En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 29 días del mes de junio del año dos mil Once, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los señores Ministros Jorge Pfleger, Alejandro Javier Panizzi y Daniel Alejandro Rebagliati Russell, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados **"O., F. s/ muerte r/ víctima Rawson"** (Expediente N° 21.458 - F° 98 - Letra "O" – Año 2008).

Del sorteo resultó el siguiente orden para la emisión de los votos: Pfleger, Panizzi y Rebagliati Russell.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. Los antecedentes del caso.

I. a. Ha llegado este asunto a conocimiento de la Sala por vía del recurso de casación deducido por el señor Defensor de Confianza, doctor F. G., en desmedro de la sentencia de la Cámara Primera en lo Criminal de la ciudad de Trelew que, el seis de agosto del año dos mil ocho, condenó a J. L. D. a la pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas, por ser el autor material y responsable del delito de homicidio simple en carácter de

///

autor (arts. 45 y 79 del C.P.) por el hecho cometido en Rawson el 21 de agosto de 2006 en perjuicio de F. O..

I. b. Acerca del contenido del recurso.

El postulante, autor del escrito que está añadido entre las hojas 505 y 507 del presente, denunció que la resolución emitida era arbitraria por haberse incurrido en "… una parcialización de los elementos de conocimiento colectado, aseveraciones sin respaldo más que la subjetiva interpretación de los sufragantes, ponderaciones fuera de contexto. Es decir, no ha mediado una debida fundamentación que acarrea irremediablemente su nulidad, atento lo dispuesto por el art. 363 del régimen ritual, estando en juego consecuentemente las garantías constitucionales de debido proceso e inviolabilidad de la defensa en juicio…" (ver el punto V "Conclusión", del texto de marras).

Después de formular un examen de la sentencia cuestionada, el abogado, en la tópica que bautizó "IV Fundamentos de la impugnación", consideró que condenar a su pupilo como autor del delito de homicidio simple, art. 79 del C.P., suponía llegar a la certeza acerca de ciertos puntos que describió.

///

Una vez concluido ese asunto, consideró que la única manera de arribar a esa determinación era a través del testimonio de E., ya que, a su juicio, excluido éste quedaban otros tal por caso: 1. Que el imputado afirmó haber disparado al aire. 2. Que otro testigo -M.- dijo haber hecho lo propio 3. D., M. y C. (los tres policías) afirmaron que a esa hora y en ese lugar, y "… máxime adonde se internó el occiso en su huída no se veía nada…" y 4. Las dudas del Policía M. de haber sido él el causante de la herida.

A todo esto añadió que estaba fuera de disputa que aquellos, todos, estaban en el lugar y que uno de los tres disparos corresponde a M..

Así derivó en que la sentencia se había actuado con prejuicio brindando relevancia al testimonio de E. por encima de M. y C. por razón de la condición de policía de estos últimos, lo que quedó plasmado, básicamente cuando se hizo mención al asunto de la visibilidad.

En forma inversa, planteó la hipótesis contraria, si acaso creerle a E. no resultaba inicuo pues, en tanto que compañero de D. tendría intenciones de perjudicarlo.

///

Asimismo llamó la atención sobre "… el fraccionamiento inadecuado por ser caprichoso… de una declaración testimonial…" pues E. le había preguntado a M., al tiempo de los hechos, si éste le había pegado un tiro a su compañero, cuestión sobre la que la resolución no había efectuado análisis.

Tuvo en cuenta el contexto en que sucedió el homicidio para derivar en la posibilidad de que su asistido hubiera disparado al aire y aun muerto a la víctima y predicó que esto demostraba que todos los argumentos no habían sido tratados por los sentenciantes.

Finalmente puso de resalto que sin cuestionarse que el occiso huía en zigzag hubo momentos en que quedó dándole la espalda a D. y en otras a M., lo que lleva a pensar si acaso éste disparara en esa ocasión.

II. Cuestiones preliminares.

Considero suficiente la breve semblanza de la sentencia y del contenido del recurso para comenzar el trabajo de inspección que convoca, asunto principal que será precedido por unas breves misceláneas.

///

En primer lugar, y aun so riesgo de incurrir en aferramiento a una posición inveteradamente sostenida, tornaré a expresar la dimensión extensa del recurso a favor del imputado, producto del cambio en la faz de la casación por efecto de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que prohijaron la tesis del máximo rendimiento o del ejercicio de la máxima capacidad de revisión, sobre los hechos y sobre el derecho.

En segundo término creo atinado sentar que el hecho de no haber tratado todos los argumentos planteados por las partes, no convierte en arbitrario un pronunciamiento.

Sólo será así cuando la omisión sea capital -dirimente- o, peor aún, cuando el discurso de justificación de la sentencia se construya aceptando una alternativa opuesta a lo que se predica por la parte, brindando una razón que no alcanza a desvirtuar el valor de lo antagónico.

El complejo problema de la arbitrariedad de la sentencias lo he abordado desde diferentes opiniones.

Así he citado, y cito, que la doctrina de la arbitrariedad, acorde con el persistente criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiende a resguardar la defensa en juicio y el debido proceso al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación

razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

Ese es un punto de partida pues la definición ensaya los contornos de una sentencia, para resultar válida.

Quiroga Lavie, Benedetti y Cenicacelaya sostienen, en principio, que "... son arbitrarias las sentencias que poseen omisiones de extrema gravedad...". Luego de pasar revista acerca del rol de la Corte Suprema Federal al respecto, definen: "... Lo que se exige es que la sentencia recurrida prescinda inequívocamente de la solución prevista en la ley o adolezca de una manifiesta falta de fundamentación..." y, desde sus perspectivas, consideran que "... la arbitrariedad es el modo de manifestación de la voluntad del Juez no sujeto a formación alguna y que se ha apartado, desviado, negado o rechazado la normación vigente..." (ver "Derecho Constitucional Argentino- Segunda edición actualizada por Humberto Quiroga Lavie- T I, Ed. Rubinzal Culzoni página 697)

Enseñan Carrió y Carrio en su "El recurso extraordinario por sentencia arbitraria" (Abeledo Perrot, página 259 del Tomo I) que "… No basta resolver el litigio; hay que resolverlo con criterios y apreciaciones que por hallarse dotados de fuerza de convicción, puedan convencer. De otro modo la decisión no sería más que el producto del arbitrio de los Jueces. En otras palabras: no basta que un fallo tenga fundamentos; es menester que estos fundamentos estén a su vez fundados. Porque si no lo están sólo hay apariencia de fundamentación…".

Desde mi óptica, considero que arbitraria es la sentencia que no da razones o cuyas razones trasiegan de modo intolerable las reglas de la lógica, la experiencia o la psicología o se

///

apartan palmariamente de la ley y que un adjetivo tal implica reconocer (o denunciar para el caso de la que viene en casación) que el acto jurisdiccional de que se trata es el producto de una licencia o capricho de los jueces, constituyendo un verdadero abuso del poder estatal del que, aquellos los jueces, están investidos.

III. La sentencia en crisis. El problema de la autoría. La subsunción legal y la pena.

a. Como bien se ha expresado en el texto del recurso, los aspectos salientes de la materialidad no ofrecen dudas.

F. O. fue muerto por una herida de arma de fuego en el contexto de tiempo y espacio que establecieron los Magistrados sentenciantes, acogiendo la hipótesis planteada por la Fiscalía.

Lo que se ha puesto en tela de juicio es la autoría.

La base para esa definición ha sido, básicamente, el testimonio de J. H. E. A. quien, junto con el muerto, fue detenido en la malhadada oportunidad y manifestó -según han referido los Jueces- que "… ve el momento en que D. le

///

dispara…” a O. cuando éste huía del escenario (ver al respecto el texto del primer sufragio).

Esa aseveración se tuvo por cierta en tanto que compatible con “… la reconstrucción del hecho llevada a cabo en la instrucción, de donde surge la posición de cada uno de los intervinientes y la distancia probable en que se encontraban D. - O. al momento de los disparos. Cotejando la posición del imputado, con los resultados de la autopsia y de la pericia criminalística, se extrae la conclusión que el agresor se encontraba por detrás de la víctima (posición asumida por D. y confirmada tanto por la reconstrucción del hecho como las testimoniales), y no a un costado, posición que había asumido M. y la cual no fue motivo de contradicción…” (textual del primer voto).

Se descartó la explicación de D. de haber deflagrado hacia el aire, hacia arriba.

b. Considero que la Cámara, al fijar el juicio de autoría, razonó correctamente. Lo que el señor Defensor ha marcado como una omisión arbitraria -me refiero a la desconsideración de las posibilidades de que M. fuese el autor del disparo- no es tal, sino, en todo caso, se trata

///

de una apreciación diferente de la evidencia introducida al debate.

Arribo a esta convicción pues los Magistrados dieron el predicado poniendo en valor a los dichos de un testigo -E.- y explicaron las operaciones lógicas que les permitieron llegar al resultado.

El relato que se formula acerca de sus manifestaciones, que recala en la instancia intermediado por la "a quo", no aparece inverosímil y, efectivamente, se compadece con los vestigios dejados por el caso (sujetos a pericia) y a la reconstrucción del hecho cuya reproducción se atiene razonablemente a lo que, al parecer, repitió en el juicio.

Pero reitero, los Magistrados le otorgaron fiabilidad vertiendo razones que involucraron un análisis interno y externo del testimonio. Y en ese último sendero, lo asociaron -correctamente para mí- con otros elementos que brindaron certeza.

La posición del pretendido tirador, la ubicación del otro policía, la secuencia de los disparos y el sitio adonde quedó el cuerpo del infortunado, fueron tópicas que cada uno de los Magistrados sopesó en el momento de establecer

///

que D., y no otro, fue el autor de dos disparos, uno de ellos el letal.

Ya he afirmado en numerosas ocasiones que en el debate controvierten (o juegan) dialécticamente dos posiciones antagónicas. En esa pugna los Jueces tienen por cierta aquella que prevalece, luego de la ponderación de las evidencias presentadas acorde el sistema de la sana crítica racional; eso es lo cierto y lo que constituye el plano que queda inscripto.

c. Zanjado el tema de la autoría, causa primera de la impugnación, la extensión del recurso me autoriza a analizar el fenómeno de la subsunción legal.

En este aspecto anuncio mi coincidencia con la posición de los sentenciantes.

Si no resulta exitoso controvertir que el causante hubiera disparado por dos veces contra la humanidad del muerto, sin duda su conducta cabe dentro del tipo subjetivo del delito de homicidio, a título de dolo eventual.

Sin pretensiones de formular un discurso “ex catedra”, tengo para mí que la comprobación del dolo homicida ha de buscarse en las particulares características del hecho pues existe una

///

inescindible relación dialéctica entre las conductas humanas y sus consecuencias.

En este caso las circunstancias de modo, tiempo y lugar, la personalidad del sujeto activo, los motivos que lo condujeron al comportamiento fijado, son relevantes a la hora de buscar el reflejo de lo que está en su cabeza al momento del episodio.

Al instante de referirse al dolo en su obra "Derecho Penal- Parte General" (Ed. Hammurabi) páginas 316 y ss, Enrique Bacigalupo sostiene que el "… dolo se caracteriza básicamente por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir, de los elementos que caracterizan la acción como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta un determinado objeto protegido. Quien conoce el peligro concreto generado por su acción riesgosa para otra persona, obra con dolo, pues sabe lo que hace…". Y sintetiza: "… obra con dolo el que sabe lo que hace, conociendo el peligro que genera su acción…".

En lo que atañe al dolo eventual, este autor considera que "… las consecuencias de la acción no perseguidas intencionalmente por el autor son, al menos posibles…" y si bien reconoce que "…

///

posibles son múltiples consecuencias de una acción…" razón que ha impuesto a la jurisprudencia y a la doctrina delimitarlo, concluye en que "… el autor habrá obrado con dolo eventual cuando haya sabido que las consecuencias accesorias posibles de su acción no son improbables…" (ver la obra que se cita, página 324).

Si bajo estas premisas teóricas analizamos el hecho tal cual ha quedado fijado, derivamos sin hesitar en lo correcto de la conclusión a la que se arribó.

Quien dispara por dos veces en contra de un blanco móvil con un arma potente (dato de la experiencia común) con el propósito de detenerlo o al menos de disuadirlo en su intento de escape, sabe, sin duda, que existe un grado de probabilidad mayúsculo de que podrá matarlo.

Aunque su intención no sea la de dar muerte, insisto, genera un peligro para el bien jurídico protegido, dato que conoce, que no le impide ejecutar la acción cuyas consecuencias le son atribuibles, pues le resulta indiferente ese resultado.

Por consecuencia la posición de los Jueces frente al orden jurídico es correcta y merece

homologación, pues, y por último, la aplicación del mínimo de la pena prevista para el delito, no dándose ningún presupuesto que exija estudiar su constitucionalidad en el caso concreto, es igualmente válida.

IV. Asimismo, estimo adecuado a la labor realizada, fijar la suma de Un mil pesos ($ 1.000.-) como honorarios del Abogado Defensor, doctor N. F. G..

Así me expido y voto.

El juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. El defensor de don J. L. D. recurrió en casación –hojas 505/507 vuelta– la sentencia dictada por la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Trelew, protocolizada bajo el N° 12 del año 2008, hojas numeradas 493/503 de autos.

Los antecedentes del caso, la relación del hecho que es objeto del proceso y la reseña de los agravios, han sido sentados con prolija minuciosidad por el insigne doctor Pfleger en el primer voto. De manera que omitiré toda referencia a ellos, a efectos de no repetir innecesariamente la tarea.

II. Ha quedado probado en la causa que el día 21 de agosto de 2006, aproximadamente a las 19,00 horas, sobre la Ruta N° 6 e intersección con la ruta Provincia Nº 1, el Subcomisario J. D., junto con el Agente M. y el Suboficial V. C., detienen la marcha del vehículo marca Renault 12, dominio X-******, conducido por J. E. quien era acompañado por F. O.; y que al descender el sujeto mencionado en último término e intentar darse a la fuga por motivos desconocidos, el imputado efectuó desde atrás un disparo de arma de fuego, impactando la bala en el glúteo derecho de la víctima, provocándole la muerte por shock hipovolémico.

El testimonio de J. H. E. -quien acompañaba a la víctima cuando fueron aprehendidos por personal policial-, los testimonios de

los agentes que secundaban a D., la reconstrucción del hecho –que graficó la posición de los protagonistas-, la autopsia y la pericia criminal, permitieron confirmar la versión de la acusación.

Así, evaluaron correctamente la declaración del testigo directo, que describió con claridad la actividad desplegada por el autor y la actitud asumida por su compañero. Esta versión fue debidamente corroborada con el restante material probatorio y, como producto de este análisis determinaron que el inculpado disparó cuando la víctima estaba huyendo.

Por otro lado, este cuadro que conformó la imputación formulada por el Ministerio Público Fiscal ha sido cotejado con la hipótesis presentada por el imputado, y descartaron de esta manera la posibilidad de que D. hubiera efectuado los disparos hacia arriba.

Por ello concuerdo con el profesor Pfleger en punto a que el tribunal de mérito ha establecido con certeza la existencia del hecho insimulado y la participación del acusado.

III. Con respecto a la calificación legal en la que subsume el hecho juzgado, debe confirmarse la selección jurídica a la que arribaron los jueces de grado.

Es que la acción del condenado que disparó al menos en dos oportunidades contra la víctima, abusando de su función o cargo como miembro integrante de las fuerzas policiales, provocándole la muerte, encuadra en la figura de homicidio agravado (artículo 80 inciso 9º, incorporado por ley 25816).

Pero como el acusador desdeñó de esa circunstancia agravante, no podría modificarse ahora sin ponerse en vilo el debido proceso legal. Además, como la sentencia fue recurrida solamente a favor del imputado, no podrá ser modificada en su perjuicio (artículo 404 del Código Procesal Penal, Ley N° 3155).

Con respecto al dolo que exige el artículo 79 de Código Penal está ínsito en el comportamiento desplegado. Sus conocimientos especiales como integrante de una fuerza de seguridad y la acción deliberada que llevó a cabo, demuestran claramente que conoció y asumió

///

como posible el resultado, debiendo responder de esta manera como autor de homicidio.

IV. En cuanto a la pena impuesta, los magistrados juzgaron con prudencia las pautas que la rigen (artículos 40 y 41 del Código Penal).

Es que aplicaron el mínimo legal, es decir, un monto de ocho años, por lo que fueron juzgadas en beneficio del condenado.

V. Por lo expuesto, coincido con el Juez Pfleger en que deberá rechazarse el recurso de casación deducido a fojas 505/507 vta., con costas, y confirmarse en todas sus partes la sentencia dictada por la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Trelew.

VI. Adhiero también a la regulación de honorarios del defensor que efectuó el juez prevotante (Ley Nº 2200, art. 14 y concordantes; Ley 4920, art. 59 y concordantes).

Así voto.

El juez **Daniel Alejandro Rebagliati Russell** dijo:

Con los sufragios coincidentes de los doctores Jorge Pfleger y Alejandro Javier Panizzi, existe mayoría de votos para conformar la voluntad de la Sala Penal; de modo que haré uso de la facultad que prevé el artículo 357 del Código Procesal Penal (texto según Ley Nº 4550, art. 7).

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

---------- S E N T E N C I A ----------

1. Declarar improcedente el recurso de apelación deducido a fojas 505/507 vta., con costas.

2. Confirmar en todas sus partes la sentencia protocolizada con el número 12/2008, dictada por la

///

Cámara en lo Criminal de la ciudad de Trelew que luce glosada a fojas 493/502 vta.

3. Regular los honorarios profesionales del doctor N. F. G. en la suma de Un mil pesos ($ 1.000.-)(Ley N° 2200, art. 14)

4. Protocolícese y notifíquese.-

Registrada bajo el n° 40/2011.

Fda. JORGE PFLEGER- DANIEL A. REBAGLIATI RUSSELL-ANTE MI: JOSE A. FERREYRA.

///