En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los veintinueve días del mes de diciembre del año dos mil once, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Omar Florencio Minatta, Mónica Rodríguez y Roberto Rubén Portela, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"A. M. p.s.a. de lesiones graves con arma blanca - Trelew" (Carpeta 2.584 OJ Tw – Legajo 24.458 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por la defensa particular contra la sentencia Nro. 2.106/11 OJ Tw dictada en fecha 12/09/11.

En la audiencia de impugnación (Art. 385 CPP) celebrada el día 14/12/11 en la sede de este tribunal, estuvo presente el acusado M. G. A. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), siendo asistido por su defensor de confianza Dr. S. M. A..

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Roberto Rubén Portela, Mónica Rodríguez y Omar Florencio Minatta.

El juez Roberto Rubén Portela dijo:

En primer lugar, efectuaré una síntesis de los antecedentes del caso y de los agravios traídos a conocimiento y decisión de este Cuerpo.

Mediante sentencia Nro. 2.106/11 OJ Tw dictada en fecha 12/09/11, el Sr. M. G. A. fue declarado autor material y criminalmente responsable del delito de homicidio en grado de tentativa (arts. 79 y 42 CP), y condenado a la pena de cuatro años de prisión de cumplimiento efectivo, por el hecho ocurrido el día 09/04/10 en la ciudad de Trelew en perjuicio del Sr. J. E. M..

El defensor particular del acusado -Dr. S. M. A.- dedujo impugnación ordinaria contra dicha decisión, cuyos fundamentos luego ratificó en audiencia ante este

Cuerpo, centrando sus críticas en dos agravios: 1) la errónea valoración probatoria llevada a cabo por el juez de mérito; y 2) la equivocada calificación legal escogida por el tribunal para subsumir el hecho juzgado.

Con relación al primer agravio, la defensa sostuvo que el juez de juicio llevó a cabo una valoración parcial y antojadiza de la prueba de cargo, omitiendo en su análisis numerosas contradicciones así como la inexistencia de un arma que permitiera afirmar que el acusado la empleara en el hecho atribuido.

En primer lugar, dijo la parte, el juez tuvo en consideración las actuaciones policiales, luego ratificadas en audiencia por los funcionarios intervinientes. En ellas se dejó plasmada la constitución de la fuerza en el lugar de los hechos porque se estaba produciendo “un desorden de amplias dimensiones”, con arrojo de piedras hacia la vivienda del imputado por parte de un grupo de jóvenes, quienes lo sindicaban como autor de las heridas que presentaba una persona tendida en el suelo y que luego sería identificada como J. M.. En dichas circunstancias fueron detenidos los Sres. M. A., su hijo V. E., y O. A. R..

En el juicio oral, el oficial policial D. explicó además que en la vivienda lindera había una persona con una remera de color gris, quien era sindicado como autor de disparos, y que al salir fue demorado en los términos del Art. 215 CPP. Dijo también que en el lugar, rastrillaje mediante, no se hallaron armas ni impactos de armas de fuego.

Valiéndose de numerosas citas de tramos textuales de la sentencia puesta en crisis, el defensor hizo referencia a un incidente ocurrido entre el hijo del acusado y el Sr. B. F., en el que la víctima y su hermano –E. M.- intervinieron para separarlos.

Según el relato del propio J. M., dijo el Dr. A., él se quedó con F., mientras que su hermano E. se llevó al

hijo del acusado. A continuación vio que A. se acercó corriendo y agredió a golpes a E., y por ello intervino en su defensa. En un momento del ataque A. le pidió que lo soltara –es decir que el damnificado lo tenía agarrado-, que lo iba a matar, y sacó un cuchillo. Sin embargo, en otro pasaje de su declaración la víctima explicó –de manera contradictoria a criterio del defensor- que en ningún momento se dio cuenta de que A. tenía un cuchillo, mas sí cuando se lo tiró al pecho e intentó cubrirse. Tampoco pudo detallar las características del arma, ni distinguir si el agresor la tenía en la cintura o si la venía escondiendo en su brazo.

De acuerdo a su relato, la víctima vestía un pantalón blanco que quedó lleno de sangre, pese a que creía que sólo había recibido una puñalada en su brazo. Dijo también que no conocía a la familia A., con lo que quedaba descartada –señaló la defensa- la motivación expresada en la acusación.

E. M., hermano del damnificado, narró la pelea entre B. F. y V. A. (hijo del imputado, a quien no conocía), y dijo que intentó separarlos. Explicó que se quedó charlando con este último, mientras caminaban tranquilos media cuadra en dirección a la casa de A.. Cuando llegaron a la esquina, A. ya venía corriendo con intenciones de agredir. Como su hermano J. pensó que lo había golpeado, vino a defenderlo y agarró a A. a golpes de puño. Se generó una pelea, en ese momento su hermano se tomó el codo y dijo “me pinchó”, y mientras A. se retiraba del lugar, E. vio que tenía un cuchillo.

Según la defensa, O. R. M. –madre de la víctima- declaró que escuchó gritos, que se acercó a la esquina y observó gente, vio que E. y J. estaban forcejeando, que A. tenía su mano derecha a un costado de su cuerpo y que le pegó, pero no alcanzó a ver si tenía un arma.

Del relato de la madre, dijo el Dr. A., surgen dos aspectos relevantes. Por un lado, en el lugar junto a A. sólo se encontraban sus hijos. Por otro lado, se advierten contradicciones con el relato de su hijo E., ya que por la distancia y dinámica de los hechos, era temporalmente imposible que la mujer haya escuchado gritos –atribuibles a los hechos imputados a A.-, haya caminado hasta la esquina y todavía poder ver la escena que protagonizaba su hijo J. con el acusado. También resulta curioso que haya podido ver la mano derecha de A. a cien metros de distancia, pero que no haya podido advertir arma alguna.

El testigo D. A., por su parte, describió en términos coincidentes la escena de pugilato entre B. F. y V. A., y el posterior retiro de este último acompañado de E. M.. Indicó que desde la otra esquina salió el acusado, quien se puso a pelear con J., y estando a un metro de distancia vio que el imputado sacó de atrás de la cintura un cuchillo grande, de madera, y asestó unos cuatro puntazos a la víctima.

La defensa refirió que los testigos B. F. y P. F. N. D. S. no aportaron información relevante, pese a que N. D. S. estaba –supuestamente- en el mismo lugar. Este testigo, a diferencia de otros, agregó a B. F. en el lugar de los hechos, y situó a la víctima en el mismo lugar que el agresor. Precisó que A. vino corriendo, le dijo a B. que lo iba a matar, sacó un cuchillo para agredirlo, intervino J. para calmarlo, y recibió un puntazo. Se fue a su casa agarrándose el brazo, y al volver, recibió otro puntazo. Si bien no pudo verlo con claridad, aseguró que el arma era un cuchillo porque tenía punta y se veía una hoja.

El testigo A. A. también presenció las sucesivas peleas, detalló que J. M. intervino cuando su hermano E. comenzó a pelear con el imputado, y vio cuando éste asestó una puñalada a la víctima. Dijo que desde lejos –

unos veinte metros- divisó el cuchillo, describió su tamaño como más o menos mediano, aunque no lo pudo reconocer entre los elementos secuestrados.

Según el Dr. A., F. A. L. -hija del acusado y testigo de descargo- brindó un relato sólido y detallado de los hechos, pese a no haber sido ubicada en el lugar por los restantes testigos. Dijo que no vio si su padre salió con un arma blanca, pero de haber ocurrido ello, aseguró que ella habría salido lastimada porque se encontraba en el medio de J. M. y su progenitor.

Por su parte, la testigo S. B. explicó que se encontraba durmiendo, y que al escuchar corridas se asomó al ventanal del dormitorio, y pudo ver que en la esquina se encontraba J. junto a su grupo de amigos. Precisó que allí estaban los familiares de A., la hija mayor F. con su novio, el hijo N. (quien según la defensa había fallecido más de un año antes de los hechos), J. y E., y otras personas que no conocía.

Esta testigo también describió que A. salió de su casa con un cuchillo, y que los amenazaba para que no se le vinieran encima. Vio que el imputado le tiraba puntazos a J. M., quien primero estuvo firme, luego se agachó debilitado, y finalmente cayó. Explicó, a diferencia de los otros testigos, que todos los chicos salieron en auxilio de J., que en un momento incluso apareció la madre de éste, y que también intervino en la pelea -para separar a A. D. M.- un chico que se envolvió algo en la mano para pelear con el acusado. Respecto del arma empleada por A., indicó que la llevaba en su mano aunque de un modo no muy visible, se trataba de un cuchillo grande, de unos treinta centímetros, sin poder precisar mayores características.

El testigo S. A., en tanto, declaró haber observado los hechos desde la mitad de la cuadra, y detalló que el acusado salió tirando piedras, que en el medio de la calle se trenzó en pelea con la víctima, que sacó un

cuchillo de su cintura, primero le tiró varios puntazos, y luego varias cuchilladas en forma de círculo. No observó el puntazo específico pero vio que la víctima estaba herida cuando pasó delante suyo, y sólo pudo describir que el cuchillo era mediano.

Cabe señalar, dijo el defensor, que tanto A. como B. refirieron tener una mala relación personal con A..

Finalmente, el Dr. A. citó las conclusiones del peritaje científico llevado a cabo por el Lic. F., quien afirmó la imposibilidad de determinar la correspondencia entre los cortes de las prendas de vestir y los cuchillos secuestrados, ni de establecer con precisión cuál de los cuchillos fue utilizado.

En suma, dijo la defensa, el juez tuvo por acreditados los hechos atribuidos al acusado a pesar de las abiertas contradicciones existentes entre los relatos de los diferentes testigos de cargo.

En efecto, los testigos no coincidieron en determinar qué personas se hallaban en el lugar de los hechos, y aportaron relatos totalmente disímiles sobre la dinámica de los hechos. La propia víctima –al igual que su hermano y su madre- no vio el cuchillo supuestamente utilizado, y sólo sintió un pinchazo en su brazo. Algunos testigos tampoco divisaron el arma, mientras que otros dijeron haber visto sacar el cuchillo y tirar el puntazo, pero luego reconocieron que no lo vieron con claridad. No aportaron precisiones sobre las características concretas del arma ni sobre el modo en que habría sido empleada, mientras que el peritaje tampoco permitió establecer la correspondencia entre los cortes de las prendas de vestir y los cuchillos secuestrados.

De todos modos el juez de mérito, sostuvo el defensor, descartó estos cuestionamientos.

El tribunal entendió que la amistad o relación de algunos testigos con la víctima no era un obstáculo para

su declaración, atento a que la habían prestado bajo juramento de ley. Sin embargo, la discordancia de sus relatos permite sostener que todos o algunos de ellos faltaron a la verdad.

El juez tampoco tuvo en cuenta –dijo la defensa- que la testigo B. se refirió a una persona fallecida, y que modificó las circunstancias de modo y lugar de la versión de los hechos brindada por la víctima, su hermano y su grupo de amigos. A éstos, además, los describió como una horda furiosa de la cual el acusado intentó defenderse.

Y si bien el cuchillo no fue hallado, el tribunal consideró que ello no impedía probar su existencia a través de los testigos oculares. Sin embargo, no tuvo en cuenta que éstos no coincidieron respecto de las personas presentes, del modo en que habrían ocurrido los hechos, así como de la existencia del arma y sus características.

Por último, dijo el Dr. A., tampoco existe certeza sobre el aspecto temporal de las lesiones. El Dr. A. ratificó en el debate haber intervenido a la víctima el día ocho de abril, y el juez atribuyó ello a un error material en virtud de que el hecho ocurrió el día nueve.

Como corolario de su argumentación, entonces, el abogado solicitó la absolución del inculpado por el hecho que le fuera atribuido.

En lo concerniente al segundo agravio, la defensa cuestionó que el tribunal de juicio haya encuadrado la conducta endilgada a A. como homicidio simple en grado de tentativa. Aún teniendo por cierta la autoría material de A. en el hecho juzgado, no se configuró el elemento subjetivo del tipo penal: la intención de provocar la muerte de M..

Valiéndose de citas de doctrina y jurisprudencia que entendió aplicables al caso, la parte afirmó que el Art. 42 CP establece tanto el concepto de dolo –la finalidad

de cometer un delito- como el intento fallido de delinquir, en el caso, darle muerte a otra persona. Son supuestos de dolo directo, ya que el dolo eventual nunca puede contener esta finalidad.

A menudo, sostuvo el defensor, no se encuentra bien delimitado el momento en el que el autor comienza a matar, y ni siquiera su plan ilícito concreto. Por ello, es necesario analizar las circunstancias ajenas a la voluntad del agente que debieron influir en la consumación del ilícito. Tanto el dolo como las circunstancias ajenas deben estar siempre presentes, de lo contrario no habrá conato posible.

No basta, entonces, que se haya utilizado un arma de fuego o un filoso cuchillo, pues del dolo desplegado por el agente puede surgir que haya pretendido consumar un abuso de armas o una lesión que no provocaría la muerte de la víctima, o incluso que pudo haber existido un desistimiento voluntario. Hay que tener en cuenta la psicología del autor para determinar su intención, así como el lugar en el que ocurrieron los acontecimientos para evaluar si no pudo consumar su finalidad ilícita por circunstancias ajenas a su voluntad. En caso de dudas, debe optarse por la hipótesis prevista en el Art. 91 CP.

De acuerdo a estos criterios de dogmática, dijo el Dr. A., el juez incurrió en una errónea aplicación de la ley sustantiva. Ni la víctima ni los restantes testigos fueron contestes al describir el evento violento, ni brindaron datos que permitieran acreditar –más allá de toda duda razonable- la intencionalidad del imputado de atentar contra la vida de J. M..

En consecuencia, el abogado defensor solicitó la modificación de la calificación jurídica por el tipo penal de lesiones graves, con el consecuente efecto que ello conlleva en la mensuración de la pena de acuerdo con esta nueva escala penal.

En tal sentido, el Dr. A. consideró como pautas atenuantes –en los términos de los arts. 40 y 41 CP- que el acusado carece de antecedentes penales, que posee estudios primarios, que trabaja desde muy joven, y que ayuda económicamente a su familia, y a tenor de ello requirió una disminución de la pena.

Realizada la síntesis de los agravios invocados por la defensa al inicio de este sufragio, me avocaré a desmenuzar si corresponde hacer lugar a la pretensión interpuesta.

Desde ya he de asentar, como reiteradamente lo tengo resuelto en diversas causas (por ejemplo, en los autos caratulados “T., I. s/ homicidio en ocasión de robo”, carpeta 1.224 OJ Tw - legajo 12.600 OUMPF Tw, sentencia definitiva Nro. 08/2010 de este Tribunal), que el Art. 25 de nuestro Código de rito dispone que las pruebas deben ser valoradas por los jueces según la sana crítica, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, y que formarán su convicción en la valoración conjunta y armónica de toda la prueba producida.

A través de este método de valoración escogido por el legislador se colige que el magistrado, en la interpretación y apreciación probatoria, no puede ni debe arribar a una conclusión antojadiza o fruto del autoritarismo. Por el contrario, su decisión debe ser fundada, razonada y lógica.

Ingresando entonces al análisis de los agravios planteados, la defensa señala que el magistrado interviniente ha vulnerado las reglas establecidas en el párrafo anterior, incurriendo en una valoración absurda de la prueba, omitiendo fundar el rechazo y en su caso la opción por una u otra prueba, resultando en consecuencia irracional y arbitraria. A fin de consolidar este concepto, la defensa cita doctrina y

jurisprudencia diversa –también compartida por el suscripto- en cuanto a la conceptualización genérica de la materia, pero de modo alguno adhiero a las consideraciones efectuadas para arribar al objetivo buscado.

Del examen detallado del pronunciamiento en crisis, surge con nitidez que la valoración y conclusiones del magistrado cumplieron con las exigencias comprendidas en el principio de la sana crítica, y por ello desde ya adelanto que confirmaré la sentencia en lo concerniente a la acreditación de la existencia del hecho y a la adjudicación de la autoría en cabeza del enjuiciado, en desmedro de la pretensión defensista.

Es oportuno hacer hincapié en que “... 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...” (SCJBA, Ac. 81.491, “Moreno, S.”, 16/07/2003; J.P.B.A., T. 123 - F. 200, pág. 84).

Es dable recordar la tradición jurídica sobre el mérito de la prueba elegida, según la cual “... 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 meditación independiente de cada indicio, desmaterializa la esencia que es inherente a este tipo de pruebas...” (TSJ Córdoba, Sala Penal, “Paglione M. A.”, Sent. 97, 29/09/03, en JPBA T. 122-150, Págs. 73-74).

En su presentación el defensor se esfuerza en desvirtuar o debilitar algunas declaraciones testifícales que marcan la nota relevante que opera en contra de su representado: la versión de los hechos aportada, entre otros, por J. M. (víctima), su hermano E. M., su madre O. M., B. F., S. B. y D. Á..

Cabe preguntarnos en qué radican las diferencias que el defensor empeñosamente procura destacar en dichas declaraciones, ya que de acuerdo con las reglas de interpretación de los indicios, estos relatos brindan suficientes elementos de prueba para arribar a una conclusión idéntica a la del juez de mérito.

Es menester destacar que los testigos visualizaron el desarrollo de los hechos ubicados en distintos puntos. También cabe contemplar aspectos que hacen al lugar, a la violencia desplegada, al número de sujetos que directa o indirectamente se involucraron, y a la nocturnidad en que acaeciera el evento, elementos éstos que impiden pretender la obtención de datos con precisión matemática, de un cien por ciento de lo ocurrido. Pese a ello, se pueden corroborar coincidencias parciales que producen el efecto de amalgamar estos relatos, posibilitando así desentrañar lo que efectivamente sucedió.

Advierto que existen dos momentos diferenciados en la producción del hecho investigado. El primero de ellos, previo a la consumación, consistió en un enfrentamiento entre B. F. y el menor V. A. (hijo del imputado). Este primer momento se ha corroborado ampliamente a través de las declaraciones de testigos que por un motivo u otro se encontraban presentes en el lugar donde acaeciera el hecho principal. Ello es así, pues esta reconstrucción histórica no solamente involucra a los testigos de cargo -la víctima J. M., su hermano E., S. F. A., D. Á., A. A. y B. F.-, sino también a integrantes de la familia del imputado –en concreto, sus hijos F. A. L. y V. A.-.

En resumen, se confirmó que debido a cuestiones preexistentes, que según algunos de los testigos se vincularían con la muerte de uno de los hijos del imputado producida tiempo atrás, se habría originado el conflicto. El día de los hechos pasa V. A. rumbo a su hogar, produciéndose un cruzamiento de palabras con B. F.. Luego de dejar los útiles en su casa, V. regresa al sitio, y se genera un intercambio de golpes con B.. Hasta aquí la versión coincidente de la mayoría de los testigos, incluso de F. A. L. -hija del imputado-, quien reconoce que esa noche su hermano V. ingresa a su casa y sale rápidamente, ella lo sigue, ve que se involucraba en una pelea con F., y trata de separarlos. Sostiene, además, que su hermano no llevaba ningún tipo de armas.

Esta confrontación no está discutida. Por el contrario, a través de la declaración de numerosos testigos, ha sido ratificada incluso por uno de los involucrados directos –B. F.-, quien reconoce que este acontecimiento previo tuvo lugar esa noche, trompeándose con V. A..

Esta historia prosigue, ya que luego J. M. resulta herido con un elemento punzo cortante. Las manifestaciones de los testigos, si bien ofrecen ciertas disparidades en cuanto al modo en que se desarrollaron los hechos -conforme señalara el Defensor-, coinciden respecto de quién provoca las importantes lesiones infligidas a la víctima, a saber: a) una herida cortopunzante en región parrilla costal izquierda, cara lateral línea media axilar, de aproximadamente 3 cms. de largo; b) una herida cortopunzante en cara posterior del brazo izquierdo, de aproximadamente 2 cms.; y c) una herida cortopunzante, de aproximadamente 2,5 cms., en forma de medialuna, en codo izquierdo (fs. 04 del legajo de prueba).

Asimismo el médico forense, a través de la documentación analizada, señala que la víctima fue

asistida en el nosocomio local por presentar heridas por elemento punzocortante ubicadas en región de hemitórax izquierdo (cara lateral hemiaxilar), otra en cara posterior de brazo izquierdo, y una tercera en codo de ese lado, y agrega que se probó la existencia de neumotórax izquierdo. La incapacidad laboral determinada por el experto es mayor a los treinta días, y aclara que no figuran en la documental incorporada signos de compromiso de función vital en grado de poner en riesgo la vida (fs. 61 del legajo de prueba).

De las características de las lesiones detalladas anteriormente, junto con lo que surge de las declaraciones testifícales que analizaré a continuación, tengo por probada –al contrario de lo afirmado por la defensa- la existencia del arma blanca empleada por el acusado en el hecho que se le atribuye.

La pelea anterior entre V. A. y B. F. se ve interrumpida por la intervención de algunas personas que estaban presentes en el lugar, incluso de la hermana de aquél. Si bien advierto ciertas imprecisiones para esclarecer el rol cumplido por los hermanos M., en modo alguno estas diferencias poseen suficiente entidad para modificar la versión obtenida sobre el núcleo de los sucesos.

En el caso de J., afirma que él se ocupó de F., llevándoselo para el lado de la casa de su madre, mientras que su hermano E. se ocupó de V. A., tratando de que se fuera hacia su casa. El testigo asegura que ambos intervinieron para separar y evitar que continuaran peleando. J. agrega que su hermano E., quien era Policía, tenía suficiente experiencia para estas cosas y fue efectivamente el que se encargó de acompañar a V. para que se fuera a su casa de la mejor manera. Continuando con el relato, dice que E. se encontraba próximo a la esquina de calles P. G. y W. D., mientras que el dicente se encontraba a unos 20 ó 30 mts. de

éste, y desde allí vio que lo estaban agrediendo, por lo que se aproxima para defenderlo, y “... se topó con esta persona y pasó lo que le pasó, que no se dio cuenta de que tenía un cuchillo...”.

J. agrega que el imputado le tiró el cuchillo a la altura del pecho, tratando el dicente de cubrirse esa zona con el brazo izquierdo. En un primer momento pensó que tenía una sola puñalada, yéndose a su casa. Cuando estaba llegando a su domicilio, su madre (O. R. M.) lo agarra asustada, preguntándole qué le había sucedido. En ese momento el dicente toma conocimiento de la herida que tenía en el cuerpo, la remera estaba pegada a su cuerpo, empapada en sangre, y al levantar la prenda observó como si fuera un charco de sangre en un costado. Que debido a la pérdida de abundante sangre se desvaneció. Recuerda que una herida le había perforado el pulmón. Que recién vio que el imputado tenía un cuchillo en la mano cuando le clavó el brazo izquierdo. Todo fue muy rápido, primero pensó que le había herido el brazo, pero luego se dio cuenta de que tenía dos heridas más.

En este mismo sentido concurren las manifestaciones de E. A. M. (hermano de la víctima y funcionario policial), quien presenciara el conflicto entre V. A. y B. F. en el lugar y hora fijados en la acusación. Destaco las coincidencias con las versiones aportadas también por su hermano J., con relación a cómo se iniciara el enfrentamiento entre los nombrados jóvenes.

Para sintetizar, ambas declaraciones concordaron en afirmar que al pasar V. rumbo a su casa hay un cruzamiento de palabras entre éste y B. y, a raíz de ello, V. acepta la propuesta del enfrentamiento, por lo que luego de dejar los útiles en su casa, regresó al sitio donde estaba B., trenzándose a golpes de puño. Hasta aquí este cuadro no fue controvertido; por el

contrario, fue confirmado incluso por F. y V. A., hijos del acusado.

La historia, tal como lo vengo exponiendo, se altera a partir del cese de la confrontación entre V. y B., dando comienzo al segundo de los momentos, es decir la concreción de las serias lesiones a la víctima.

F. A., hija del imputado, y dentro de las facultades previstas en el Art. 188 CPP, no concreta - como es de prever- un relato preciso. De todos modos, de él puede colegirse que inmediatamente al enfrentamiento, V. va hacia su casa, mientras la deponente se queda a discutir con uno de los hermanos M., siendo en esas circunstancias que su padre –M. A.- sale de la casa, quedando la declarante en el medio, entre su padre y M. (E.), tratando de que su progenitor regresara a la casa. Agrega que el otro M. (J.), pensando que le estaban pegando a su hermano, viene directamente a pegarle a su padre.

Esta exposición de la testigo, sobre todo la última parte, ratifica la versión sostenida por J. y también por E. M., en cuanto refieren que V. se había retirado del lugar, apareciendo en escena M. A.. Tampoco surgen dudas, por los dichos de F. y J., que al que primero encuentra el encartado es a E., por lo que resulta lógico y verosímil lo manifestado por J. -y también por F. A.- en cuanto a pensar que su hermano era atacado, y que por ello va hacia ese lugar para defenderlo. Y luego, tal como confirman J. y su hermano, se toman a golpes entre la víctima y el acusado.

E., por otro lado, sostiene que al principio no ve que Acosta tuviera un cuchillo. Recuerda que su hermano se tomó a golpes de puño con aquél y recién cuando A. se retiraba del lugar le alcanzó a divisar un cuchillo en sus manos. A esto ya se había percatado que su hermano se agarraba fuertemente el brazo. Agrega que luego de este episodio, J. se dirige a su casa, sacándose la

campera mientras decía que le faltaba el aire. Que su madre también ve la herida, en el costado izquierdo, pues era como “una catarata de sangre”.

Por su parte, la declaración de S. B., observadora extraña a los sucesos, también se amalgama a las anteriores, coincidiendo en las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieran los acontecimientos. Esta testigo relata que debido a las corridas y gritos de personas que se suscitaban en la calle, se interrumpe su sueño. Tengamos presente que la testigo vive prácticamente al frente de la vivienda de los A.. Esa noche ubica en el lugar a J. y a un grupo de amigos, también a la hija mayor del acusado, al novio de ésta, y al hijo menor. Sostiene que el hijo menor de Acosta se va hacia su casa junto a su hermana, y que inmediatamente el imputado sale de su domicilio para defender a su hijo. Que afuera estaba todo el barrio presenciando lo que estaba pasando. Que debido a lo que estaba sucediendo llamó en dos oportunidades a la Policía. Que el Sr. A. estaba muy enojado, enfurecido, que vio cuando éste atacara a J. con un cuchillo, y que tuvo la sensación de que lo había lastimado. Que Jonathan trataba de tocarse la espalda y cayó al piso, que vio a A. ingresar dos veces al domicilio, y en la segunda oportunidad divisó que portaba en sus manos un cuchillo grande, con el que luego lanzó puntazos contra Jonathan mientras éste trataba de defenderse.

No encuentro, más allá de algunas diferencias atendibles y entendibles en razón del numeroso grupo de personas que estaba en el lugar, de las corridas, de los gritos y del nerviosismo generalizado, que estas discordancias posean entidad suficiente para enervar las conclusiones arribadas en el pronunciamiento atacado, tal como se esfuerza en demostrar el defensor.

Lo propio puede predicarse respecto de la inconsistencia, señalada por la defensa, entre la fecha

en que ocurrieran los hechos imputados al acusado (09/04/10), y la fecha en que la víctima fue operada de urgencia en el hospital (08/04/10) de acuerdo a lo consignado en su historia clínica (fs. 48 del legajo de prueba).

La parte se ha limitado a invocar dicha diferencia sin siquiera ensayar –y demostrar- una explicación alternativa que permita atribuir la causa de las lesiones de M. a circunstancias ajenas al inculpado. En consecuencia, comparto lo afirmado por el tribunal de mérito en cuanto a entender que sólo se trata de un mero error material, teniendo en cuenta además que los hechos ventilados en el debate ocurrieron durante los primeros minutos del día 09/04/10 (0:30 horas).

En suma, los hechos sucedieron con un número indeterminado de detalles, con desplazamientos permanentes sobre las calles W. D. – B. – G., y la concurrencia de varios jóvenes y vecinos, en una situación con muchos nervios, por lo que en definitiva esta serie de condimentos atentaron contra la posibilidad de registrar *in totum* todo su contexto. Es como una película que no se reitera, en la que los testigos tienen limitaciones lógicas para captar e interpretar en su totalidad los hechos que suceden. Por eso es que analizadas las diferencias detectadas por la defensa, éstas no menoscaban el contenido del relato; por el contrario, y sin mayores esfuerzos, se extrae que efectivamente los acontecimientos narrados sucedieron tal como lo describiera el tribunal que dictó la sentencia en crisis.

Los testimonios de P. F. N. D. S. y D. Á., son contestes en ratificar el modo en que se llevara a cabo el enfrentamiento entre V. A. y B. F.. Si bien se observan diferencias en las explicaciones vertidas respecto del suceso que provocara las lesiones cortantes en la humanidad de J., entiendo -por los fundamentos

dados a conocer en párrafos anteriores- que estas modificaciones respecto al segundo de los momentos no invalidan las conclusiones construidas con la valoración del resto de la prueba. D. S., al igual que Á. y los otros deponentes ya mencionados, coloca al imputado en el centro de la escena y menciona que A. tenía un cuchillo, mientras que a J. lo ubica tratando de apaciguar los ánimos. Lo cierto es que en definitiva, dejando a salvo algunas diferencias en sus exposiciones, el resto del relato permite avizorar -y esto sin duda alguna- que efectivamente el imputado A. arremetió contra J. con un elemento tipo cuchillo, ocasionándole las lesiones ya detalladas.

En el mismo sentido, respecto de la presencia en el lugar del imputado, en horario y lugar establecidos en la acusación, el testigo S. F. A. señala al imputado enfrentando a J. con un cuchillo en sus manos, tirándole puntazos en forma de círculo, y luego señala que J. le manifiesta que lo habían apuñalado, y que posteriormente se desvanece en la vereda de su vivienda.

En definitiva, conforme a la prueba valorada y tal como lo pusiera de manifiesto al principio de este pronunciamiento, cabe confirmar la decisión del juez de mérito respecto de la acreditación del hecho lesivo y su autoría en cabeza del imputado M. A., rechazando sobre este tópico la posición impugnativa esgrimida por la defensa.

En cuanto a la calificación jurídica que el magistrado de juicio escogiera para el hecho juzgado -tentativa de homicidio-, estimo menester realizar las siguientes consideraciones.

El Art. 42 del Código Penal, señala textualmente: “El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad...”.

Continuando en esa prescripción establecida en el Código sustantivo, es dable señalar que la tentativa de homicidio existe cuando concurre como requisito esencial el *animus occidendi*. Si el propósito deliberado de matar no está confesado, es preciso que esa intención positiva resulte de circunstancias que pongan de manifiesto que la idea homicida se ha presentado claramente al espíritu del reo, y que la ha preferido a las simples lesiones (RUBIANES, Carlos, *Código Penal comentado*, tomo II, Depalma, pág. 452).

En efecto, se deben tener presentes las circunstancias antecedentes, concomitantes y posteriores que rodearon la ejecución del hecho. No es suficiente concluir o extraer “la intención de matar” únicamente de la gravedad o no de las lesiones, sino que deben sumarse a esta integración probatoria otros elementos, tales como la distancia en la que se hicieran estocadas con un arma blanca en la humanidad de la víctima, el número de puntazos efectuados y el lugar donde éstos impactaron, concatenación de actos que deberán ser analizados para determinar el designio perseguido por el victimario.

Ante la ausencia de descargo del imputado sobre el accionar que le fuera adjudicado, extraeré todos aquellos datos que determinen fehacientemente si la conducta del acusado estuvo dirigida a la intención de dar muerte.

A tal fin, rescato el testimonio de S. B., a quien ya destacara como observadora extraña a los sucesos. Ella sostiene que una vez que V. A. -hijo del acusado- va hacia su casa, su padre sale del domicilio para defenderlo. No olvidemos que V. había participado en una confrontación con B. F., y que tiempo atrás -aproximadamente un año, tal como lo aseverara F. A., hija del acusado- el imputado había perdido un hijo, atribuyendo la autoría de la muerte a algún integrante del grupo conformado por los M. y amigos de éstos.

Si bien no se cuenta con su versión de los hechos, de todos modos no se ha verificado que el imputado haya originado la gresca. Cuando sale de la vivienda, y pese a que -según algunas versiones- la violencia del enfrentamiento entre V. y B. habría cesado, indudablemente persistía una exaltación de los ánimos. En razón de ello, aparece en escena el imputado y lanza varios puntazos contra J., ocasionándole las heridas constatadas por el médico policial y el médico forense, y que ya mencionara en otra parte de este voto.

Si bien las lesiones son de entidad, tal como lo acreditaran los profesionales médicos, no permiten determinar de manera contundente que efectivamente el acusado haya actuado con el citado *animus occidendi*, ni tampoco existen otras circunstancias que pongan de manifiesto esa idea homicida en su accionar.

Que conforme lo expuesto, sobre este punto corresponde hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida, y acoger la solicitud de modificación de la calificación legal formulada por la defensa, mutándola por la figura de lesiones graves (Art. 90 del Código Penal), atento a que la incapacidad laboral provocada a la víctima es superior a los treinta días.

Como consecuencia de lo antedicho, y por imperio legal, se debe anular la pena impuesta, y remitir las actuaciones a la Oficina Judicial de esta Circunscripción a fin de fijar audiencia ante el tribunal que corresponda, para discutir y establecer la sanción punitiva aplicable de acuerdo a esta nueva calificación (Art. 387 CPP).

Para concluir, propongo imponer las costas al inculpado (arts. 239, 240, 241 y concs. CPP), y regular los honorarios profesionales en la suma de doce (12) JUS por la tarea llevada a cabo en esta etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13 y 44 de la ley XIII-4, antes decreto ley 2.200).

La Dra. Mónica Rodríguez dijo:

1. La defensa centra su crítica, básicamente, en la inexistencia de elementos probatorios suficientes que permitan afirmar la autoría de su asistido en las lesiones sufridas por J. M., afirmando que la valoración de la prueba contenida en la sentencia es parcial y antojadiza. Subsidiariamente, postula el cambio de calificación legal del hecho, que fuera encuadrado como tentativa de homicidio (Art. 79 y 42 CP), por el de lesiones graves (Art. 90 CP).

Respecto a la primera crítica, fundada esencialmente en citas vinculadas a la doctrina de la arbitrariedad de la sentencia penal, sostiene el defensor que no se acreditó la utilización, por parte del acusado, del arma blanca que ocasionara las heridas sufridas por M.. De tal modo pretende poner en tela de juicio la autoría de su defendido en el hecho. A su vez, a partir de una parcial reproducción de dichos de testigos en el debate, el recurrente intenta demostrar que los hechos no ocurrieron como los describiera la Fiscalía, pese a no ensayar una versión alternativa que exija analizar su plausibilidad.

Considero que en modo alguno dicho agravio puede prosperar. Luego de analizar detenidamente los registros del juicio puedo anticipar que, en mi opinión, la prueba aportada al debate por el Ministerio Público Fiscal resulta más que suficiente para demostrar que el acusado fue quien provocó las lesiones sufridas por J. M., dentro de un contexto situacional recreado por numerosos testimonios en la audiencia de juicio –prolijamente detallados en la sentencia-, a pesar de pequeñas y comprensibles discrepancias en su descripción.

2. La escena del hecho comienza con la pelea protagonizada por el hijo del acusado, V. A., con el joven B. F.. Finalizada la contienda, separados los

contrincantes, el imputado sale de su domicilio, seguramente alertado por la situación, y se trenza en lucha con J. M., quien se le había acercado en la creencia de que su hermano, E., estaba siendo atacado por el acusado.

En ese contexto extrae el imputado un cuchillo de entre sus ropas y le asesta tres puñaladas, que provocan otras tantas heridas punzo-cortantes en cara lateral izquierda del tórax, en cara posterior del codo izquierdo y en cara posterior del brazo del mismo lado.

La afirmación de que cuando egresa el imputado de su vivienda la pelea entre B. F. y el hijo del acusado había finalizado –extremo que nos aleja de la idea de justificación-, surge no sólo del testimonio de la víctima, J., sino también del brindado por su hermano E., así como de las deposiciones de B. F., P. F. N. D. S., A. A. y D. A..

Tales testimonios resultan fiables, a pesar del vínculo de parentesco o amistad con la víctima, pues también resultan corroborados por los dichos de dos vecinos completamente ajenos al hecho, como son S. B. y S. F. A., y hasta por la propia hija del acusado, F. A. L.. Todos dan cuenta de que cuando el imputado irrumpe en escena, la contienda entre B. F. y V. A. había concluido.

3. Por otra parte, la existencia de una pelea o, cuando menos, un forcejeo entre víctima y victimario –cuestión también relevante para el encuadramiento legal del hecho-, se ha visto corroborada también por el testimonio de la víctima, J. M., quien reconoce haberse “topado” con el acusado en defensa de su hermano, a resultas de lo cual resulta herido. Si bien dice recordar sólo la estocada recibida en el brazo, aclara que recién al llegar a su casa y verse lleno de sangre se da cuenta de que el imputado le había dado más de una puñalada.

4. La multiplicidad de estocadas dirigidas al cuerpo de la víctima por el acusado, así como las lesiones ocasionadas, han sido narradas, de manera coincidente, por la mayoría de los testigos en el debate. De tal modo, la circunstancia de que el damnificado sólo haya advertido en el momento del hecho un solo puntazo, cuestión insistentemente puesta de resalto por la Defensa, deviene un dato carente de toda incidencia en la reconstrucción del hecho.

5. En cuanto a presuntas contradicciones de la víctima -según el recurrente- acerca del momento en que habría visto el cuchillo en manos del acusado, considero que se trata de una extremo irrelevante para la decisión del caso. Resulta evidente la dificultad perceptiva propia del contexto en que se produjo el episodio, por la inmediatez, la exaltación del ánimo, el temor y la nocturnidad. En tal situación, cierta inseguridad o vacilación en las respuestas es más que razonable, particularmente cuando se pretende una minuciosidad extrema.

6. La versión que brinda el damnificado resulta coincidente, en lo sustancial, con la dada por su hermano, E. M., en la audiencia de juicio. Este último refiere que luego de la pelea entre B. F. y V. A., en circunstancias en que él hablaba con el yerno del acusado, éste último sale de su vivienda y se viene “corriendo a agredir, no con intenciones de charlar”. Indica que, en esas circunstancias, J. pensó que lo había atacado al declarante, agregando haber observado que “su hermano agarra a golpes al tipo ese”, en relación al imputado, e inmediatamente escucha que dice “me pinchó”.

Conteste en esa misma dirección, la testigo Sandra Blanco, vecina del barrio, manifiesta haber visto la gresca desde las ventanas de su domicilio –ubicado enfrente de la vivienda que habitaba por entonces el

acusado-. Alude haber escuchado gritos, insultos y corridas, siendo categórica al describir la actitud del acusado, cuando muy enojado y enfurecido emprende su agresión contra la víctima. La testigo también describe la conducta pacificadora asumida por el damnificado, de quien refiere: “J. quería que se vayan, que no armen líos”.

Dice haber visto cuando M. A. le da las “puntadas” a J., observando a éste agacharse hasta luego caer. No advierto insinceridad en la testigo, sino todo lo contrario. Ningún móvil espurio ha sido siquiera insinuado durante el curso del debate, por lo cual resulta razonable conferirle plena credibilidad, como lo ha hecho el Sentenciante en el fallo cuestionado.

Por su parte, S. F. A. también vio la pelea y coincide con los dichos de los hermanos M. –J. y E.- en cuanto a la secuencia de los sucesos esa noche. Afirma haber visto al acusado dirigirse hasta donde estaba la víctima, sacar un cuchillo de su cintura y tirarle varios puntazos.

También el testigo D. A. alude a la agresión entre B. F. y V. A., a quien menciona como “el hijo del chileno”; refiere que en un momento E. M.“corre” a este último del lugar, ocasión en que el acusado sale de su vivienda y, dirigiéndose a J., “le tira tres puntazos”, largándole otro más que no alcanza a pegarle. Manifiesta haber presenciado el momento en que el acusado se “trenza” a piñas con J., viendo al primero sacar de atrás un cuchillo y largar tres puntazos, aclarando luego que le largó más, pero sólo le pegó tres.

En cuanto a la mecánica de los hechos también resulta relevante el testimonio de B. F.. Este testigo refiere haber observado a E. M. llevando al hijo de A. a la casa y, enseguida, a J. trenzado el lucha con el acusado, viendo a este último sacar un cuchillo del pantalón.

7. Por último, respecto de la primera crítica que integra el recurso, he de coincidir también con el Sentenciante en cuanto a la irrelevancia que tiene, para la solución del caso, la ausencia de hallazgo cierto del arma blanca utilizada en el hecho. La existencia del cuchillo y su empleo por parte del imputado han quedado acreditadas, más allá de toda duda, con los numerosos testimonios que en tal sentido se han brindado en el debate. Asimismo, se trata de extremos que resultan objetivamente corroborados a partir de las improntas lesionales certificadas por los profesionales médicos que intervinieron, los Dres. G. y A., y por el médico forense, Dr. A. H., quienes resultan coincidentes en afirmar que las heridas fueron provocadas por ese tipo de arma.

8. En síntesis, coincido con la valoración realizada por el Sentenciante, en particular cuando interpreta que existen coincidencias sustanciales en los relatos brindados en el debate. Es sabido que jamás dos testimonios resultan idénticos, máxime cuando se refieren a hechos tumultuarios, como lo es una pelea callejera -no otro era el marco de situación en que acomete el acusado a la víctima-. Frente a una pluralidad de actores que emprenden distintas conductas, la experiencia común indica que los testigos centran su atención en las acciones principales, por lo que ciertas discrepancias en cuestiones menores o detalles irrelevantes en nada empañan la fiabilidad de los testimonios.

En igual sentido, la señalada discordancia formal entre la fecha del hecho y la fecha de la operación de urgencia anotada en la historia clínica de la víctima (9 y 8 de abril de 2010, respectivamente), aparece como inconsistente. Surge con evidencia que sólo se trató de un error material, propiciado por el ingreso de M. al hospital en un horario muy próximo a la medianoche.

Por todo lo expuesto, y en total coincidencia con la ponderación efectuada por el Magistrado que guía el presente acuerdo, considero que no cabe acoger el agravio referido a la ausencia de motivación suficiente respecto de la autoría del acusado en el hecho.

9. Entrando al tópico de la calificación legal que corresponde, he de anticipar mi concordancia –ahora sí- con la crítica formulada por el recurrente. En efecto, considero que la conducta del acusado no constituye una tentativa de homicidio sino que, en virtud de las particulares circunstancias del caso, la responsabilidad penal debe restringirse a la concreta afectación a la integridad física de la víctima, debiendo calificarse el hecho como lesiones graves (Art. 90 del Código Penal), como analizaré.

El Art. 42 del Código Penal Argentino establece que comete tentativa “el que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por causas ajenas a su voluntad”.

Dice Zaffaroni, a partir de una acabada reconstrucción histórica sobre el sentido de ese artículo, que cuando la ley emplea el término “determinado” se refiere al dolo, pues hablar de un delito “indeterminado” es lógicamente inconcebible. Textualmente el autor indica que “la expresión *fin de cometer un delito* es igual a *dolo* y que *determinado* es el *dolo* y no el *delito* en su definición” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl – ALAGIA, Alejandro – SLOKAR, Alejandro; *Derecho Penal - Parte General*, Ediar, año 2000, Buenos Aires, pág. 789).

La defectuosa construcción sintáctica de la norma ha dado lugar a interpretaciones contrapuestas, pues muchos autores han asimilado la noción de “dolo determinado” con dolo directo, considerando que sólo es admisible la tipicidad como tentativa con esa especie de dolo.

El dilema dogmático que plantea el referido Art. 42 CP, según entiendo, no se centra en la admisión o no del dolo eventual, cuestión que razonablemente podría consentirse en ciertos supuestos, sino, más bien, en aceptar que el sentido de la norma es excluir esa tipicidad en los casos de "dolo de ímpetu". Tal noción –es sabido- se vincula a situaciones en las que el agente actúa respondiendo a una reacción súbita, poco planificada o –como decía Carrara- aquella que tiene lugar por *subitaneo impeto di affetti* (*op. cit.*, pág. 788).

La mención del maestro italiano no es casual, toda vez que la fórmula que contiene nuestro Código sustantivo reconoce su origen en la tesis carrariana. Lo cito: "La intención ha de ser perfecta para que exista la tentativa. La opinión que excluye la tentativa en el caso de dolo de ímpetu se mantiene por Rossi, Nani, Carmignani. Cuando faltan al agente el intervalo de tiempo para deliberar, el sosiego para calcular las consecuencia de los actos en que se compromete, se niega comúnmente por los criminalistas que pueda aplicarse la noción de la tentativa. La razón es más bien psicológica que jurídica... El hombre irritado o amedrentado, que se apodera de un arma en medio de su ira o del pavor, asesta golpes por efecto del sentimiento que le agita; hiere por herir, no piensa en la muerte de su enemigo, o si esta idea cruza por su mente, no es como un efecto que absolutamente se proponga conseguir. En tales condiciones el hecho debe ser el único criterio para definir el título del delito, porque es el único dato en donde la justicia encuentra certeza" (CARRARA, Francesco, *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito*, traducción y notas de Vicente Romero Girón, Radamillanas S.R.L., Págs. 77-79).

Esta idea de *dolo de ímpetu*, tan magistralmente expuesta, fue tomada en nuestro medio por Rivarola, al incluir en el Proyecto de 1906 la fórmula “el que comienza la ejecución de un delito premeditado de antemano”. El texto, que luego mutó hacia el actual (“delito determinado”), mantuvo idéntico su sentido, al calificar al sustantivo “delito” con la palabra “determinado”, concepto que se explica porque por aquella época la doctrina empleaba con frecuencia la noción de “dolo indeterminado”, particularmente en los hechos de sangre.

Es claro, pues, que nuestro legislador, apartándose de la redacción original de la norma (tomada del *codice Zanardelli*), se hizo cargo de la necesidad de distinguir ciertas conductas que sólo exteriorizan una genérica voluntad de agredir o, en todo caso, de lesionar en cualquier medida.

10. A partir de ese marco teórico se explica que, en los delitos contra la vida o la integridad física, la tipicidad de la tentativa no se satisface a partir del dato objetivo de la potencialidad homicida de la conducta dolosa.

Por ello, resulta insuficiente la fundamentación que pretende encuadrar la conducta en tentativa de homicidio a partir de la comprobación de que el acusado provocó, con conocimiento y decisión, tres estocadas penetrantes con cuchillo, dirigidas hacia una zona vital del cuerpo.

En el caso se ha omitido, entiendo, la consideración de numerosos parámetros que exigen descartar la existencia del dolo *determinado* de matar. A saber: el acusado salió de su domicilio alertado de que su hijo estaba peleando en la calle; su estado psíquico era de importante exaltación –no exenta de temor-; se trenzó en lucha con la víctima, a quien no conocía; ejecutó la acción de lesionar en el marco de esa pelea. A todo ello se suma el hecho cierto de tener el acusado el

antecedente de haber sufrido la muerte de otro hijo, escaso tiempo atrás, en un episodio violento.

En ese marco situacional, aún admitiendo que se haya representado como posible el resultado muerte, de manera alguna puede aseverarse con certeza que haya habido un dolo dirigido hacia esa finalidad. Sí, en cambio, resulta fuera de duda que el agente obró con una genérica decisión de agredir, a consecuencia de una reacción brusca y repentina, que cubre plenamente la noción propia del dolo de ímpetu. Esta última situación es la que, siguiendo las enseñanzas de Carrara, impide asimilar la conducta del acusado como una tentativa de homicidio.

11. Por todo lo expuesto, concordando también con la conclusión jurídica propuesta en el primer voto, propicio que se modifique la calificación legal del hecho, debiéndose encuadrar el accionar de M. A. como lesiones graves (Art. 90 CP), en virtud de la demostrada entidad de las heridas provocadas a J. M., cuyo tiempo de incapacidad laboral fue determinado en más de treinta días.

12. Cabe ahora analizar las consecuencias jurídicas que necesariamente conlleva la decisión que antecede. Considero que corresponde la anulación de la pena impuesta (analógicamente, arts. 386 y 387 CPP), en tanto carece de competencia este Tribunal para fijarla (Art. 71, letra A, punto 1 CPP). Ello así, toda vez que el cambio del encuadramiento legal determina no sólo la aplicación de una nueva escala penal sino, también, la posibilidad de considerar circunstancias de hecho diversas a las debatidas con anterioridad, lo cual amerita un nuevo debate y una nueva decisión por parte del tribunal que corresponda, que tendrá -a todo evento- la posibilidad de contar con la impugnación ordinaria (doble conforme) que prevé el estatuto procesal en su

Art. 374, trámite para el cual sí resulta competente esta Cámara en lo Penal.

Fijarla este Tribunal implicaría violar el ámbito de su propia competencia funcional –segunda instancia o revisora, y no una segunda primera instancia-, en tanto la pena a imponer resulta un debate propio de los jueces del mérito (Art. 304 CPP), con presencia de las partes y la posibilidad de participación de la víctima, según el marco legal previsto por los arts. 40 y 41 del Código Penal.

Corresponde, entonces, remitir las actuaciones a la Oficina Judicial de Trelew para que, en forma inmediata, se fije la audiencia respectiva. Así lo voto.

13. Adhiero finalmente a lo propuesto por el colega que guía el acuerdo, tanto en lo concerniente a la imposición de costas al acusado (arts. 239, 240, 241 y concs. CPP), como al monto de regulación de honorarios profesionales por la labor desarrollada en esta etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13 y 44 de la ley XIII N ° 4, antes decreto ley 2.200).

El juez Omar Florencio Minatta dijo:

1) Autoría:

La defensa técnica sostiene que la sentencia luce una valoración errónea de las probanzas, que la lleva a sostener con certeza que su defendido es el autor de la estocada con arma blanca, ocasionadora del daño en el cuerpo acreditado en autos. Apoya sus conclusiones en las contradicciones de los testigos, pues, afirma, algunos de ellos no vieron el cuchillo en manos del acusado, mientras que otros deponen que sí observaron el arma en manos del acusado, pero éstos no coinciden en el tiempo, lugar y modo de blandirlo.

Entiendo, sin embargo, que la reconstrucción fáctica basada en los elementos cargosos que se traen, son suficientes como para llegar a la certeza respecto de la

autoría en cabeza del imputado. Así, no solo la víctima J. M., su hermano E., su madre O. y su grupo de amigos y conocidos D. A., B. F. y P. N. deponen acerca del cuchillo en manos del acusado y las estocadas tiradas sobre la humanidad de la víctima, sino que a tales testimonios que podrían sospecharse de subjetivos, debe agregarse las declaraciones de los vecinos S. B. y S. A. que refuerzan el punto en orden a la p. y estocadas del victimario, testimonios importantes pues en ellos nos se aprecian ningún tipo de animadversión o ventaja o interés en el asunto que pudiera teñir los mismos.

Así, por un lado, la Sra. B. relata, en el punto, que vive al frente de la casa del imputado y desde su domicilio observó una discusión de proporciones, con gritos, insultos y corridas entre los hijos de A. y otro grupo en el que estaba la víctima y varios amigos, sosteniendo que los hijos y el yerno de A. se fueron para su casa y que el lío se acrecentó cuando el imputado sale de su domicilio, enojado, enfurecido y comienza también a insultar, regresando hacia la casa, para luego salir con el cuchillo, amenazando al grupo de gente que se encontraba con la víctima con intenciones de que se apartaran, que se vayan, que no se acerquen a su domicilio, porque según sus dichos la situación era como que “se le venían encima” al acusado, y es en ese contexto que observa el momento en que el imputado tira “puntazos” y luego ve a la víctima como con falta de movimientos hasta que se cayó, luego de caminar unos metros.

También es importante el testimonio del nombrado A., el cual refiere que escucha ruidos y gritos, y al salir pregunta sobre lo ocurrido al grupo formado por los M., F. y otros, contestándoles éstos que el hijo de A. había venido a agredirlos, y observa que E. M. caminaba con otra persona como tratando de calmarla, hasta que escucha gritar a la víctima “le están pegando a mi

hermano", lo que motivó que el grupo comenzara una agresión con piedras hacia la casa de A., y afirma que se había armado "como una pelea" y que el acusado sale de su domicilio tirando piedras también, y en el medio de la calle se empieza a pelear con J., sacando de la cintura un cuchillo, tirándole tres puntazos.

En fin, los citados testimonios son todos contestes en que el acusado portaba el arma blanca y que con él agredió a la víctima, sin perjuicio de los lógicos matices y detalles de pequeñeces, que no es lógico exigir en todas las declaraciones, pues de ellas claramente se extraen no sólo que observan distintos momentos del hecho, sino que también éste se produce en un contexto de violencias físicas y psíquicas que, conforme la experiencia común, turban las distintas percepciones.

En este mismo sentido, estimo pueril la crítica de la defensa sobre la diferencia entre la fecha del hecho ilícito endilgado a A. (09 de abril), y la fecha en que Muñoz fue atendido de urgencia en el hospital según la constancia obrante en su historia clínica (08 de abril). Tal como han explicado los colegas que me anteceden, claramente se trata de un error material posibilitado por la circunstancia de que el evento juzgado se produjo a la medianoche (0:30 horas), es decir, en los primeros minutos del día 09 de abril de 2010.

En suma, no le asiste en este punto razón alguna a la defensa en orden a la errónea valoración probatoria que sirve de sustento al juez para afirmar con certeza la autoría en cabeza del acusado. Así lo voto.

2) Calificación legal:

Coincido con mis colegas en cuanto a que la calificación legal correcta es la del delito de lesiones graves (Art. 90 CP), especialmente porque la tentativa de homicidio no es posible cuando se llega a la

conclusión, como veremos, de que el autor actuó con dolo de ímpetu, extremo que pasamos a considerar.

a) el juez sentenciante llega a la certeza de que el imputado tuvo dolo directo de matar, sosteniendo tal conclusión en las tres estocadas lesivas que infirió a la víctima y en la modalidad anterior a tal resultado, argumentando en este último sentido que se trataba de una pelea entre víctima y victimario -a "mano limpia"- y que el autor, en forma imprevista, saca el arma y efectúa las puñaladas.

Estamos de acuerdo en tal conclusión en cuanto a lo fáctico -que se trataba de una pelea en que la víctima estaba desarmada, y que el autor en forma imprevista le asesta la puñalada que le originó una incapacidad laboral mayor a treinta días-, pero la imputación subjetiva -esta sí una cuestión normativa- de tal supuesto la estimamos errónea, pues consideramos que una valoración jurídica del caso lleva a encuadrar la cuestión en el llamado dolo de ímpetu, el cual neutraliza toda posibilidad de subsumir la conducta en una tentativa de homicidio.

b) El dolo de ímpetu es una clase de dolo que se manifiesta en una conducta agresiva armada contra la integridad física de una persona y que, a causa de la continuidad y parcial superposición de la resolución y acción, abarca una voluntad realizadora de cualquier conducta lesiva dirigida a dañar el cuerpo de la víctima, sin importar la medida de la afectación. En este dolo el autor quiere dañar en la medida que sea, a diferencia del dolo alternativo en el que se quiere matar o lesionar o, en contraste con el dolo eventual, en el que no se quiere lesionar pero se acepta la posibilidad de un resultado letal.

Si bien la mayoría de la doctrina contemporánea lo ha dejado de lado, en el derecho argentino es necesario tomarlo en cuenta, pues si no se acepta que el dolo de

ímpetu está excluido en estos casos del Art. 42 CP, no se explicaría racionalmente el tipo penal del artículo 104 que criminaliza la conducta del disparo de arma de fuego contra persona determinada o la agresión con toda arma, acciones inconcebibles sino se las considera como dirigidas a matar o lesionar.

Es decir que estas dos acciones -disparar un arma contra una persona determinada, y agredir con arma- no pueden ser en nada diferentes que intentar matar o lesionar, lo que nos lleva a sostener la imposibilidad de la tentativa con dolo de ímpetu, interpretando las palabras "fin de cometer un delito determinado" como equivalente a dolo determinado, es decir, deberá acreditarse la existencia exclusiva del dolo de matar y excluir todos aquellos casos en que el autor quiere dañar el cuerpo de otro en forma indeterminada (cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl – ALAGIA, Alejandro – SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal - Parte General*, Ediar, Bs. As., 2000, Págs. 505 y 787-790).

c) en el caso traído para resolver, entiendo que las circunstancias particularísimas de este hecho encuadran en el dolo de ímpetu, pues de varios datos podemos inferir que el acusado obró con voluntad genérica de agresión y a consecuencia de una reacción brusca y repentina. Obsérvese que se trata de una situación próxima a la legítima defensa en la que el autor estaba siendo agredido con piedras y palabras, intentando que el grupo no se acerque a su domicilio ni agreda a su hijo, pero su defensa no fue necesaria ya que tenía la clara posibilidad de actuar de forma diferente para la conservación de sus derechos a la tranquilidad e integridad física de su hijo, y en lugar de ello, reacciona en forma brusca y desproporcionada, sin medir las consecuencias, tal como lo demuestran los mismos testigos que hacen alusión a que el autor se encontraba muy enojado y enfurecido, manifiestamente violentado, e

inclusive se detuvo luego de los puntazos, cuando nada le impedía seguir agrediendo a una víctima indefensa.

Quizás en el ánimo del autor no quepa descartar la desgracia de haber perdido un hijo como consecuencia de una agresión, cuestión que sin duda influyó en la toma de decisión de su acción. Así también lo dice la sentencia en crisis en forma muy contundente, al afirmar que el hecho se desarrolló en un marco de exaltación y desorden generalizado y que existió un forcejeo y contacto físico entre víctima y victimario que provocara la agresión con el arma, causando una lesión que no puede incluirse en el tipo penal del artículo 104, que en el caso queda desplazado por el principio de especialidad -mal llamado subsidiariedad- al superar la lesión la calificación de lesión leve. Se trata de un caso de especialidad, en la que el propio legislador caracteriza a una tipicidad de residual, mediante la cláusula “si no resultara un delito más severamente penado”, que es lo que ocurre aquí porque el tipo de las lesiones graves desplaza al tipo de agresión con arma (cfr. ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Ob. cit.*, pág. 832).

Como corolario de esta nueva calificación, se debe anular el debate sobre la pena, y reenviar las actuaciones a la Oficina Judicial a efectos de que se fije una audiencia ante el tribunal que corresponda para propiciar una nueva discusión y decisión sobre la sanción a imponer (Art. 387 CPP). Así lo voto.

3) Costas:

Por último, adhiero a la imposición de costas al acusado y a la regulación de honorarios profesionales, en los términos propuestos por el magistrado que guía el acuerdo.

De conformidad con los votos precedentes, esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1) Hacer lugar parcialmente a la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica del imputado M. G. A. -cuyas demás circunstancias personales obran en autos- contra la sentencia Nro. 2.106/11 OJ Tw dictada en fecha 12/09/11;

2) Modificar la calificación legal impuesta en la sentencia recurrida, quedando subsumido el hecho atribuido al inculpado en el delito de lesiones graves (Art. 90 CP);

3) Declarar la nulidad del debate sobre la pena, disponiendo el reenvío del caso para que el tribunal que corresponda decida la sanción a aplicar de conformidad con lo dispuesto en la presente (Art. 387 CPP);

4) Imponer las costas al acusado (arts. 239, 240, 241 y concs. CPP), y regular los honorarios profesionales en la suma de doce (12) JUS por la tarea llevada a cabo en esta etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13 y 44 de la ley XIII-4, antes decreto ley 2.200); y

5) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Omar Florencio Minatta **Roberto Rubén Portela**

La Dra. Mónica Rodríguez no suscribe la presente en virtud de su ausencia posterior al acuerdo (Art. 331 último párrafo CPP). Registrada con el Nro. 18/2011 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.