la actividad investigativa fue mínima en un comienzo. Sin pretender una justificación, ello se entiende por la reticencia de la víctima y de eventuales partícipes o testigos en brindar datos sobre el hecho –según explica el policía C. en el debate-, por lo cual es altamente probable que si no se hubiese producido la muerte de A. el episodio hubiera quedado, como tantos otros de similares características, sin esclarecer.

Al producirse el fallecimiento, después de veintidós días ininterrumpidos de internación, la Fiscalía comienza a actuar en procura de esclarecer el hecho pero, inexplicablemente, omite realizar una diligencia esencial para la investigación, como lo es la realización de autopsia y la extracción de los proyectiles aún alojados en el cuerpo de la víctima. Y digo *esencial* pues obraba desde el comienzo de la investigación el certificado del médico policial –ya citado- que examinó a la A. instantes después de ocurrido el hecho, el Dr. F. Z. (fs. 4 legajo prueba fiscal), que indicaba que los orificios de entrada de los proyectiles impresionaban como correspondientes a *diferentes calibres*

En síntesis, el cuestionado testimonio de B., sumado a los dichos de A. indicando al acusado, sin otra prueba objetiva que permita algún tipo de corroboración cierta, no es suficiente para condenar por tentativa de homicidio, pues la íntima convicción no alcanza.

No podrá saberse si realmente se produjo la hipótesis que tiene por cierta la sentencia o una distinta. Cabe, por ejemplo, pensar como posible que S. haya estado presente y disparado al aire –tres o cuatro fueron las detonaciones que escucha el testigo B.-.

No se trata, en el caso, de negar fuerza convictiva a los testigos de referencia, como sostiene insistentemente la Defensa. En ese sentido entiendo que las testimoniales de oídas, en cuanto refieren que la víctima mencionara al acusado como uno de sus agresores, resultan creíbles. Pero conferir credibilidad a esos dichos no significa arribar a la certeza acerca del modo en que ocurrieron los hechos o acerca de sus autores.

Decir que tengo la íntima convicción de que el acusado S. *no fue ajeno* a la agresión sufrida por A., no alcanza para sostener una decisión de condena por el delito de tentativa de homicidio.

Distinta sería mi posición si acaso la Fiscalía, con los elementos que he reseñado más arriba, hubiera encuadrado jurídicamente los hechos en la figura contemplada en el art. 95 del Código Penal Argentino, esto es, Homicidio tentado o Lesiones graves en Agresión, haciéndose cargo de la incerteza imperante respecto al número de agresores, asumiendo como probado que S. fuera uno de los que ejercieron violencia contra la persona de A.

No es eso, sin embargo, lo que ha ocurrido en el caso, ya que se ha optado por atribuir una única participación –en sentido amplio- en cabeza del imputado, a través de un razonamiento que ha omitido aplicar el principio de la duda en la determinación fáctica de la imputación delictiva. Ese déficit en el rendimiento de la garantía constitucional vulnera la noción misma de proceso como reaseguro de libertad ciudadana.

Si bien la posibilidad de probar un hecho únicamente a través de indicios está más allá de toda duda, el razonamiento en tal caso debe ser

particularmente riguroso y exteriorizarse, para no confundir un cuadro indiciario con un conjunto de sospechas y posibilidades pero insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. Pero, fundamentalmente, requiere la aplicación de un riguroso método que, con la mayor honestidad intelectual –para valorar con igual exahustividad los datos probatorios que confieran o nieguen eficacia probatoria respecto de la versión dada-, tenga al *in dubio pro reo* como tamiz interpretativo.

El respeto al principio de razón suficiente exige que la prueba en que se fundamenta una condena sólo permita arribar a esa única conclusión y no a otra y, por ende, que de aquella tenida como prueba de cargo se derive, necesariamente, la conclusión a la que se arriba. Pero, a su vez, esa conclusión sólo puede ser válidamente formada luego de ponderar *todos los elementos de prueba* introducidos, particularmente cuando muchos de ellos apuntan a una solución distinta de aquella que se presumió incialmente.

Insisto, no se trata, en el caso, de descartar los dichos de los testigos de referencia. No está en discusión la posibilidad de conferir eficacia probatoria a esa prueba, sino de afirmar que aún vinculando esos dichos con el confuso e incompleto cuadro de situación que relata el testigo de B., no es posible afirmar certeza en la imputación, menos aún frente a un cuadro indiciario en sentido discordante con la hipótesis fiscal.

Lo expuesto es un breve racconto de consideraciones que demuestran que los Jueces del mérito han omitido el tratamiento de prueba esencial para la determinación de los hechos, derivando ello en una sentencia arbitraria, en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en relación a fallos que no significan una derivación razonada del

derecho vigente, con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (CSJN, Fallos 291:382; 292:254; 293:176; 303:120 y 434; 306:717; íd., 19/4/88, LL, 1988-D-155; íd., 29/988, ED, 133-277; cit. por Sagués, en Dcho. Procesal Constitucional, Recurso Extraordinario, V. 2, pág. 110/111).-

Los vicios de fundamentación expuestos determinan, en mi opinión, la nulidad del fallo impugnado, pues resultan equivalentes a ausencia de debida fundamentación legal, en los términos del art. 330 inc. 3° del ordenamiento procesal.

IV. En virtud de la solución que propicio corresponde eximir parcialmente de costas respecto del segundo proceso seguido en su contra (art. 239, 242 y ccdtes. C.P.P.), regulando los honorarios de la Defensa Pública, por su labor en esta etapa, en la suma de Pesos Dos Mil($ 2000.-), de conformidad a lo establecido por los art. 5, 7, 44 y ccctes. de la Ley XIII N° 4, antes Decreto-Ley 2200 y art. 59 de la Ley V N° 90, antes Ley 4920.

Con lo que se culminó el Acuerdo, por mayoría de los integrantes del Tribunal y con la disidencia parcial de la Jueza Mónica Rodríguez,

FALLA:

I) **RECHAZAR** la impugnación deducida por la Defensa Técnica del imputado M. F. S., con costas.-

II) **CONFIRMAR** la resolución dictada a fs.60/75 por el Tribunal de Juicio, registrada bajo el N° 665/08, por los fundamentos expuestos.-

III) Regular los honorarios de la Defensa Pública en la suma de Pesos Mil quinientos (Ley 2200 y modificatorias y art.59 de la Ley 4920).

IV) Protocolícese y notifíquese. Se hace constar que la presente se firma por dos miembros del Tribunal por ausencia posterior al Acuerdo del Dr. Silvia Susana Martos (art.331 último párrafo del Código Procesal Penal).

Mónica Rodríguez **Roberto Rubén Portela**

REGISTRADA BAJO EL NRO. DEL AÑO 2010. CONSTE.-