En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los treinta días del mes de octubre de dos mil doce, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres. **Martín Roberto MONTENOVO**, en su carácter de Presidente, **Daniel Luis María PINTOS y Guillermo Alberto MÜLLER**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 27.308**, **carpeta individual n° 3.066**, caratulada: **"E., E. A. s/ Homicidio r/ víctima"**, de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación el Sr. Fiscal General, Dr. **Marcelo Cretton**, el Sr. Defensor de Confianza, Dr. **G. I.** y el imputado **C. D. V.**; y

----------**CONSIDERANDO**:----------

---- Que los días 12 y 16 del corriente mes y año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Martín Roberto Montenovo, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de C. D. V., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que

remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

Encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones, ¿resultan atendibles las nulidades articuladas por la Defensa; en su caso deviene nulo el debate?, ¿debe admitirse la impugnación ordinaria contra la sentencia condenatoria?, y de corresponder ¿qué pronunciamiento debe dictarse?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Guillermo Alberto Müller, en segundo lugar el Dr. Daniel Luis María Pintos y finalmente el Dr. Martín Roberto Montenovo.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo:

1.- Ha concitado la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por el Señor Defensor de confianza, en ejercicio de la asistencia técnica del imputado **C. D. V.**, contra la sentencia Nº 63/12, de fecha 17 de agosto de 2012, por la que se condenara al nombrado a la pena de diez años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inciso 3° del Código Penal), al declararlo autor penalmente responsable del delito de Homicidio agravado por el uso de arma (arts. 45, 41 bis y 79 del Código Penal), por el hecho acaecido en esta ciudad el 15 de marzo de 2010, y en el que

resultara víctima E. E.-

a) El recurrente invoca, en apoyo de la vía impugnativa deducida, lo normado en los arts. 363, 370, 374 y concordantes del ritual, denunciando que su defendido debe cumplir una pena como producto de una sentencia arbitraria, ilógica y que no ha valorado en debida forma los hechos a la luz de la prueba producida, las circunstancias que lo rodearon y sobre todo la mecánica del hecho pues, señaló, deviene imposible que alguien que haya disparado con un arma calibre nueve milímetros, sea condenado y sometido a encierro por un hecho cuya víctima presenta un disparo mortal de calibre veintidós largo.-

Adujo que para arribar a esta solución el Tribunal se apartó de las reglas de la sana crítica, toda vez que colocó en cabeza del imputado dos armas e impidió profundizar el contra-examen de una testigo que había afirmado que en su domicilio hubo un allanamiento, contradiciendo a todos sus anteriores parientes testigos.-

Criticó la conclusión a la que arribara en su sufragio el Dr. Hugo Américo Juárez, al dar por ciertas las afirmaciones de los integrantes de la familia E., con el argumento de por qué no habría de creerles, destacando que todo el núcleo ha mentido en un dato tan preciso y claro como la inexistencia de allanamiento en su domicilio; y frente a la afirmación de J. E. en el sentido inverso -que existió tal allanamiento-, no

sólo impidió preguntar a la defensa sino que no se ha hecho ningún tipo de valoración sobre el punto tratándose de una afirmación categórica.-

Sostuvo que no hay dudas que en el lugar de los hechos existieron dos armas de fuego, como lo afirma con claridad el Dr. S.; la cuestión radica en quien empleó el arma calibre veintidós largo, razonó, no fue su defendido sino personas del interior de la vivienda que repelieron la agresión con uno o más disparos.-

Puso de relieve que otro elemento vital que se ha omitido analizar, radica en el acta y tarea desarrollada por el Oficial M. por medio de una inspección ocular tendiente a determinar si hay impactos de bala o munición calibre veintidós en el domicilio de la víctima, diligencia que arrojó resultado negativo.-

Alegó que de esto último se desprende que su pupilo fue verás cuando expresó que sólo fue con un arma calibre nueve milímetros.-

Objetó que el Fiscal conocía esta circunstancia, al igual que la defensa, y aún así omitió imputar desde el momento que tuvo conocimiento el empleo de las dos armas, y tampoco lo hizo al momento de presentar el caso. Arguyó que aún así el Tribunal razonó en forma equivocada pues la acusación ya había superado el control judicial de la audiencia preliminar y el conocimiento de la presencia en el lugar de las

dos armas, era sabido por ambas partes.-

Puntualizó que la decisión del *A quo* de desconocer la flagrante violación al principio de congruencia, reposa en la arbitrariedad pues tal proceder le permitió despejar el interrogante sobre quién había empleado la segunda arma, concluyendo que fue **V**.-

Luego de transcribir un fragmento del art. 322 del CPP -relativo a la ampliación de la acusación-, sostuvo que el órgano acusador pudo hacer conocer a la defensa que optaba por un cambio en la continuidad delictiva pero no lo hizo.-

Objetó que se hayan soslayado los dichos de la testigo N. E., quien en forma tardía dijo que **V.** tenía un arma calibre veintidós pero nadie le preguntó si fue la que pudo haber utilizado o si efectivamente la empleó.-

Se quejó que tampoco se haya valorado que de la caja de balas halladas en la casa de L. faltaran quince balas que son las que cargaba el arma que empleó **V.** al presentarse en la casa de E.-

Atacó la forma en que los Magistrados valoraron las afirmaciones del perito en criminalística C. A., quien brindó una explicación que no ha despejado las dudas iniciales de la investigación que condujeron al Ministerio Público Fiscal a acusar por un hecho alternativo a **V**. En este sentido destacó que todas las alternativas podrían

resultar aplicables y todas tenían fisuras, como ser la posible ubicación de víctima y victimario, como así también la trayectoria del impacto que ha generado dos hipótesis de solución: a) que el tirador estuviera parado dentro del predio de la vivienda “del lado de adentro de la verja”, y b) que el tirador hubiera estado parado fuera de la verja, sobre la vereda.-

Postuló más adelante la nulidad del debate en el entendimiento de que el modo en que se condujo, no alcanza los estándares de legalidad que impone el proceso adversarial al menoscabar el derecho de defensa., reclamando la aplicación del fallo “Benítez”, emanado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vinculado con la imposibilidad de ahondar sobre las afirmaciones de una testigo que se escuda bajo la fórmula “no me acuerdo”, haciendo notar que previo a ello recordaba el hecho por el que se la interrogaba. Frente a tal actitud, criticó, el Presidente del Tribunal de juicio, ante un pedido del recurrente de arbitrar los medios para que la testigo se tranquilice y pueda recordar, optó, en forma indebida y con destrato, por manifestar “si la testigo no se acuerda no se acuerda”.-

Señaló que tal modalidad es bochornosa y limitativa del derecho de defensa y, por cierto, ilegal ya que debió advertirse a la declarante que deponía bajo juramento de ley y no darle la cobertura de evitar recordar aquello que previamente había recordado, puntualmente la

existencia de un allanamiento en su casa mediante el cual se buscaban armas de fuego.-

Destacó el aspecto medular de este déficit, enunciando dos motivos: el primero para demostrar que la familia E. cuenta con armas de fuego en su casa, y el segundo para exponer el grado de connivencia para sostener una mentira.-

También esgrimió como agravio, para reclamar la sanción procesal pretendida, la oportunidad de brindarle la palabra a la familia de la víctima luego de la defensa, señalando que el Tribunal deliberó con las palabras “frescas” en detrimento del mandato del rito sobre el particular.-

Enfatizó, tras transcribir un fragmento del art. 328 del catálogo adjetivo, que la víctima puede hacer manifestaciones antes de la defensa y finalmente, el cierre del pleno, queda en cabeza del imputado.-

Invocó en apoyo a la impugnación que deduce los artículos 18 de la Constitución Nacional; 1 y 8 del Pacto de San José de Costa Rica; 10, 18, 44, párrafo 1°, 168 y 169 de la Constitución Provincial y 82 del Código Procesal Penal de la Provincia.-

En función del razonamiento expuesto, solicitó: 1°) que se haga lugar al planteo de nulidad del debate y se ordene llevar adelante uno nuevo al amparo y custodia de los derechos de las partes; 2°)

en su caso que se revoque la condena por la falta de acreditación de la autoría, encuadrándose los hechos en la figura del abuso de armas (art. 104 del Código Penal) y, para el caso de una decisión adversa, formuló reserva del caso federal y de recurrir ante los organismos internacionales.-

b) A su turno el Señor Fiscal General en su responde a la vía recursiva deducida, propició el rechazo de la vía articulada.-

Señaló que los integrantes del Tribunal de juicio conforme, a los criterios de la sana crítica racional, han fundado acabadamente los aspectos que hacen a la autoría y materialidad, confirmando la tesis del caso planteada por el órgano acusador y desestimando la expuesta por la Defensa.-

Destacó que el Juez Juárez, que liderara el acuerdo, explicó motivada y claramente las razones por las cuales desestimó la alegada violación al principio de congruencia, al explicar que desde el inicio del debate el imputado conocía los extremos fácticos en que se sustentaba la acusación fiscal, esto es vainas servidas calibre nueve milímetros y un proyectil calibre veintidós extraído del cuerpo de la víctima, y tal es la plataforma fáctica sobre la cual el Ministerio que representa se sustentó para sostener que se hallaba probada tanto la materialidad del hecho y la autoría del imputado en él.-

Señaló que el Magistrado analizó detenidamente los

dichos de los testigos que depusieron en el debate como así también de las pericias técnicas realizadas por personal de la División Criminalística, probanzas que le han permitido una objetiva apreciación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de producción del suceso y tener por acreditados los extremos ya consignados.-

Adujo que con sólidos argumentos los restantes integrantes del Tribunal sentenciante arribaron a idéntica conclusión, desestimando las pretensiones alegadas por el recurrente, en lo que atañe a la vulneración del principio de congruencia como a la pretendida mendacidad de los integrantes de la familia E., poniendo de relieve, en sus respectivos sufragios, la coherencia y sinceridad con que se condujeron en sus respectivas deposiciones.-

Sostuvo que el Tribunal de juicio en pleno y en forma coincidente, tuvo por probado que el imputado **V.** poseía armas del calibre que se utilizaron aquella noche, esto es una nueve milímetros como una utilizó y otra calibre veintidós largo.-

Puso de relieve que un detenido cotejo de las expresiones de los testigos presenciales del suceso, permite sostener que no se verifican en ellos indicios de mendacidad.-

En lo que atañe a los agravios ceñidos a la nulidad del debate, puntualizó que el principio de oralidad y contradicción permite

tanto a la defensa como a la fiscalía interrogar al testigo y realizar un contra-examen como así también reformular determinadas preguntas. En el caso la testigo J. E. claramente manifestó una sola circunstancia y no recordaba las demás por lo que no puede ahondarse sobre una cuestión sobre la que había sido precisa al no recordar la fecha del allanamiento y sus razones.-

Tampoco puede prosperar la sanción procesal reclamada, a su entender y según expresa, porque se le haya concedido la palabra a la familia de la víctima en el debate luego de producido su alegato, lo que, según expresa el impugnante, habría provocado que los Jueces deliberaran con las palabras frescas de la víctima, pues de hecho el proceso de deliberación es el análisis de toda la prueba rendida y no sólo las palabras del imputado y de la víctima.-

2.- En la audiencia realizada a tenor del Art. 385 del C.P.P. la defensa técnica del acusado argumentó, para sostener el pedido de declaración de nulidad del debate y pretensión de llevar adelante uno nuevo, que en el desarrollo del juicio se rompió el equilibrio que debe primar entre las partes, abordando en primer lugar el cuestionamiento de diversos actos que se desarrollaron en el transcurso del juicio.-

Remarcó que el Juez que presidió la audiencia no le permitió avanzar en el interrogatorio de la testigo Y. E.; que alteró el

orden que establece el Art. 328 del C.P.P. al conceder la palabra a la víctima luego del alegato de la defensa y no se le permitió ejercer oposición a la incorporación de prueba del Fiscal en la etapa de cesura, lo que en definitiva constituyó una afectación de la garantía de defensa en juicio.-

Insistió con la falta de correspondencia entre la acusación y las conclusiones del Fiscal en la discusión final, afirmando que implica una clara vulneración al principio de congruencia.-

Por último cuestionó fuertemente la sentencia, la que a su entender carece de fundamentación suficiente para concluir que su asistido en la ocasión también llevaba un arma calibre 22 largo y que la empleó dando muerte a E. E., y que ello se debe a una valoración incorrecta de la prueba que la torna arbitraria, reiterando que V. solo debería responder en orden al delito de abuso de armas, lo que fue planteado como acusación alternativa, y recuperar su libertad.-

A su turno el Sr. Fiscal General respondió que en modo alguno el Tribunal impidió interrogar a la testigo, que fue la Defensa quien decidió no continuar con el interrogatorio y que la prueba traída a la etapa de cesura era solamente un legajo informado por el Registro Nacional de Reincidencia en el que daba cuenta de una suspensión de juicio a prueba otorgada con anterioridad al hecho. Con

respecto a la congruencia reiteró que siempre acusó por homicidio, detallando que V. causó la muerte de E. E. mediante disparo de arma de fuego y que no alteró los términos de la misma.-

En relación a la crítica a la sentencia sostuvo que la prueba fue ponderada debidamente por los Jueces y que cuenta con suficiente motivación, replicando el Sr. Defensor que la pericia balística no despejó ninguna duda, que ningún testigo ubicó a V. disparando sobre un bolsón de tierra, que nadie pudo apreciar que llevara y utilizara un arma calibre 22 largo, resultando irrelevante como indicio que realizara prácticas de tiro con un arma de esas características y que la lesión causada por el proyectil y la dirección del mismo de derecha a izquierda y de arriba hacia abajo no se corresponde con la ubicación de su pupilo, todo lo contrario indicaría que dispararon desde el interior de la propiedad.-

Por último se le dio la palabra a la madre de la víctima, clamando por justicia, y al imputado quien reiteró que se lo acusa injustamente y que el disparo fue efectuado desde el interior de la propiedad.-

3.- Fijadas las cuestiones a decidir y el orden de tratamiento, paso a analizar las nulidades planteadas por la defensa técnica del imputado, proponiendo desde ya el rechazo de las mismas.-

Conforme la reseña efectuada, el Dr. G. I. denuncia irregularidades y defectos de diversos actos practicados durante el juicio que deben llevar necesariamente a la sanción de nulidad del debate porque han impedido el debido ejercicio de la defensa en juicio y violentando el equilibrio que debe primar entre las partes.-

Resulta atinado dar un marco adecuado para atender el planteo y para ello he de señalar, como reiteradamente lo hago, que la articulación de una nulidad debe contar con debida fundamentación fáctica y jurídica, demostrando la esencialidad de él o los vicios que denuncian, y por otra parte, tener presente que las nulidades están siempre vinculadas con la irregularidad en la producción de actos procesales, pero que no todo defecto produce nulidad como bien dice Clariá Olmedo " … Confundir irregularidad con nulidad responde a un sistema formalista arcaico que felizmente hoy ha sido dejado de lado, teniendo en cuenta los fines del proceso judicial actual" (Derecho Procesal Penal T II, pág. 284, Ed. Lerner).-

a.- Señala el recurrente que no se lo dejó ahondar sobre afirmaciones realizadas por la testigo Y. E., quien admitió que tiempo atrás se había practicado un allanamiento en el domicilio del padre, no recordando la fecha en que se realizó ni que buscaban y si se produjo el secuestro de armas, sobre lo que puntualizó la parte recibiendo como

respuesta “no recuerdo”, insistiendo hasta un punto en el cual el Presidente del Tribunal lo advirtió y solicitó que continúe con el interrogatorio, por lo que entiende que tal proceder lo limitó en el ejercicio de su ministerio.-

Desde luego que el objetivo de la Defensa era extraer del testigo la información que necesitaba para construir la historia que este podía proporcionar de acuerdo a la teoría del caso presentada por la parte y ello por vía del contraexámen puesto que resultaba prueba propuesta por el Fiscal.-

Sobre el particular no se advierte de los registros respectivos inobservancia alguna a las formas de la declaración, ajustándose la misma a las previsiones del Art. 325 del C.P.P., ni que el Tribunal haya procedido de manera tal que imposibilitara la facultad de interrogar a los testigos, es más se le requirió que continúe con el examen decidiendo no formular más preguntas quedando la cuestión reducida a la apreciación de la prueba testimonial y el juicio sobre la credibilidad del testigo.-

b.- También denuncia como irregularidad la alteración por el tribunal del orden que prevé el art. 328 del C.P.P. al otorgar la palabra a la víctima luego de las conclusiones de la Defensa cuando debió expresarse antes de su exposición y que con ello el Tribunal sopesó con

mayor robustez lo dicho por ella en detrimento de la defensa.-

Desde ya entiendo y considero irrelevante el cuestionamiento desde que no se trata de una seria irregularidad de las formas sustanciales del proceso puesto que se ha cumplido con ellas sin alteración; pensar que el Tribunal por haber escuchado a la víctima luego de las conclusiones de la defensa en la discusión final influyó superlativamente en la determinación de responsabilidad penal de su asistido no resiste el mayor análisis.-

En principio, cabe señalar que, el orden que establece el Art. 328 del ritual no se trata de una formula sacramental y que en definitiva fue el imputado quien cerró el debate con sus palabras, como bien lo destaca el Fiscal en su responde y por otra parte no puede perderse de vista el sentido y alcance de otorgar la palabra a la víctima en la etapa final al amparo de la garantía de la tutela judicial efectiva (Arts. 35 C.Ch., 15 y 99 del C.P.P.).-

Ahora bien, en lo sustancial, el impugnante no ha demostrado como los Jueces en sus votos han considerado determinante las palabras de la víctima para llegar al reproche en detrimento de la defensa material ejercida por el imputado, lo que resta entidad al planteo, al margen de no extraer de los sufragios de los jueces del Tribunal de Juicio una consideración tal de los dichos de la víctima en la instancia

final de la primera etapa del juicio.-

c.- Por último, también denuncia que no se le permitió ejercer oposición a la prueba propuesta por el Fiscal para la segunda etapa del juicio, puntualmente a la incorporación de un Legajo de investigación fiscal N° 24549 cual sería el informado por el Registro Nacional de Reincidencia del que se extrae que en dicho caso se otorgó la suspensión de juicio a prueba.-

Ahora bien, en la audiencia de cesura la defensa manifestó su oposición, y si bien no surge de los registros con nitidez el trámite, el Tribunal resolvió en primer lugar no admitir la incorporación del mencionado Legajo por improcedente con fundamento en el Art. 258 del C.P.P. por lo que carece absolutamente de sustento el planteo, al margen que en definitiva luego del juicio de cesura el Tribunal impuso el mínimo de la pena prevista para la conducta endilgada, no existiendo afectación o perjuicio alguno.-

Retomando entonces los conceptos iniciales para tratar la cuestión no se verifican en el caso irregularidades tales que lleven a la nulidad del juicio, el que se desarrolló en un todo de acuerdo a lo normado por los arts. 320 ss. y cc. del ritual, y en definitiva el Tribunal ha garantizado la intervención de las partes con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos garantizados por la Constitución y el

Código Procesal (Art. 17 C.P.P.) y por ello el rechazo del planteo.-

4.- Conforme la reseña efectuada el impugnante en la audiencia del Art. 385 del C.P.P. plantea la vulneración del principio de congruencia al considerar que el fiscal general modificó la plataforma fáctica de la acusación en el alegato final al introducir en ella que su asistido disparó con dos armas de fuego, una 9 mm y otra calibre 22 largo, cuestionamiento que también efectuó al Tribunal de juicio y que fuera rechazado por unanimidad.-

Cuando hablamos de congruencia estrictamente nos referimos a la necesaria correspondencia entre el hecho imputado y aquel por el que en definitiva resulta condenado y probado en debate; en nuestro sistema procesal, a fin del debido resguardo de la garantía, los Arts. 322 y 332 la regulan y entiende el impugnante que debió proceder el Fiscal de acuerdo al primero de los artículos citados, es decir que, debió ampliar la acusación porque introdujo una circunstancia fáctica relevante no contenida en ella.-

Para abordar esta cuestión es necesario traer un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fermín Ramírez vs. Guatemala”, sentencia del 20-06-2005 como interpretación de la C.A.D.H. en el que ha dicho que el Acusador fija el objeto litigioso y constituye una unidad indivisible entre el hecho y el derecho, la que

debe preservarse durante todo el proceso puesto que es garantía fundamental del imputado y es límite de cualquier actuación oficiosa del órgano jurisdiccional. Allí también se señaló que la calificación jurídica de los hechos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas para llevar a cabo la nueva calificación, y también recordar que el objeto litigioso no impide su conformación progresiva en las distintas etapas del proceso sin que pueda hablarse de distintos objetos, sino de una unidad que se va perfeccionando y que se define al momento de valorar la prueba en el juicio público, dice Palacio: “ … El objeto del proceso penal está constituido por una pretensión evolutiva o progresiva, que como tal, comienza con la “notitia criminis”, y el pedido de medidas investigatorias y cautelares; se integra durante el periodo instructorio a través de la actividad desplegada por el sujeto o sujetos activos y el propio juez de instrucción y alcanza su definitiva configuración, transformándose de pretensión investigativa y cautelar, en la pretensión de condena mediante la acusación que determina la apertura del plenario” (Palacio, Lino. “La acción y la pretensión en el proceso penal”, Ed. Platense, pág. 548/549); así de las constancias obrantes en esta carpeta surge que el hecho a investigar que

se le hizo conocer a C. D. V. tiene estricta correspondencia con lo descripto en la Acusación Fiscal y fue el siguiente “El día 15 de marzo del corriente año (2010), siendo aproximadamente las 3:00 hs. D. C. V. se hizo presente en el domicilio sito en calle Av. E. D. Nº **** de esta ciudad, donde a los gritos desde la vereda empezó a llamar a su novia D. E. Al escuchar los gritos desde el exterior de su domicilio R. E. -padre de la nombrada- salió al exterior de la vivienda pidiéndole a V. que se retirara del lugar, saliendo al exterior también su novia N. quien también le pidió que se retirara, recibiendo como respuesta de V. amenazas de muerte hacia ella y su padre. Ante esto D. C. V. extrajo un arma de fuego con la que disparó en varias oportunidades contra la humanidad de R. E. y sus hijos N. y H. sin herirlos, efectuando además varios disparos en contra de la vivienda. En un momento dado E. A. E., hermana de N., sale al exterior de la vivienda siendo alcanzada por uno de los proyectiles, el cual le produjo lesiones …”, encuadrando la conducta en la figura prevista en el Art. 79 y 41 bis del C.P., y alternativamente en el Art. 104 del mismo cuerpo legal -abuso de armas-.-

Luego al producirse la apertura del juicio oral y público el Dr. C. presentó el caso en términos absolutamente idénticos y escuchados de los registros de audiencia sus conclusiones mantuvo el hecho descripto en la pieza acusatoria sin alteraciones.-

También se extrae de la acusación, puntualmente de los fundamentos, que el Fiscal al avanzar sobre las pruebas y abordar la autopsia y pericia balística considera como hipótesis que además de disparar con un arma calibre 9 mm, lo ha hecho con otra calibre 22 mm. largo y en oportunidad de argumentar en la discusión final considera ya probado que el imputado disparó con varias armas de fuego, lo que no implica una variación o introducción de nuevas circunstancias del hecho que integra la plataforma fáctica, conservando además la calificación legal escogida.-

Ahora bien el Sr. Defensor al introducir la cuestión ha dejado en claro que no era un extremo desconocido que la lesión que lleva a la muerte de E. E. fue producida mediante el disparo de un arma de fuego calibre 22 largo, circunstancia conocida desde el inicio de la investigación y en esa dirección elaboró su teoría del caso por lo que lejos está la posibilidad de verse sorprendido frente a la conclusión de que además de disparar su asistido con un arma calibre 9 mm. lo hizo con otra calibre 22 largo.-

Para que se conmueva la garantía de defensa en juicio es necesario que se haya producido una mutación esencial entre el hecho intimado, base fáctica de la acusación, con el hecho juzgado, produciéndose un menoscabo en la facultad de resistirla. Semejante

afectación sólo se da cuando la diversidad fáctica le restringe o cercena la posibilidad de presentar pruebas en su interés o si la diversidad comprometió la estrategia defensiva, y en el caso ofreció pruebas, pudo interrogar a todos los testigos y peritos, controló en definitiva la prueba de cargo por lo que no advierto mínimamente la aludida vulneración al derecho de defensa.-

Volviendo entonces a los conceptos iniciales brindados para introducirnos en la cuestión y comprender acabadamente el principio de congruencia, derivado de la inviolabilidad de la defensa en juicio consagrado en el Art. 18 de la C.N. resultan ilustrativas las palabras de Maier “todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato, con trascendencia de ella, sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir, cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente, lesiona el principio estudiado” (Maier, Julio. Derecho Procesal Penal Argentino, T I, pág. 336, Ed. Hammurabi). De lo expuesto se desprende que también debe existir congruencia entre el reproche final que se le hace al imputado y el o los hechos concretos que motivaron la acusación y en el caso, como quedara expuesto, el imputado y su defensor pudieron resistir en todas las etapas la imputación ejerciendo plenamente el derecho de defensa, por lo que corresponde el rechazo del planteo, y así lo voto.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

I.- Comparto las conclusiones a las que se arribara en el voto precedente, respecto a las nulidades planteadas por la Defensa del acusado C. D. V., que deben ser rechazadas. Recordemos, sobre el particular, que ha sostenido reiteradamente la CSJN que: "…en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación **restrictiva** y sólo cabe anular las actuaciones cuando un vicio afecte un derecho o interés legítimo y cause un **perjuicio irreparable**, sin admitirlas cuando no existe una **finalidad práctica**, que es razón ineludible de su procedencia. En efecto, la nulidad por vicios formales carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal; exige, como **presupuesto esencial**, que el acto impugnado tenga **trascendencia** sobre la garantía de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el **orden público**" (Fallos: 325:1404, considerando 7º, el destacado ha sido agregado al original).-

En el mismo sentido, nuestro STJ tiene dicho que el criterio rector en materia de nulidades ha de ser aquél que indica que: "...sin perjuicio de su función de garantía, ... debe andarse **con cuidado** en

materia de nulidades...los Tribunales, en general, han expuesto reiteradamente que esta sanción procesal es **último recurso** y que se debe atender tanto a la letra de la ley aplicable en la materia cuanto a la efectiva vulneración del derecho que la irregularidad implica. En otras palabras. La nulidad está apareada a la expresa determinación de la norma y, fundamentalmente, al efecto pernicioso del acto sobre concretos derechos de quien o por quien se reclama, ya que **no** hay nulidades en solo beneficio de la ley o nulidad por la nulidad misma. El **principio de trascendencia** ... importa considerar que no hay correctivo si la desviación no tiene trascendencia sobre garantías esenciales de la defensa en juicio, ya que las nulidades no tienen por finalidades satisfacer pruritos formales sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieren surgir de la desviación ... En el mismo sentido debe exponerse que es deber irrenunciable de quien invoca la nulidad de un acto –y de modo fundamental de la sentencia que pone fin al proceso, luego del debate oral y público- demostrar que la eventual exclusión habrá de conducir de modo decisivo y eficaz a una solución distinta y que 'de otro modo (la) impugnación carece de justificación que la sustente. **Toda nulidad se vincula con la idea de defensa**; si el vicio no priva a la parte de su ejercicio ni afecta la garantía en cuestión, la nulidad debe rechazarse'..." (cfme. sentencias n° 28/07 del 23/3/07 y 25/09 del 27/4/09, votos del Dr.

Pfleger -el destacado ha sido agregado al original).-

1) En lo concerniente a la cuestión relativa a las alternativas por las que transcurrió la declaración testimonial de J. B. E., en la audiencia del juicio oral y público, el registro de audio permite constatar que la Defensa no hubo de interponer recurso de reposición, o revocatoria, contra las decisiones de la Presidencia que ahora cuestiona (arts. 311, 365 y ccs. del C.P.P.); lo cual le impide en esta instancia el replanteo del tema, por extemporáneo, ya que aquella ausencia de recurso implica, además, que no opere la consecuente "reserva de impugnar la sentencia" definitiva.-

En consecuencia, no nos hallamos frente a un supuesto en que se haya negado al imputado "el derecho de examinación" a un testigo de cargo, sino una mera cuestión incidental relacionada con la dirección del debate y la moderación de los interrogatorios –v. art. 311 citado-; lo que determina en definitiva que no resulta aplicable, en el presente caso, ni medio de una interpretación extensiva el fallo "Benítez, Aníbal Leonel s/ Lesiones graves" de la CSJN, de fecha 12/12/2006, invocado por la Defensa en su recurso ordinario, ya que el mismo se vincula con la incorporación de prueba testimonial –o de cualquier otra que contenga declaraciones en contra del imputado- por lectura, en la etapa de la audiencia de debate (art. 391 del C.P.P. de la Nación), y la

ausencia de control de las declaraciones, por parte de la defensa –arts. 8.2.f) de la Convención Americana de D.D.H.H. y 14.3.e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-, que en absoluto configuran extremos que se hayan debatido en nuestro supuesto.-

2) Idéntico temperamento se impone en lo relativo al orden en que se escuchó a los familiares de la víctima, en el marco del art. 328, 1er. par., del C.P.P., y respecto a las conclusiones finales la defensa; al no haberse demostrado la existencia de un gravamen concreto, que se desprenda de la referida alteración formal de la secuencia de exposiciones.-

3) También merece esta misma conclusión, es decir el rechazo del pedido de nulidad, el punto relativo a la prueba de la etapa de la cesura, desde que no se señala ninguna relevancia concreta del tema, en la solución final adoptada por el tribunal de juicio sobre el monto de la pena; toda vez que sus miembros, por unanimidad, han valorado como atenuante la falta de antecedentes del acusado y le han impuesto el mínimo de la pena.-

4) Finalmente, acerca de la pretendida violación del principio de congruencia, diremos que aún en el marco de una relativa indeterminación del hecho de la acusación pública, desde que en su descripción no se precisó la circunstancia de una posible utilización

sucesiva de dos armas de fuego, de distinto calibre; lo cierto es que ya a partir del comienzo de la investigación, estuvo claro que el deceso de E. A. E. se había producido por un disparo de calibre 22, mientras que la prueba testimonial de cargo apuntaba mayormente al empleo de una pistola 9 mm., y en orden a la causalidad siempre se debatió en torno al mismo supuesto de hecho: imputar a V. haber extraído “un arma de fuego con la que disparó en varias oportunidades contra la humanidad de R. E. y sus hijos N. y H. sin herirlos, efectuando además varios disparos en contra de la vivienda”, y en un momento dado “E. A. E., hermana de N. sale al exterior de la vivienda siendo alcanzada por uno de los proyectiles, el cual le produjo lesiones consistentes en una herida de arma de fuego en abdomen …”.-

Cabe recordar en este punto, que la acusación fiscal cumple fundamentalmente una “función informativa”, de modo de permitir que se perciba “claramente el reproche que contiene”, para que el imputado se pueda “defender en forma adecuada” (cfme. Roxin: “Derecho Procesal Penal”, pág. 339). Y en el caso que nos ocupa, dichos parámetros se encuentran satisfechos conforme lo expuesto precedentemente, por lo que corresponde declarar que no se verifica ninguna violación de la defensa en juicio, por afectación del principio de congruencia.-

II.- Adhiero fundadamente por los motivos reseñados hasta aquí, al primer voto y me expido también en sentido negativo a esta cuestión.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

I.- No he de reiterar el detalle de los agravios, términos de la Sentencia, posturas de las partes y antecedentes del caso, remitiendo para ello a lo expuesto por los colegas que me precedieron en orden de sufragio.-

El esforzado Defensor de V. ha introducido como puntos de agravio sendas nulidades, del Debate, argumentando, entre otros puntos, que se le habría impedido interrogar libremente al menos a una testigo, y de la Acusación con impacto en la Sentencia, pues se habría producido una violación al principio de congruencia entre ambos actos (art. 332 1er. Párrafo CPPCh), en desmedro del derecho de defensa en juicio.-

No me extenderé demasiado en cuanto al primero de los vicios señalados. Hemos escuchado el registro sonoro del Juicio Oral y no se advierte de él que el letrado haya visto truncada la posibilidad de ejercer su función.-

Sí ha ocurrido que en oportunidad de declarar la testigo de cargo J. B. E., el letrado, en su contra examen, pretendió que le

brindara mayores precisiones sobre un registro domiciliario efectuado previamente al hecho de autos en la vivienda familiar, ante lo cual la joven aseveró reiteradas veces no recordar mas datos, y allí intervino el Presidente del Tribunal poniendo fin al interrogatorio.-

A lo sumo, puede catalogarse la incidencia como la colisión de dos diferentes enfoques en cuanto a la amplitud del mentado contra examen, pero no mucho más. Lo seguro, en mi criterio, es que una eventual declaración de nulidad no tendría objeto práctico, pues el mérito del testimonio ciertamente no era relevante en la decisión del caso, y con ello no existiría el interés concreto en la indicada declaración que exigen los arts. 162 y 164 del orden adjetivo, lo cual se evidenciará claramente con el tratamiento de las siguientes cuestiones.-

Algo similar ocurre con las palabras finales de los familiares de víctima en el Juicio. Coincido con el impugnante en que una recta interpretación del art. 328 del rito sugiere que la última palabra sea siempre del acusado, pues es en definitiva quién se expone a la imposición de una pena. Si bien el orden se vió alterado en el Juicio, partir de allí para justificar el aserto de que los Jueces condenaron de la manera en que lo hicieron por que lo último que escucharon fue a los familiares de la víctima, se presenta como excesivo, y desde ya, no configurativo de vicio alguno.-

II.- Algo un poco más complejo ocurre con la supuesta congruencia violentada.-

Puede leerse en la Acusación que el Fiscal propuso que V. concurrió al domicilio sito en E. D. nro. **** en la madrugada del día 15/3/010 y extrajo un arma con la que efectuó varios disparos, uno de los cuales impactó en la humanidad de E. E. El inconveniente radicaba en que todo el rastro de munición hallada en la escena del hecho correspondía a una pistola 9 mm. y la bala que pusiera fin a la vida de la víctima a un revolver calibre 22 largo, lo que se conocía desde el comienzo de la investigación, una vez realizada la autopsia.-

En la Audiencia Preliminar, el Representante de la Vindicta pública reiteró los términos de la Acusación en cuanto al suceso, como la hipótesis alternativa sobre la base del delito de Abuso de Armas (art. 104 del CP). no recibiendo objeciones de la Defensa.-

Pero una vez abierto el Debate, esta cuestionó tal aspecto de la imputación, sosteniendo que el Acusador Público no iba a poder sustentar su tesis, alertando incluso, que había abandonado su postura alternativa.-

Ya en las postrimerías del Juicio Oral, en oportunidad de la discusión final, el Funcionario Fiscal incorporó al posibilidad de la existencia de dos armas, ambas manipuladas por el acusado, el cual en

ejercicio de su derecho de defensa material, admitió haber concurrido al domicilio de la familia E. y efectuando disparos hacia él. Aunque negó haber causado la muerte de E.-

Básicamente, cuando se habla de congruencia se alude a la concordancia entre Acusación y Sentencia, en el sentido que la segunda no contenga nuevos hechos o aspectos de un suceso no incluidos en la primera, causando así un menoscabo de imposible reparación a la defensa en juicio.-

Aquí desde un comienzo se atribuyó a V. haber causado la muerte de la víctima por la acción de un arma de fuego. Si debemos identificar la estructura básica de la imputación, esa ha sido, manteniéndose inalterada durante el proceso.-

Incluso, la discordancia entre el calibre de la munición hallada en gran cantidad, dentro, y en cercanías, del predio de los damnificados y el proyectil extraído del cuerpo de la víctima también era conocida desde la etapa preparatoria.-

Entonces, al no existir datos novedosos rn ls imputación, esta pudo ser resistida a nivel probatorio y argumental por el acusado y su representación técnica, lo que aleja la sorpresa, y como sostiene Maier, sin ella la lesión a la defensa en juicio que la regulación del principio de congruencia pretende evitar (Jauchen, Eduardo “Tratado

de Derecho Procesal Penal” Tomo II, Ed Rubinzal Culzoni pag. 328).-

Es que, como se verá seguidamente, y ya hemos adelantado al momento de dar a conocer la decisión, precisamente la crítica del letrado de V. formulada durante el Debate resulta efectiva en cuanto a resistir la imputación, en el aspecto vinculado a la imposibilidad del Ministerio Fiscal de acreditar que el acusado esa madrugada manipuló dos armas de fuego.-

Entonces, si bien debemos reconocer que la descripción del hecho en el libelo acusatorio fue algo laxa, cumplió con el objetivo de comunicar al encartado, en lo elemental, sobre qué suceso de la realidad era reprochado, y la cuestión entonces se desplaza del paradigma de la validez al de la acreditación probatoria.-

Por ello, al no existir tampoco en este aspecto el perjuicio, en tanto elemento imprescindible cuando de nulidades se habla, se impone el rechazo de la invalidación peticionada.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo:

Resueltas las nulidades articuladas por la Defensa corresponde dar tratamiento a la impugnación contra la sentencia que dispuso condenar a C. D. V. a la pena de diez años y ocho meses de prisión por haber sido hallado autor penalmente responsable del delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego (Arts. 79 y 41 bis del

C.P.) en perjuicio de E. E. por el hecho ocurrido en esta ciudad el día 15 de marzo de 2010.-

Conforme los antecedentes del caso, cuya reseña efectuara al iniciar la primera cuestión, sintéticamente cabe reiterar que la crítica central a la sentencia radica en la carencia de adecuada fundamentación en cuanto afirma que su asistido en la ocasión llevaba al menos dos armas y que las empleó dando muerte a E. E. y que se debe a una incorrecta ponderación de la prueba calificando el pronunciamiento de arbitrario e ilógico.-

Adelantando la tarea debo significar que no ha sido cuestionado en modo alguno la plataforma fáctica en cuanto que el imputado V. el día 15 de marzo de 2010, siendo estimativamente las 3:00 hs., se constituyó en la vivienda de la familia E. ubicada en la Avda. E. D. Nº **** y a los gritos desde la vereda reclamaba por N.; que ante tal situación el padre de la nombrada, R. E., sale al exterior, solicitándole que se retire haciendo lo propio N. por lo que V. profiere amenazas de muerte y extrae un arma tipo pistola calibre 9 mm y comienza a disparar, apareciendo más integrantes de la familia entre ellos H. y luego E. A. quien alcanza a salir de la vivienda, cayendo herida.-

Los jueces han tenido por acreditado este extremo y lo reconstruyen a partir de los testimonios de R. C. d. C. E., padre de la

víctima, de N. V. E. y H. H. E., quienes resultan testigos directos, las inspecciones realizadas en el lugar que arrojan como resultado la ubicación de 13 vainas servidas de proyectil 9 mm en el exterior de la propiedad, también una bala, un plomo en la vivienda, orificios por impacto de proyectiles del calibre mencionado sobre lo que depuso el funcionario policial M. M., y la exposición del perito Lic. en Criminalística, C. A., sin ahondar en demasía en las manifestaciones del imputado en ejercicio de su defensa material quien en definitiva acepta esta secuencia ininterrumpida de hechos que culmina con una agresión desmedida con arma de fuego, por lo que hasta aquí extraigo de los sufragios fundamentación suficiente.-

Ahora bien, la complejidad del caso comienza a partir del resultado de la autopsia que indica y establece que el proyectil que provoca en definitiva la muerte a la víctima corresponde al calibre 22 largo, resultando esta la única prueba directa del empleo de un arma de tal rango y la hipótesis que elabora el titular de la acción es que el imputado también llevaba en la ocasión un arma de dicho calibre y que disparó con ella dando muerte a E. E., por la que se inclina y considera acreditada luego de recibida la prueba en el juicio, sin dejar de atender que en la acusación alternativamente encuadró el accionar en el abuso de armas (Art. 104 C.P.).-

Conforme expuso los hechos el Fiscal, a lo que me he referido en la cuestión anterior al analizar la aludida falta de congruencia fáctica denunciada por el impugnante y sin perjuicio de la conclusión a la que arribáramos por unanimidad, debo reconocer cierta indeterminación en este aspecto, como lo relaté sintéticamente en la audiencia brindando fundamentos al veredicto, y ello no hace mas que adunar las dificultades que presenta el caso para concluir con la certeza que requiere un pronunciamiento definitivo respecto a que en la oportunidad C. D. V. también empleó un arma de fuego calibre 22 largo y con ella causó la muerte a E. E.-

Como es sabido, las inspecciones realizadas, sobre las que depusieron los funcionarios policiales actuantes, no fue hallado rastro alguno que permita corroborar que desde el exterior de la propiedad dispararon con un arma de ese calibre; no se hallaron ni balas, ni vainas, y tampoco impactos de proyectiles 22 mm en la vivienda, igual resultado arroja la inspección de la propiedad ante la hipótesis que los disparos pudieron provenir desde el interior, que en definitiva es la que sostiene la defensa.-

De acuerdo al coincidente relato que efectuaron los miembros de la familia E. que tomaron contacto con el agresor, informan que extrajo un arma de fuego y es N., ex novia de V., la que precisa que

era un arma calibre 9 mm., aunque inmediatamente que comienza a disparar se colocan a resguardo y ninguno pudo ver si V. extrajo otra arma sin dejar de atender que el nivel de violencia y el temor generado por la situación creada por el encartado poco permite exigir mayores precisiones a los testigos en este tramo. También refieren que E. alertada por los disparos y en la creencia que su padre había sido alcanzado por uno de ellos, sale al exterior y cae herida manifestando algo como “que hiciste guacho”.-

Luego el Forense explicará el recorrido del proyectil y los órganos comprometidos, indicando su dirección de arriba hacia abajo, de derecha a izquierda y de adelante hacia atrás, y que fue disparado a distancia mayor al metro, para llegar a la pericia balística realizada por el Lic. en Criminalística C. A. sobre la que depuso en la audiencia siendo interrogado por las partes.-

Estableció, y no fue controvertido, que fueron 13 vainas servidas las halladas en el lugar, una bala percutada, y plomos, todos correspondientes al 9 mm y disparadas por una misma arma de fuego y que el proyectil extraído del cuerpo corresponde al calibre 22 largo.-

Con respecto a la ubicación del posible tirador en definitiva elabora dos hipótesis, una que lo ubica en el interior de la

propiedad y otra que lo ubica fuera parado frente al cerco de la vivienda.-

En relación a la primer hipótesis dirá que la persona que efectuó el disparo debería tener una altura considerable o haberlo hecho con su brazo alzado y por ello la dirección descendente del disparo, en tanto la segunda que el tirador se ubicaba frente al cerco a la derecha de la víctima y frente a la misma.-

El perito indudablemente se inclina por ésta segunda opción pero prudentemente no descarta la segunda, señalando que debe cotejarse con el resto de la prueba.-

De los sufragios de los jueces se extrae que descartan la hipótesis de la defensa, exclusivamente en estas conclusiones sin mayor cotejo con prueba independiente producida en la audiencia de juicio y aquí sí recepto el agravio de la defensa en cuanto carece la sentencia de adecuada fundamentación, es más, la conclusión respecto a la acción lesiva desplegada por el imputado no es explicada en forma coincidente o directamente no se la brinda.-

Del voto del Dr. Juárez sólo se extrae que descarta la posición adoptada por la defensa, pero no explica, menos fundamenta, de que manera C. D. V. empleó un arma de fuego calibre 22 largo y causó la muerte a E. E., no obstante las importantes citas doctrinarias efectuadas como lineamientos a seguir para determinar la relación de causalidad.-

El Dr. Soñis, por el contrario, expresamente tuvo por acreditado que el imputado concurrió con dos armas de fuego y que las utilizó; y otorga poca significancia determinar si V. disparó con su mano izquierda o derecha, o si el empleo del arma calibre 22 se debió a que se trabara el mecanismo de la pistola 9 mm o que había agotado el cargador de la misma, considerando determinante que el nombrado era conocido como persona que poseía armas del calibre que aquella noche se utilizaron.-

La Dra. Tassello, por el contrario, se inclina por brindar explicación a las circunstancias y manera que V. emplea el arma calibre 22 largo diciendo que “La cantidad de disparos efectuados por V., 13 vainas servidas y un proyectil en el cuerpo de la víctima, revelan un estado de furia y violencia en el acusado que llevan a razonar que utilizó en el hecho dos armas de fuego, una vez que vació el cargador de la nueve milímetros continuó con el arma de fuego 22 largo, al respecto la testigo N. E., novia de V. desde hacía un año, declaró que V. tenía armas de fuego y practicaba con su vecino en el campo, que ella lo vio con armas de fuego, dijo “tenía una escopeta doble caño, 9 mm de quince tiros y una 22 largo”.-

Se extrae de tales conclusiones que la mayoría otorga un valor decisivo a un mero indicio traído por N. E. en cuanto manifestó

que sabía que su ex novio poseía armas, entre ellas una calibre 22 largo y que hacía practicas en el campo para tener con ello probado que en la oportunidad disparó a E. E. con un arma del mencionado calibre.-

Como acabo de señalar tratándose de un mero indicio, requiere corroboración, cotejo o concatenación con otros que unívocamente permitan arribar a la conclusión, y dicho proceso no se encuentra cumplido, es más de las testimoniales tanto de R. E. como de H. E. se extrae que la ubicación del tirador no era estática y sus desplazamientos eran hacia la derecha de la propiedad hablan de un montículo de tierra y de un bolsón de arena que se pueden apreciar en las fotografías, lo que no coincidiría en principio con la ubicación del tirador de acuerdo a la segunda hipótesis del perito Ansaldo al momento de efectuar el disparo letal; es más las inspecciones realizadas en el lugar arrojan como resultado que ciertamente comenzó a disparar desde la vereda continuando la balacera desde la carpeta asfáltica y en dirección hacia la Seccional Séptima; dice el funcionario M. que las vainas estaban en hilera separadas a una distancia de un metro, una detrás de otra, lo que permite extraer que se desplazó en dirección contraria disparando en la huída siempre con la pistola calibre 9 mm. por lo que indudablemente no se trabó el mecanismo del arma permitiendo vaciar el cargador en tal oportunidad y todo esto exponencialmente nos aleja de la hipótesis por la

que se inclina el perito y que receptaron los Jueces del tribunal y la deuda respecto al autor del disparo que produjo éste resultado lesivo es evidente.-

Ante la duda debemos estar siempre a lo que es más favorable para el imputado (art. 28 del CPP y 44 VI C.CH), por lo que no es posible, menos correcto, atribuir de manera personal, directa y objetiva el resultado, con lo cual la conducta debió apreciarse y juzgar por sí misma y solo por ella deberá responder; en este sentido ya me he pronunciado en la Carpeta Judicial nº 2188 de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, sentencia nº 13 del 11/6/2012.-

Sabemos que el Fiscal produjo acusación alternativa ante la eventualidad de no poder comprobar la hipótesis en juicio, subsumiendo la conducta en el delito de Abuso de Armas –art. 104 del C.P-; ahora bien al plantear el caso ante el Tribunal de juicio luego de la apertura se inclina de lleno por la principal en el convencimiento que demostrará que fue V. quien dio muerte a E. E. Por el contrario la Defensa técnica en dicha oportunidad expone una teoría negativa del caso afirmando que el Fiscal no lo podrá acreditar y que su asistido únicamente disparó un arma 9 mm. con claras intenciones de abusar de ella, pero no de provocar la muerte a nadie y solo por ello debería responder, lo que mantuvo al formular conclusiones e insiste por esta vía peticionando en

segundo término que se revoque la condena por la falta de acreditación de la autoría debiendo encuadrarse los hechos en el Abuso de Armas del art. 104 del C.P. y para el caso otorgarle la libertad dado que se encuentra su asistido con prisión preventiva.-

Tenemos entonces que C. D. V. a altas horas de la noche se presenta en la vivienda de la familia E., munido de un arma de grueso calibre -9 mm.- y exige la presencia de uno de sus miembros a los gritos; ante la situación sale el padre familia y N., quienes le solicitan que se retire amenazando de muerte a estos para comenzar a dispararles a discreción a corta distancia agotando prácticamente el cargador del arma, incluso cuando otros integrantes de la familia también salieron, como H. y E. Desde luego todos trataron de ponerse a resguardo, es más en el interior de la vivienda también se encontraban la madre de E. E., otra hermana J. y un pequeño, hijo de N.-

Ahora bien subsumir tal accionar en el abuso de arma del art. 104 C.P. cuando se trata de una acción apta y más que idónea para provocar la muerte a cualquiera de los integrantes de esta familia, no encuentra razonable correspondencia, debiendo responder el autor por su acción, no por la totalidad del hecho por imperio del principio constitucional de culpabilidad como ya lo dejara sentado, y en el caso no sobrepasará un acto tentado en relación al art. 79 del Código Penal.-

Desde ya el cambio de calificación que en definitiva propongo al Acuerdo, no colisiona con la previsión del art. 332 del C.P.P., ya que la Defensa pudo resistir indudablemente la imputación en juicio y de hecho lo hizo, promoviendo el encuadramiento de semejante conducta en el art. 104 del C.P., es decir que de ninguna manera se afecta la identidad fáctica y normativa sustancial.-

Puede decirse que las acciones que no llegan a su consumación por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, quedan en grado de tentativa, siempre que la figura en cuestión lo admita, como en este caso, y corresponde su castigo sobre la base del peligro que hizo correr al bien jurídico protegido, en fin consideran el disvalor jurídico que denota la conducta de V. Así quien dispara a discreción (14 oportunidades) una pistola calibre 9 mm. a corta distancia contra personas no puede dejar de preveer seriamente la posibilidad de que una de ellas muera; sino obstante ello lo hace cualquiera sea su finalidad directa, toma a su cargo tal resultado posible y aceptó el riesgo que implicaba su acción, al menos con dolo eventual, y para ello no dejo de considerar que la doctrina no es pacifica en admitir el dolo eventual en la tentativa como sostiene Enrique Bacigalupo “…si para la consumación es suficiente con el dolo eventual, también lo será para la tentativa”; y no puedo dejar de mencionar la postura de Zaffaroni, quien sostiene que “…la referencia a

delito determinado no excluye la posibilidad de una tentativa con dolo eventual, pues la palabra determinando del art. 42 del C.P. tiene otro sentido, dado que de ninguna manera puede haber un fin de cometer un delito indeterminado, lo que sería una monstruosidad ontológica" (E. Bacigalupo, "Derecho Penal. Parte General", pág. 472 2da. Edición, ed. Hammurabi – E. Zaffaroni, "Derecho Penal. Parte General", pág. 788, ed. Ediar).-

En definitiva, la calificación jurídica de la conducta debe readecuarse quedando como Homicidio agravado por el uso de arma en grado de tentativa (arts. 79, 41 bis y 42 del C.P.) y corresponde el reenvío del caso para la nueva cesura de pena y así voto.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

I.- 1) El Tribunal de juicio ha tenido por acreditada la materialidad del hecho motivo de juzgamiento, en los siguientes términos, sin que ello haya sido motivo de controversia en la presente etapa de impugnación: "…**el óbito** de quien en vida fuera E. A. E., se produjo **por una herida de arma de fuego** con orificio de entrada a nivel del abdomen sobre el costado derecho, por encima del hueso ilíaco, sobre la línea media del cuerpo, ingresando el proyectil de derecha a izquierda, mirando el cadáver de frente, de adelante hacia atrás sin orificio de salida, sin signo de ahumamiento, con anillo de fisch completo, que lesionó el

intestino delgado, parte del intestino grueso, impacto el lóbulo hepático, lesionó la vena cava, impactó en la columna vertebral, luego se dirigió hacia arriba alojándose en el tórax; que se trató de una lesión mortal, que **provocó una hemorragia importante y la muerte**; lo que fue explicado por el Dr. Calixto González al informar respecto de la **autopsia** que le practicó, … y quedó documentado en el **certificado de defunción** que se incorporó a la causa **sin cuestionamiento** de las partes" (del voto del Juez penal Juárez a la Primera cuestión, el destacado me pertenece).-

Ante esta conclusión certera e indiscutida, entiendo que no es posible sostener que en el caso faltó la consumación del tipo objetivo del delito de Homicidio; o, lo que es lo mismo, que se encuentre incompleto por haber quedado el ilícito en grado de tentativa, tal como lo propone el colega que me precede en el orden de votación. La discrepancia planteada por el impugnante respecto a la sentencia recurrida finca, únicamente, en la determinación de la autoría de aquel injusto, y en nada se relaciona con su grado de perfeccionamiento –que, reiteramos, no ha sido puesto en tela de juicio-.-

2) El razonamiento del Juez de primer voto de la sentencia impugnada, en orden a la autoría del hecho, consiste en haber practicado un "ejercicio de supresión mental", mediante el cual arriba a la conclusión "…sin duda alguna, que descartando la presencia única del

imputado en el tiempo del suceso, lugar y por la acción por él desplegada en el mismo, el resultado muerte de E. A. E., por herida de arma de fuego no se hubiera producido" (del voto del Juez penal Juárez a la Primera cuestión).-

Encuentro que esta aseveración de uno de los miembros de colegiado interviniente en la audiencia de debate –que decidió por unanimidad de sus integrantes-, reconoce adecuado respaldo en el cuadro probatorio que se ha obtenido a resultas del juicio oral y público. En efecto, el contexto en el que sucedió el hecho nos indica que, en horas de la madrugada, cuando ya los miembros de la familia E. se hallaban descansando, fueron sorprendidos por la presencia en el exterior de la vivienda del acusado C. D. V., novio de una de las hijas de la familia de nombre N. V. E., y realizando disparos de arma de fuego contra el inmueble y sus ocupantes. Es decir, que el primer dato relevante que debemos destacar es que la muerte de la víctima E. no ha sido consecuencia de un enfrentamiento de grupos rivales, en la vía pública, ni tampoco el desencadenante de un espiral de violencia a partir de una discusión familiar, entre amigos, vecinos, etc., sino que la causalidad fue puesta en marcha unilateralmente por la conducta agresiva del acusado, quien tomó por sorpresa a esta familia, cuyos miembros no han podido dominar la situación.-

Además de la prueba testimonial, obviamente rendida por los familiares directos de la víctima, en su calidad de forzados protagonistas del hecho, vemos oportuno destacar el valioso testimonio de referencia del Oficial Ayudante M. M. M. quien, como se ocupa de resaltarlo el ya citado Juez del primer voto de la sentencia recurrida, se hizo presente en el lugar del hecho, "…esto es en calle E. D. n° ****, … en el móvil RI-114, … a las 03.10 horas, es decir **casi inmediatamente al cese de la agresión armada** de la que era objeto la familia E. por parte del imputado V., al punto que al arribar al lugar el funcionario policial divisa sobre el frente de la puerta de acceso a la vivienda a **una mujer con un presunto impacto de arma de fuego en el abdomen**, que al entrevistar en el lugar al Sr. R. C. d. C. E., el mismo identifica a la persona herida como **su hija E. A. E.** …" (fs. 82), el destacado ha sido agregado al original.-

En cuanto a la autoría, el preventor depuso en el juicio oral y público que, inmediatamente, entrevistó allí al padre y a una de las hermanas de la víctima –se trata de la novia de V., N. E.-, quienes le informaron que había sido V. el autor de los tiros; que si bien inicialmente estuvieron dirigidos hacia R., y también contra la vivienda, finalmente hubieron de impactar contra E., en un momento en que la misma salió de la casa, siendo entonces alcanzada por un disparo que resultó letal.-

Por otra parte, el padre de la víctima negó en su declaración en el juicio oral y público la tenencia de armas de fuego en su domicilio; extremo relevante en el caso, y que también fuera corroborado por el citado testigo M., en cuanto a que en esa primera diligencia prevencional que él llevara a cabo, no se encontraron armas en el lugar.-

3) El resultado mortal fue producido por un proyectil calibre 22, y por otra parte, el ya mencionado testigo M. dio cuenta del secuestro, luego de la primera inspección ocular practicada en el lugar del hecho, de trece (13) vainas servidas, correspondientes a otro calibre. El perito C. A., en su deposición ante el Tribunal de juicio, avaló como posible la hipótesis de que el autor del hecho haya utilizado diferentes armas, –inclusive, a partir del secuestro de un proyectil calibre 9 mm percutado, pero que no alcanzó a ser disparado, puede inferirse válidamente la siguiente secuencia: que en un primer momento se usó un arma calibre 9 mm, que luego la misma se trabó, y finalmente se recurrió al empleo de un arma calibre 22-. Además, un testigo aportado por la Defensa de V., A. E. L., amigo del acusado y tenedor de armas, confirmó haber escuchado que el encartado también tenía armas de fuego en su poder; y por último el indicio de conducta precedente más relevante, lo aporta la entonces novia de V., N. V. E., quien declaró en su testimonial haberlo visto en poder de distintas armas de fuego, entre las cuales se

hallaba “un Tala 22 largo”.-

El voto emitido en último término, correspondiente a la Jueza penal Tassello, recoge la línea de razonamiento que se viene exponiendo, en los siguientes términos: “La cantidad de disparos efectuados por V., trece vainas servidas y un proyectil en el cuerpo de la víctima, revelan un estado de furia y violencia en el acusado que **llevan a razonar** que utilizó en el hecho dos armas de fuego, una vez que vació el cargador de la nueve milímetros continuó con el arma de fuego 22 largo, al respecto la testigo N. E., novia de V. desde hacía aproximadamente un año, declaró que V. tenía armas de fuego y practicaba con su vecino en el campo, que ella lo vio con armas de fuego, dijo ‘tenía una escopeta doble caño 9 milímetros de quince tiros y una 22 largo’. Si bien, la testigo N. E. expresó que vio en la mano izquierda de V. una pistola 9 milímetros, quedó probado que al momento que E. E. salió al porche de la vivienda, N. se encontraba en la cocina junto a su hija, en este sentido fue preciso R. E. al explicar ‘nunca estuvimos los cuatro afuera’…” (el destacado ha sido agregado al original).-

Esta motivación resulta suficiente para explicar lo sucedido, en términos de sana crítica racional; no siendo necesaria mayor precisión en orden al cambio de armas, en manos de V. Por lo demás, si bien es cierto que uno de los Jueces avanzó más en la reconstrucción

posible de lo sucedido –primer arma disparada hasta vaciar el cargador-, ello no supone que incurra en vicio de autocontradicción con los restantes votos que le preceden, que añaden como posible también, que el arma se hubiera trabado (voto del Juez penal Soñis).-

La Sala Pernal del Superior Tribunal de Justicia ha sostenido sobre la fundamentación de la sentencia, que: "…El artículo 330 del Código Procesal Penal, Ley 5478, establece las formas que han de seguirse en la confección de la sentencia. La norma, en líneas generales, guarda simetría con su antecedente, el artículo 358 del CPP Ley 3155, y demarca el sendero para que el Juez desarrolle los argumentos en que basa la decisión que la epiloga necesariamente. El rito impone ciertas precauciones para resguardar al decisorio de los riesgos de la arbitrariedad, al obligar al emisor a conformar un adecuado discurso de justificación; precave de la incongruencia al obligar a una exposición nítida del contenido del debate y de los hechos fijados como consecuencia y, por fin, asegura el cumplimiento del principio republicano de difundir el acto de gobierno que la sentencia implica en el caso concreto, todo con miras a que el destinatario y el pueblo conozcan y puedan someterla a crítica, traducida, en términos procesales, en la deducción de recursos por los interesados. En resumen de cuentas, la sentencia debe ser: "...a) completa -conteniendo en su parte resolutiva la decisión respecto de todas

las cuestiones que han sido objeto del proceso, calificando el hecho y determinando sus consecuencias jurídicas-; b) expresa y precisa, indicando con exactitud los alcances de la decisión, monto de la pena impuesta y de las indemnizaciones si fuera el caso y la calificación jurídica con indicación de las normas legales aplicadas; c) clara, de modo que no dé lugar a confusiones o incertidumbres; y d) no debe ser contradictoria...” (ver Francisco J. D´Albora, en su “Código Procesal Penal de la Nación- Concordado y comentado”, Ed. Lexis Nexis). Ahora bien, estos preceptos no condicionan el estilo; la manera en que el Juez elabora la sentencia, sea individualmente o como miembro de un Tribunal colegiado. Los modos de combinación de los signos lingüísticos que aplica hacen a su particular identidad particular, y no pueden ser censurados por la mayor o menor adhesión del lector; en ello va el gusto, no el valor que las normas adjudican. Por eso es que sea cual fuere el análisis semántico del sufragio del doctor (…), no puede decirse que haya infringido las reglas que circunscriben su manera de actuar…” (voto del Dr. Pfleger).-

4) Concluye la Magistrada citada: “En verdad, **ningún elemento o indicio objetivo serio** ha aportado la Defensa para llevar a concluir que el disparo que produjo la muerte de E. …provino desde el interior de la vivienda o de parte de otro tirador distinto a V. … Con sus

dichos el acusado solo pretende colocarse en una situación más favorable en el proceso, habiendo sido **rebatidos durante el juicio** por las pruebas testimoniales, inspección ocular, autopsia y pericia balística", el destacado ha sido agregado al original.-

Profundizando el análisis de la Jueza penal citada en último término, entiendo debe destacarse que existe consenso en el ámbito de los estudios realizados en materia de litigación adversarial, que la teoría del caso debe ser siempre "verosímil, convincente, y aceptable para el tribunal"; y ello con independencia, en el caso de la defensa, que su estrategia sea de la denominada "positiva" o "negativa" –en cuanto a proponer una versión de los hechos distinta a la de la acusación, o simplemente limitarse a negar los extremos de ésta, señalar sus defectos, etc.- (cfme. Moreno Holman, Leonardo: "Teoría del caso", edit. Didot, pág. 35).-

Agrega el autor citado que: "…la teoría del caso es verosímil cuando **los hechos son probables**, por haber correspondencia entre las circunstancias de personas, tiempos y lugares narrados…"; como asimismo que la credibilidad de la teoría del caso "se relaciona necesariamente con **una versión de hechos lógica**, que consulta **reglas de experiencia** y que guarda concordancia con el encadenamiento sucesivo y temporal de los hechos" (el destacado me pertenece).-

En el caso concreto, tenemos que como lo ha señalado la Jueza citada, no se han aportado elementos de convicción serios que permitan el juego del principio de la duda razonable, ni para hipotizar que ha existido más de un tirador, ni menos aún que alguno de ellos se haya encontrado en el interior del predio que ocupa la vivienda de la familia E. Por el contrario, las referidas máximas de la experiencia respaldan la tesis acusatoria, porque nada conduce a descartar que V. haya tenido en su poder, y utilizado, más de un arma de fuego sucesivamente; primero porque precisamente la experiencia cotidiana, es la que nos muestra que muchos individuos tienen en su poder un gran número de armas de fuego, y además porque en particular respecto a V., contamos con testimonios que avalan la preexistencia de aquellas a su disposición, con anterioridad al hecho.-

Sobre las reglas de la experiencia, recordemos que se enseña que el juez, “un sujeto asimilable al ciudadano culto estándar”, goza de habilitación bastante “para desenvolverse dentro del campo de la experiencia común” (cfr. Ibáñez, Perfecto Andrés, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pág. 163 y ss.). El mismo autor, en otra obra, por su parte cita la definición del jurista Frederich Stein sobre las máximas de la experiencia -entendidas como “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" (Ibáñez, Perfecto Andrés, *Justicia penal, derechos y garantías*, Edit. Palestra y Temis, Lima–Bogotá, 2007, pág 180).-

En orden a la no aplicación en el caso del principio *in dubio pro reo*, si seguimos una recta interpretación de la reconocida frase: "más allá de toda duda razonable" -que fue creada históricamente para instruir a los jurados, en el sistema anglosajón-, veremos que la misma se entiende en el sentido que el juzgador en la sentencia, debe alcanzar una convicción sobre la culpabilidad que "se fundamente en **bases de pensamiento sólidas**"; y si bien es muy difícil probar un hecho "hasta las ultimísimas consecuencias", de lo que se trata es que la hipótesis alternativa a la que deriva de las inferencias inculpatorias, "no esté basada a su vez también en buenas inferencias". Porque si "por supuesto que todo puede haber sucedido de otro modo", de lo que se trata es de que esa hipótesis alternativa pueda ser demostrada; en consecuencia, si la misma –hipótesis alternativa- es la inocencia, pero no es posible esa demostración, entonces "**debe declararse la culpabilidad** si esta última sí posee, en cambio, una **base inferencial bien construida**" (cfme. Nieva

Fenoll, Jordi: “Fundamentos de Derecho Procesal Penal”, edit. B de F Ltda. Montevideo, año 2012, págs. 281 y ss., el destacado ha sido agregado al original).-

5) El perito A. ha explicado técnicamente cuáles deberían ser las condiciones físicas de un tirador, ubicado hipotéticamente en el interior del predio, para que sea posible que hubiera producido el resultado muerte de E. E. –estatura de más de 1,80 m.-; y los jueces del debate han razonado acertadamente, para descartar esta alternativa, que no existe ningún miembro de la familia que presente estas características. Pero además de ello, debe también tenerse en cuenta que las referidas reglas de la experiencia y la lógica conspiran claramente contra la seriedad de esta tesis: cómo es posible que una familia que fue sorprendida en la madrugada por un ataque a balazos, en su domicilio, y que no se demostró que hubiera repelido el mismo con idénticos medios, sea la responsable del disparo que mató a una de sus integrantes? En su caso, si el tirador no fuera uno de sus miembros, por qué razón habrían de ocultar su identidad y existencia misma, a las autoridades prevencionales que de inmediato se constituyeron en el lugar? Solo para incriminar falsamente al acusado V. -quien recordemos frecuentaba la casa hasta ese momento, por su relación con N.-?.-

Los principios lógicos de no contradicción y razón

suficiente nos conducen a concluir que los interrogantes formulados no encuentran una respuesta adecuada, sino en la hipótesis de la acusación asumida por el tribunal del debate: el autor del disparo mortal es el acusado V., quien lo hizo desde el exterior de la vivienda de la familia E.; por ser esta la que cuenta con mayores índices de corroboración, en el cuadro probatorio que emerge del juicio oral y público.-

Por último, agregaremos que el argumento defensista relativo a la zona del cuerpo en que la víctima recibió el disparo –flanco derecho (cfme. apartado I.1)-, no resulta decisivo en orden a la determinación del sitio en que se hallaba el tirador, si se toma en cuenta que la ubicación de las vainas secuestradas por M., era “en fila”, de izquierda a derecha, separadas entre ellas por una distancia de 1 y ½ mts. (cfme. voto del Juez penal Juárez); todo lo cual permite hipotizar entonces, sobre un autor que se ha ido desplazando, durante su faena delictiva, con la variación consiguiente de los posibles ángulos de disparo respecto a la vivienda de la víctima.-

6) La calificación legal del Homicidio también resulta adecuada. Recordemos que: “Siendo el objeto del dolo el riesgo propio de la conducta y exigiendo el conocimiento de ese riesgo típicamente relevante se deduce, de forma inmediata, la afirmación de que el sujeto ha previsto el resultado. El resultado previsible está implícito en el riesgo

conocido por el autor: el conocimiento propio del hecho doloso comprende la ‘previsibilidad individual del resultado’. ..La determinación de la existencia de dolo ha de considerarse *ex ante*, en el momento en que se desarrolla la conducta del sujeto,…El dolo es, pues, conocimiento *ex ante* por el autor del efectivo riesgo concurrente en su conducta…” (cfme. Corcoy Bidasolo, Mirentxu: “Concepto dogmático y procesal del dolo….”, análisis de fallo en la obra: “Jurisprudencia de Casación Penal”, t. 3, edit. Hammurabi, Patricia S. Ziffer dirección, págs. 175 y ss.).-

El tribunal de juicio ha sostenido, en nuestro caso, y en esta misma línea de interpretación: “… tal como se ha acreditado en la presente causa, C. V. y con armas en su poder, se hizo presente en el domicilio de la Familia E. Si bien su primera actitud consistió en amenazar de muerte tanto a R. (sic) como a N. E., lo cierto es que la totalidad de los disparos que esa madrugada efectuó el imputado, estuvo dirigida hacia la vivienda, lugar en los que se encontraba el grupo familiar. Recuérdese que N. y R. ante la balacera que había comenzado V., corrieron a resguardarse al domicilio. En esas circunstancias, ante la distancia entre el tirador y la vivienda, la gran confusión generada por la totalidad de los disparos que venía efectuando el imputado y las corridas que ello generó en la familia E., sin lugar a dudas el imputado debió prever y representarse el resultado, como producto de la gran cantidad de

disparos efectuada y la utilización de dos armas en el lugar de los hechos. Tal como fue corroborado por los testigos y no controvertido por la defensa, V., en esa época, era pareja de N. E., con lo cual conocía quiénes vivían en esa propiedad y la existencia de niños en la misma. Recuérdese que N. tiene un hijo menor de edad. De manera que, V., sin lugar a dudas, debió y pudo prever el resultado como posible, en atención a la cantidad de disparos que efectuó contra la humanidad de los integrantes Familia E. y de la vivienda en donde se encontraban el resto de los integrantes, entre los que había niños. Recuérdese que uno de los impactos, con orificio de entrada por la ventana de la propiedad, rebotó en una de sus paredes internas de la casa, quedando allí alojado el plomo que luego fuera secuestrado. Con su acción, V. actuó en forma voluntaria y con conocimiento de lo que estaba haciendo, y previendo el resultado como posible, no realizó ninguna acción tendiente a evitarlo y solamente cesó una vez que se produjo el mismo, vale decir, una vez que la víctima fue alcanzada por uno de los disparo" (del voto del Juez penal Soñis).-

El criterio tomado en cuenta por los jueces de grado, para concluir en la responsabilidad a título de dolo, del autor del hecho C. D. V., por el Homicidio de E. A. E., se compadecen con las pautas que suelen observarse en casos como el presente, conforme a las máximas de la experiencia que forman parte de la valoración de la prueba según la

sana crítica racional.-

Sobre este particular, en reiterados precedentes (v.g. las sentencias n° 15 y 27/11), hemos citado la doctrina que enseña: “Tal como acontece con uno de los elementos constitutivos del tipo, el dolo debe ser probado; mas tal prueba es difícil, dado que se trata de inferir un proceso psicológico interior **a partir de hechos exteriores** conformes al tipo delictivo… el órgano juzgador debe tener en cuenta *todas las circunstancias* que puedan adquirir un **valor sintomático** para la existencia de la voluntad culpable. Así, según la enseñanza de la jurisprudencia, la prueba de la existencia del dolo puede ser **deducida de todas las modalidades extrínsecas de la conducta**, del fin perseguido por el agente, del comportamiento exhibido por el culpable tras la comisión del hecho (con cita de la Corte de Casación italiana). Por ejemplo, para probar el **dolo en el homicidio**, es típica la referencia a elementos como el ‘móvil’ del delito, el medio de agresión utilizado y el número de golpes inferidos, la parte del cuerpo agredida, etc.” (cfme. Fiandaca-Musco: “Derecho Penal. Parte general”, edit. Temis, año 2006, pág. 371, el destacado me pertenece). Añaden los autores citados, que: “Para valorar todas las circunstancias potencialmente significativas, resultarán **útiles** las *reglas de la experiencia* ... la conformidad a dichas reglas **es suficiente** para considerar demostrado el hecho psicológico en

cuestión, si no existen datos a partir de los cuales sea posible inferir que, en el caso concreto, los hechos se han desarrollado en disconformidad con cuanto la propia experiencia enseña…".-

En la doctrina nacional, por su parte, Zaffaroni señala que: "El dolo es un concepto normativo que delimita un hecho psíquico. Como todo lo psíquico, solo puede conocerse **por inferencia a partir de datos objetivos**. La valoración de tales datos –como cualquier conjunto de indicios- debe llevarse a cabo **en cada caso** y … también rige el *favor rei*. No hay presunciones legales a este respecto. Cuando se pretende que del conocimiento se deriva la finalidad, *se está introduciendo un sistema de prueba legal del dolo*; cuando se deja esa inferencia a cargo del juzgador, se adopta el **criterio procesal de la sana crítica**" (cfme. aut. cit. "Estructura básica del derecho penal", pág. 112, Edit. Ediar, Bs. As., 2009, el destacado no pertenece al original).-

Y el Superior Tribunal de Justicia de nuestra Provincia, ha sostenido: "…no cabe presumir el dolo. El C.P. vigente excluyó expresamente dicha presunción (…) De ordinario la existencia del dolo cabe sea deducida de las circunstancias del hecho, a través de las cuales se objetivizan los estados de conciencia (…) con respecto a aquél y ello excluye toda consideración automática (…)" (Causa: "C., H. E. S/ Homicidio simple", sentencia del 14/9/67, José Ferreyra, "Derecho Penal.

Jurisprudencia de la Provincia del Chubut, t. I, pág. 62, "…Como dice Núñez la acción también se dirige en forma decidida hacia el delito, cuando éste, aunque no represente el deseo, propósito o pretensión del autor, se le presenta como algo que, aunque no deseado, está necesariamente ligado a lo querido directamente por el mismo (…) o como dice Soler, cuando el resultado aparece como necesario…" (Causa: "Videla, Paulino S/Lesiones graves", sentencia del 6/10/69, voto del Dr. Garasino. Y en el voto del Dr. Bianco, se lee: "…Toda explicación de estados anímicos e intenciones que excusen o atenúen responsabilidad, para que procedan, deben tener sustentación en hechos o manifestaciones externos, pues de lo contrario **la acción cumplida debe ser juzgada según su desarrollo objetivo**…", ob. cit., pág. 63).-

Más recientemente, la Sala Penal en la sentencia nº 39/11 (voto del Dr. Pfleger) sostuvo que: "…La calificación optada por la Cámara es la correcta …, pues como ya he dicho actúa con dolo (en este caso homicida) quien sabe lo que hace y conoce el peligro concreto de su acción. Y actúa de ese modo quien mata, por las causas que no han sido refutadas exitosamente y luego en el mismo contexto dispara a otro con un arma de alto poder vulnerante…".-

II.- Por todo lo expuesto hasta aquí, voto entonces por la negativa a la presente cuestión, es decir por confirmar íntegramente la

sentencia impugnada en orden a la declaración de responsabilidad y condena de C. D. V.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

I.- En lo que atañe a la solución jurídica del caso, vienen a colación la realidad de lo ocurrido y el contenido de las Sentencias, los principios de culpabilidad, duda razonable, la necesaria certeza apodíctica en un pronunciamiento condenatorio, la acreditación probatoria consecuente, y una pretendida interpretación, no desmesurada, de las garantías constitucionales.-

Me permito reiterar conceptos vertidos en la Carpeta judicial nro. 2.188 “N.- A.”, aplicables al sub-júdice en virtud de la evidente similitud de la cuestión a tratar: “Pero, a partir de plexo probatorio, si bien es posible determinar que ambos acusados dispararon, que una bala llegó a destino, que hubo dos clases de armas en el evento, desde el resto de munición hallado en el lugar, y el proyectil alojado en el cuerpo de la víctima, no hay certeza en cuanto a quién de ellos realizó el disparo mortal, como , obviamente, tampoco cual portaba el arma de la que salió la bala letal para C”.-

“Entonces, a partir de la manera en que quedara conformado el cuadro de los elementos de convicción aludido, existían dos posibilidades: o se apelaba a la coautoría funcional, haciendo cargar

sobre ambos imputados el resultado mortal sin el conocimiento preciso de cual había sido el autor del disparo que diera en el blanco; o se los consideraba como autores de sendas Tentativas de Homicidio, por las mismas razones, aunque en el caso existiera un muerto. Ambos senderos, dificultosos, evidentemente".-

"El Tribunal de grado optó por la primera alternativa, recurriendo, sin mencionarlo expresamente, a un razonamiento objetivante, basado en el aumento del "riesgo" para la víctima derivado de que en lugar de un acometimiento cercano realizando disparos, hubo dos".-

"En resumidas cuentas, el beneficio de la duda opera aquí de manera determinante….se ha podido determinar que A., munido de un arma de fuego, efectuó al menos un disparo a corta distancia hacia la víctima, pero no si esa acción fue la que provocó su deceso".-

"El principio constitucional de culpabilidad también opera y fundamenta que el acusado mencionado deba responder por aquello que, probadamente, realizó. Y ello no puede exceder de un acto incompleto, tentado, al que cabe incluir en el art. 79 del CP., en carácter de autor, el que admite el dolo eventual, corroborado desde la forma del acometimiento y el medio utilizado".-

"Desde ya que el cambio de calificación que

propugnamos con el colega del primer sufragio, no colisiona con la previsión del art. 332 del CPPCh., pues la Defensa bien pudo resistir la imputación en Debate, y de hecho, lo hizo, cuestionando la autoría de su pupilo".-

También estimo conveniente reiterar conceptos vertidos en la Sentencia atinente a la Carpeta judicial nro. 2.913, "N.": "En varias oportunidades hemos expresado que el orden adjetivo de naturaleza acusatoria y adversarial abandona en cierta forma el concepto de verdad "real" para atender al de verdad "consensual" o formal, pues mucho tiene que ver en lo que los Jueces terminan resolviendo lo que postulan o logran acreditar las partes".-

"La prevalencia de la realidad y la correcta interpretación de las garantías constitucionales resultan dos parámetros de gran trascendencia para la solución del caso. El Código procesal vigente no solo consagra la regla de congruencia fáctica que debe existir entre Acusación y Sentencia, sino que la extiende a lo jurídico, a los preceptos utilizados durante el proceso, fundamentalmente en el Juicio Oral".-

"Así el art. 332 establece que aún si se trata de un precepto penal más leve que el utilizado por los Acusadores, el Tribunal previo a consagrarlo en la Sentencia debe disponer que el trámite siga de acuerdo al art. 322, lo que implica advertir al imputado sobre la

modificación, dándole la chance de ampliar su declaración, y a las partes de preparar su intervención, que incluye ofrecimiento de nuevas pruebas y la suspensión del Debate".-

"Es sin dudas compleja la situación en que queda un Tribunal que se retiró a deliberar, e interrumpe tal instancia para reabrir el Debate y comunicar a las partes que deben argumentar sobre un precepto de fondo diferente. Podría criticárselo por prejuzgamiento. Parecería que ello, de ocurrir, debe ser en el transcurso del Juicio, por caso los Alegatos, cuando se advierta que los hechos poco tienen que ver con los preceptos que las partes proponen".-

"Pero todo ello ocurre sí la modificación, aún hacia un precepto penal más leve, no pudo ser resistida en Juicio. Y este resulta el punto en el que cobran la trascendencia aludida la realidad de lo acontecido y la correcta interpretación de la garantía de la defensa en juicio".-

Hemos indicado que la existencia de dos armas de fuego en la escena del hecho era conocida desde un primer momento por las partes.-

También, que la línea de defensa de V., consistente en negar firmemente que su acción fuera la causante del deceso de E. E. fue idónea para resistir tanto la pretensión Fiscal de adjudicarle

responsabilidad penal en los términos del art. 79 CP, del 104 CP (calificación subsidiaria abandonada en el alegato final), e incluso desde el enfoque del primero de los preceptos pero en grado de Tentativa (arts. 42 y 79 CP), el que no fue utilizado.-

La íntima relación entre las normas de fondo mencionadas se evidencia a poco de evaluar que el delito de Abuso de Armas, en general, y desde ya también en su modalidad de disparo con arma de fuego, la que nos ocupa, ha recibido serios cuestionamientos en cuanto a su alcance, en particular para aquellos que aceptamos que la Tentativa admite al dolo eventual como componente subjetivo.-

Resulta complejo analizar el caso de una persona que efectúa disparos con un arma hacia otra u otras, y sostener que dentro de su voluntad, y conocimiento en atención al medio empleado, no estuvo la finalidad de matar o lesionar, aún eventualmente, es decir, aceptando la posibilidad de ocurrencia de dichos resultados.-

Solo que, si tal resultado ingresa en el campo de los arts. 79, 90 o 91 del CP., queda excluido el dispositivo del art. 104 por la propia regla de subsidiariedad de su segundo párrafo. Pero, en el supuesto del art. 89, subsiste la operatividad del Abuso de armas.-

Se han propuesto, para superar el cuadro referido, desde la supresión del tipo penal indicado, hasta su reconfiguración a un

estricto delito de peligro concreto, el que se verificaría solo con el uso del arma, en particular de fuego, sin el recaudo que esta deba ser apuntada hacia una persona, lo que se exige actualmente (De la Fuente, Javier. Código Penal comentado, dirigido por Baigún Zaffaroni, Tomo IV, Ed. Hammurabi, pags. 97 y ssgts).-

Ahora bien, si lo expresado también confirma lo que sostenemos en referencia a que ni el extremo de que V. haya utilizado dos armas de fuego, ni que haya pretendido matar significan asertos que no pudieron ser resistidos por la Defensa, ya por conocido el primero, ya por íntima, y dogmáticamente, vinculado el segundo, la prevalencia de la realidad y la propia defensa material del acusado terminan de fundamentar la solución que proponeos para el caso.-

Concretamente, si lo que se pretende de una Sentencia es que explique como ocurrió un hecho de relevancia penal, ello aquí no ha sido posible, pues los Magistrados del Juicio o enarbolaron hipótesis al menos discutibles, como la consistente en que V. habría agotado el cargador de la pistola 9mml., y luego usado el revólver, lo que no se compadece con la cantidad de munición del primer tipo hallada en la calle, circunstancia propia de que el acusado se retiró disparando dado que cuando arribó a la casa de los E. mantuvo un diálogo con R.; o no trataron el punto; o lo consideraron de poca trascendencia.-

Lo que en todo caso no puede negarse es que V. esa madrugada concurrió a la casa de la víctima, a corta distancia vació un cargador de la pistola 9 mm. que portaba y se retiró.-

También adquiere suma importancia que el perito balístico indicó que probablemente el disparo letal para E. partió del frente de la vivienda, donde se encontraba el acusado, pero que existía otra hipótesis, no tan probable pero sí posible, que se hubiese originado desde otro lugar, por una persona de una determinada altura o que disparase levantando las manos, por arriba de los hombros. Y que para deslindar como ocurrió el evento debía recurrirse al resto del plexo.-

Y el resto del plexo no arroja ningún elemento con aptitud de corroborar la mentada hipótesis Fiscal, con excepción de lo declarado por la ex pareja de V., hermana de la víctima, en tanto este también solía usar un arma calibre 22 largo.-

Pero ello no alcanza para derribar el estado de inocencia en cuanto a la autoría de la muerte de E. E., siempre con el auxilio de la regla del dubión. Aunque no opaca que el encartado realizó una acción penalmente relevante, como acudir a una casa en la madrugada , realizar múltiples disparos de arma de fuego a corta distancia de la vivienda en donde se hallaban personas, lo que demuestra que al menos aceptó la posibilidad de la muerte de alguna.-

Por tal secuencia debe responder, la que ha admitido, se encuentra acreditada y no existen obstáculos formales que impidan su consagración.-

Y es la verdad “real” que se ha podido reconstruir luego del Juicio.-

II.- Por todo ello corresponde revocar parcialmente la Sentencia venida en impugnación, calificar la acción desplegada por V. como Homicidio en grado de Tentativa y reenviar el caso a la Oficina judicial para que, con la debida celeridad atento lo estipulado en el art. 146 del CPPCh., designe Tribunal para realizar la cesura de la pena de acuerdo a lo establecido en este acto. Así voto.-

A la **TERCERA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo:

Atento al resultado al que se ha llegado en la cuestión precedente propongo lo siguiente: rechazar las nulidades solicitadas por la Defensa de C. D. V.; confirmar parcialmente la sentencia nº 63/12, respecto de C. D. V., readecuando la calificación legal, la cual quedará como Homicidio en grado de tentativa agravado por el uso de arma de fuego; remitir las actuaciones a la Oficina Judicial a los fines que con la debida celeridad, se fije fecha de audiencia para la cesura de pena respecto de C. D. V. en los término expuestos en este acto y mantener la prisión preventiva del nombrado en los términos del dispositivo 4º de la

parte resolutiva de la sentencia venida en impugnación.-

Asimismo corresponde regular los Honorarios Profesionales del Sr. Defensor de Confianza, Dr. G. I. por su labor en la presente etapa de impugnación. Por tal motivo, ponderando la calidad de su trabajo, estimo apropiado fijar sus honorarios en la suma de tres mil setecientos cincuenta y cuatro con sesenta y cinco ($ 3754,65), 15 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).-

A la **TERCERA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

De acuerdo al resultado al que se ha arribado, por mayoría de votos, en la primera cuestión adhiero a lo propuesto por el colega que me precede en el orden de sufragio, es decir dictar el siguiente pronunciamieto: rechazar las nulidades solicitadas por la Defensa de C. D. V.; confirmar parcialmente la sentencia nº 63/12, respecto de C. D. V., readecuando la calificación legal, la cual quedará como Homicidio en grado de tentativa agravado por el uso de arma de fuego; remitir las actuaciones a la Oficina Judicial a los fines que con la debida celeridad, se fije fecha de audiencia para la cesura de pena respecto de C. D. V. en los término expuestos en este acto y mantener la prisión preventiva del nombrado en los términos del dispositivo 4º de la parte resolutiva de la sentencia venida en impugnación.-

Asimismo adhiero a la regulación de honorarios

profesionales propuesta.-

A la **TERCERA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

En orden al resultado al que se ha llegado en la primera cuestión coincido con lo dicho por los colegas que me preceden en el orden de votación, es decir: rechazar las nulidades solicitadas por la Defensa de C. D. V.; confirmar parcialmente la sentencia nº 63/12, respecto de C. D. V., readecuando la calificación legal, la cual quedará como Homicidio en grado de tentativa agravado por el uso de arma de fuego; remitir las actuaciones a la Oficina Judicial a los fines que con la debida celeridad, se fije fecha de audiencia para la cesura de pena respecto de C. D. V. en los término expuestos en este acto y mantener la prisión preventiva del nombrado en los términos del dispositivo 4º de la parte resolutiva de la sentencia venida en impugnación.-

De igual manera coincido con la regulación de honorarios profesionales propuesta.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por mayoría,

----------**RESUELVE:**----------

1º) RECHAZAR las nulidades solicitadas por la Defensa de C. D. V. (arts. 161, 162, 163, 164, 291, 327 y 330 del CPP).----------

2º) CONFIRMAR parcialmente la sentencia nº 63/12, respecto de C. D. V., readecuando la calificación legal, la cual quedará como Homicidio en grado de tentativa agravado por el uso de arma de fuego (arts. 44, últ. pár. CP, 18 CN, 41 bis, 42, 45 y 79 CP).----------

3º) REMITIR las actuaciones a la Oficina Judicial a los fines que con la debida celeridad, se fije fecha de audiencia para la cesura de pena respecto de C. D. V. en los término expuestos en este acto (arts. 146 y 304 CPPCh.).-

---

4º) MANTENER la prisión preventiva del nombrado en los términos del dispositivo 4º de la parte resolutiva de la sentencia venida en impugnación.-

---

5º) REGULAR los honorarios profesionales del Sr. Defensor de Confianza, Dr. G. I., en la suma de tres mil setecientos cincuenta y cuatro con sesenta y cinco ($ 3.754,65), 15 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).----------

---

6º) Tener presente la reserva de caso federal tal lo peticionado en el escrito de la Defensa en su punto X.----------

---

7º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

La presente es firmada por dos de los Sres. Magistrados por encontrarse afectado el Dr. Guillermo Müller a una audiencia art. 385 CPP en la Circunscripción de Trelew.-