En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los veintidós días del mes de marzo del año dos mil trece, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Alejandro Defranco, Mónica Rodríguez y Rafael Lucchelli, con la presidencia del primero, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados "H., J. psa homicidio en grado de tentativa en concurso real con daño calificado" Carpeta 3532 OJTw, Legajo 33030 OUMPFTw, con motivo de la impugnación interpuesta por el defensor Gustavo F. La Torre contra la resolución Nro. 2773/12 OJ Tw dictada en fecha 3 de octubre del año 2012.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 08/03/2013 en la sede de este tribunal, estuvo presente el acusado J. H. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos) y su abogado defensor, Dr. Gustavo La Torre.

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

El Juez Alejandro Defranco dijo:

1. Como prólogo de mi decisión, llevaré a cabo una sucinta relación de los antecedentes del caso, así como de los agravios que sustentan la impugnación que motiva la intervención de esta Cámara.

Mediante resolución 2773/12 OJ Tw del 3 de octubre del año 2012, el Tribunal integrado por los jueces Ivana González, José Alberto García y Darío Rubén Arguiano declaró a J. H., autor material y penalmente responsable del delito de tentativa de homicidio agravado por haber sido cometido contra un efectivo policial y en razón de su cargo (art. 80 inc. 8°, 42 y 45 del C.P.), por el hecho cometido en el interior de la Comisaría Primera de la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, el día 13/08/11 aproximadamente a las 08:00 hs. en perjuicio de M. G. y le aplicó, por mayoría, la pena de diez (10)

años de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales y costas (art. 44 tercer párrafo del C.P.).

La defensa particular del acusado deduce impugnación ordinaria contra la sentencia y el querellante contesta por escrito el traslado corrido, solicitando se rechace el recurso y se confirme la sentencia con costas.

Se agravia el Sr. Defensor técnico de J. H. en relación con la calificación dada al asunto. En efecto, manifiesta tanto en su escrito glosado a fojas 181/184 como en la audiencia llevada a cabo ante este Tribunal revisor que no se deja de reconocer el hecho, ni la autoría de su pupilo pero debe descartarse la intención de matar por no haber sido suficientemente probada. Afirma que su accionar obedeció al estado de ebriedad y su ánimo alterado por las humillaciones sufridas por el accionar policial previo. En definitiva, debía calificarse el hecho como constitutivo del delito de Lesiones Graves.

Dice que los Jueces del debate han fundado aquella voluntad homicida en derredor de tres circunstancias: el móvil vindicativo, la utilización de fuego y el tiempo transcurrido entre el secuestro del vehículo que lo ofuscara y el emprendimiento de la acción, pero no se tuvieron en cuenta otras cuestiones que explican de otra manera el suceso.

En efecto, de la lectura de los votos de los magistrados intervinientes surge claro que así lo han entendido.

En primer lugar, la Jueza González en forma exhaustiva analiza que "(c)omo primer indicio del dolo homicida, tenemos el móvil vindicativo. El mismo no solo surge de las constancias ya reseñadas acerca del evento previo del secuestro y retiro de la vía pública del auto del acusado, sino de su propia declaración y de los testimonios de A. R., M. G., B. G. y M. C.". En cuanto al segundo indicio, lo encuentra "en el tiempo que transcurrió entre el incidente que lo ofuscara y la acción finalmente desarrollada, claramente tendiente a vindicarlo… casi una hora y media. Así, lejos de tratarse

de una acción intempestiva e irracional, el imputado tuvo el tiempo suficiente para meditar sobre su decisión, apaciguarse y considerar racionalmente todo lo acontecido y su propio estado de ánimo. Pero no solo no lo hizo sino que mantuvo esa determinación…”.

Como tercer indicio de su dolo homicida considera la distinguida colega “en el desarrollo de la acción planeada dentro de la Comisaría, puesto que a partir de la testimonial producida… verificamos la insistencia y determinación que lo guiaron en todo momento… (ya que)… no solo no detuvo su accionar cuando la explosión del calorama sin tapa provocó anticipadamente lo que el mismo intentaba utilizando el encendedor que portaba, sino que al ver que su víctima zafaba de ese primer foco ígneo… arremetió nuevamente contra él y no se detuvo hasta que, finalmente, logró su cometido y en la forma planeada”. Agrega un cuarto indicio, cual es, que tuvo que vencer además de la resistencia de la víctima las de G., C. y C..

Por último agrega como indicio del dolo de matar el medio empleado para perpetrar el ataque, “pues la utilización de una fuerza de la naturaleza tan incontrolable para el hombre como lo es el fuego, sumado a la utilización de un acelerante como lo es el combustible, dan cuenta de que lo movió desde el inicio un designio homicida…”

A su turno, el Juez García argumenta en el sentido que: “(e)stos testimonios… no dejan lugar a dudas a este magistrado como para afirmar con grado de certeza que H. actuó en el evento con dolo directo de matar y descartar absolutamente la hipótesis planteada tanto por el legitimado como por su defensor que quiso solamente asustarlo a G.…”. “Manipular un bidón de nafta –agrega, en forma clara y contundente- como lo hizo el legitimado, arrojarlo hacia una persona y prender el encendedor que portaba en su otra mano… requiere necesariamente por parte de éste la finalidad cierta de dar muerte a la víctima…”. “La voluntad realizadora del imputado ha sido rociar con combustible a su víctima y

no cesar en su actitud hasta no verlo prendido fuego al accionar el encendedor, conducta que revela la inequívoca intención de darle muerte".

Agrega que "si su intención era asustarlo –como dijo- al ver que al arrojar el combustible se produjo una explosión por el contacto con el calorama hubiera desistido de su accionar, sin embargo se trenzó en lucha con su víctima hasta lograr embeberle el cuerpo cuando lo sujetó en el piso y luego accionó su encendedor para prenderlo fuego completamente y así finalizar su propósito homicida".

Por último, el magistrado Arguiano dijo que "… de los elementos de cargo incorporados surge que su accionar no estuvo dirigido a dañar la(s) instalaciones policiales en "desquite" de los padecimientos que dijo haber sufrido por el personal policial al momento de efectuarse el secuestro de su vehículo, sino antes bien su accionar tuvo en miras "sancionar" al personal policial que realizara tal actividad, conclusión a la que arribo sobre (la) base de entender que si su designio hubiera sido el daño en las cosas, no debía tener ningún interés de encontrarse con el oficial que había labrado las actuaciones…", argumento de peso para la solución final del asunto.

Dijo finalmente, respondiendo en forma acabada a la pretensión de la defensa, que "la elección del medio empleado y la ya referenciada indominabilidad del mismo… no dejan cabida para acuñar el dolo de lesión que la Defensa pretende y ello es así puesto que salvo en la preterintención, la idoneidad del medio debe enmarcarse en el ámbito del dolo como querer de realización del tipo objetivo y en el caso, no nos hallamos ante la utilización de un medio poco conocido en cuanto a su deletérea capacidad destructiva que H. pudiera ignorar…".

2. Del repaso de la prueba producida en la audiencia de debate, valorada ella mediante las herramientas que brindan los principios de la lógica y las máximas de la experiencia común, me encuentro

impedido de arribar a distinta conclusión a la que llegaron los jueces de la instancia. Evidentemente, no puede abrigarse duda alguna que siendo aproximadamente las 08:00 horas del día 13 de agosto de 2011, el imputado J. H. se presentó en la Comisaría Distrito Primera de esta ciudad, portando un bidón de plástico conteniendo combustible y en su mano izquierda un encendedor verde, se dirigió a la empleada policial B. G. y le requirió por el funcionario que poco antes le había confeccionado una infracción de tránsito y secuestrado su vehículo, recibiendo como respuesta que el oficial en cuestión no se encontraba en la dependencia. Acto seguido, H. ingresó a la oficina de guardia y al encontrarse con el Cabo M. G. le manifiesta "vos me secuestraste el auto, hijo de puta, te voy a prender fuego" y le arroja el líquido combustible sobre su cuerpo, alcanzando el acelerante un calorama sin tapa cercano a la víctima que explota y prende fuego al mismo.

Luego de deshacerse la víctima de la campera en llamas que vestía, H. arremete nuevamente sobre su humanidad, comenzando un forcejeo, resultado de lo cual caen ambos al piso, momento en el que C. aparta al imputado de la víctima, lo trata de esposar, pero al no hacerlo bien aquél se zafa y rápidamente acciona el encendedor en dirección a G., aún en el suelo, por lo que logra prenderlo fuego, ocasionándole en definitiva las lesiones certificadas por el médico forense.

3. La mecánica del hecho y la autoría en cabeza del traído a proceso no sólo no fue contradicha por el encartado sino que surge diáfana a través de los testimonios recibidos en el debate.

La víctima **M. M. G.** da cuenta que escucha una persona que le dice "vos me secuestraste el auto", que se dirige hacia la guardia, "yo salgo a ver nos cruzamos en la puerta, me arroja combustible en el rostro, me alcanza la vista", indicando que el agresor "llevaba un bidón en la mano derecha… me percaté que tenía un encendedor en su mano, apretado en el puño, le tomé la mano alejándolo de mi cuerpo". Dice que como pudo lo alejó de la guardia,

hacia la entrada de la comisaría, se produce el forcejeo, se derrama combustible, "me patino y caigo al piso, esta persona me seguía acusando de que le había secuestrado el vehículo".

"Llega la agente G. a auxiliarme, yo estaba de espaldas y él arriba mío, me quería prender fuego", logro incorporarme, no sé cómo, llega C. "esta persona estaba totalmente agresiva y convencida de lo que quería", me doy cuenta que había fuego y que yo era alcanzado por las llamas y salgo corriendo". Preguntado para que diga si lo vio ebrio, contesto: "No, lo vi bien".

A su turno, la testigo **B. G.** dijo, en lo sustancial, que estaba en la Guardia de la Comisaría Primera, cumpliendo su servicio, a las 7 de la mañana secuestraron un vehículo, ve que el señor ingresa el vehículo y luego salió por el portón de atrás. A las ocho, ocho y cinco aproximadamente viene alguien a la guardia, la mira y le dice "quiero ver al que me secuestró el auto". Le contesto que espere porque no estaba. Que luego llega G. que traía al interno H., ve que pasa aquel hombre y se va a meter en la guardia, le dice que pare, le estira la mano, siente que él la moja, lo ve que encara la guardia. Que mientas González estaba escribiendo la salida, él larga un chorro de nafta a la campera y salpica el calorama, eso hace un ruido y explota, larga una llama y se le prende la campera a G.. Recuerda que la oficina esa salieron los tres, él me agarraba del pelo, él revoleaba ese bidón para todos lados, ya había fuego, "tengo la intención de salir a pedir auxilio, ahí sale el oficial y lo agarramos". Cuando lo agarran caen en un rincón, ahí empezó a gritar: "vos hijo de puta, vos me secuestraste el auto, los voy a matar". Que C. le quería agarrar las manos, pero tenía mucha fuerza, "no podíamos hacerlo desprender el encendedor". Agregó que el señor se enojó cuando le secuestraron el auto, en esa ocasión decía "los voy a prender fuego a todos, a Macarthy, a Das Neves y a ustedes". Que en cuanto a la ebriedad dijo que lo veía raro por su forma de pararse y aprecia que "el que va

borracho se apoya, apoya las manos, pero él no, no estaba borracho”.

También declaró en la audiencia el empleado policial **M. C.**. Dijo en síntesis que ve entrar a la persona a la guardia con un bidón y luego observa a González prendido fuego en la campera, observa que estaban forcejeando y que tenía un encendedor, que lo logra reducir y cuando le coloca las esposas se zafa y atacando de nuevo al agente, acciona el encendedor en dirección a la víctima, sin dejar de esparcir el líquido al grito de “vos hijo de puta me secuestraste el auto” y logra prenderlo fuego.

4. De todo ello, debo coincidir entonces con los colegas de grado en punto a que es dable dar por acreditado no solo el hecho imputado y su autoría responsable sino que el *animus neccandi* se encontró presente en el accionar de H..

En primer lugar, comparto la opinión en punto a que arrojar combustible en cantidad considerable para acelerar el efecto del fuego, cuyo poder destructivo es innegable, sobre una persona o en cercanías de ella y, luego de que accidentalmente se iniciara el fuego, emprender nuevamente su intento accionando el encendedor que portaba para asegurarse que ardiera el funcionario otra vez, es un indicio grave a tener en cuenta para acreditar el dolo de matar al uniformado.

Como lo destaca la sentencia puesta en crisis, la división del suceso en dos etapas es indicativa de la presencia de la voluntad realizadora del resultado previsto en el tipo del art. 79. Es que, si bien podría dudarse que en un primer momento dirigió su accionar efectiva y precisamente a matar al empleado policial, ya que la explosión y desarrollo del foco ígneo se produjo por la circunstancia que el calefactor se encontraba sin su tapa correspondiente, el hecho de accionar nuevamente el encendedor, sobre quién estaba en el suelo y rodeado del combustible residual, al grito de “te voy a matar”, demuestra inexorablemente su intención homicida presente desde su llegada a la dependencia.

También tendré en cuenta que desde el hecho que lo habría enojado, humillado y "dado bronca", que hizo nacer su idea vindicativa –motivación que también es indicativa del dolo de matar-, transcurrió una hora y cuarto, a estar a la constancia en el acta de infracción obrante a fojas 18 del legajo fiscal y la hora del suceso central –acta fojas 1-, tiempo más que suficiente para planificar su accionar y no ser el mismo producto de una conducta irreflexiva cercana al dolo de ímpetu más que a la voluntad realizadora directa comprobada en el caso.

Por último, debo coincidir con los jueces intervinientes en que la insistencia y determinación que lo guiaron en todo momento al no detener su emprendimiento al explotar el calorama sin tapa, sino que, por el contrario, al ver que su víctima logró salvarse de ese primer foco, arremetió nuevamente contra él, encendedor en mano, y no detenerse a pesar de tener que vencer la resistencia de los compañeros de González, hasta que, finalmente, logró su cometido, es otro indicio grave y concordante con los apuntados para acreditar el dolo homicida.

5. Todo ello así, hace que los agravios del defensor no tendrán recepción por mi parte a pesar de las explicaciones alternativas que diera al asunto.

No puede atenderse la versión defensista en punto a que se encontraba en un estado de ebriedad tal que le impedía la dirección de sus actos conforme al plan elaborado. La presencia de un 1 gramo de alcohol por litro de sangre –pericia Dr. Z., fojas 27 del legajo-, da muestra de una ingesta alcohólica importante pero no se puede afirmar dogmáticamente que por sí eso lleva al estado de ebriedad, que "carece de frenos inhibitorios, su discernimiento se encuentra afectado y da rienda suelta a sus más primarios instintos", máxime teniendo en cuenta las declaraciones de los testigos sobre el punto.

Puede sí concederse al defensor que puede considerarse disminuida su culpabilidad –como se verá a seguido-, pero la realización de actos complejos tales

como llevar el bidón de nafta y el encendedor, preguntar en la guardia por quién había efectuado el procedimiento que lo afectara, encender el liquido combustible, diciéndole a su víctima que “si nos prendemos fuego nos prendemos los dos”, para luego retirarse del establecimiento, quitarse el mameluco en la calle, diciéndole al efectivo G., disimulando la situación, que “no sé qué paso, se prendió fuego”, son todos actos reveladores de un estado psíquico compatible con los requeridos para, primero, realizar una acción voluntaria y final, y, luego, para contar con la capacidad psíquica para el conocimiento actual de la situación base necesaria para configurar el dolo a la que luego se agrega la voluntad realizadora.

6. Es en cuanto a la pena aplicable en lo que voy a disentir con la decisión en mayoría del Tribunal del juicio. Ha condenado a J. H. a la pena de diez años de prisión por aplicación del art. 44, tercer párrafo, del Código Penal. Ello es correcto, en principio, de acuerdo a la calificación jurídica que comparto, esto es, tentativa de homicidio calificado por la condición de policía de la víctima y la expresa remisión de la norma aludida en cuanto a que si cualquiera de los homicidios agravados del art. 80 quedan en grado de conato estarán sancionados con una pena que corre entre los diez y los veinticinco años de prisión.

7. Empero, adelanto desde ya, que en este caso concreto, teniendo en cuenta las particularidades del suceso histórico acreditado, aplicar automáticamente el mínimo legal previsto resulta excesivo, desproporcionado y cruel.

Tal vez un poco desordenadamente, comenzaré a explicitar mi voto a partir del debate parlamentario que tuvo lugar al momento de sancionarse la ley 25.601 que incorporó el inciso octavo al art. 80 del Código Penal. Ello por cuanto resulta altamente ilustrativo para conocer, más allá de la letra de la ley, cuál ha sido la intención tenida en cuenta al agravar la figura simple

del art. 79, nada menos que con una pena de prisión a perpetuidad.

Es que debo advertir primero que no podría agravarse la muerte de un agente del orden por el solo hecho de serlo, lo que implicaría una violación al principio de igualdad ante la ley, al estarse "colocando en una situación de preeminencia a determinado 'gremio' o tipo de profesionales dentro de la sociedad, otorgándoles una protección mayor que a los demás miembros por el solo hecho de pertenecer a ese grupo…" (Varacalli, Daniel C., "Ley 2816. La igualdad en juego…", DJ 2004-1,391).

Evidentemente, y salvando ese escollo de peso, el legislador ha plasmado en la ley la expresión *"por su función, cargo o condición"*, para así, agravar dichas muertes por la motivación del autor y no por la sola calidad del sujeto pasivo.

Pero a más de esa interpretación gramatical, útil es, repito, conocer el debate parlamentario para poder tener cabal noción de mayores precisiones de los términos utilizados.

Así, tal como recuerda Rubén Figari ("El agravante del art. 80 por la condición funcional del sujeto pasivo"), citando a Arocena, "…el senador Pardo hace hincapié que el nuevo tipo penal propicia un aumento de penas como una primera respuesta firme y grave, ante el desenfreno que traduce la escalada delictiva que tiene como víctima fatal a miembros de la fuerza de seguridad. *Se agravia el monopolio de la fuerza pública y al hacerlo se ve toda la sociedad afectada ante el desprecio mismo de los delincuentes hacia las fuerzas policiales y por ello, a su vez se desprecia a la sociedad misma...* Por su parte el senador Yoma toma a la sanción de esta ley *como un respaldo institucional a aquéllos que están en la primera línea en la lucha contra el delito…*" (el subrayado me pertenece).

El diputado Caviglia por su parte expresó que "…el Congreso debe dar respuesta a quienes, por resguardar la paz social, se encuentran más expuestos o son más vulnerables a la escalada de violencia criminal que se

ha desatado en los últimos meses...” (Antecedentes parlamentarios, La Ley, Tomo 2002-B, pag. 1425).

Va de suyo entonces que el bien jurídico protegido es la vida de un integrante de la fuerza de seguridad pública, policial o penitenciaria que es puesta en riesgo en virtud de los actos funcionales o de su cargo o condición y con él la funcionalidad del Estado mismo, que al ser agraviado afecta a la sociedad en su conjunto.

Entre lo dicho y el hecho que en el plano subjetivo tenga que acreditarse que el dolo del autor comprendía la intención de matar al agente y que “el homicidio se encuentre motivado por esa específica calidad de la víctima” (D’Alessio, Andrés; Código Penal Comentado y Anotado, Parte Especial, pag. 22), hay un solo paso lógico.

8. Establecido ello, y volviendo al hecho contenido en la sentencia en crisis, no puede afirmarse sin más que el conato de homicidio que perjudicara al agente G. sea producto de una motivación aberrante enderezada a matar al Policía por ser integrante de la fuerza, por su cargo, y con ello, intentar poner en jaque a la sociedad toda a través de un ataque desenfrenado contra el accionar policial.

Mal puede parificarse el caso en estudio al de bandas organizadas con armas de grueso calibre que, con total desprecio de la vida de los uniformados, despliegan su arsenal contra la humanidad de quien ejerce la función del cuidado de la cosa pública y la integridad de las personas por “odio al uniforme”, situaciones, no de más está decirlo, casi siempre rayanas con las previsiones del art. 80, inc. séptimo, esto es, emprendimientos contra la vida de los agentes para lograr, por ejemplo, la impunidad.

9. Por el contrario, resulta probado en la especie –a estar a los dichos del imputado no contradichos por la acusación- que el motivo desencadenante del suceso fue la bronca que la causó a J. H. ser destinatario de tratamiento abusivo por parte de la comisión policial,

humillante al ser tratado de “delincuente”, reconociendo que se sintió con bronca y decidió dar un escarmiento al actuante.

Lejos de encontrarse justificado dicho accionar, no menos cierto es que, al no afectarse en el plano objetivo el bien jurídico tenido en cuenta por el legislador y encontrarse alejado en el plano subjetivo la motivación requerida, deviene entonces menor la magnitud del injusto y, a la vez, la reprochabilidad del mismo.

Es que, si la pena es la respuesta estatal a la magnitud del injusto y al reproche por los motivos que guiaron el emprendimiento de la ilicitud, no menos cierto es que, en este caso concreto, la respuesta punitiva de diez años de prisión como mínimo –art. 44, tercer párrafo, CP- deviene lisa y llanamente desproporcionada y cruel y, por ello, inaplicable.

10. No puedo aquí menos que detenerme otra vez. Recuerdo en esta instancia, las enseñanzas de López Bolado quien realizó una enérgica crítica a la ley 18.953 por no adecuarse a la buena técnica legislativa al ampliar el marco de punibilidad, al sancionar la muerte de un agente del orden con pena de muerte, criticando también a la ley 21.338 que desechaba la justificación contenida en la anterior ley cuando existiera abuso, vejaciones o apremios por parte del sujeto pasivo hacia el matador.

En este sentido recuerda Eduardo A. D’Empaire (“El inc. 8° del art. 80 del Código Penal y los planteos acerca de su constitucionalidad”) que “… sí hubo alguna opinión crítica, como la de López Bolado, quien refiriéndose a la suerte de justificante del artículo – en la ley 18.953- en cuanto hacía procedente la agravante siempre que no hubiere sido precedido de un grave abuso de sus funciones, vejaciones o apremios ilegales por parte de quien desempeña el acto de servicio, decía: “Esto ocurre cuando el legislador se ensaña con penas perversas, que contravienen un sentimiento de justicia y, entonces, tiene que excluir situaciones en que la norma draconiana aparece tremendamente cruel”.

Si se me permite traer este argumento histórico a colación, no puede dudarse que puede válidamente usarse en el caso para arribar a una resolución algo más justa. Precisamente, la ley 18953 (B.O. 17/3/71) incluyó el art. 80 bis, que en su segundo inciso establecía la pena de muerte “al que matare... a quien, en el momento del hecho, desempeñare un acto del servicio propio de las fuerzas armadas o de seguridad, en razón de esta circunstancia, y siempre que el homicidio no hubiere sido precedido de un grave abuso de sus funciones, vejaciones o apremios ilegales por parte del que desempeña el acto de servicio…”.

11. Tres elementos, desordenados por cierto, se suman a favor de mi tesis previamente adelantada, en el sentido que no es aplicable en este caso la pena establecida por el art. 44, párrafo tercero, por atentar contra preceptos básicos de la Carta Magna.

Recapitulando: el hecho traído a juicio no puede sin más entenderse como una afectación del bien jurídico protegido por la norma, la motivación del agente en este caso no puede equipararse a la aberrante tenida en cuenta por el legislador y, tercero, los propios antecedentes históricos del tipo, entendían que no podía aplicarse la pena en su extensión cuando previo al ataque al uniformado, éste había abusado de sus funciones y podía entenderse que aquella era la respuesta al acto desmedido.

12. ¿Y qué otra cosa pasó en el episodio por el cual toma intervención este cuerpo? Han valorado en forma correcta los jueces del debate que el evento se originó por la reacción, desmedida sí, pero comprensible, de una persona que alcoholizada se la trató de maleante, cuando se dirigía a trabajar, de un sujeto que fue vituperado y humillado por la fuerza policial, lo que causó ira y despecho e hizo nacer el sentimiento de vindicarse ante la afrenta.

Debo repetir, por si algún distraído entendiera mal el razonamiento, que jamás justificaría el accionar de quién rocía a un uniformado con un elemento acelerante

de la entidad del combustible para automotores para luego, y a pesar de ser detenido y sujetado, continuar con la intentona de literalmente "encenderlo" en vida. Empero, de tener en cuenta los datos arrimados hasta ahora, mal puede ser pasible de recibir una pena de diez años por cuanto no se puede aplicar, sin más, la calificante que le da base por expresa remisión del art. 44.

13. Ya acercándome al razonamiento final, debo agregar otra cuestión, que impide la aplicación del mínimo previsto para la tentativa de homicidio agravado en este caso puntual. Piénsese por un instante en la actividad desarrollada por los jueces de la sentencia al momento de ingresar a la audiencia de cesura. Reflejado ello evidentemente en las consideraciones efectuadas al justificar la aplicación de la pena escogida, poco podían hacer para no aplicar mecánicamente la pena prevista. Valoraron acertadamente el motivo, expresaron la ausencia de antecedentes, motivaron en la corta edad del sujeto activo la innecesariedad de mayor prevención especial positiva y, aún así, poco pudieron recortar el reproche punitivo ante la inexorable barrera legal. El mínimo es de diez años. Infranqueables, precisos, tajantes.

Aquí debo citar al maestro Binder cuando dice claramente que "la determinación de la intensidad de la reacción violenta 'es una de las decisiones más importantes que se deben tomar en el marco del proceso de conocimiento y por ello no puede estar sustraída a sus características centrales (imparcialidad, contradicción, publicidad)'" (Binder, Alberto: "Introducción al derecho penal", Ad-hoc, 2004, pág. 253).

En el presente, la decisión tomada sobre la reacción punitiva estaba de antemano resuelta por el legislador, determinando sin más, como una verdad revelada, que el mínimo de pena para cualquier tentativa de homicidio de las previstas por el art. 80 debía ser, indefectiblemente, el de diez años de prisión.

Ello, a no dudarse, opera del modo de presunciones legales de proporcionalidad y culpabilidad, y su

obligatoriedad implica que ellas no admiten prueba en contrario.

Es necesario adscribir que tal técnica legislativa va en contra de varios principios del estado de derecho. En principio, vulnera claramente el principio de que la magnitud de la culpabilidad por el hecho es el límite de la gravedad de la pena, elimina de un plumazo el principio de proporcionalidad de la reacción penal por el hecho cometido, y, ya en el terreno de la actividad jurisdiccional, deja sin contenido material el principio de connotación equitativa de la función del juez quien solo aplica mecánicamente la previsión legal sin valorar la justicia del caso (Ferrajoli, Luigi; Derecho y Razón, Trotta, pag. 161).

Es por ello, por fin, que debo decidir mi voto en el sentido que en este caso concreto resulta inaplicable el mínimo legal establecido por la norma del art. 44, párrafo tercero, por excesiva, cruel y no relacionada, en absoluto, con la magnitud del injusto y la culpabilidad revelada en el asunto.

14. Es necesario precisar que debo compartir en un todo con Zaffaroni, Alagia y Slokar, que "los mínimos de las escalas penales señalan un límite al poder cuantificador de los jueces, pero siempre que las otras fuentes de mayor jerarquía del derecho de cuantificación penal no obliguen a otra solución. Por ello, puede afirmarse que los mínimos legales son meramente indicativos" (Derecho Penal, Ediar 2000, pág. 995).

Dice Luigi FERRAJOLI por su parte: "... al menos para las penas privativas de libertad no está justificada la estipulación de un mínimo legal: sería oportuno, en otras palabras, confiar al poder equitativo del juez la elección de la pena por debajo del máximo establecido por la ley, sin vincularlo a un límite mínimo o vinculándolo a un límite mínimo bastante bajo" (*Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 1995, p. 400).

Y recordar, con el prestigioso colega Mario Juliano que: "En forma semejante se ha expedido la Corte cuando dice que "la proporcionalidad de la pena no puede

resolverse en fórmulas matemáticas sino que sólo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un estado de derecho" (CSJN, P. 199. XXIII. Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas -causa n 6491. 14/05/91). El máximo tribunal sostuvo también que "de la confrontación de la norma legal con sus correspondientes de la Ley Fundamental surge, como criterio que permite precisar los límites a considerar ante la invocación de la falta de proporcionalidad entre la pena conminada y la ofensa cometida el que se deriva de la propia naturaleza garantizadora del principio de la proporcionalidad de la pena, que opera únicamente para limitar los excesos del poder punitivo estatal respecto de eventuales transgresores a las leyes, y que determina que la proporcionalidad no puede resolverse en fórmulas matemáticas, sino que sólo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un Estado de Derecho" (CSJN, G. 732. XXI. Gómez, Ricardo y Federico, Eduardo Alberto s/ robo agravado por tratarse de automotor y mediante uso de arma de fuego. 08/06/89 T.312, P.851)… y que, con su especial énfasis, "…Como es obvio y resulta ocioso decirlo, ya que el juez no es legislador, sino que debe pronunciarse únicamente ante cada caso concreto que le es sometido a su conocimiento regular, la posibilidad de ejercer el test de constitucionalidad de los mínimos de las escalas penales debe ser ejecutado con suma prudencia, circunscripto a las características singulares de cada asunto y provisto de motivación que tornen al pronunciamiento en debidamente sustentable, más allá que se compartan o no las conclusiones a las que se arriben, lo que, en definitiva, siempre puede ser materia de revisión por otro órgano jurisdiccional, asegurando de ese modo la razonabilidad de las sentencias" (Juliano, Mario; "LA INDEFECTIBLE NATURALEZA INDICATIVA DE LOS MINIMOS DE LAS ESCALAS PENALES").

Es que es de toda evidencia que el legislador, al establecer las penas para los delitos que configura, debe

respetar los principios básicos que la Constitución Nacional establece, en concreto, que las penas deben ser proporcionales tanto al grado de injusto cometido como a la reprochabilidad personal de su autor, medible de acuerdo al grado de aberrante motivación proporcionalmente inversa al salvamento de un bien jurídico.

Pero teniendo en cuenta que estas categorías son mensurables, y necesariamente pasibles de comprobación en el juicio, resultan, como en el caso, reñidas con el establecimiento de mínimos legales infranqueables.

15. Ello así, procede establecer el monto punitivo que entiendo corresponde aplicar. Para ello, debo tener en cuenta, y siguiendo el voto de la jueza Ivana González, y como se adelantó más arriba, la gravedad del hecho del cual es elocuente las lesiones y secuelas de que fuera víctima G.. Debe recordarse aquí, que si bien considero que no se afectó el bien jurídico contenido en la agravante, sí resultó comprobado que se intentó matar a un hombre, mediante un medio idóneo para crear un peligro de impredecibles consecuencias contra el edificio policial y las personas que allí se encontraban y causándole lesiones en el veinticinco por ciento de su cuerpo y una incapacidad laboral de más de noventa día (certificación del Dr. A. H., obrante a fojas 18 del legajo), debiendo permanecer internado durante cuatro meses, diez días en terapia intensiva según sus manifestaciones en la audiencia.

Además he de tener en cuenta la extensión del daño causado sobre la Seccional Primera de Policía de lo que da cuenta el informe agregado a fojas 6 del legajo firmado por el Sr. Jefe del Cuerpo de la A.B.V.T., A. E. A., y las fotografías que ilustran el escenario que corren a fojas 40/44 y 48/53.

Como atenuantes a la respuesta punitiva he de tener en cuenta la corta edad del prevenido (34 años), el hecho de ser padre de dos hijos, el nivel socio cultural humilde y trabajador en la albañilería, todo lo que desaconseja

una larga prisonización a fin de que operen sobre él los principios resocializadores de la pena.

Pero sobre todo, tal como lo adelante antes, debe operar como reductor del castigo a imponer los motivos que lo llevaron a emprender el injusto. Ha dicho H. en el debate que el día que sucedió el hecho circulaba correctamente por la calle, lo pararon y le pidieron documentación. Que le dijeron que "estos son chorros", lo trataron de "negro de mierda", que al bajar del auto le pegaron en las costillas, se reían de él. Que cuando les pidió que lo lleven a su casa para trasladar las herramientas le dijeron que se arregle como pueda. Que dicho cuadro le dio impotencia y bronca por la burla y la risa de la Policía.

Así, tengo para mí que si bien no puede de ningún modo justificarse el emprendimiento posterior, es de toda evidencia que es atendible –sólo para reducir la pena- el hecho que una persona alcoholizada, que se sintió humillada y maltratada por los uniformados, pueda reaccionar de ese modo impulsivo, máxime teniendo en cuenta su condición de humilde trabajador, con escolaridad primaria exclusivamente y sin antecedentes condenatorios.

Por ello, y teniendo en cuenta también que al considerarse que no es aplicable en este caso la agravante del art. 80, inc. 8 del Código Penal, por no haberse atentado contra el bien jurídico protegido, la pena a aplicar necesariamente habrá de ser menor a la de un homicidio consumado –principio de proporcionalidad- por lo que, en definitiva, considero adecuada a la magnitud del injusto y el grado de culpabilidad la pena de siete años de prisión de efectivo cumplimiento.

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

La jueza Mónica Rodríguez dijo:

1. La defensa centra su crítica en la calificación legal decidida por los Jueces del mérito. Sostiene que debe estarse a la versión de su defendido en cuanto dice que no quiso matar a la víctima. Afirma que la equivocada actitud de H. obedeció a que se hallaba alcoholizado y con su ánimo alterado como consecuencia de la humillación sufrida en un procedimiento policial previo en el cual, afirma, había sido "verdugueado" por los funcionarios policiales. Señala que no se demostró el dolo homicida, por lo que la conducta debe encuadrarse en el tipo penal de Lesiones Graves; a todo evento, agrega, sólo calificables por la condición de policía de la víctima (art. 80, inc. 8°, del CP.), toda vez que la decisión de H. fue la de "dañar" y las lesiones resultaron una consecuencia necesaria del medio utilizado para hacerlo –el fuego-.

Analizar la corrección del encuadramiento legal que decide el fallo de condena impone un minucioso repaso de los extremos fácticos que han servido de base para tener por acreditado el dolo de matar, más allá de no haber cuestionado la Defensa la hipótesis acusatoria en su objetividad. La tarea de subsunción en un tipo penal, sabemos, es un proceso de inferencias que requiere, necesariamente, inquirir en el relato de los hechos que los jueces han consagrado como verdadero, esto es, en la *quaestio facti.*

Por ello, es preciso considerar detenidamente las razones dadas por los Magistrados del mérito en tal sentido, a fin de confrontarlos con los argumentos brindados por los recurrentes en el punto. Esto es así, por cuanto la libre valoración probatoria en modo alguno significa ausencia de pautas de valoración, aunque la que corresponde a los hechos psicológicos exija un esfuerzo argumentativo mucho mayor y, en ocasiones, ciertamente dificultoso.

2. Para este análisis, apreciaré los votos de los Jueces, en el orden en que fueron dados:

La jueza González sostiene que el dolo de matar se ha acreditado a partir de las propias circunstancias de tiempo y modo en que se desarrollaron los hechos. Indica que el primer indicio a valorar positivamente en tal sentido es el *móvil vindicativo* que guió al acusado, demostrado con las constancias del procedimiento policial previo, así como con las declaraciones del propio imputado y de A. R., M. G. –la víctima-, B. G. y M. C..

Realiza un conciso análisis de los datos relevantes que brinda cada uno de los testigos presenciales del hecho, en particular de los aportados por el damnificado directo del ataque. De ello se desprende –deduce- que H. se ofuscó a partir de un procedimiento policial previo en el que se dispuso el secuestro de su rodado en la seccional primera de policía, de donde se retira el acusado.

Recrea acertadamente las circunstancias del regreso del acusado a partir del testimonio de B. G., quien refiere que lo ve llegar a la guardia buscando al policía que le había secuestrado el vehículo, que estaba raro; que amenazó a G., lo acusó de ser quien había dispuesto el secuestro del auto, e inmediatamente le arrojó combustible sobre su humanidad.

Correctamente brinda particular relevancia, también, a la declaración de M. C.. En base a tales dichos tiene por cierto, en posición que comparto, lo ocurrido luego de que el combustible dirigido al cuerpo del primero llega hasta un calorama que se hallaba encendido, el cual explota alcanzando el fuego a G.. Librado de la campera encendida con ayuda de G., dice el testigo, es atacado nuevamente por el imputado, quien –bidón y encendedor en mano- forcejea con él sin dejar de esparcir el líquido inflamable sobre el piso, diciéndole “vos hijo de puta, me secuestraste el auto”. Valora que en un momento caen ambos al suelo – G. debajo-, mientras C. intenta sin éxito esposar a H. y que, inmediatamente, éste “activa el encendedor en dirección de la víctima (aún en el suelo), por lo que logra prenderlo fuego”.

Pondera, asimismo, como indicativo de la determinación homicida, el *tiempo* transcurrido entre el incidente del vehículo y el retorno de H. a la seccional de policía: aproximadamente una hora y media. Dicho lapso fue más que suficiente, señala, como para permitir al acusado reflexionar y desistir de su propósito de venganza.

También evalúa como elemento demostrativo de la intención que guiaba al imputado, a mi juicio lógicamente, el modo en que se desarrollaron los sucesos dentro de la guardia de la comisaría y, en particular, su actitud de *persistir* en la agresión hacia G., aún después del primer encontronazo, así como también luego de lograr zafarse de las esposas que intentaron colocarle. Ambos extremos aparecen como claramente indicadores de que la agresión ígnea iba directamente dirigida en contra de quien –suponía- había dispuesto la retención de su rodado.

El cuarto indicio que considera es la *fuerza* desplegada por H., suficiente para doblegar la potente resistencia opuesta por varios efectivos policiales para concretar su designio.

Por último, estima como claramente indicativo de la determinación que tiene por probada "el medio empleado para perpetrar el ataque, pues la utilización de una fuerza de la naturaleza tan incontrolable para el hombre como el fuego, provocado mediante un acelerante como es el combustible, dan cuenta de que lo movió desde el inicio un designio homicida. En efecto, no resulta compatible con la más estricta sana critica que quien rocía íntegramente con combustible a otro y lo prende fuego tenga en mente 'tan solo' causarle algunas heridas o 'asustarlo'. Sobre todo, teniendo en cuenta que no intentó apagarlo inmediatamente después de advertir que ardía".

El juez José García, a su turno, también concluye en que la conducta del acusado estuvo encaminada a provocar la muerte de la víctima, extremo que no llegó a concretarse por causas ajenas a su voluntad. Descarta la

hipótesis de la Defensa acerca de que el acusado sólo habría querido asustar a G. o dañar la Comisaría.

Analiza, con destacable minuciosidad, las circunstancias que rodearon al hecho, dando adecuada respuesta a los argumentos esgrimidos por el defensor técnico en pos de mejorar la posición procesal de su defendido.

En punto a las dos secuencias temporales en el episodio –insistentemente remarcadas por la Defensa- sostiene que no cabe escindir los hechos. Indica que el combustible fue arrojado sobre el cuerpo de la víctima, pese a no presentar quemaduras en la cara o en la cabeza. Afirma que el episodio dura unos pocos momentos y en un reducido lugar y que si bien el foco ígneo comienza al tomar contacto el combustible con el calorama sin tapa existente en la guardia, el hecho de arrojar la nafta no tuvo otro objetivo que prender fuego a la persona que, según creía, le había secuestrado el auto. Esta última conclusión surge –agrega- de la propia actitud del acusado, quien cuando logra zafar de las esposas que intentaron colocarle, acciona el encendedor que portaba en una de sus manos, haciendo arder otra vez el líquido inflamable.

Insiste en que el hecho fue el resultado de la impotencia sufrida por H. en el procedimiento policial anterior, unida a un estado de importante alcoholización, que fue constatada por el Dr. Z..

Valora la existencia del hecho precedente (acta de infracción y secuestro del vehículo, entre las 06.30 y las 06.45 hs. de ese día) como detonante de la ira del acusado, afirmando que a partir de allí se dedica a organizar su designio vindicativo, el cual concreta casi una hora y media después (aproximadamente a las 08.00 hs).

En impecable síntesis afirma la finalidad cierta de dar muerte a la víctima, indicando que " ... es cierto que la idoneidad del elemento no define el concepto de dolo pero es cierto también que un arma puede ser dominable por quien la porta, pero el fuego no, la fuerza

de la naturaleza no puede ser dominada de ninguna manera porque tampoco se puede prever su comportamiento, pero si la muerte no ocurre por circunstancias ajenas a su voluntad, su accionar debe ser reprochado en grado de conato, porque su conducta fue idónea para la realización completa de su plan".

Pondera –también- la persistencia en el ataque del acusado contra la víctima, en una actitud que no cesó sino cuando lo vio prendido fuego a consecuencia de haber accionado el encendedor, ocasión en la que decide abandonar el lugar. Señala que "(S)i su intención era asustarlo -como dijo- al ver que al arrojar el combustible se produjo una explosión por el contacto con el calorama hubiera desistido de su accionar, sin embargo se trenzó en lucha con su víctima hasta lograr embeberle el cuerpo cuando lo sujetó en el piso, y luego accionó su encendedor para prenderlo fuego completamente y así finalizar su propósito homicida".

Descarta, por último, la hipótesis defensista acerca de que el imputado sólo quiso dañar las instalaciones de la seccional de policía. Si así hubiese sido, afirma, no hubiera pretendido localizar a un funcionario determinado –quien le secuestró el auto-, ni hubiese dirigido contra éste (más allá del error en la persona) la agresión con nafta y encendedor.

A manera de colofón concluye indicando que "(Q)uien con un bidón de combustible arremete contra una persona, arroja líquido inflamable, luego lo sujeta en el piso donde previamente había volcado la nafta aprovechando una caída involuntaria, y a sabiendas que aquél estaba todo embebido por el combustible acciona el encendedor que lleva consigo y lo prende fuego y, por cuestiones ajenas a su voluntad realizadora, no produce el resultado querido, debe responder por la tentativa".

El juez Darío Arguiano, por su parte, arriba a idéntica conclusión. Si bien coincide con la Defensa en cuanto a reconocer que la sola elección del medio utilizado –fuego- no demuestra *per se* la intencionalidad homicida, valora que, además de la idoneidad e

indominabilidad propias de tal elemento, la prueba de cargo demuestra que el propósito de H. no fue el de dañar las instalaciones de la dependencia policial sino, antes bien, sancionar a la persona que había dispuesto el secuestro de su vehículo. Esta circunstancia se infiere, afirma, a partir del dato de que cuando ingresa el acusado a la Comisaría pregunta por el oficial que labrara las actuaciones en aquel procedimiento.

Pondera que al ver a M. G. ingresar a la guardia, el acusado le dice "vos me secuestraste el auto, hijo de puta, te voy a prender fuego", arrojando nafta en su dirección, produciéndose una deflagración como consecuencia del derramamiento de líquido sobre un calorama sin tapa. Agrega, con absoluto tino, que la altura a la cual arroja H. combustible no fue precisamente el suelo, sino que lo hizo contra la humanidad de quien –creía- lo había "verdugueado" antes. Valora, en apoyo de su conclusión, los dichos de la empleada G. y del oficial C..

Concluye, señalando que H. no podía desconocer el deletéreo efecto que normalmente tiene el medio utilizado, por lo que –en su opinión- el designio "muerte" no pudo dejar de estar presente en la acción emprendida.

3. Anticipo que, en mi opinión, las razones brindadas por los Magistrados del mérito, cada uno con su particular visión del caso, no sólo resultan sustancialmente concordantes sino –fundamentalmente- suficientes para sostener la posición jurídica que han adoptado al subsumir la conducta atribuida al acusado como Homicidio en grado de tentativa. La síntesis que he efectuado más arriba así lo demuestra, no obstante que – por imperativo constitucional- debo dar las razones que fundamentan este aserto.

Previo a ingresar en el análisis del principal agravio de la Defensa, esto es, el encuadramiento legal escogido, debo señalar que resulta llamativo para esta Magistrada que no se haya ponderado en el caso la posible *concurrencia* de algunos de los tipos –básicos o agravados- del Título VII, Capítulo I, del Código Penal

("Incendios y otros estragos"). Ello, por cuanto el medio elegido y su modo de utilización debieron, cuando menos, poner en juego figuras específicas de peligro concreto para la seguridad pública.

Sin embargo, la Fiscalía ha calificado los hechos como tentativa de homicidio con dolo *directo*, agravada por la condición de policía de la víctima, en los términos del art. 80 inc. 8° CP, encuadramiento que fuera acogido en el fallo de condena.

Es sabido, a su vez, que el *iura curia novit* –como principio que otorga a los jueces la facultad de encuadrar jurídicamente el hecho, más allá de la opinión de las partes-, reconoce límites que, en el caso del procedimiento penal de esta Provincia, ha quedado establecido expresamente en el art. 332 CPP. La norma en cuestión dispone que si el tribunal entendiera aplicable una disposición legal distinta podría aplicarla siempre que hubiese *advertido* antes al acusado acerca de esa posibilidad.

No habiendo ocurrido tal situación en el curso del proceso, mal podría este Tribunal, sin vulnerar el ámbito de su competencia, analizar la posible concurrencia de otros tipos penales además del escogido por el acusador y consagrado en el fallo de condena.

4. Efectuada dicha salvedad reitero que, en mi opinión, los Sentenciantes han dado razones de peso para descartar cada uno de los argumentos defensivos originarios, hoy reeditados ante este Tribunal.

En tal sentido, creo que aunque distinguiéramos nítidamente dos momentos en el accionar de H. – como propone la Defensa-, se advierte que en ambos, es decir, en todo el lapso que duró el ilícito, el acusado mantuvo una misma y única actitud agresiva contra la víctima. He de discrepar con la Defensa en cuanto afirma que su defendido actuó con una genérica voluntad de dañar las instalaciones de la seccional. Por el contrario, como bien lo señala el juez Arguiano, la acción ilícita no comienza a ejecutarse al ingresar a la seccional de policía sino sólo cuando el acusado cree haber ubicado –

aún erróneamente- al empleado policial que estaba buscando, esto es, a quien había dispuesto el secuestro de su vehículo.

La intención de H. fue además exteriorizada verbalmente tal como surge de los dichos de la víctima quién lo escuchó decir "vos me secuestraste el auto", luego de lo cual le arrojó el combustible en el rostro, alcanzando sus ojos. Esto es corroborado tanto por la agente G. como por el oficial C..

En ambos tramos, diferenciados por el recurrente, el acusado actuó "positivamente" en contra de la víctima, provocando las dos deflagraciones: en un primer momento arrojando el combustible, no al piso sino en dirección a González, a una altura tal que cae sobre el calorama sin tapa, adelantándose la deflagración por contacto con el artefacto y, por ende, su designio criminal, cuando el foco ígneo que enciende la campera de la víctima se produce de manera instantánea; en una segunda oportunidad, hallándose trenzado con ésta, al empapar el piso de nafta y accionar el encendedor que portaba, ocasionando que las prendas de G. ardieran nuevamente.

Si alguna duda hubiese podido albergarse sobre el propósito de H. en el primer tramo –en tanto la deflagración se produce por contacto del combustible sobre el calorama-, la actitud posterior de accionar el encendedor en circunstancias en que la víctima estaba impregnada con nafta ya no permite sospechar siquiera otro designio en el autor.

5. Continúa su crítica la Defensa sosteniendo –dicho en apretada síntesis- que el acusado quiso dañar, presa de un estado ira, que su propósito fue "romper todo", lo cual se tradujo en un "quemar todo", y que "producto de las consecuencias necesarias del medio elegido para tal fin fueron las lesiones" (sic). Afirma que su defendido se hallaba en estado de ebriedad, cegado, que no arrojó la nafta sobre la humanidad de la víctima prendiéndola fuego sino que desparramó combustible por doquier, corriendo riesgo su propia vida y que, por ende, no obró con una determinación fría e implacable de matar.

Desde un punto de vista estrictamente dogmático, cabe recordar que el art. 42 del Código Penal Argentino establece que comete tentativa "el que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por causas ajenas a su voluntad".

Enseña Zaffaroni, a partir de la reconstrucción histórica del sentido de la norma, que cuando la ley emplea el término "determinado" se refiere al dolo, pues hablar de un delito "indeterminado" es, desde el punto de vista de la lógica, inconcebible. Textualmente el autor indica que "la expresión *fin de cometer un delito* es igual a *dolo* y que *determinado* es el *dolo* y no el *delito* en su definición" (ZAFFARONI- ALAGIA- SLOCAR, Derecho Penal, Parte General, Ediar, Buenos Aires, Año 2000, pág. 789).

El dolo directo de primer grado (conocimiento y voluntad) abarca el resultado típico, en tanto resulte coincidente con el fin perseguido por el sujeto en su obrar. En el dolo de segundo grado, en cambio, ese resultado se representa como una consecuencia necesaria de los medios escogidos. Ello significa que si bien el agente no persigue como fin específico la muerte, asume la conducta que lleva a ese resultado sin importarle o ignorándolo.

Este tipo de dolo –también llamado dolo principal de segundo grado, para distinguirlo del dolo eventual-, sin duda admite la tentativa, particularmente en los delitos contra la vida y la integridad física. No podría ser de otra manera, en tanto el agente asume la producción del resultado como prácticamente ineludible.

He dicho con anterioridad, y reitero, que la defectuosa construcción sintáctica de la norma en cuestión –art. 42 CP- ha dado lugar a interpretaciones contrapuestas, pues muchos autores han asimilado la noción de "dolo determinado" con la de dolo *directo*, considerando que sólo es admisible la tipicidad como tentativa con esa especie de dolo.

Pero, en realidad, el dilema dogmático que plantea no se centra en la admisión o no del dolo eventual cuestión que razonablemente puede admitirse- sino, más bien, en aceptar que el sentido de la norma es excluir esa tipicidad en los casos de "dolo de ímpetu". Tal concepto –sabemos- se vincula a situaciones en las que el agente actúa respondiendo a una reacción súbita, poco planificada o –como decía Carrara- aquella que tiene lugar por *subitaneo impeto di affetti*

La cuestión se traslada, pues, a determinar cuándo el ánimo de *lesionar a una persona en cualquier medida* puede sustraerse al concepto de tentativa de homicidio. En tal sentido, es preciso recordar que el dolo de ímpetu claramente traduce una acción que prácticamente se *superpone* a la decisión y en la que falta un mínimo intervalo de tiempo entre la determinación del agente y la conducta lesiva que asume.

Tales extremos son, justamente, los que se han descartado fundadamente en el caso, pues la reacción vindicativa del acusado se produce casi una hora y media después de haber ocurrido el detonante que provocó su ira.

En este punto, aún reconociendo –como hacen los Magistrados del mérito- la incidencia que pudo tener en el ánimo del acusado el enojo y la exaltación sufridas a partir del incidente del secuestro del auto, así como la leve alcoholización padecida (1 mg/l de alcohol en sangre), es claro que contó con un lapso de tiempo más que prudencial para reflexionar y aquietar sus impulsos violentos.

Por ello, es posible -como sostiene la Defensa- que al llegar a la seccional de policía el acusado se hallara aún con un importante estado de exaltación de su ánimo. Sin embargo, la figura básica prevista por el art. 79 –y, por ende, su tentativa- en modo alguno exigen la configuración de un dolo directo de primer grado y, mucho menos, una decisión asumida de manera fría y meditada.

El estado de ebriedad del acusado ha incidido, con seguridad, en su sensopercepción, y tal circunstancia a

su vez pudo haber determinado que un importante grado de contrariedad se transforme en un estallido de ira. Sin embargo, esa medida de exaltación –que no deja de reconocerse- no significa que el sujeto no haya podido dirigir sus acciones. En definitiva, H. emprendió un plan conociendo y queriendo su realización, concretando de ese modo un obrar doloso. La disminución de sus frenos inhibitorios al momento del hecho no afecta, pues, la tipicidad.

Tal circunstancia, sin embargo, sumada al irregular procedimiento policial del que fue víctima –como se analizará- son extremos que tienen un innegable efecto morigerador de su responsabilidad penal y serán particularmente tenidos en cuenta al fijar las consecuencias punitivas de la conducta atribuida.

Entendiendo el dolo, en todas sus especies, como el conocimiento y la voluntad que dan soporte a una decisión contraria a los bienes jurídicos, quien lleva a cabo una acción con dolo directo de primer grado tiene idéntica responsabilidad penal que quien la ejecuta con dolo directo de segundo grado –o de consecuencias necesarias-. En ambos casos, como explica Zaffaroni, "el sujeto quiere directamente la producción del resultado, aunque no lo desee o le resulte desagradable, especialmente en la segunda categoría". (op.cit ZAFFARONI- ALAGIA- SLOCAR, pág. 499).

En modo alguno puede seriamente sostenerse que la figura del art. 79 del Código Penal –homicidio- y, consecuentemente, su tentativa exijan una voluntad fría e implacable de matar. Esa posición subjetiva del sujeto podrá aumentar su grado de culpabilidad, por supuesto, pero no configura un elemento del tipo subjetivo del delito en cuestión.

La determinación, planeada y directamente encaminada a atentar contra la vida de la víctima mediante la utilización de un medio idóneo para provocar la muerte, conociendo el agente esas circunstancias, no puede sino calificarse como tentativa de homicidio si el resultado

no se produjo por causas que le fueron completamente ajenas.

Por otra parte no se trató de una conducta que se agotó en un único acto, sino que el autor ejecutó diversas acciones que se correspondieron con otras tantas elecciones que traducen un mismo y único sentido, cada una de las cuales iba incrementando el riesgo de poner fin a la vida de la víctima. En este orden de ideas es que interpreto correcta la valoración acerca de la *persistencia* del acusado en el ataque, como un indicador más de su designio criminal.

Es sabido que sólo podemos conocer los fenómenos internos del individuo a través de circunstancias externas que permitan inferirlos. En el caso, los distintos indicios que han ponderado los Sentenciantes resultan demostrativos de cuál fue la voluntad de H. y su representación. La decisión adoptada por el acusado, tomando en cuenta las valoraciones expuestas, exige una incriminación más severa que la mera imputación del resultado efectivamente producido – lesiones graves, en el caso-, como pretende la Defensa.

He de concordar, pues, con la calificación legal escogida por los Sentenciantes. En efecto, considero que la conducta del acusado, en virtud de las particulares circunstancias valoradas en el fallo cuestionado, ha configurado una tentativa de homicidio. La responsabilidad penal, por ende, no puede restringirse a la concreta afectación de la integridad física de la víctima, por cuanto la muerte no se concretó por causas ajenas a la voluntad realizadora del imputado.

6. Capítulo aparte merece, entiendo, la cuestión vinculada a la pena de Diez años de prisión impuesta en el fallo cuestionado. En el voto en minoría, en cambio, se ha dicho que la pena privativa de libertad adecuada al ilícito cometido por H. debe ser de Siete años.

Es sabido que la sanción penal debe respetar el principio de estricta legalidad pero, también, que no debe lesionar otros principios que reconocen idéntica raigambre constitucional, como el de proporcionalidad.

Este último es aquel que impone que la pena sea ajustada al grado –variable- de culpabilidad. Von Liszt decía, con impecable lógica, que "la pena es justa cuando es la necesaria".

Cierto es que la Defensa no ha impugnado de manera concreta el monto punitivo decidido en el caso. Sin embargo, ello no es óbice para que esta Cámara entre a analizar la cuestión ya que es de toda evidencia que la petición de cambio de calificación lleva implícita una pretensión morigeradora de la situación procesal del acusado y, por ende, un cuestionamiento a la sanción impuesta. Mal podría un juez, sin contrariar el más profundo sentido de su función, decir que no considera adecuada determinada pena y, sin embargo, aplicarla o, lo que es igual, confirmar su aplicación.

En el presente la figura escogida –tentativa de homicidio- se ha agravado en virtud de la condición de policía de la víctima (art. 80 inc. 8°, 42 y 44 del Código Penal). Como fácilmente puede advertirse, se trata de una causal *objetiva* de agravación y, por ende, su configuración sólo requiere la constatación de aquel presupuesto fáctico. Esta primera circunstancia ya alerta acerca de las dificultades que conlleva su aplicación, pues una causal meramente objetiva impide todo tipo de diferenciación en el supuesto concreto.

Uno de los Sentenciantes que ha concurrido a integrar la decisión que se cuestiona, la Dra. González, se ha pronunciado por la *inaplicablilidad* -en el caso- del tercer párrafo del art. 44 del CP. para la determinación del monto punitivo. Sostiene que la escala penal prevista en la citada norma presenta idénticos reparos constitucionales que aquellos que afectan a la pena de prisión perpetua, sobre cuya inconstitucionalidad se pronunciara en anteriores casos.

La pauta agravante que prevé el inciso octavo del art. 80 CP, varias veces introducida y luego derogada en el elenco punitivo argentino, fue restablecida por

la Ley 25.601 en el año 2002, con la idea de "evitar las asiduas muertes por los delincuentes de los miembros de la Policía Federal y de la Policía de la Provincia de Buenos Aires… Forma parte de la llamada *inflación penal* que se nutre de legislación *simbólica"* (David Baigún – Eugenio Raúl Zaffaroni, dirección, *Código Penal y normas complementarias*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, T. 3, pág. 296).

Para los diputados opositores en aquel debate la conducta que describe quedaría atrapada, en la enorme mayoría de los casos, por el inc. 7° del art. 80 CP, pues por lo general se trata de un homicidio que se comete de manera precedente, concomitante o posterior a la comisión de un delito.

Más allá de entender que el presente no sería uno de los supuestos tenidos en miras por el legislador de la reforma, así como que actualmente –sabemos- existen avanzados proyectos que suprimen nuevamente esta agravante objetiva, lo cierto es que la pena prevista por la norma es la de prisión perpetua. A su vez, el art. 44 establece que "Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años".

Analizando los argumentos que fundan la petición fiscal de pena plasmados en el fallo, así como los esgrimidos por los Jueces de la mayoría al determinarla, pareciera que la elevadísima escala penal que prevé la norma escogida los ha llevado a no apartarse del mínimo de diez años de prisión, a pesar de haber valorado numerosas e importantes circunstancias agravantes. Digo elevadísima porque, sabemos, supera en dos años el mínimo legal de la pena prevista para un homicidio, ya no tentado, sino consumado.

En tal contexto, no puedo menos que coincidir con la calificada opinión de la jueza González, también en este aspecto del pronunciamiento, pues no resulta razonable ni justa la obligación de apegarse, en este caso concreto, al mínimo legal previsto para el conato de homicidio agravado.

La apuntada coincidencia no sólo deriva de considerar –como ella- inconstitucional la pena de prisión perpetua, tal como ha quedado plasmado, entre otros, en el mencionado caso “R.” (“R., E. D. p.s.a. de homicidio tentado a Y. T.” (Carpeta 3.533 OJ Tw – Legajo 33.033 OUMPF Tw, de la Cámara en lo Penal, de fecha 5/10/2012), sino que también surge de entender que la pena de diez años de prisión, en el caso particular de autos, excede el límite que se corresponde con la específica culpabilidad demostrada por el acusado.

En el citado precedente he destacado, como uno de los argumentos sustanciales de la excepcional medida invalidante de una norma por parte del poder jurisdiccional, la clara vulneración al principio de culpabilidad que conlleva la pena de prisión perpetua, por cuanto impide al juzgador cumplir con la esencial tarea de individualizar la pena, es decir, de determinar la concreta sanción que corresponde a la situación constelacional del conflicto sometido a juzgamiento, así como a las únicas e irrepetibles condiciones del individuo particular que deberá sufrirla.

Esta verdad tan simple, decía en el citado precedente, ha sido expuesta con toda sencillez por los miembros del jurado en el caso “Bacchetti”, al afirmar que la escala penal debe permitir a los jueces “valorar en el caso concreto, el tenor del injusto, la culpabilidad y en definitiva, el tratamiento a imponer” (S. N° 39 - "Bachetti Sebastián Alejandro y otra p.ss.aa de Homicidio calificado por el vínculo" – Cámara 11ma. en lo Criminal de Córdoba-02-11-2007).

Por tal razón, he entendido que el límite máximo del encierro en tales supuestos no puede superar el máximo que históricamente ha regulado el ordenamiento penal sustantivo en nuestro país –25 años de prisión-, previsto para la figura básica del art. 79 CP. Ello, considerando que una escala penal de semejante amplitud permite, sin esfuerzo, valorar todas las circunstancias demostrativas de una mayor o menor culpabilidad en el agente.

Cabe, por otra parte, aclarar que no considero que sea improcedente agravar la sanción por la condición de policía de la víctima; si así lo entendiera hubiese propiciado la aplicación de tentativa de la figura básica (art. 42 y 79 CP). Mucho menos pretendo afirmar que un agravamiento en tal sentido sea inconstitucional. Al contrario. Opino que el recrudecimiento punitivo encuentra su razón de ser en la mayor exposición y riesgo que implica, por lo general, el cumplimiento de la función policial. Por ello la solución que considero adecuada parte de reconocer una cuota de culpabilidad sensiblemente superior, justamente por tratarse de una categoría especial de víctimas.

No obstante ello, opino que elevar la escala penal de la figura básica de tentativa de homicidio simple, que es de cuatro años de prisión, a la diez años (más del doble, aunque medido en términos del tiempo existencial de una persona sea inconmensurable), en este caso concreto –insisto- no aparece como una derivación razonable de la mayor gravedad que muestra el ilícito y que, a su vez, reconozco.

Así, si bien es innegable el móvil vindicativo que guió a H., el extraordinario episodio no admite otra comprensión que aquella que él mismo brindara, esto es, que fue víctima de un proceder policial abusivo y denigrante. El relato de los hechos que ha dado en el proceso no ha sido siquiera puesto en tela de juicio, y es indicativa de que el propósito último del imputado no traduce odio a la autoridad o al uniforme policial, sino que su ira fue provocada por un proceder que entendió humillante. Su decisión no respondió a un genérico deseo de afectar la vida de quien representa la autoridad del Estado, sino el de sancionar –como bien dice el juez Arguiano- a quien lo había denigrado indebidamente.

Con todo acierto ha recordado el Vocal que me precede en el orden de votación, que en el texto de la norma calificante en su redacción original (Ley N° 18.953 –que la introdujo como art. 80 bis) se contemplaba, como excepción a la aplicación de la figura, la grave conducta

precedente del funcionario representante de la autoridad pública: "… siempre que el homicidio no hubiese sido precedido de un *grave abuso de sus funciones*, vejaciones o apremios ilegales por parte del que desempeña el acto de servicio…" (la cursiva me pertenece).

Así, si bien es correcto evaluar como calificantes el medio empleado, el peligro común sobre personas y bienes provocado por la conducta y, también –como vimos-, la extensión del daño –físico y psicológico- a la víctima y su condición de funcionario policial, el impacto que tuvo la situación que originó la reacción de H. no puede ser debidamente sopesada si se parte de una pena de Diez años de prisión.

Sin embargo, la concurrencia de un procedimiento *irregular* previo –y desencadenante- ha sido ponderado sin excepción por el Tribunal del juicio. La primera votante ha hecho pivote en el motivo que llevó a H. a delinquir –no desvirtuado por la acusación, dice-, y que debe ser considerado "en función de su alta vulnerabilidad, sus escasas barreras internas y sus también escasos recursos personales para resolver situaciones de conflicto tales como la humillación, el maltrato o el abuso".

Un paréntesis. La Magistrada hace una referencia que no considero casual y que, en mi opinión, debe también tenerse en cuenta. Ha dicho que el motivo que determinó la reacción violenta se vincula -*en función,* dice la Jueza- con el bajo nivel socio-económico y cultural del acusado. En efecto, H. circulaba en un rodado muy antiguo (VW 1500, dominio RDP-263), llevando consigo sus herramientas de trabajo. La autoridad prevencional decide secuestrar el rodado "por carecer de documentación". El razonamiento se basa en datos de la experiencia, pues ésta indica como frecuente que las personas de menores ingresos no posean la documentación de los vehículos completamente en regla, no sólo por el elevado costo de su tramitación sino, también, por el tiempo que insume gestionarla de modo personal.

El juez Arguiano también tiene por acreditado el incidente penoso sufrido por el acusado, aludiendo a "los antecedentes que motivaron la reacción del atribuido en el marco del eventual maltrato recibido por parte del personal policial, cuya existencia si bien no ha sido acreditada, desde la sinceridad que evidenciara el relato de H., puede darse por cierto…".

También el juez García señala que el hecho se debió, con base en los dichos del acusado, "a la humillación que sintió por el trato recibido".

Es correctísima esta apreciación, pues una máxima de la experiencia indica que no es regular ni habitual que una persona reaccione con ese nivel de ira y violencia si acaso el comportamiento policial previo hubiese sido, además de legal, considerado y respetuoso o, cuando menos, no abusivo ni degradante.

Por otra parte, cabe también tener en cuenta que la conducta atribuida al acusado ha irrumpido en su vida como un suceso extraordinario, sin precedente alguno pues, sabemos, el hombre carece de todo antecedente penal condenatorio.

Siendo así, no cabe sino compartir los argumentos expuestos por la Dra. González en punto a la graduación de la pena que corresponde aplicar a H, no sólo por sus argumentos sino, también, por las razones que han valorado los Jueces que integraron la mayoría en el fallo de condena.

Sea por la vía de considerar inaplicable la escala de la tentativa, en los casos que prevé el tercer párrafo del art. 44 a partir de la inconstitucionalidad de la pena que le da fundamento, o bien como consecuencia de la decisión de traspasar el mínimo legal en el caso concreto a fin de no vulnerar el principio de culpabilidad por el hecho (art. CADH, art. 18 CN), es preciso modificar la pena impuesta.

A su vez, teniendo en cuenta la naturaleza eminentemente revisora de este Tribunal, considerando que uno de los Sentenciantes del mérito ha dado razones para fijar la sanción en la de Siete años, considero adecuado

examinar sus fundamentos y, en caso positivo, confirmarlos. Entiendo que ello no vulnera, en modo alguno, el derecho de defensa del acusado ni la posición procesal de la Fiscalía o de la Querella, en tanto y en cuanto la decisión ha de ceñirse a resolver en base a los argumentos sometidos a contradicción de las partes en el juicio de cesura.

La Dra. González ha tenido en cuenta como circunstancias agravantes la naturaleza misma de la acción emprendida, así como el medio empleado para ejecutarla. También ha ponderado la extensión del daño ocasionado, tanto a la víctima como a sus familiares directos, como el peligro concreto para las personas y bienes. La condición de policía de la víctima ha sido evaluado, también, como un condimento agravante de la punibilidad.

El juez García también ha hecho referencia a la gravedad del hecho y a la intensidad y extensión del daño, indicando que "la cuantificación del injusto debe considerarse en una medida muy alta, ya sea por las lesiones provocadas, como por el riesgo que corrieron todos quienes se encontraban el interior de la dependencia policial". Pondera, asimismo, el "inmenso daño psicológico" sufrido por la víctima y su núcleo familiar.

Los tres Magistrados han ponderado, correctamente entiendo, como morigerantes de la sanción a imponer, la falta de antecedentes penales condenatorios y la alcoholización que presentaba el acusado al momento del hecho, circunstancia esta última que incidió como liberador de los frenos inhibitorios de su ira y exaltación.

Considero que aparece correcta la individualización que decide la Dra. González, toda vez que permite mensurar mucho más adecuadamente las circunstancias atenuantes del obrar del acusado, sin desmedro de la gravedad de la infracción. Ello es así, si se considera que la sanción de Siete años de prisión está muy por debajo del mínimo legal del delito de homicidio y, a su vez, muy por encima

del mínimo al que nos conduciría el primer párrafo del art. 44, en relación al 79 CP.

Tener como parámetro válido la pena aplicable a los casos de homicidio simple tentado (Cuatro años de prisión) no es antojadiza, pues, a modo de ejemplo, esta Cámara ha confirmado recientemente –en sentencia que aún no se encuentra firme- una pena de cuatro años y seis meses de prisión por hechos calificados de Homicidio tentado en concurso real con Lesiones Graves.

Por todo ello, teniendo en cuenta las consideraciones precedentes respecto de las pautas a tener en cuenta para dosificar la sanción, circunstancia determinante en la necesidad de atenuar o agravar la responsabilidad, debo decir que los parámetros ciertos que han quedado probados en el caso justifican, insisto, un apartamiento de la solución prevista por los Jueces de la mayoría y cabe, en cambio, convalidar la propuesta por la jueza González en su voto. Entiendo justo, pues, disminuir la pena impuesta a J. H., fijándola en definitiva en la de Siete años de prisión, de efectivo cumplimiento, de conformidad a lo normado por los arts. 79, 80 inc. 8°, 42, 44 y ccdts. del C.Penal.

En cuanto a las costas y regulación de honorarios profesionales, adhiero a lo resuelto por el colega que lidera el acuerdo.

El Juez Rafael Lucchelli dijo:

Ha llegado el presente caso a la instancia planteada para resolver la impugnación ordinaria (art. 374 del C.P.P.) que fuera deducida por el Señor Defensor Dr. Gustavo F. LA TORRE, contra la sentencia dictada en contra de su pupilo J. H. por el Tribunal de Juicio, el día 3 de Octubre de 2012, mediante la que impuso al nombrado la pena de Diez años de prisión, accesorias legales y costas (art. 12, 29 inc. 3° 40, 41 y 44 tercer párrafo del C. Penal) en orden al delito de Tentativa de Homicidio agravado por haber sido cometido contra un efectivo policial y en razón de su cargo (Arts. 80 inc. 8°, 42 y 45 del C.Penal) por el hecho ocurrido en la ciudad de Trelew el día 13 de Agosto de 2011 en perjuicio de M. G..

El impugnante interpuso recurso contra el resolutorio aludido solicitando se revoque la sentencia dictada en cuanto a la subsunción legal formulada y se remitan los autos para una nueva fijación de audiencia de cesura de pena a la luz del debido encuadre legal de la conducta desplegada por H..

En esa inteligencia atacó la pieza decisoria por considerar la errónea consideración del elemento subjetivo del tipo en tanto su defendido estuvo lejos de un accionar premeditado, calcular y analítico de la situación, es decir, con dolo directo de matar a la víctima sino lo que procuró con su accionar en todo momento fue dañar y producto de las consecuencias necesarias del medio elegido para ello, fueron las lesiones causadas.

Así sostuvo que la calificación correcta es la de Lesiones Graves o en su defecto Lesiones graves agravadas por la condición de la víctima.

Adujo que la versión brindada en el debate por su pupilo no ha sido en modo alguno desvirtuada, ya que los aspectos que han sido tenidos en cuenta por abonados para echarla por tierra son producto de un mérito sesgado y subjetivo influenciado por la "impresión" de alguien que se constituye con un bidón de nafta pero fuera del contexto de su estado de ebriedad y situación de ánimo aunado a un proceder que no se condice con el que ha decidido inequívocamente dar muerte a otro.

Subrayó que se trató de un individuo ofuscado por haber sido objeto de lo que entendió y acto injusto y humillante por parte de la autoridad, en evidente estado de ebriedad, que se constituyó en plena dependencia policial con un bidón y un encendedor desparramando nafta por doquier, actitud de la que no desistió pese a ser sujetado por empleados policiales, provocando con dicho accionar un incendio como consecuencia de caer dicho líquido sobre un calorama encendido que no tenía la carcaza.

Resaltó que H. en momento alguno le arrojó la nafta en su humanidad a la víctima, sino que el foco ígneo fue

por arrojar la nafta sobre un calorama que no tenía tapa, no debiéndose obviar que uno de los empleados policiales refirió que cuando se constituyó en la oficina había nafta por todos lados y que en pleno forcejeo el encartado seguía moviendo el bidón y desparramando nafta, lo que no fue analizado por los Jueces.

A su turno los Abogados de la Querella, Dres. M. Á. G. y D. H. G., sostuvieron que debe rechazarse la vía impugnativa intentada por la Defensa de H. contra la sentencia de condena y solicitaron al Tribunal que confirme la condena impuesta.

Citaron doctrina nacional para sostener su argumento y agregaron que las acciones desplegadas en estado de embriaguez voluntaria son imputables a la persona, a título de dolo o de culpa, en virtud del principio "actio lebarae in causae". En esa línea aludieron que el máximo Tribunal tiene dicho que en los casos de ebriedad quien no esté en la condición estricta del art. 34 inc. 1 es punible.

En la audiencia prevista por el art. 385 del C.P.P., la defensa técnica del imputado reafirmó los argumentos vertidos por escrito.

En primer término trataré el agravio concerniente a la falta del elemento subjetivo, del delito por el cual fuera condenado J. H. (Homicidio en grado de tentativa), toda vez que la materialidad del hecho y la autoría del nombrado, nunca fue contradicha por la defensa.

En ese sentido, debo señalar que los Magistrados del debate han realizado una pormenorizada ponderación de la prueba que fuera rendida, a fin de establecer –en forma motivada y fundada- los hechos que los llevaron a la certeza para considerar que el condenado obró con el dolo de matar.

Es particularmente clara, la Dra. Ivana González al explicar los cinco indicios que toma en cuenta para acreditar, con el grado de certeza requerido, el dolo homicida por parte de H..

Así la Magistrada explica que: "Como primer indicio del dolo homicida, tenemos el móvil vindicativo. El mismo no sólo surge de las constancias ya reseñadas acerca del evento previo del secuestro y retiro de la vía pública del auto del acusado, sino de su propia declaración y de los testimonios de A. R., M. G., B. G. y M. C..

A. R., nos manifestó los motivos y circunstancias de la infracción levantada a H. y del secuestro del auto, destacando que el nombrado cuestionó el procedimiento efectuado, retirándose de a pie de la Comisaría y visiblemente ofuscado.

Por su parte, B. G. nos explica que estaba en la Oficina de Guardia y poco antes de las 08:00 hs. se hace presente un individuo preguntando por el policía que le había secuestrado el auto; que por su forma de pararse le causó desconfianza; que tenía un encendedor en una de sus manos; y que escuchó cuando amenazaba a M. G. y lo culpaba del secuestro del auto.

La víctima nos relató que el acusado lo amenazó con prenderlo fuego y matarlo mientras le recriminaba el haberle secuestrado su auto; que se trataba de una persona convencida de lo que quería y que tuvo que vencer toda su resistencia y también la de los compañeros que salieron en su auxilio para llevar a cabo lo que ya había amenazado con hacer; que la cosa era sólo con él, no con los compañeros que también intervinieron en el forcejeo; que hizo caso omiso de las explicaciones de la víctima en cuanto a que no había intervenido en el secuestro del auto.

Por su parte, M. C., no sólo corrobora que el acusado amenazó de muerte por fuego a la víctima a viva voz, acusándolo de haberle secuestrado el auto, sino que da cuenta de la gran determinación que lo movió en todo momento, pues no sólo forcejeó contra tres efectivos (el deponente, la víctima y C.), sino que finalmente logró zafarse de la esposa que alcanzó a colocarle C. y rápidamente accionó el encendedor en dirección a la víctima.

El propio acusado, al momento de declarar, reconoce que el secuestro del auto le causó mucha bronca, alegando que los efectivos intervinientes se burlaron de él, lo humillaron y que además estaba un poco ebrio. Reconoció además, que la nafta la llevaba en el baúl con sus otras herramientas, en una botella plástica de suavizante para ropa. No obstante, negó haber querido matarlo, manifestando que sólo quiso asustarlo porque estaba muy enojado.

El segundo indicio del dolo de matar a la víctima, lo encuentro en el tiempo que transcurrió entre este incidente que lo ofuscara y la acción finalmente desarrollada, claramente tendiente a vindicarlo. En efecto, desde que se produjo el secuestro de su auto y toda esa presunta situación de humillación y menoscabo sufrida en manos de los efectivos intervinientes, y el momento en que regresa a la Comisaría buscando vindicarse, transcurrió casi una hora y media. Así, lejos de tratarse de una acción intempestiva e irracional, el imputado tuvo el tiempo suficiente para meditar sobre su decisión, apaciguarse y considerar racionalmente todo lo acontecido y su propio estado de ánimo. Pero no sólo no lo hizo, sino que mantuvo esa determinación y regresó a la dependencia policial muñido de los elementos necesarios para llevar a cabo la acción querida, la cual, como se sabe, no logró consumar por factores ajenos a su voluntad; concretamente: la intervención de terceros.

El tercer indicio de su dolo de matar, lo encuentro ya en el desarrollo de la acción planeada dentro de la Comisaría, puesto que a partir de la testimonial producida –conteste entre sí, en sus aspectos centrales, verificamos la insistencia y determinación que lo guiaron en todo momento. En efecto, no sólo no detuvo su accionar cuando la explosión del calorama sin tapa provocó anticipadamente lo que él mismo intentaba utilizando el encendedor que portaba, sino que al ver que su víctima zafaba de ese primer foco ígneo quitándose la campera que vestía, arremetió nuevamente contra él y no se detuvo hasta que, finalmente, logró su cometido y en la forma

planeada: una vez empapada la víctima en combustible, accionó el encendedor en su dirección, prendiéndolo fuego mientras se encontraba en el piso de la dependencia.

Pero además, lo cual considero un cuarto indicio, para llevar a cabo todo este accionar, no sólo tuvo que vencer la resistencia de la propia víctima, sino que tuvo que resistirse a G., a C. y a C..

Por último, encuentro un quinto indicio de su dolo de matar a la víctima en el medio empleado para perpetrar el ataque, pues la utilización de una fuerza de la naturaleza tan incontrolable para el hombre como lo es el fuego, sumado a la utilización de un acelerante como lo es el combustible, dan cuenta de que lo movió desde el inicio un designio homicida. En efecto, no resulta compatible con la más estricta sana crítica, que quien rocía íntegramente con combustible a otro y lo prende fuego, tenga en mente "tan sólo" causarle algunas heridas o "asustarlo". Sobre todo, teniendo en cuenta que no intentó apagarlo inmediatamente después de advertir que ardía…."

En la misma senda, el Magistrado García señala en su sufragio que: "La voluntad realizadora del imputado ha sido rociar con combustible a su víctima y no cesar en su actitud hasta no verlo prendido fuego al accionar el encendedor, conducta que revela la inequívoca intención de darle muerte.

Al referirse nuestro Código Penal en su artículo 42 a "el que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución", quiere significar que la intención del agente debe estar dirigida, sin lugar a dudas, a cometer el delito que se dice tentado.

Es de toda evidencia que el imputado obró, en el caso, con la voluntad realizadora de dar muerte; las particularidades del caso, la lógica y la experiencia común así lo indican. Si su intención era asustarlo –como dijo- al ver que al arrojar el combustible se produjo una explosión por el contacto con el calorama

hubiera desistido de su accionar, sin embargo se trenzó en lucha con su víctima hasta lograr embeberle el cuerpo cuando lo sujetó en el piso, y luego accionó su encendedor para prenderlo fuego completamente y así finalizar su propósito homicida.

Tampoco se puede pregonar como lo hace el defensor que su intención estuvo dirigida a dañar las instalaciones de la Dependencia Policial pues no hubiese intentado -desde su arribo a la Comisaría- localizar a quien le secuestró el auto y seguir su búsqueda hasta dar con quien él pensaba que era el autor del secuestro, emprender contra él bidón con nafta en mano y encendedor; su actitud, por el contrario, hubiese sido más sencilla por ejemplo ingresar al hall de entrada, rociar los muebles, encender el fuego e irse.

De los elementos enunciados se puede deducir razonablemente que el autor obró con dolo de matar y, afirmar, que no consumó su accionar por causas ajenas a su voluntad."

El prolífico análisis efectuado por los Jueces del Tribunal del Juicio, despeja cualquier tipo de duda en cuanto al designio criminal de H.. Igualmente sigue la doctrina judicial de nuestro más alto Tribunal Provincial, al delinear los parámetros que se deben tener en cuenta para diferenciar el dolo de matar del dolo de lesionar.

Así se ha señalado que: *"Desde el tipo subjetivo, y citando a Struensee, el autor refiere a que "...el dolo de la tentativa debe diferenciarse del dolo de la consumación, porque a aquél le falta, con la ausencia de una parte de los actos de ejecución decididos, una parte de la voluntad del movimiento corporal, a saber: aquella parte que debe desencadenar y conducir los actos aún pendientes según el plan del hecho. Al tipo subjetivo lo integra, también, el mantenimiento de proyecto decidido, la voluntad de perseverar, preestablecida en la resolución criminal, que la anticipa en cuanto a su contenido y que subsiste en la ejecución de cada acto, hasta que esté cumplido el programa criminal....."*;

acepta, por lo demás, la posibilidad de incluir el dolo directo y también el dolo eventual (ver página 116 de la obra citada). Luego de esta semblanza, que anuncié necesaria, daré las razones del criterio que expondré, proclive a la confirmación de la sentencia en lo que atañe a este punto. En efecto, creo que la conducta fijada en la sentencia es la que recrea el pasado con certeza, y de ella necesariamente se deriva la correcta adecuación que la "a quo" efectuó. Las intenciones humanas –necesariamente– se perciben a partir del modo en que los actos en su dimensión natural se exteriorizan y con ello, seguramente, estoy afirmando una perogrullada. Hay una relación dialéctica, desde mi perspectiva, entre exterioridad y sentido que nos permite conocer lo que está en el interior de la conciencia de quien protagoniza una conducta reñida con la ley. Si un sujeto, manifestando de viva voz que lo hace para vengar a un amigo, ataca de improviso a otro con un cuchillo y le hunde siete centímetros de hoja en la zona en que refirió la sentencia y comprueban los medios de los que se valieron los jueces, tiene el propósito de matar. No me parece que deba sofisticarse el análisis para encontrar, por lo menos, dolo eventual de homicidio en ese obrar que no es consumado por razones ajenas a la administración de los actos del protagonista activo en el supuesto: la presencia de otros – ya lo veremos – el pronto auxilio por los amigos que transportan a la víctima rápidamente al Hospital y la atención médica exitosa que éste recibe." Del voto del Ministro Pfleger en autos "Provincia del Chubut c/ CASTRO, Aduerdo Alfredo s/ Homicidio en grado de tentativa – Álvarez, Hugo víctima" (Expte. N° 20.982 – 12 – 2007).

Resulta irrelevante que no se ponderara que, por el medio escogido y el modo de utilización, el propio victimario corrió peligro cierto y efectivo de quemarse, como lo postula la defensa. Esto es así, toda vez que de esa circunstancia no se puede inferir lógicamente que el nombrado sólo tuvo el dolo de lesionar y no el de matar.

Tampoco el alcohol consumido por H. obnubiló su conciencia. Una clara muestra de ello, es lo que le expresó al efectivo M. G. a fin de lograr escapar del lugar del hecho.

Así las cosas, entiendo que se ha llegado a la justicia del caso al condenar a J. H., como autor material y penalmente responsable del delito de tentativa de homicidio agravado por haber sido cometido contra un efectivo policial y en razón de su cargo (Art. 80 inc. 8°, 42 y 45 del C.P.), cometido en el interior de la Comisaría Primera de la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, el día 13 de agosto de 2011, aproximadamente a las 08:00 hs., en perjuicio de Mauricio González, aplicándosele la pena de diez años de prisión. Así lo voto.

Con relación a los honorarios profesionales de los letrados intervinientes, coincido con lo postulado por los distinguidos colegas que me preceden el voto, dado que han mensurado los mismos, teniendo en cuenta los parámetros establecidos en la ley que regula el asunto.

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

S e n t e n c i a:

1) Hacer lugar parcialmente a la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica de J. H., cuyas demás circunstancias personales obran en autos, contra la sentencia Nro. 2773/12 OJTw y modificar la pena impuesta, fijándola en definitiva en siete años de prisión (arts 79, 80 inc. 8°, 42, 44 del CP)

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

3) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

La Dra. Mónica Rodríguez no firma la presente por ausencia posterior al acuerdo (art.331 último párrafo del CPP). El Dr. Rafael Lucchelli remitió su voto a esta sede por correo electrónico con firma digital.

Registrada bajo el número 7 del año 2013.