En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los 5 días del mes de marzo de 2013, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Alejandro Gustavo Defranco, Mónica Rodríguez y Omar Florencio Minatta, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados "A., M. A. psa tentativa de homicidio Trelew" (Carpeta 3795 OJ-Tw, Legajo 35387 MPF-Tw), con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por el Defensor Particular G. L. T. contra la sentencia Nro. 3196/2012 OJ Tw dictada en fecha 9/11/2012.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 14 de febrero ppdo. en la sede de este tribunal, estuvo presente el acusado M. A. A., (cuyas demás circunstancias personales obran en autos) e intervino el Dr. G. L. T. como su Defensor técnico.

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

El Juez Alejandro Defranco dijo:

1. A modo de prólogo, efectuaré una síntesis de los antecedentes del caso y de los agravios expresados por el Defensor en su escrito de impugnación, luego ratificados y ampliados durante la audiencia prevista en el art. 385 del CPP.

Mediante sentencia Nro. 3196/2012 OJ Tw dictada en fecha 9/11/2012, el Tribunal integrado por los Dres. Ana Laura Servent, Francisco Marcelo Orlando y Roberto Adrián Barrios, condenó al imputado M. A. A. a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor material y penalmente responsable del delito de Homicidio en grado de tentativa, en perjuicio de C. M., en concurso real con el de lesiones graves, en perjuicio de M. F. M., (arts. 42, 45, 55, 79 y 90 del C.P)

ambos hechos ocurridos el 9/12/2011 en esta ciudad de Trelew.

El letrado Defensor desarrolla los agravios que le ocasiona la sentencia en crisis, considerando que el tribunal ha incurrido en una errónea aplicación de la ley penal, sustentada en una caprichosa ponderación de la prueba.

Informa que el Ministerio Público Fiscal acusó a su pupilo en orden al delito de doble tentativa de homicidio en concurso real, entendiendo para ese encuadre que A. ingresó a la vivienda de los hermanos M. munido de un arma de fuego y, con dolo homicida, disparó primero a C. y luego a M., sin lograr su propósito por la eficaz acción de los médicos que posteriormente los trataron y por la intervención de los familiares que forcejearon con el acusado para evitar que siguiera disparando. Para el órgano acusador, la conducta desplegada por su pupilo fue similar en ambos casos, aconteció en el mismo espacio y en un breve lapso de tiempo.

Los magistrados, agrega, entendieron que la conducta realizada por A. en perjuicio de C. M. configuraba una tentativa de homicidio, en razón de la cantidad y dirección de los disparos producidos; en tanto por el accionar que damnificara a M. M. –que sufrió una única lesión cuando intentaba defender a su hermano-, se le atribuyó el delito de lesiones graves.

En el desarrollo de sus agravios, transcribe las partes pertinentes de los votos de los jueces. Para el Dr. Barrios, dice, el dolo homicida de su defendido respecto de C. M., quedó evidenciado "a través de la naturaleza del arma escogida,…del número de disparos efectuados sobre la humanidad…, y sobre todo, en la realización y localización del segundo…". Continúa, diciendo que la Dra. Servent tuvo en cuenta para ello, que el segundo disparo fue realizado en una "zona vital como lo es el abdomen…". Al analizar el mismo punto, aduce que el Dr. Orlando consideró que "…el disparo vertido hacia el cuerpo de la víctima, de la cintura para arriba, supone la realización del delito de homicidio,…"

Entiende así que los Sentenciantes se apoyaron en la idoneidad del medio empleado y la cantidad de disparos efectuados sobre C., para encuadrar esos hechos como tentativa de homicidio.

Destaca que si bien su pupilo utilizó la misma pistola para herir a M., esa conducta fue calificada por los jueces como lesiones graves, infiriendo que, si la idoneidad del medio empleado informa del dolo del sujeto activo, ambos hechos debieron ser calificados como tentativa de homicidio, o como lesiones graves, faltando, de lo contrario, a la lógica en el análisis de los tipos penales.

Respecto de la cantidad de disparos ejecutados sobre C. y -habiendo sido descartado por el Tribunal el dolo homicida, al evaluar el realizado sobre la pierna-, quedaría a su entender, como determinante del dolo homicida, solamente el disparo efectuado en el abdomen.

Critica la posición tomada por los Jueces al poner de resalto -para calificar la conducta de A.-, el hecho de que C. M. recibió el segundo disparo en la zona abdominal.

Para afirmar su teoría plantea, como interrogantes, cuál sería la calificación que darían los jueces al hecho, si su defendido hubiera apuntado el arma a una zona vital, pero por errar, el disparo impactara en el hombro de C. M., o si M. hubiera sido herido dos centímetros más arriba del lugar en que recibió el tiro.

Sostiene que no se consideró la declaración del imputado cuando reconoció haberlo querido herir y no matar. En este sentido, afirma que el segundo disparo se produjo en medio de un forcejeo, por lo que deduce que su cliente no pudo direccionarlo a la zona abdominal y por el contrario impactó allí por la dinámica de la lucha.

Manifiesta que A. podría haber logrado -de quererlo-, el resultado muerte, en tanto sabía dónde y cómo disparar por su condición de tirador experto, teniendo además a la víctima a su merced. Que en tal caso no lo haría al abdomen,

ya que la experiencia indica –a su criterio- que una persona herida en esa zona tiene altas posibilidades de sobrevivir.

Sostiene que fue determinante para el accionar de su pupilo, tomar conocimiento de la relación que mantenía su ex pareja L. V. con C. A. Ello le produjo un estado emocional que lo llevó a querer dañar a C. Asevera que de tal situación de animosidad, no deben los jueces inferir el dolo homicida, pudiendo concluirse con los mismos datos, que hubo por parte de A. dolo de lesionar.

Entiende que –habiendo quedado plasmado el estado emocional del acusado, los Jueces no ponderaron que el dolo de ímpetu descarta la tentativa de homicidio.

En la audiencia de impugnación el letrado requirió expresamente el cambio de la calificación legal, entendiendo que, con los argumentos dados por el Tribunal no se puede sostener el tipo penal escogido respecto al hecho que damnificó a C. M. y deberá encuadrarse la conducta de su defendido en el tipo penal del art. 90 del CP, esto es lesiones graves. Entiende que de hacerse lugar a la petición, deberá realizarse una nueva cesura de pena, ya que el encuadre legal tiene incidencia concreta en las escalas penales que se tendrán que discutir y A. carece de antecedentes.

2. Echando mano de una vez al asunto, es necesario recordar en primer lugar que el Sr. Defensor intenta hacer ver a la acción emprendida por su asistido A. como realizada con dolo de ímpetu lo que deduce de la situación emocional en que se encontraría, que estaba "sacado".

Vale recordar que "el dolo de ímpetu es el que responde a una reacción súbita, poco planificada o -como decía Carrara- el que tiene lugar por subitáneo ímpeto di affetti, por lo que normalmente coincide con situaciones de emoción violenta" (Zaffaroni-Alagia-Slokar, 2000, pág. 823), o como se dice luego, "…es el 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 la acción, abarca una voluntad realizadora de cualquier resultado o de varios resultados conjuntamente. El

fin está claro: se quiere dañar el cuerpo, pero sin determinar la medida que se quiere alcanzar…" (ib. ídem, p. 530).

En este caso, debe descartarse tal posibilidad. En efecto, si bien no puede descartarse que el emprendimiento lesivo de A. tuviera como móvil una cuestión sentimental –los celos hacia su ex pareja, infundados o no-, esa sola circunstancia no puede ser suficiente para afirmar, sin más, que la voluntad realizadora del hecho típico obedeció a una reacción súbita y poco planificada.

Por el contrario, resultó acreditado como se explicará a seguido que A. concurrió al domicilio de C. M., a sabiendas –o sospechando- que tenía una relación con la madre de su hijo, con su arma reglamentaria cargada y arremetió contra el nombrado, arma en mano, no dudando los testigos (por ej., el niño O.G. en Cámara Gesell) que lo buscaba a C. concretamente.

Si bien no puede decirse que resulta una obra arquitectónica del delito, tampoco puede afirmarse livianamente que fuera la respuesta a un estímulo disparador de la ira o un arrebato ante una ofensa a él destinada. Aún rudimentariamente, A. planeó lastimar –como mínimo- a quién consideraba su contrincante en el amor de su ex pareja y a esos fines se constituyó en su hogar.

Ahora bien, entrando al agravio principal del defensor, esto es, que con los fundamentos expresados en la sentencia no se puede sostener la calificación de Tentativa de Homicidio, debo adelantar desde ya, que no haré lugar a la pretensión impugnativa.

En efecto, de la lectura de los votos puestos en crisis, surge diáfano que las conclusiones a que arriban los jueces devienen ajustadas a las pruebas producidas en el debate oral, interpretadas ellas de acuerdo a los principios de la lógica y la reglas de la experiencia más elemental.

No debe olvidarse que la prueba de todos los elementos subjetivos del tipo, en este caso el dolo, es una de las tareas más difíciles al momento de resolver la situación del acusado por no contarse, casi nunca, con prueba directa, siendo lo más frecuente tener que recurrir a prueba indiciaria que es, por definición, indirecta, ya que el hecho que se pretende comprobar se obtiene por razonamiento al inferírselo de un hecho probado (indicio).

Para ello, es necesario la "aplicación por parte del juez de determinadas máximas de experiencia a hechos de naturaleza objetiva previamente probados…" (Ramón Ragués i Vallès; Consideraciones sobre la prueba del dolo; REJ – Revista de Estudios de la Justicia – N° 4 – Año 2004).

Ello es lo que han materializado los jueces del debate. En concreto, de los testimonios rendidos y la prueba científica producida obtuvieron datos objetivos que, procesados con las herramientas que brinda la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, elevaron a la categoría de aserciones, en particular, a dar por acreditado plenamente el dolo homicida.

Así, del voto del Juez Barrios, se desprende que funda su voto por la existencia del animus necandi a través de tres extremos. El primero, la "naturaleza del arma escogida" (textual), "…arma de fuego que como funcionario policial le fuera asignada, ergo, que conocía perfectamente y de alto poder ofensivo". En segundo término, "del número de disparos efectuados contra la humanidad de C. M." y, sobre todo, en tercer lugar, "en la realización y localización del segundo, ya que si bien en una primera oportunidad el arma pudo ser direccionada para lesionar la pierna, reincidió en el intento con un segundo proyectil que disparó en una zona vital como lo es el abdomen".

A modo de resumen, agrega el Juez Barrios –fojas 241-, "...la frenética búsqueda y acciones de A. que se referían a C. M., la entidad del arma utilizada, las coincidencias de las versiones de testigos y sobre todo, el número y lugar de los disparos que efectuara, de los que pese al primero de ellos podría inclinar la cuestión al extremo pretendido por

el agraviante, la realización del segundo percutamiento del arma hacia la zona del abdomen, ponen en evidencia el dolo homicida que certeramente acredita la intencionalidad del agente y habilita la correcta tipificación del hecho en la calificación jurídica sostenida por la acusadora…".

En segundo término, la jueza Ana Laura Servent estima que: "…se impone apreciar que es evidente la actitud que asumió A. al hacerse presente en la casa de la familia M. y que buscaba sin titubeos a C. con el arma en la mano… arma de fuego con un poder vulnerante muy poderoso, que él no desconocía por su condición de Oficial de Policía y porque justamente se trataba del arma reglamentaria…", coincidiendo con el primer argumento del inicial votante, para agregar que "...no sólo ingresó a la casa, insultó a A. y se dirigió a él, sino que cargó el arma y le disparó en primer lugar en la pierna…(debiendo) concordar con la Defensa en que, hasta aquí, ello de por sí, no permite abonar una tentativa de homicidio". Pero, continúa la magistrada, "habiendo superado tal circunstancia, A. nuevamente le disparó a (M.), pero esta vez segunda vez en una zona vital como lo es el abdomen… (considerando) que la cantidad y entidad de órganos esenciales para la vida que se ubican en esa porción de humanidad, no habilitan a asimilarlo a las extremidades como si fueran piernas o brazos, por ejemplo, a los fines de establecer el dolo de matar…".

En tercer voto, el Juez Orlando, compartiendo los argumentos que han sido numerados como dos y tres, afirma que el dolo homicida resulta revelado a partir de haber disparado en dos oportunidades, uno de los cuales fue vertido hacia el cuerpo de la víctima, de la cintura hacia arriba, "excepto que se trate de un experto tirador que hubiere delimitado y previsto que el proyectil que impactará sobre la persona no ocasionaría su muerte sino una lesión…".

3. Aún siendo suficiente para confirmar la sentencia reproducir sin más los razonamientos alcanzados por los

votantes, los que comparto, obviamente, debo, por imperio legal, analizar todos y cada uno de los argumentos vertidos por el apelante. El defensor, hábilmente, conocedor de los intrincados secretos de la retórica, secciona los argumentos del juez Barrios, en primer lugar, para atacarlos aisladamente. Analiza el argumento de la naturaleza del arma utilizada e intenta denostarlo con la idea que si se usara el mismo criterio para analizar las lesiones ocasionadas al hermano (M. M.), también se tendría que haber subsumido en las mandas del art. 79 con el dispositivo amplificador de la tipicidad del art. 42, todo del Código Penal.

Toma luego el argumento de la cantidad de disparos. Dice el abogado L. T. que la cantidad de disparos no resiste el menor análisis poniendo como ejemplo que si una persona dispara contra otra ocho disparos, cuatro en cada pierna, tendríamos también dolo homicida.

Luego considera el tercer argumento, la zona en que impactó el disparo, volviendo al terreno de las hipótesis destacando que si a M. lo hubiera herido dos centímetros más arriba de donde lo hizo también se hubieran calificado como tentativa de dar muerte y que no se tuvo en cuenta la declaración del imputado cuando reconoció haberlo querido herir, nunca matar.

Sin perjuicio de volverse luego sobre los dichos del imputado, debo decir que la tesis del Sr. Defensor no puede tener andamiaje. Hábilmente, repito, secciona los votos de los magistrados intervinientes para criticarlos en forma aislada. Remedando al personaje de Mary Wollstonecraft Shelley, pero en acción inversa, desmiembra a la construcción lógica y la pretende atacar en sus átomos pero olvidando, o pretendiendo que no se tenga en cuenta, que el poder de convicción reside justamente en su consideración homogénea, conjunta, total.

No han construido los jueces de la sentencia un Frankenstein lógico; por el contrario, de los tres elementos tenidos en consideración han inferido el dato subjetivo tan difícil de asir como es el dolo homicida.

4. Y lo han logrado en mi opinión con soltura. En efecto, no menos que plausible es la construcción a que arribaron. Si como entiendo correcto, "…el parámetro para decidir sobre la corrección de una determinada regla de experiencia no puede ser otro que la existencia de amplio consenso social en torno a su vigencia…" (Ramón Ragués i Vallès; citado), son perfectamente válidas las conclusiones a que llegan los magistrados. Juntamente analizados, no puede discutirse seriamente que quién acude a una casa armado, en busca de su morador, quien a la sazón comenzaba una relación sentimental con su ex esposa, madre de su hija, que deja estacionado su automóvil en el medio de la calle, que cuando encuentra a su presa carga el arma y le descerraja un disparo en la pierna y otro en el abdomen, conociendo por ser agente policial el poder vulnerante de su pistola 9 mm., no tenía la intención de matar.

Los tres argumentos de mención lógicamente unidos: arma de grueso calibre, dos disparos, uno de ellos en zona de órganos vitales, confirman a mi criterio la voluntad de matar. Pero debe repararse también que son claros los votos de los jueces en el sentido que, si hubiera A. querido lesionar solamente, se hubiera contentado con la lesión en la pierna; suficiente daño en el cuerpo había logrado ya como para saldar la afrenta, a estar a los dichos del imputado en la audiencia a tenor del art. 385 del CPP.

Sin perjuicio de lo dicho por A. en cuanto a que se sintió dolido, herido y que su mera intención era lastimarlo y que por eso le dispara en la pantorrilla, queda desvirtuado por el simple hecho que siguió disparando, no solo contra M., sino que otra vez –una vez como mínimo- contra C. pero ahora al abdomen. Este indicio, extraído de los testimonios del grupo familiar, que viene a rematar la prueba del dolo de homicidio, es explicado detalladamente por los jueces, en particular Barrios y Servent, pero es desatendido por el defensor, descontextualizando los

argumentos por separado, con la intención de contradecir la verdad hasta el punto de "facere de albo nigrum et de quadrato rotundum", con todo derecho, por supuesto, en aras de mejorar la situación de su asistido.

4. Por otra parte, más arriba, citando doctrina sobre la prueba del dolo, dije que por lo general no se cuenta con prueba directa. En este caso, por el contrario, contamos con la declaración de A. la que habrá que analizar a la luz de los datos objetivos tenidos por probados en el debate.

Dice el acusado que su intención fue solo lesionar y por ello, de frente a C., le disparó a la pantorrilla. Sin perjuicio de que el sagrado ejercicio del derecho de defensa admite la posibilidad que el imputado no se apegue a la verdad, debo decir que su admisión parcial de la lesión no es veraz. En efecto, contrastado este dato con el contenido de la pericia Criminalística Nro. 4/12, en particular las imágenes de la "Trayectoria nro. 3", se advierte que el disparo por debajo de la rodilla de C. M. fue realizado de espaldas y no de frente como dice.

En otra parte de su alocución, el imputado A. menciona que cuando arribó al lugar vio que C. y L. V. se daban un beso en la boca y eso "lo sacó". No puede admitirse este intento de ponerse en situación de exaltación repentina por cuanto es claro C. M. cuando declara que estaba en el patio de su casa con su hermano M. y que cuando arriba A. con el arma en la mano sale L. al patio, desde adentro, corroborado por J. M. quien afirma que los hermanos estaban afuera, la dicente con una cámara de fotos y que L. se acerca para extraer una, lo que claramente destierra aquella aserción.

Por último, afirma que en el forcejeo se da el segundo disparo. En realidad los disparos, como mínimo son tres, aunque fueron más a estar a la existencia de cinco vainas servidas conforme acta de fojas 1-2. Además, la misma pericia aludida, es elocuente en punto a que los tres disparos, y no dos, fueron hechos a distancias considerables, en nada compatible con la versión de tiros cercanos productos de tironeos, máxime teniendo en cuenta la

versión de M. en el sentido que "cuando él me suelta veo que le arroja dos tiros a mi hermano…".

5. Siendo entonces como es, que se encuentran acreditadas las proposiciones fácticas necesarias para dar por presentes en el caso las premisas jurídicas que permitan subsumir la conducta de A. en las mandas de los arts. 79 y 42 del Código Penal, respecto de C. M., y del art. 90, de su hermano M., es que se confirmará en todas sus partes la sentencia cuestionada.

En efecto, siendo que el incuso mal podía desconocer –al menos- la capacidad letal de los disparos dirigidos a C. M., uno en zona vital, siendo que armado con su arma reglamentaria se dirigió directamente contra el nombrado, considero que se encuentra acreditada la voluntad de matar, la que no se efectivizó por la intervención médica adecuada recibida por la víctima. eventual

Como se sabe, el homicidio en grado de tentativa admite aún el dolo eventual, solo descartándose, ante la existencia del art. 104 del CP (Abuso de armas), los homicidios o lesiones con dolo eventual que a la vez sean dolo de ímpetu (Zaffaroni, Alagia, Slokar, 2000, pág. 789), dolo atenuado que se descartó al inicio.

Que en el caso de M., no siendo suficiente la mera localización del disparo para acreditar el dolo homicida, habrá de responder exclusivamente por el daño causado, esto es, por el demérito en la salud que le causó una incapacidad laboral por más de un mes, en definitiva, lesiones graves del art. 90 del repertorio penal. Tal cual ha dicho la CNCrim. y Corr., sala V, 31/3/99, in re, "**C., J. y otro**": "...si el propósito de matar no aparece demostrado inequívocamente en el caso, la responsabilidad se gradúa por el resultado...".

Por todo ello, voto por la confirmación de la sentencia cuestionada.

6. Por último, corresponde imponer las costas del proceso al acusado (arts. 239, 240, 241 y concordantes del C.P.P), y regular los honorarios profesionales en la suma de veinte (20) JUS, de acuerdo a la labor llevada a cabo en esta etapa (arts. 5, 6 bis, 7, 13 y 44 de la ley XIII-4, antes decreto ley 2.200, s/texto modif. por Ley XIII-15).

La Jueza Mónica Rodríguez dijo

1. Ingresando derechamente al tratamiento de los agravios postulados por el recurrente, toda vez que los antecedentes del caso ya han sido sintetizados en el primer voto, es preciso centrar el análisis en la calificación legal que ha merecido para el Tribunal de juicio la conducta del acusado. No cuestiona la Defensa la materialidad de los hechos atribuidos, pero señala que el accionar del acusado, en particular respecto del tramo que damnificara a C. M., no constituye una tentativa de homicidio pues su defendido no obró con dolo de matar. Por ende, afirma, la responsabilidad penal de M. A. A. debe restringirse a la concreta afectación causada, solicitando que se encuadre el hecho en la figura de lesiones graves (art. 90 del Código Penal).

El abogado parte del interrogante, incisivo y profundo, acerca de cómo logran los Jueces ingresar en la subjetividad del agente y, sobre todo, cómo prueban que el acusado no tuvo voluntad de lesionar sino de matar.

Siendo que el resultado efectivamente causado no fue la muerte –continúa el letrado- y habiendo sido similar el comportamiento de su defendido en relación a ambas víctimas, resulta contradictoria la decisión de calificar como lesiones graves la conducta cometida en perjuicio de M. M., y como tentativa de homicidio la asumida contra C. M.

En mi opinión, no resulta consistente el argumento invocado para demostrar un razonamiento contradictorio de parte del Tribunal de juicio. Sin entrar a evaluar el acierto o error en la calificación del hecho que damnificara a M. M. –que no ha sido cuestionada-, lo cierto es que el distinto encuadre jurídico dado a ambas situaciones responde a diferencias sustanciales en los presupuestos fácticos

valorados y explicitados por los Sentenciantes. Así, contrariamente a lo ocurrido en relación a C., en el caso del disparo que lesiona a M. M. en la zona de la cadera los Jueces no tienen por acreditado que A. haya apuntado antes de disparar, sino que consideran que el disparo se produce en el momento en que M., al pretender defender a su hermano C., se abalanza contra él, forcejea y recibe el impacto de bala.

Siendo así pierde consistencia el argumento de que si A. hubiera lesionado la humanidad de M. unos centímetros más arriba se habría tenido por acreditado el dolo homicida. No es el lugar exacto del impacto -que no cabe evaluar matemáticamente- lo determinante, sino las circunstancias objetivables demostrativas de cuál fue la voluntad del agente.

2. Señala, con acierto, el letrado que más que evaluar la cantidad de disparos, lo relevante en la solución jurídica del caso es precisar si los mismos fueron orientados en determinada dirección y, en ese caso, hacia dónde.

En igual sentido, afirmar los Jueces que tomar la decisión el acusado de disparar un arma de fuego de alto calibre contra zonas vitales del cuerpo de la víctima –como es el abdomen, p.ej.- es indicativo de una voluntad homicida, no resulta arbitrario ni antojadizo.

Antes bien, sabemos que es una de las pautas objetivas a considerar en este tipo de ilícitos y que resulta de recibo en la jurisprudencia desde antaño, pues la experiencia común indica como altísimamente probable que la consecuencia de una conducta semejante sea la de provocar la muerte de la víctima.

Es que, como bien razonan los Magistrados del juicio, se trata de una zona que aloja órganos vitales pero, además, contiene paquetes vasculares de gran calibre, cuya lesión resulta en ocasiones irreversible y, por tanto, idónea para

provocar la muerte en escasos instantes. No resulta dirimente, pues, que A. no haya apuntado a la cabeza sino al torso del sujeto pasivo.

Ni el más diestro tirador, conocedor experto a su vez de la anatomía humana, puede seriamente pensar que es capaz de evitar con certeza el resultado muerte efectuando un disparo hacia esa zona del cuerpo con una pistola calibre 9 mm., accionada a escasos metros de distancia.

3. No es cierto que los Jueces sólo hayan ponderado las características del arma empleada y la cantidad de disparos. Todos, sin excepción, han aludido a esas circunstancias –naturaleza del arma escogida y número de disparos efectuados-, pero también a la localización del segundo impacto y, fundamentalmente, a la circunstancia -tenida por cierta- de que A. direcciona el arma hacia esa zona del cuerpo de C. M. antes de disparar. Dichos parámetros surgen, incluso, del propio veredicto condenatorio que fuera anticipado por los Magistrados antes de realizar el debate sobre la pena.

Así, si la conducta decidida y querida por el agente resulta objetivamente idónea para matar y el resultado no se produce por causas por completo ajenas a su dominio -tales como el aleatorio recorrido del proyectil, incidido a su vez por el movimiento que pueda efectuar la víctima, así como otros múltiples factores que influyen en la causalidad- justamente se configura el ámbito de aplicación de la figura de la tentativa.

4. Es cierto que no cabe desconocer la mayor dificultad que ofrece la captación y, particularmente, el lenguaje con que se trasmite el conocimiento de los denominados “hechos psicológicos”, cuya relevancia para distinguir tipos penales que admiten distintas formas comisivas es indudable.

Es preciso insistir, incluso, en la noción de que afirmar que una persona ha obrado con dolo no es formular una mera apreciación subjetiva o un juicio de valor del intérprete, como acertadamente señala el versado defensor. El dolo es un hecho y, como tal, debe probarse, así como el resto de la plataforma fáctica, aunque su conocimiento no

sea aprehensible de modo sensorial directo por el juzgador y requiera una mayor sutileza en el análisis de la información aportada al proceso.

Los interrogantes que plantea el abogado acerca de cómo distinguir un dolo de lesión de un dolo homicida se resuelven, en supuestos como el que se analiza, justamente a partir de un análisis exhaustivo y lo más neutral posible del material empírico con el que se cuenta. Pero, fundamentalmente, analizando la totalidad de la prueba de manera contextualizada e integral.

Determinar la voluntad del agente o su intencionalidad (no en el sentido de deseo o motivación, sino en el de dirección de la finalidad) exige un prolijo trabajo inductivo (inferencias que se obtienen de otras que se consideran aceptadas) que parta, justamente, de hechos probados acerca del comportamiento del sujeto para, a partir de allí, inferir otros (indicios) que válidamente puedan tenerse por ciertos en virtud de las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y la psicología común.

Cabe recordar que las máximas de la experiencia son "definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos" (Stein F., El conocimiento privado del juez Trad. de A. De la Oliva, Temis, Bogotá, 1988, p. 27, citado por Andrés Perfecto Ibáñez, En Torno a la Jurisdicción, Acerca de la Motivación de los hechos en la sentencia penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, año 2008, p. 178).

5. En el caso se ha descartado la concurrencia de factores que hubiesen podido alterar la normal comprensión del sujeto activo, más allá de su exaltación emocional. A su vez, se acreditó que el acusado tiene acabado conocimiento

sobre las características del arma, su modo de utilización y, por supuesto, su alto poder ofensivo. Explicó que realizaba asiduamente prácticas de tiro.

Es sabido que predicar dolo respecto de una conducta, como hacen los Jueces en el caso, implica afirmar que el agente obró con conocimiento y voluntad, esto es, que decidió hacer lo que hizo. El mayor o menor grado de libertad en la decisión o las motivaciones –conscientes o inconscientes- que pudieron guiar esa acción pertenecen, sabemos, al ámbito de la culpabilidad.

Por eso, decir hoy "no lo quise matar" no es suficiente, toda vez que una manifestación ex post acerca de los deseos o propósitos que hayan guiado al agente no modifica la evaluación que deben hacer –e hicieron- los jueces respecto de la información disponible sobre el hecho.

6. En el caso, en concordancia con la opinión jurídica que sienta el fallo de condena, considero que la conducta de A. en el hecho cometido contra C. M. reúne los requisitos típicos de un homicidio en grado de tentativa.

Ello así pues, si bien no cabe desconocer el estado de exaltación en que se hallaba, el contexto en que se desarrolla el hecho da cuenta de que tuvo un intervalo de tiempo suficiente como para considerar las consecuencias de su obrar y detenerse. No es el caso de quien en medio de una situación de ira, miedo o ausencia de control toma súbitamente un arma y efectúa disparos sin orden ni concierto a causa de la propia excitación. Es claro que en tales supuestos el agente "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., p. 77/79).

Así, sin perjuicio de reiterar 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 y de un obrar doloso –ya sea directo o eventual-, entiendo que en el caso la conducta de A. no exteriorizó sólo una genérica voluntad de agredir o, en todo caso, de lesionar en cualquier medida. Se trató de un obrar en el que el imputado decide, a partir de no aceptar la relación sentimental de su ex esposa con otro hombre, acudir en busca de la mujer al lugar donde presumía que se hallaba con esa persona, munido de un arma de fuego de gran poder ofensivo y accionarla en su contra. Y si bien podría predicarse como incierta la voluntad en el primer disparo, no ocurre lo propio con el segundo, pues lo dirige hacia el torso de la víctima por encima de la línea media de su cuerpo.

Los Sentenciantes han dicho que los testimonios de las personas que presenciaron los hechos, en particular del menor O.D.G., sobrino de la víctima, y de M. y J. M. –hermanas de C.-, resultan veraces y, por ende, confiables. Asimismo, han ponderado con razonabilidad que las diferencias en cuestiones periféricas de los relatos no sólo se explican por razón de lo traumático, violento y sorpresivo del hecho sino que, también, dan la pauta de la falta de acuerdo previo de los testigos para torcer o distorsionar la verdad de sus recuerdos.

Así, han ponderado los Jueces, en opinión que comparto, la circunstancia de que el acusado en todo momento intentó apartar a quienes intentaban desarmarlo, pero sin cejar en su intento de atacar a C. M. Que la agresión del acusado tuvo siempre a ese preciso destinatario, más allá de las consecuencias lesivas que pudo provocar en otras personas –como el caso de las lesiones graves ocasionadas a su hermano, M.-.

7. No encuentro consistente la afirmación de la Defensa acerca de que si el disparo que lesionó la cadera de este último hubiese impactado unos centímetros más arriba los

Jueces hubieran calificado ese hecho como lesiones graves. Al respecto, insisto, los Magistrados son coincidentes en señalar que no se demostró con certeza el dolo homicida del acusado en relación a M. M. Por un lado, han ponderado que quien estaba afectivamente unido a L. era C., no M., y que esa relación fue el detonante de la conducta agresiva emprendida. También han evaluado que al momento de presentarse en el domicilio de las víctimas A. se dirige directamente a aquél, le apunta con su arma en la cabeza y, habiéndose interpuesto L., efectúa un primer disparo que alcanza la pantorrilla izquierda de C. Esa actitud va a persistir, pues su tenaz acometimiento, como se señalara más arriba, muestra siempre a C. como receptor de la ira.

Por otra parte los Jueces valoran que el impacto recibido por M. lo fue en el contexto en que éste interviniera para conjurar la agresión que estaba sufriendo su hermano C., habiéndose producido el disparo en el marco de un forcejeo.

8. Otro relevante indicio valorado por los Sentenciantes se halla en el móvil que motorizó al acusado a obrar como lo hizo. La Jueza Servent lo califica como un "ataque de celos", pues A. -quien tenía intenciones de reconciliarse con su ex pareja- conocía o sospechaba la relación sentimental que en la actualidad la unía a C. M.

El móvil que guiara al imputado -que el amigo de su ex mujer "no se la llevara de arriba"- ha sido correctamente valorado como un indicio importante en la valoración del aspecto subjetivo de la conducta de A. Ello así, toda vez que permite contextualizar la agresión y dar sentido al obrar que ha conformado el objeto de este juicio.

9. Cabe, por otra parte, descartar lo afirmado por la Defensa en cuanto sostiene que el segundo disparo que impacta en C. M., según la versión de la propia víctima, se habría producido en un "forcejeo". Si bien M. dice que al ver que le pega un tiro a su hermano (M.) vuelve hacia la vereda y forcejea con el acusado para arrebatarle el arma, es muy gráfico al relatar que en tal situación, A. "se ceba

y me manotea la mano y me apoya… porque no fue a una distancia… me apoyó la 9 milímetros en el estómago".

A su vez M. dice que C. recibe dos disparos en el momento en que su hermano vuelve hacia la vereda, y ante la pregunta concreta del Defensor acerca de si estaba forcejeando con A. o no, dijo "estaba parado ... lejos de él", para referir luego, ante un requerimiento del Fiscal, que la distancia entre ambos era de "dos o tres metros".

La pericia balística permite corroborar que víctima y victimario se encontraban enfrentados y de pie, y que había entre ambos como máximo una distancia de 6,47 mts., espacio que se acerca a la versión dada por M. M. Cabe, por otra parte, tener en cuenta que la fotografía inferior de fs. 110 vta. del Legajo fiscal muestra sólo un halo de enjugamiento en el orificio de entrada y no de quemadura o chamuscamiento, lo cual contribuye a apuntalar la conclusión pericial.

En este aspecto, entiendo que una cosa es reconocer que existieron forcejeos y otra, bien distinta, es afirmar que el disparo impactó por casualidad en la zona abdominal de la víctima como consecuencia de la pugna de los contrincantes por tomar la pistola. Entiendo que el sentido sustancial de la respuesta de C. M. es, justamente, dejar en claro que, a pesar de la lucha, A. acciona deliberadamente el arma hacia la zona de su abdomen.

10. No existiendo dudas acerca de la idoneidad de la conducta para provocar un resultado mortal, las objetivas circunstancias reseñadas resultan suficientes para tener por cierto que no otro fue el plan del autor y, por ende, el contenido subjetivo de su conducta. Ello así, pues más allá de la exaltación anímica que determinó un obrar tumultuario –en el caso se descartó un estado de emoción violenta- "A. realizó todos los actos necesarios para ejecutar el delito (de homicidio), pero no consiguió el resultado conocido y

querido por causas ajenas a su voluntad", como bien concluye el juez Barrios en su voto.

El acometimiento armado en tales condiciones pero, fundamentalmente, el disparo dirigido a la zona abdominal de la víctima cuando ésta se encontraba a escasa distancia del agresor, cierran el círculo probatorio de un dolo de matar o, cuando menos, la clara representación de que esa era la consecuencia necesaria de su obrar, situación que, desde el punto de vista dogmático, es también un dolo directo (dolo de consecuencias necesarias).

11. Cabe, por último, descartar que el acusado haya obrado en la especie con dolo de ímpetu. Es preciso recordar que 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".

Tal como he señalado en pronunciamientos anteriores, a partir de una reconstrucción histórica sobre el sentido de la norma en cuestión se entiende que cuando la ley emplea el término determinado se refiere al dolo, pues hablar de un delito "indeterminado" es lógicamente inconcebible. Zaffaroni explica 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" (Derecho Penal, Parte General, Ediar, Buenos Aires, Año 2000, p. 789).

Sin embargo, sabemos, la defectuosa construcción sintáctica empleada por el legislador 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.

En mi opinión, el dilema dogmático que plantea el referido art. 42 no se centra en la admisión de la tentativa con dolo eventual, tesis que considero correcta. El asunto, más bien, pasa por comprender que el sentido de la terminología empleada es excluir esa tipicidad –en delitos contra la integridad física- cuando ha mediado "dolo de ímpetu".

Esta última noción se vincula a situaciones en las que el agente actúa respondiendo a una reacción súbita, no planificada o –como decía Carrara- aquella que tiene lugar por subitaneo impeto di affetti.

El maestro italiano explica que "La opinión que excluye la tentativa en el caso de dolo de ímpetu, se mantiene por Rossi, Nani, Carmignani. Cuando falta al agente el intervalo de tiempo para deliberar, el sosiego para calcular las consecuencias 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", pág. 77/79, Traducción y notas de Vicente Romero Girón, Radamillanas S.R.L.).

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 en aquella época la doctrina empleaba con frecuencia la noción de dolo indeterminado, particularmente en los hechos de sangre.

Es claro 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.

Sin embargo, considero que concurren en el caso una serie de circunstancias, ponderadas en el fallo de condena, que impiden calificar como dolo de ímpetu el aspecto subjetivo del obrar del acusado A.

Ello así, pues no se trata de una acción que sobreviene a la decisión de manera simultánea o superpuesta. El acusado no obra presa de un impulso súbito, ya que la propia Defensa narra que esa tarde A. trata de ubicar a V., la llama por teléfono, le envía mensajes de texto, la va a buscar a su casa, y al no encontrarla decide ir al domicilio de quien –supone- la estaría acompañando, munido de su arma reglamentaria. Todas estas circunstancias han sido prolijamente descriptas en la sentencia recurrida y no han sido materia de controversia alguna.

Tuvo tiempo para reflexionar en el trayecto o al llegar al lugar. Sin embargo desciende del vehículo, extrae el arma de fuego, ingresa sin autorización alguna al domicilio, insulta al amigo de la mujer, mientras lo apunta con la pistola en la cabeza. A partir de allí comienza la agresión armada contra quien era el objeto de su encono, contrarrestada por momentos por L., M. y otros familiares presentes, logrando sortear el acusado una y otra valla en pos de descargar su violencia contra C. M.

Pudo, también, desistir luego del efecto necesariamente impactante de un primer disparo; sin embargo, continúa la embestida hasta tener a la víctima frente a él y a escasa distancia, ante lo cual acciona nuevamente el arma en dirección a la zona media del cuerpo de su oponente. Todas estas circunstancias exigen, en mi opinión, descartar la hipótesis del dolo de ímpetu, propuesta por la Defensa.

12. Por todo lo expuesto, considero que la crítica recursiva no puede prosperar, por lo que he de propiciar la confirmación del encuadramiento jurídico escogido por los

Jueces del mérito en la sentencia recurrida, esto es, la de Tentativa de Homicidio (art. 79 y 42 del Código Penal).

13. Por último, comparto la imposición de costas al acusado y la regulación de honorarios profesionales, en los términos sugeridos por el colega que guía el acuerdo.

El Juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. La defensa considera que la sentencia condenatoria que recae sobre A. por el hecho que resultara damnificado C. M., padece del vicio constitutivo de error jurisdiccional en la aplicación de la ley sustantiva, toda vez que las probanzas rendidas permiten inferir la existencia del dolo correspondiente al tipo subjetivo de lesiones graves, en vez del de tentativa de homicidio, tal como lo hace la sentencia. Analizaremos cada uno de los argumentos defensistas a medida que avancemos en la decisión.

2. Como se observa, la cuestión a decidir reside en la problemática procesal de la prueba del dolo, entendido éste como saber y querer aquellos elementos del tipo objetivo que son necesarios para configurar la finalidad típica. En este punto, hay consenso en que tal actividad deberá necesariamente tener en cuenta datos objetivos, puesto que no solamente no es enteramente verificable qué es lo que conoció y quiso en su mente el imputado, sino que tampoco puede servir para ello la sola declaración del imputado al respecto, pues ella puede obedecer a una táctica procesal.

Esto no quiere decir que debamos prescindir de su postura al respecto, sino tan solo de que los elementos intelectuales y volitivos, constitutivos del dolo, que su versión nos trae, no deben ser totalmente implausibles con otros elementos probatorios. Esto significa, también, que la parte acusadora -y la sentencia que acoja su tesis- deberá basarse en pruebas de las cuales pueda inferirse que existe la certeza procesal para condenar y significa, también, que esto no ocurrirá cuando el imputado presente una

contraprueba que la refute, teniendo siempre en cuenta que basta una sola de ellas por parte de la defensa que pueda plausiblemente indicar que el hecho ocurrió de otra forma distinta a la que afirma el fiscal o querellante, para tener ya por contradicha la tesis acusadora. (Cfr. Ferrajoli, Luigi; Derecho y Razón, Trotta, España, 1995, pags. 150-151).

Ahora bien, el tema empieza a complicarse cuando se tratan de establecer los criterios o pautas para inferir, en base a datos objetivos, cuál fue la finalidad del autor, tema sobre el cual existen varias propuestas. Por ejemplo, algunos opinan que la prueba de los hechos psíquicos –saber y querer- sólo pueden inferirse conforme patrones sociales de conducta, tales como lo que habría hecho un hombre racional medio en tal circunstancia, o bien afirman que la cuestión la deciden conductas estereotipadas que son especialmente aptas, siempre desde la óptica y consenso social, para lesionar o poner en peligro determinados bienes, dando como un ejemplo de ellas las acciones de disparar un arma de fuego contra una persona determinada en dirección a órganos vitales, tildándolas como tentativas de homicidio, pues, se argumenta, si el imputado conoce el poder letal de su arma, la dispara contra una persona apuntando a órganos vitales, necesariamente de allí cualquier lego inferirá, sin dudarlo, la intención de matar. Sin embargo, entendemos que esto no es de recibo, pues si bien ello puede ser cierto mirado desde la generalidad de los casos, puede no serlo en el caso concreto por varias circunstancias.

Por esto, nos resulta preferible un criterio normativo rector de imputación subjetiva que no dependa sólo de los consensos o generalidades o de conductas estereotipadas, pues, repetimos, si bien desde esas ópticas podrían considerarse las conductas como lesivas, puede que en los casos concretos ello no sea así. Para dar un ejemplo cotidiano: es psicológicamente frecuente que las personas conozcan los riesgos concretos de su conducta, pero pueden

confiar –sea por ligereza o no- en que ellos no se van a concretar en resultados y que todo saldrá bien.

En esta búsqueda de una pauta o criterio valorativo para la imputación subjetiva, encontramos criterios más garantizadores y fiables en la doctrina de los cuales partir para determinar el dolo, como por ejemplo la tesis de la "concreción del dolo o dolo concreto" expuesta por Zaffaroni y la cercana a ésta llamada "realización del plan" de Roxin.

Acorde a ello, el dolo, como finalidad típica, debe valorarse conforme al plan trazado por el autor, es decir, sólo debe imputarse al dolo el resultado -en el caso de la tentativa el resultado de peligro concreto- si lo ocurrido coincide con lo planeado por el autor como parte de su plan, pues no existe una conducta abstracta de matar o lesionar en la realidad, sino, como dice el maestro Zaffaroni, una forma concreta de hacerlo. (Cfr. Zaffaroni-Alagia- Slokar; Derecho Penal, Ediar, Bs As, año 2000, pags. 499-502 y 512-513. Roxin, Claus; Derecho Penal, Parte General, TI, Ed. Civitas, Madrid, España, año 1997, págs. 416-417).

3. Con este marco teórico sustantivo y procesal habrá que decidir el pleito entre la postura de la sentencia y la que trae la defensa, por lo que a ellas debemos pasar.

La sentencia afirma, por un lado, que el plan del autor fue quitarle la vida a C. M. y basa tal afirmación en conocimientos del autor –algunos no discutidos por la defensa- tales como el poder letal del arma, la cantidad de disparos, la circunstancia de haber impactado en zonas vitales, la insistencia en buscar constantemente agredir a la víctima y el móvil que tenía especialmente contra ella.

La defensa, por el contrario, argumenta que los mismos conocimientos pueden ser indicativos del delito de lesiones graves, puesto que, amén de no ser decisivos para inclinarse por una u otra postura, es lo que afirma el imputado que, sabemos, hay que destruir con certeza. Agrega que su postura vendría inclusive sostenida implícitamente por los mismos

jueces, ya que con los mismos conocimientos el autor llevó a cabo la conducta agresiva contra el hermano de la víctima y, sin embargo, los jueces sostuvieron en el caso que se estaba ante el tipo de lesiones graves, descartando la tentativa de homicidio.

Adelantamos que no lleva razón la defensa y, consecuentemente, deberá confirmarse la sentencia, puesto que de los hechos probados, puede inferirse con certeza la puesta en práctica de un plan de matar, conocido y querido por el imputado, que a la postre resultara frustrado por causas ajenas a su voluntad. Siendo consecuentes deberemos, entonces, demostrar que lo ocurrido en la realidad es el resultado de lo planeado concretamente por el autor y para ello deberemos demostrar que conocía todos los ingredientes necesarios para llevar a cabo su voluntad de matar.

Sabemos que en materia de prueba de hechos psíquicos, la de indicios es la más importante, por las razones ya dadas -en tanto y en cuanto puedan destruir con certeza la versión del imputado- y a ello debemos abocarnos. Sabemos, además, que la prueba de indicios tiene necesariamente como base del razonamiento la existencia comprobada de hechos ciertos, por lo que habrá que analizar en el caso si se dan o no.

En esta senda, la sentencia aduce como hechos probados, tanto el medio empleado, la cantidad de disparos, la zona del cuerpo hacia donde fueron dirigidos, la experiencia en manejo de armas del acusado y la animadversión manifiesta contra la víctima.

La defensa trata de rebatir cada uno de esos hechos, pero lo hace en forma aislada, descontextualizada, fragmentada y no en su conjunto, es decir, razona de una forma precisamente contraria a la exigencia de la prueba indiciaria, por lo que es lógico que por ese camino llegue a la solución contraria a la sentencia. Veamos. En primer lugar, trata de descalificar como importante el medio empleado, sosteniendo que se trata del mismo instrumento que utilizó A. contra el hermano de la víctima, circunstancia que, unida al conocimiento del alto poder ofensivo de ella,

debería haber llevado a considerar el hecho contra el hermano, también como tentativa de homicidio. Luego dice que la sentencia toma, como argumento del dolo homicida, el número de disparos, cuando se trata solo de uno que dio en el estómago de la víctima, criticando que la cantidad de disparos pueda ser un indicio, ya que puede existir una multiplicidad de ellos y no constituir el caso dolo homicida, sosteniendo que lo importante es cómo se producen los disparos, bajo qué circunstancias, si los mismos fueron direccionados y hacia dónde fueron, dando como ejemplo que se puede descargar un cargador entero a las extremidades y eso sería dolo de lesiones y no de homicidio. El tercer aspecto que la sentencia toma como indicios es el lugar del impacto y la afirmación de que el disparo fue direccionado hacia ese lugar, lo cual no puede establecerse con certeza, sostiene, pues el contexto en que él se produjo lo fue en un forcejeo no sólo con la víctima, sino con los otros familiares que le querían quitar el arma, argumentando que, en esa situación, no puede fríamente apuntar y disparar hacia el estómago. En este caso agrega, además, que el impacto que recibió el hermano de la víctima fue en la cintura y los jueces calificaron tal hecho como lesiones graves, peguntándose que hubiese sucedido si el mismo impactara unos centímetros más arriba. Dentro de este razonamiento sostiene que para que haya lesiones graves, una de sus modalidades es poner en riesgo la vida de la víctima, preguntándose cuál es la diferencia con la tentativa de homicidio desde esa óptica, pues los dos tipos exigen lo mismo, sosteniendo que si se dispara en una zona que pone en peligro la vida -en este caso el estómago- puede haber lesiones graves y no necesariamente tentativa de homicidio, por lo que habrá que estar a lo expresado por su defendido en el sentido que sólo lo quería lastimar y no matar. El cuarto aspecto que critica, reside en la dificultad para establecer la libertad del imputado para elegir la zona a la

que disparó, puesto que como lo dice el imputado, la víctima y otros familiares, el disparo en cuestión se produjo en el marco de un forcejeo y ello desecha que su defendido pueda haber dirigido el arma hacia el estómago con un conocimiento claro de ello, lo cual descarta el dolo directo y sólo sirve, en todo caso para el dolo eventual, lo cual no está aquí en discusión, pues los jueces hablan de dolo directo.

Discute, por último, que el disparo sobre el estómago pueda ser estimado como un acto de ejecución propio de una tentativa, pues para ser tildado de tal, la acción debe ser inequívoca y ello se presenta si su defendido hubiese disparado contra la cabeza y el pecho, pero no contra el estómago, sosteniendo que si lo hubiese querido matar hubiera disparado contra aquellas zonas, pues nada le impedía ello e inclusive ya antes lo había apuntado en la cabeza y no disparó, pudiendo hacerlo libremente. Asimismo, argumenta que el tribunal hace hincapié en la excitación que padecía el imputado al momento de los hechos, tomándolo como indicio del dolo homicida, cuando la cuestión podría ir por el tema del dolo de ímpetu, lo cual excluye la tentativa en los casos de delitos contra la integridad física.

4. Puestos a analizar la corrección de la sentencia en cuanto al análisis de la prueba indiciaria que llevara a la condena, trataremos de demostrar que su construcción por parte de los jueces no aparece como ilógica o arbitraria, puesto que sus conclusiones son asentadas en hechos ciertos probados, graves y concordantes que llevan razonablemente a sostener la conclusión.

Entiendo que debe ponerse énfasis en el estado emocional que se encontraba el imputado, pues él es el que presidió todas las decisiones y resoluciones de los hechos, inclusive la tentativa de quitarse su propia vida. En este punto, entra a tallar la influencia que los estados pasionales tienen sobre el tipo subjetivo doloso, especialmente su influencia en la sensopercepción de las circunstancias del hecho necesarias para la finalidad típica, pues en ellas se basa el dolo. Importante aquí es la consideración de si existió o no el dolo de ímpetu, es

decir, aquél en que la finalidad del autor es dañar el cuerpo en la medida que sea, manifestada en una conducta agresiva armada contra la integridad física de una persona y que, por existir una continuidad y parcial superposición de resolución y acción, abarca una voluntad de cualquier resultado o de varios conjuntamente. Si lo diéramos por cierto en el caso, excluiría el dolo de la tentativa y llevaría el mismo a los tipos de abuso de armas tipificados en los artículos 104 y 105, sólo comisibles con tal dolo, conforme la interpretación histórica y sistemática que efectúa Zaffaroni (ob.cit.; pag.505). En este sentido, puede afirmarse que no existió aquí el citado dolo, el cual debe excluirse ya por la circunstancia de una cierta planificación y elaboración anterior de la acción, lo cual es incompatible con la superposición parcial simultánea de decisión y acción.

Siguiendo con el análisis de la significación que los estados pasionales tienen sobre los aspectos psicológicos del dolo, recordemos que en las acciones que así lo expresan hay, sin duda, una restricción de la conciencia, en la que el sujeto no ve nada más allá del fin y los medios, pero no excluye el conocimiento, sino la posibilidad de control e inclusive, en algunos casos, el recuerdo posterior de los hechos. En estos casos de excitación, el sujeto, entonces, dirige su acción y se estima que, no obstante sus impulsos emocionales, puede ver a su víctima, al arma y quiere y ve lo que hace con ella. En suma, el estado pasional no obsta a la "realización del plan" o a la concreción del dolo, aplicándose aquí los conocimientos denominados co-pensados o co-conscientes que se presentan sin una especial reflexión del autor, pero que él se los representa por experiencias anteriores en similares casos, para lo cual cabe aquí traer en el tema a decidir, su condición de policía, conocedor de su arma y del poder letal que la misma tiene como consecuencia del disparo dirigido al estómago. Como dice el

tribunal superior alemán, recordado por Roxin, en estos casos basta para atribuìr conocimientos y voluntad, la aprehensión de las circunstancias "de un vistazo". Esto significa, en buen romance, que no se requiere, la reflexión o el pensar en cada uno de los movimientos, pues el dolo requiere el conocimiento de la índole que vimos respecto de los elementos típicos necesarios para la finalidad, pero no para cada uno de los movimientos, dándose como ejemplos la de aquel tirador experto que quiere matar a otro de un disparo, en el cual el dolo no se ve afectado por el hecho de que apuntar, encarar y disparar el arma tenga lugar en casi un solo acto mediante movimientos automatizados. (Roxin, ob.cit.; 475-476).

Descartada la influencia de tales estados en el conocimiento, corresponde ahora sí analizar si los hechos sobre los cuales asientan sus conclusiones los jueces se encuentran probados y si ellos, estimados en forma conjunta, son varios y concordantes.

En cuanto a la calidad del arma y su poder ofensivo letal, no cabe duda alguna de su conocimiento por parte del autor, puesto que es la que utilizaba en su trabajo y en el polígono de tiro, tal como lo expresa el propio imputado. En este sentido, la queja de la defensa en cuanto fue utilizada para cometer, en el mismo contexto de los hechos, el tipo de lesiones graves respecto de otra víctima, no tiene absolutamente ninguna importancia, puesto que inclusive fue utilizada para otras acciones como amenazas o agresiones, por lo que tal extremo no viene al caso.

En cuanto al número de disparos, lleva parcialmente la razón la defensa en que ello no debe influir decisivamente, ya que el disparo anterior sobre la pantorrilla de la víctima fue expresamente descartado como demostrativo del dolo homicida, pero ello no hace caer totalmente el razonamiento de los jueces, pues ellos se centran, especialmente, en el segundo disparo como indicio relevante, y no en el primero, por lo que puede afirmarse que los jueces toman como determinante aquél disparo.

Respecto de la tesis defensista en cuanto a que no puede establecerse con certeza que el autor haya elegido dirigir su pistola hacia la zona vital, ya que el disparo se produjo en un contexto de forcejeo con la víctima y los familiares que trataban de arrebatarle el arma, entendemos que ello no empece a que un hombre experimentado en el manejo de armas pueda haber direccionado la misma frente a obstáculos, puesto que el accionar de tal instrumento y su efecto letal cuando se dirige a zonas vitales de una persona, se efectúa en milésimas de segundo, no siendo una valla la interposición parcial de personas, sobre todo, repetimos, en los casos de un conocedor de la dinámica en que puede utilizarse un arma de fuego. Con este contexto, cabe dar credibilidad al testimonio de M. M., en cuanto a que el autor le dispara a su hermano a más de uno o dos metros, lo que se corrobora si descartamos que el disparo se produjo en contacto con el cuerpo de la víctima, ya que una simple observación de la pericia balística nos ilustra acerca de la falta de ahumamiento, todo lo cual viene a aclarar el alcance del término "forcejeo" utilizado por la totalidad de los protagonistas centrales de los hechos.

La defensa, por otra parte, discute acerca del razonamiento de los jueces en cuanto al carácter de zona vital del impacto, alegando que la otra víctima fue impactada en la cintura y, sin embargo, no sirvió para el dolo homicida, sino para las lesiones graves. Ello es, también, parcialmente cierto, pues no hay grandes diferencias, en la caracterización de una zona como vital, entre la cintura y el abdomen en una dinámica comitiva de forcejeos. Sin embargo, ello es así, en tanto y en cuanto no existan otros indicios que puedan llevar a inclinarse por uno u otro dolo, y en el caso en estudio, existen más indicios que inclinan la balanza hacia la calificación legal de la sentencia, tales como los analizados, y el hecho de que el objetivo principal a lesionar era C. y no su hermano,

a quien sólo se lo representó como obstáculo, lo que puede, al menos, llevar a la duda sobre la existencia del dolo homicida, tal como lo deja traslucir la sentencia, apoyada, además, en la persistente y recurrente búsqueda de C., extremo que se desprende de casi todos los testimonios. En cuanto a si el estómago es o no zona vital, no cabe duda, pues una lesión en tal zona, con el poder letal del arma utilizada, es un serio riego para la vida, a tal punto de que si no hubiesen intervenido los médicos, el desenlace hubiese sido fatal. En todo caso e independientemente del razonamiento de los jueces sobre el otro hecho, el mismo no invalida el que hicieron sobre aquel que tuvo por lesionado a C.

5. Por último, la defensa trata de rebatir la afirmación de los jueces en orden a que el disparo sobre el estómago deba considerarse como acto ejecutivo de tentativa, toda vez que le falta la inequivocidad propia de los mismos. Más allá de la ventaja que pueda prestar la tesis de la inequivocidad o equivocidad, para distinguir los actos ejecutivos de los preparatorios en el ámbito procesal -no olvidemos que tal tesis es esencialmente procesalista, fundada en una cuestión probatoria-, lo cierto es que, en el ámbito penal o sustantivo, no es tan rigurosa, puesto que la inequivocidad puede ser objetiva y no coincidir con el plan concreto del autor. Por ello es preferible en esta materia la tesis objetivo/individual, según la cuál -para la tentativa de homicidio-, el peligro objetivo concreto contra la vida debe corresponderse o coincidir con el primer acto del plan, es decir, que la tentativa comenzará con aquella actividad que inicia la acción peligrosa (real y efectiva) para la lesión del bien jurídico, según el plan concreto del autor. Conforme ya se argumentó, tales momentos comenzaron a coincidir desde que apuntó y disparó contra la víctima, remitiéndonos a todo lo analizado aquí respecto del dolo.

Con todo lo anterior queda demostrado que la sentencia se basó en hechos ciertos y probados, que reúnen las características de gravedad, multiplicidad y concordancia exigidos por la doctrina y jurisprudencia como para servir

de base a la conclusión de autoría de tentativa de homicidio, puesto que tal conclusión no sólo es una derivación razonada y coherente de aquellos, sino que tampoco éstos pueden sustentar otra explicación razonable de los hechos como la que pretende la defensa. Ello es bastante, entonces, para alcanzar la certeza destructora del estado de inocencia que ampara al imputado y declarar que la refutación material intentada, en cuanto a que sólo quería lastimar, no encuentra apoyo en ninguna probanza plausible que lleve a otra explicación coherente y razonable, por lo que la sentencia deberá, en el punto, ser confirmada.

6. Finalmente, comparto los términos propuestos por el magistrado que lidera el acuerdo, en cuanto a la imposición de costas al condenado y a la regulación de honorarios profesionales.

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

S E N T E N C I A:

1) Rechazar la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica del imputado M. A. A., cuyas demás circunstancias personales obran en autos.

1) Confirmar la sentencia Nro. 3196/2012 OJ Tw dictada en fecha 9-11-2012;

2) Imponer las costas al acusado (arts. 239, 240, 241 y concordantes del C.P.P), y regular los honorarios profesionales en la suma de veinte (20) JUS, de acuerdo a la labor llevada a cabo en esta etapa (arts. 5, 6 bis, 7, 13 y 44 de la ley XIII-4, modif. por Ley XIII-15, antes decreto ley 2.200); y

3) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Mónica Rodríguez **Alejandro G. Defranco**

Omar Florencio Minatta

Registrada bajo el Nro. 4 /2013 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.

Pilar Maza
Secretaria de Refuerzo