En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los dieciocho días del mes de agosto del año dos mil dieciséis, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial con asiento en Trelew, integrada por los doctores Roberto Adrián Barrios, Omar Florencio Minatta y Alejandro Gustavo DeFranco, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"E., D. /tentativa de homicidio r/víctima" (Carpeta 5.533 OJ Tw – Legajo 53.252 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación interpuesta por la Defensora Pública, Dra. María Ángela Gómez Lozano contra la sentencia nro. 880/16 OJ Tw dictada en fecha 11/04/16, por la cual L. S. A. fuera condenado como autor material y penalmente responsable del delito de homicidio en grado de tentativa (art. 42, 45 y 79 del C.P.), a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, en orden al hecho ocurrido el día 24 del mes de mayo del año 2014 en esta ciudad, en perjuicio de D. E..

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 03/08/16 en la sede de este tribunal, intervino el imputado L. S. A., por la Defensa Pública la Dra. María Ángela Gómez Lozano, el
Sr. D. E. en el carácter de damnificado y el Dr. Néstor Fabián Moyano en representación del Ministerio Público Fiscal de esta circunscripción.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Alejandro Gustavo DeFranco, Roberto Adrián Barrios y Omar Florencio Minatta.

El Juez Alejandro Gustavo DeFranco dijo:

1.- Vienen estos folios a resolución de la Cámara en lo Penal, luego de la interposición de recurso ordinario contra la sentencia registrada bajo el número 880/16, mediante la cual, en fecha 11 de abril del corriente año, la Juez Mirta del Valle Moreno condenó a L. S. A. a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, por encontrárselo autor material y responsable del

delito de Tentativa de Homicidio (arts. 42 y 79, Cod. Penal).

2.- Contra dicho resolutorio, la Defensa Pública interpone recurso ordinario, agraviándose, en primer lugar, por entender que *"no se advierte de la lectura integral de la sentencia el proceso seguido por la Sra. Juez para tener la certeza que el hecho sucedió tal y como considera que sucedió..."* (fojas 88).

Argumenta en el sentido que la sentencia es nula por *"falta de desarrollo y precisión de los argumentos y por descartar dichos, tomando como ciertos otros y tomando como testigos fiables a aquellos que sustentan lo mismo que en audiencia desmiente el resto de la prueba"*.

En la audiencia a tenor del art. 385 del ritual, desarrolla su agravio, agregando que la magistrada *"no realizó una comprobación global conjunta y con fundamentos de la prueba valorada. ¿Cómo tiene que valorar la prueba?, según el art. 25, 3er párrafo, debe valorarla según la sana crítica, ¿cómo?, "observando las reglas de la lógica (identidad, tercero excluido, no contradicción) los conocimientos científicos que en este caso en realidad no entraron en juego y las máximas de la experiencia; en caso de duda, debe favorecer al imputado..."*.

Se queja, en concreto, de que la Juez *"toma como válido y no contradictorio un montón de dichos de los testigos que entre si sí son contradictorios"*, y promete *"poner en conocimiento qué es lo que dijeron estos testigos para que se pueda llegar a esta reconstrucción ideológica de lo acontecido ese día…"*.

Recuerda que *"**F. E.**, que es uno de los testimonios en que se basa S.S, salieron a comprar al clandestino: él, su hermano, A., H., la esposa de A. y la esposa de H., seis personas; insisto en que la reconstrucción ideológica de lo acontecido el día del hecho es que al local clandestino iban 4 personas: los dos hermanos E., H. y A., pero el testimonio en el que se basa dice que eran 6 las personas que iban"*.

Rememora los dichos de H.: *"…que fueron al mercado, en una parte dice que iban 3, los hermanos E. y él y que en realidad no se conocían, y en otra parte dice que iban 2 y 2, él salió con su cuñado hacia el mercado y que parece que los otros dos venían atrás pero que en realidad no iban con ellos. Marco esto porque dice SS que "la Defensa pone en crisis los testimonios al señalar contradicciones donde no las hay" y aquí se está violando una de las reglas de la lógica: son 6 o son 4. Y si SS considera y da por hecho la reconstrucción ideológica de lo acontecido que son 4, debe explicar por qué descarta el testimonio en ese tema del hermano de la víctima que dicen que son 6…".*

3.- Luego coteja los dichos de F. E. quien dice *"llegamos al mercado, compramos y volvimos y a la vuelta A. se va corriendo, vuelve con un cuchillo y le asesta a mi hermano, yo no lo vi, sí lo vi cuando me quiso atacar a mí. No vi porque le pegó con el cuchillo a mi hermano"*, con los dichos de H. que dice: *"nunca llegamos al mercado, no compramos nada en el clandestino porque ahí yo iba mirando para adelante, pero atrás parece que A. le pegó una puñalada -y hace este gesto en la audiencia- al hermano de E.…".*

Por último, destaca las discrepancias entre lo dicho por H. en la audiencia y en las sucesivas entrevistas que brindó a la prevención, de lo que colije que *"lo único que puede quedar claro es que estaba ebrio, que no puede dar completa seguridad de lo que vio o de lo que dejó de ver, porque por un lado dijo que vio el cuchillo, en la otra entrevista no vio el cuchillo, en la otra en realidad miraba para adelante; por otro lado dice; "no, salimos nosotros tres, los hermanos E. y yo como si fueran amigos y no estaba A.", después dice "que en realidad salieron dos y dos, en otra lo ve a A. con remera en pleno invierno en plena madrugada de invierno; en otra dice el Oficial A. que es quien le toma la entrevista fílmica, que menciona cosas que en la entrevista fílmica no vimos que mencionara, es decir,*

son todas entrevistas que se le tomó y la declaración, confusas, de una a otra iba cambiando…".

4.- De la lectura de la resolución atacada, surge que, efectivamente, ha fundado la Juez Moreno la acreditación de la autoría –no habiéndose discutido la existencia de la lesión que sufriera la víctima- a partir de los testimonios de **F. E.** y **S. H.** quienes dan su versión de los hechos en un todo de acuerdo con lo que dijeron minutos después del incidente a los policías J. S. y J. D. S.

En efecto, el **Oficial Inspector J. S.** ha dicho en la audiencia que en el lugar estaba el hermano de la víctima quien manifestó que "Corre" era el autor, que también se acerca H., quien dijo que era un tal A. el sujeto activo, que vivía en la calle Paso de Indios.

Seguidamente, declara la **Oficial J. D. S...** Corrobora que llegó primero al lugar el Oficial S. y que llegó corriendo al sitio un civil que decía ser amigo del lesionado y que el autor del hecho era su cuñado A., dejándose constancia de ello en el acta.

Que revisado el legajo de evidencia, a fojas 1, obra el acta de intervención en la que, efectivamente, constan dichas atestaciones.

5.- Oído el registro de audio que contiene la declaración de **F. E.**, no puede soslayarse que, tal como lo refiere la *a quo*, indica a A. como quién atacara a su hermano. En efecto, textualmente dice que "*…cuando veníamos volviendo por la calle de la escuela del Amaya, que corre por abajo, A. se separa del grupo y se va a la casa hasta la casa del cuñado O. y cuando viene caminando, se acerca corriendo y le da un golpe a mi hermano en el pecho y cuando yo lo miro a mi hermano me dice que le había dado un puntazo pero no habíamos visto el cuchillo nosotros; ahí yo lo encaro a él y se pone en el medio O. para que no peleemos y A. saca la mano y larga una puñalada contra mi pero no me lastima y de ahí sale corriendo y yo voy a auxiliar a mi hermano, golpeo en la casa de unos vecinos para que llamen a la*

ambulancia y llega la policía con la ambulancia y lo trasladan al hospital…".

Luego, preguntado por si en el lugar dijo algo a la Policía, admite que si y que H. también "como defendiéndose" dijo que fue A..

6.- Escuchada la declaración de S. O. H. –alias "O."-, contenida en el registro (pista desde 01:07:14 a 01:57:14), el testigo manifiesta que *"…yo de ése día no me acuerdo casi nada, estaba en pedo esa noche… por eso no me acuerdo… yo me acuerdo cuando estaba en el piso, …yo lo único que vi es íbamos, estaba yo y mi cuñado nada mas…";* preguntado por el Fiscal sobre si vio quien lo lesiona a D. E.?, el testigo dice textualmente: *"por eso le digo, mi cuñado"*; preguntado por el elemento usado, contesta *"no, eso no lo vi, por eso yo lo vi cuando estaba tirado en el piso…".*

Mas adelante, solicitadas precisiones por parte del Fiscal, éste le pregunta *"en concreto Sr. H., ud. lo ve a A. que lo lesiona a D. E."*, a lo que el testigo contesta *"si, más o menos, algo así, si… si, mas o menos le digo, algo así le digo. porque yo estaba...vi cuando el "coso" nomás, cuando le pega así, pero no se con que ni nada de eso…".*

Que a raíz de unas presuntas contradicciones señaladas por el Fiscal, se reproduce en la audiencia la filmación de una entrevista tomada a H., en la que en un segmento se observa que dice que *"…íbamos caminando así piola y yo ni enterado que lo iba a poner, lo único que le dijo "la concha de tu madre"… por el frente vino"*, preguntado sobre si se paró de frente y le asestó la puñalada, contesto que si y sobre la oportunidad de defenderse, contesto *"no, no se...no, ni nosotros sabíamos que le iba a pegar una puñalada".*

7.- Puesto a resolver este punto, entiendo que la reconstrucción de los hechos materializada por la Juez Moreno es la que se corresponde de acuerdo con la prueba rendida en el debate.

Mas allá de las posibles contradicciones de H. –tal vez producto del estado de ebriedad en que se encontraba al momento de los hechos- acerca de si tuvo a la vista el cuchillo o no, acerca de la cantidad de personas que fueron a comprar al "clandestino" y otras circunstancias menores, lo cierto es que, en total coincidencia con el testigo E., corroborado a su vez por lo que ambos dijeron a los oficiales S. y D. S.., no dudó jamás en afirmar que fue A. quién dio un golpe en el pecho a E., viniendo desde su casa, que luego de ese golpe lo vio tirado en el piso, sangrando, y que luego huyó del lugar.

Tampoco se advierten en ambos testigos animosidad alguna contra A. que haga presumir que hubieran mentido y, además, encuentran sus versiones correlato con la prueba científica rendida en el juicio, tal como lo destaca la Juez, concretamente, las pericias que ilustran las heridas de la víctima –en un todo de acuerdo con el lugar que dice H.-, el acta de intervención e informes fotográficos –que ilustran el lugar donde los testigos ubican la agresión-, además de la correlación ya apuntada con las declaraciones de los policías constituidos en el lugar.

8.- Por todo ello, en lo que respecta a la autoría en cabeza de A., no cabe duda alguna que la misma ha sido acreditada con la certeza que demanda la etapa, verdad alcanzada a partir del análisis correcto y fundado de las constancias reunidas en el contradictorio. Por ello, corresponde confirmar la sentencia.

9.- Se agravia la Sra. Defensora, en segundo lugar, respecto de la calificación jurídica escogida por la sentenciante.

En efecto, argumenta la Abogada Gómez Lozano en la audiencia en estos estrados, en el sentido que "*...si la figura del homicidio en grado de tentativa se va a dar por el elemento objetivo que es el medio utilizado y el lugar elegido para propinar la herida, qué sentido tiene que el código penal tenga una figura como lesiones graves?, qué sentido tiene si justamente está para esos*

casos si la lesión puso en peligro la vida?; ¿No será que además del elemento objetivo hay que analizar el elemento subjetivo para distinguir lo que es el homicidio en grado de tentativa de lo son las lesiones?. Efectivamente la diferencia está en el dolo, en un caso tiene que haber dolo de matar y en el otro caso, dolo de lesionar exclusivamente si consideran que A. fue el autor y teniendo dolo homicida, lo hubiese matado directamente porque no había nada que se lo impidiera. En este caso nos encontramos ante una figura de lesiones".

Prosigue argumentando que "*...la calificación no es la adecuada, porque la calificación adecuada en este caso es lesiones. Estamos hablando de una persona que carece de cualquier antecedente, que no es belicoso, que estuvo 9 años en un mismo trabajo de M., que luego dejó el campo y se trasladó a Trelew, tiene un trabajo en blanco en un pollería, tiene su pareja desde hace 15 años, tienen hijos en común, vive desde hace 4 años en el mismo terreno en dos casas distintas con su cuñado y su hermana sin ningún tipo de inconvenientes, no tiene problemas con los vecinos, no ha tenido ningún incidente anterior; no puede presumirse de una noche, de un asado por un cumpleaños con un poco de alcohol de más, que la intención era matar a una persona a la cual no conocía...".*

10.- A ello la Fiscalía, sosteniendo la corrección de la sentencia, dice que "*...en cuanto al dolo, entiende también esta Fiscalía que está debidamente fundamentado las circunstancias del dolo, la conducta precedente inmediatamente posterior del imputado de alejarse del lugar, hacer desaparecer el arma y a su vez los dichos de H. que fue él el que en un momento se interpuso para evitar, que cese la agresión del mismo A., son evidentes que ha existido una tentativa de homicidio, no lo sustento en el resultado solamente sino tal como lo dijo la Defensa, en el aspecto subjetivo, hay un dolo de muerte claro por parte del imputado...".*

11.- En este punto, la Jueza de la condena, explica cómo encuentra acreditado el dolo homicida en cabeza del prevenido A.. Manifiesta textualmente, a fojas 82, que "...*En este sentido, encuentro acreditado el dolo homicida, y ello a partir del elemento objetivo que requiere el tipo. Teniendo en cuenta el medio utilizado por A. para acometer a la víctima, es fácil concluir que su intención era la de matar y no lesionar. Este argumento se fortalece aún más si tenemos en cuenta el lugar elegido para propinar la herida lesionando gravemente en el corazón, una zona vital poniéndolo en peligro de muerte inminente, conforme las consideraciones médicos legales...*".

Evidentemente, tal como explica la defensa, la magistrado interviniente ha encontrado acreditado el *animus necandi* en la localización de la estocada y en el medio utilizado.

Esa línea de pensamiento permitiría construir una regla infalible como la que sigue: "toda herida producida con arma blanca en el corazón acredita *necesariamente* la intención de matar". Pero, esa regla del pensamiento no puede compartirse.

No existen referencias, en el pensamiento de la Jueza, acerca de otros actos exteriores que permitan acreditar la intención de acabar con la vida de E., mas allá de la mera localización de las heridas y del elemento productor.

No se ha confutado, con prueba independiente, los dichos de A. en el sentido que no tendría móvil alguno para matarlo, ya que no se conocían, "...que nunca tuvo problemas con ellos...".

12.- Como se dictamina en los autos "C., M. s/recurso de casación", de la Cámara Nac. De Casación Penal, resolución del 22 de septiembre de 2010 (Eldial.com-AD123F), citado por la defensa, "*...para que una agresión sea calificada como tentativa de homicidio no bastará el mero empleo de un medio capaz de producir la muerte por su poder ofensivo, la repetición de la*

agresión, el número de las lesiones, el lugar vital en que fueron inferidas, y las manifestaciones verbales, sino que la intención del delincuente debe aparecer claramente definida en tal dirección, por lo que es menester una prueba específica demostrativa de la resolución de matar en el momento de comenzar la ejecución para dar a los signos exteriores una correlativa fuerza intencional, y si ello no se halla plenamente demostrado por actos confusos y equívocos, dicha calificación debe ser rechazada en virtud del principio in dubio pro reo...".

13.- Descartado el dolo homicida, entiendo que la correcta subsunción del caso resulta posible pero en la letra del art. 90 del Código Penal, esto es, lesiones graves, toda vez que, y tal como se ha acreditado en el debate, la acción lesiva del imputado puso en peligro la vida del ofendido en forma cierta.

Efectivamente, tal como lo indica la mejor doctrina, *"lo que en este caso agrava es la situación de peligro inminente de muerte en que por los efectos de la lesión se ha encontrado la víctima..."* (Nuñez; Tratado, Tomo III, Vol. I, pag. 210).

14.- En cuanto a la respuesta punitiva, conforme la calificación que estimo correcta, no es dable asumir competencia positiva, lo que procesalmente hablando sería más económico, toda vez que no existe parámetro concreto alguno que permita adoptar una equivalencia entre la pena impuesta por la *a quo* y la que podría determinarse con la simple reducción de la escala penal o, incluso, aplicar, como se ha decidido en numerosos pronunciamientos, el mínimo legal.

En efecto, ha considerado la juez de la sentencia diversas circunstancias como agravantes, así como para menguar el reproche, pero sobre todo, se trata ahora de estimar la pena de acuerdo al resultado realmente producido –delito de lesión- y no, solamente, el grado de injusto al poner en peligro la vida.

Todo ello impide –atento el grado de injusto y sobre todo el nivel de reproche que corresponde hacer al condenado- optar por el mínimo legal en esta instancia y, sin perjuicio de ser una opción posible para una nueva cesura, obliga a considerar como adecuado remitir estos folios para una consideración integral a la prueba a producirse en un nuevo debate (art. 304, C.P.) y, además, permitiendo la hipotética revisión de la nueva sanción a imponer. Así lo voto.-

15. 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 de la Defensa Pública en la suma de VEINTICINCO (25) JUS, por la labor desarrollada en la presente etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII N° 15 – antes decreto ley 2.200 y art. 59 de la Ley V-90, antes Ley 4920).

El juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Tras sustanciar en audiencia la pretensión impugnativa, corresponde revisar la decisión registrada bajo el nro.880/2016, tomada por el tribunal de condena en base a los agravios desarrollados por la defensa de confianza del acusado.

La sentencia recurrida ha condenado a L. S. A. DNI: XX.XXX.XXX, por el hecho acontecido el día 24 de mayo de 2014, en horas de la madrugada, en la vía pública en calle Paso de Indios de la ciudad de Trelew; imponiéndole la pena de cuatro años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales y costas, en orden al delito de Homicidio Simple en grado de Tentativa en carácter de autor (art. 42, 45 y 79 del CP).

Acusa la pretensa que la resolución de la jueza de grado Dra. Mirta del Valle Moreno, posee insuficiente fundamentación probatoria intelectiva, que ha violado las reglas de la sana crítica racional -Arts. 25 y 382, 2° párrafo del C.P.P. y 160 de la Constitución provincial-, y que posee insuficiente fundamentación jurídica.

Que no se advierte de la lectura integral de la sentencia el proceso seguido por la Sra. Juez para tener la certeza que el hecho sucedió tal y como considera que sucedió. Dijo que en el debate han habido tres (3) testimonios a tener en cuenta que fueron ofrecidos por la fiscalía, y la declaración del imputado, y previo a marcar las diferencias en los relatos de cada uno, afirmó que en la sentencia se toman por cierto frases sueltas de cada uno para armar el hecho de una determinada manera, sin explicar porqué se da entidad a unos dichos sobre otros.

Toda vez que los antecedentes del caso y del recurso se encuentran prolijamente detallados por el colega preopinante, me remito a ellos para evitar reiterarlos innecesariamente.

2. De la revisión integral de la sentencia, se colige que para el A-Quo, de las pruebas reseñadas en su fallo y producidas durante el debate, le fue posible sostener en grado de certeza que el acusado perpetró el hecho por el cual fuera acusado.

2.1 Así lo ha razonado y fundado en su sentencia, cuando en el acápite de la autoría, tuvo en cuenta la información obtenida mediante el testimonio de S. H., de F. E. y de los funcionarios policiales J. S. y J. D. S...

2.1.1 La Oficial J. D. S.. dijo ante la Magistrada que quien llegó primero al lugar fue el Oficial S., que se acercó una persona de civil identificado como H. quien dijo que había estado tomando en una de las casas y que el autor del hecho era A., dejándose constancia de ello en el acta que fuera agregada a foja 1 y 2 del legajo de prueba fiscal (LPF en adelante).

2.1.2 Por su parte adunó en su análisis la versión coincidente del Oficial Inspector J. S., cuando refirió que al llegar al lugar, estaba el hermano de la víctima quien manifestó

que “Corre” era el autor, que también se acercó H., quien también dijo que un tal A. era el autor del hecho, que vive en la calle Paso de Indios.

2.1.3 En cuanto a los testigos civiles, mencionados por los policías, he de cotejar los dichos de F. E., quien efectivamente aseguró que fue A. la persona que atacara a la víctima que es su hermano.

La juez transcribió las partes pertinentes del testimonio, que ilustraron sobre los acontecimientos previos al incidente, su desarrollo y su percepción. A la paciente escucha de lo narrado por E., se advierte que las referencias efectuadas por la magistrado han sido correctas.

Siguió diciendo quien condenara que el testimonio brindado por F. E., se torna en necesario ya que es quien a partir de su declaración primero al Oficial S., va a determinar la autoría del hecho en cabeza del imputado A.. Y quien le va a revelar a su hermano, D., que fue lo que le pasó y quien fue el autor, luego que éste permaneciera durante un mes en terapia intensiva del Hospital Zonal de Trelew, a raíz de la gravedad de las lesiones padecidas.

Tengo para mí que la jueza con razón reafirmó la veracidad de los dichos de F., desde el momento mismo que la propia víctima no pudo dar detalles de su agresor, y ponderó el testimonio de aquel con la metodología que habla de la coherencia interna y externa del relato.

2.1.4 Y en cuanto a esta última característica, se advierte que la sentenciante ha valorado que los dichos de F. E. “se asientan y consolidan” con la declaración de S. H., alias O., quien sometido a un intenso interrogatorio afirmó que vio a la víctima en el piso, coincidiendo en indicar que el que lo lesionó fue su cuñado A..

Si bien es dable reconocer que han existido diferencias en algunas afirmaciones entre la versión de F. E. y de "O.", como las remarcadas por la señora defensora referidas al cuchillo, o a la cantidad de personas que fueron a comprar al local clandestino; creo que ha sido sobre cuestiones periféricas, posibles de ser confundidas y olvidadas en atención a la ingesta de alcohol y horas de ensueño que rodeó el hecho y tuvo como constante al grupo. Ello ha sido debidamente ponderado por la juez.

Mismo razonamiento merecen las contradicciones que remarcó de H. tanto en la audiencia de debate, como en las sucesivas entrevistas que brindó a la prevención. En el juicio no ocultó que de ese día no se acuerda casi nada porque estaba ebrio, mas cuando fuera preguntado por el Fiscal sobre si vio quién lesionó a la víctima, dijo, *"mi cuñado"*.

> 2.1.5 En materia probatoria, se requiere que el contenido de la declaración de la persona que concurre a un debate, se circunscriba a lo advertido por alguno de sus sentidos en forma personal y sin intermediarios, a fin de no romper la conexión entre el sujeto que percibió viendo o escuchando, y el objeto de la percepción que se pretende probar. Ello así, básicamente, tanto para que la contraparte pueda contraexaminar la versión traída al Tribunal que debe juzgar, como para que este pueda corroborar la credibilidad de dicha versión por parte de quien la dá.

En lo central del evento juzgado, relacionado a como sucedió y sobre todo, a quién lo cometió, son coincidentes las versiones de F. E. y de H.. No solo es posible sino muy común que los testigos confundan o duden de ciertos detalles que integran una situación traumática como lo es la que ventilara en el debate, y

recuerden sin dudar otros elementos, como al autor de una acción violenta.

Valga como aclaración que disipe dudas: no es que se le crea algunas cosas y otras no a los testigos, es que se considera posible y razonable que conserve en su memoria algunos detalles, los nucleares, por sobre otros, de contexto.

2.1.6 Por otra parte, E. y H. coincidieron en dar exacta individualización a los preventores que primero llegaron al lugar, inmediatez y concurrencia que supone que no se han puesto de acuerdo para acusar falsamente a una persona. Por ello, como lo estimó la magistrado, creo que no es dable sospechar de mendacidad de los testigos, o interés en perjudicar a A..

Así lo ha considerado con razón la juez cuando dijo que "Las testimoniales analizadas, guardan coherencia y armonía entre ellas, a pesar de que los testigos pertenecen a distintos sectores, involucran asimismo a funcionarios policiales que nada tenían que ver con los hechos y las personas directamente vinculadas al evento, que asistieron en su obligación, al lugar de los hechos a fin de corroborar, asistir, ayudar y controlar el orden, lo que no es más que cumplir con sus funciones, cuando suceden hechos de esta índole."

2.1.7 Por último, la juez desechó correctamente el descargo de A. por falta de coherencia, al estimar que trató de colocarse con él, en una mejor posición procesal. Dijo la magistrado *"…si A., que estaba celebrando su cumpleaños con su familia, su esposa, cuñada y S. H., decidió ir a comprar bebidas alcohólicas a un mercado clandestino en un horario un tanto inusual, sea que fueran juntos o separados con los hermanos E., que motivo lo determinó ir a lo de su hermana a dormir, máximo cuando lo estaban esperando su casa, entre*

otros, su esposa para continuar con el festejo." "Las circunstancias previas y posteriores, narradas por el imputado su comportamiento al momento con posterioridad del hecho no era compatible con un estado de ebriedad completa que le impidiera comprender lo que hacía o recordar lo que había sucedido."

Por todo ello, tengo para mí que el Tribunal A Quo ponderó correctamente la prueba producida en el debate, y que la llevó a no dudar de la autoría del acusado, dando fundamentos claros y racionales de la certeza arribada; lo que me determina a votar por la confirmación de la sentencia.

3. Ingresando ahora en lo que compete a la faz subjetiva del sujeto activo al momento de cometer la acción, poco y nada se ha dicho.

3.1 A la lectura de la sentencia, advertimos que la juez puso en cabeza del imputado la intención del autor de dar muerte a la víctima a partir del elemento objetivo que requiere el tipo, es decir el medio utilizado y el lugar elegido para propinar la herida. Del medio, coligió que la intención no fue de lesionar, sino de matar; del lugar de la herida propinada, que es una zona vital y puso en peligro de muerte inminente al damnificado. Todo ello certificado por los testigos F. E., S. H., por el perito Leguizamón y los orificios en las prendas de vestir, que dan cuenta de la ubicación de la lesión y constatadas por los profesionales médicos.

3.2 Sabido es que para tener por típica a las acciones, no obstante su significación objetiva, habrá que evaluar en forma aguda el tipo subjetivo, es decir en el caso de delitos de contra la vida de las personas, que la intención del agente ha sido sin dudas, la de causar la muerte. Para actuar dolosamente, el sujeto activo debe saber qué es lo que hace, debe conocer los elementos que conforman

el hecho típico, y debe querer los resultados, o al menos debe serle indiferente su posible ocurrencia.

En cualquier delito que pueda catalogarse de doloso, debe poder considerarse *(en forma acreditada y sin lugar a dudas)* que la persona tenía conocimiento de los elementos que conforman la acción prohibida previo al resultado, y luego, la voluntad de realizar ese tipo objetivo. Es decir que ese conocimiento debe existir previo a la voluntad. Los elementos que integran el dolo son el intelectual o cognoscitivo primero, y el elemento volitivo después. Cualquier matiz del dolo, exige la convergencia de ambos elementos. Si no están, no habrá dolo.

Enseña el doctor Eugenio Zaffaroni que el tipo objetivo tiene dos funciones: la sistemática, que es la de proveer todos los componentes objetivos que emergen del análisis aislado del tipo, y que al menos algunos de ellos *"…deben ser abarcados por el conocimiento del agente para que éste configure su voluntad dolosa, pero que no son suficientes para ello, dado que el campo de análisis está, por definición, limitado a lo que permite deducir el tipo en particular. Se trata de una función de fijación primaria o elemental del objeto de la prohibición, que proporciona el espacio problemático de discusión de la tipicidad objetiva;…"* Por otro lado, sigue el jurista, se encuentra la función conglobante, que consiste en *"…verificar la conflictividad del pragma, que implica tanto la verificación de la lesividad como de la posibilidad de que el mismo sea imputado al agente como propio (pertenencia). No hay conflicto cuando no hay lesión (lesividad), pero tampoco lo hay cuando esta lesión no puede ser imputada a un agente como obra dominable (dominabilidad), ya que se trataría de un accidente y no de un conflicto…."* Zaffaroni-Alagia-Slokar; Derecho Penal, Parte General; Ediar, Bs. As., 2000, pagina 455.

3.3 Tengo para mí que los dos extremos que ponderó la juez hacen al elemento objetivo, que

graves y típicos, no prueban intención homicida: un cuchillo puede matar, pero también puede lesionar, y con él se puede amenazar. El lugar de la estocada es vital, mas ¿fue allí donde realmente quiso estocar el imputado?, ¿puede existir duda a este respecto?. Entiendo que si la sentenciante superó esa duda, debió integrar su resolución con los fundamentos que así la convencieron.

La acusadora ha dado algunos elementos para que la juez supere esta etapa del conocimiento, pero la Magistrada no los ha tomado en su sentencia. En la etapa de los alegatos finales, el fiscal general dijo que el *"…el dolo también existe tomando en cuenta los dichos de E., el hermano, que dijo que fue H. quien intercedió y se interpuso a A. y lo separó a A.; es decir que no solamente E. ha salvado su vida, no solamente por la intervención rápida de los médicos sino también de H., quien intercedió en ese momento e impidió que H. siguiera atacando a la víctima. Y el hecho también, tal como lo relató E. que A. se desprendió del grupo, fue a su casa corriendo y regresó corriendo y ahí, intempestivamente, estando la víctima descuidada en indefensa porque estaba ebria, le asestó una estocada directamente al corazón, lo cual también el hecho de haber ido a su casa a buscar un arma blanca es demostrativa de un dolo directo en esta tentativa de homicidio…"*(alegatos finales, soporte de la audiencia, 11:27 o 01:13:37).

Al control de la sentencia, se colige que la juez no ponderó estos argumentos, ni los incluyó el tipo subjetivo de la calificación jurídica de la acusadora; y esta Cámara no puede completar la sentencia, en el marco de un recurso ordinario como el que nos faculta la ley en estos casos.

3.4 Por lo dicho, coincido con mis colegas que el dolo homicida no se encuentra debidamente fundado en la sentencia, por lo que corresponde hacer lugar a la petición de la defensa y subsumir el hecho en

la figura de lesiones graves, del art. 90 del Código Penal, ya que los antecedentes del caso, tenidos en cuenta por la juez y confirmados por esta Cámara, se encuentran presentes y acreditados.

Dice el doctor Maier que *"...aunque de ordinario la regla sólo pretende que el fallo no aprecie un hecho distinto al acusado, ni valore circunstancias no introducidas por la acusación, una variación brusca de la calificación jurídica puede sorprender a la defensa en algunos casos..."*. Pero ojo, advierte el profesor que en cada caso debe hacerse un particularizado estudio pues, en definitiva, *"es la ley penal la que proporciona los criterios para conocer si una circunstancia fáctica o elemento de otro tipo tiene importancia para el fallo o carece de importancia para él."* (Maier, ob. cit. p. 568/571)

Entiendo que no se vulnera en el presente principio de congruencia alguno, desde el mismo momento en que una tipicidad alternativa constituyó el pedido subsidiario de la propia defensa, y fue controvertido entre las partes en el juicio.

En el caso que nos ocupa, la acusación y el transcurso del debate, importó una calificación más gravosa que, a criterio de este vocal, no correspondía ser resuelta, motivo por el cual no ha existido un agravio al derecho de defensa, ni vulneración a la igualdad de armas de las partes, desde el mismo momento en que fue el imputado quien introdujo en el proceso, el tipo penal de la acción acusada.

Por todo lo dicho, de acuerdo a la readecuación de la calificación jurídica que, por imperio de esta revisión corresponde, se impone que los actuados vuelvan a la sede la Oficina Judicial para que, con la integración del Tribunal que por ley corresponda, se asegure el contradictorio sobre lo que en materia de cesura de pena merezca, bajo los recaudos de ley, para que finalmente se dicte sentencia que abarque ese extremo del proceso penal.

4. En cuanto a la imposición de costas y los honorarios, adhiero a la regulación propuesta por el por el primer votante.

Así voto.

El juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. La defensa impugna la sentencia, argumentando que ella no respeta las reglas de la sana crítica, estipuladas como fundamento de una pena en nuestro artículo 25 del Código Procesal Penal. Especialmente, estima que la condena se basa en dos testimonios que son contradictorios, tomándolos por parte, y no efectuando así, una valoración global y conjunta de todos los elementos probatorios obrantes en la causa. Asimismo, subsidiariamente, y para el caso de que se lo considere autor a su defendido, argumenta que el mismo no actuó con el dolo de homicidio, sino con el correspondiente al tipo penal de lesiones graves, peticionando se anule la sentencia en el punto de la calificación legal y se reenvié para la fijación de la pena del caso.

2. En orden a los testimonios, la defensa comienza por analizar los testimonios de F. E. y O. S. H., alias "O.", señalando como contradicción entre ambos, la cantidad de personas que salieron del domicilio hacia un local comercial clandestino, pues el primero nombra seis –él, su hermano víctima, H. y A., con sus esposas-, mientras que el segundo dice que eran cuatro. Amén del número, realiza una serie de consideraciones en el punto, que son claramente periféricas, como la hora, las condiciones psíquicas por la ingesta de alcohol y el cansancio, así como que uno dice que llegaron al mercado, en tanto el otro lo niega, amén de las contradicciones de H. entre la entrevista y lo relatado en el debate, sin advertir, precisamente, que los testigos bajo ingesta alcohólica van recordando y omitiendo en forma paulatina sobre hechos no centrales, pero sí recuerdan lo que para ellos, en ese momento, fue lo más efectista, impactante, que, en el caso, fue la agresión con arma a

una persona por parte de otra y, en esto, no hay duda de que ambos coinciden.

Así, F. E. relata claramente que A. se separa del grupo que venía caminando y regresa, se acerca corriendo y le da un golpe a su hermano en el pecho, diciendo éste que le pegó un puntazo, pero no habían visto el cuchillo, interponiéndose él y " O." para que no peleen, pero A. le saca la mano y le tira una puñalada que no alcanza a lesionarlo y sale corriendo. Por su parte, H., manifiesta y efectúa claramente el ademán de la estocada, aunque remiso y un poco confuso y hasta contradictorio en otros temas periféricos que no vienen al caso detallar porque no tienen influencia decisiva alguna en la probanza de la agresión del autor.

Vayan en apoyo de esta conclusión también los testimonios concordes de los policías S. y D. S.., en tanto el primero señala que, al llegar al lugar, el hermano de la víctima le dijo que el autor había sido A. y que lo mismo le dijo H., mientras que D. S.., al llegar al lugar del hecho después, afirma que apareció un civil, a la sazón H., que dijo ser amigo del lesionado, y que el autor del daño al cuerpo era su cuñado A..

Por otro lado, no se advierte circunstancia alguna que haga sospechar animosidad contra el imputado de ambos testimonios, amén de concordar ellos con los demás elementos probatorios, tales como la inspección ocular, pericias criminalística y médica.

Con todos estos elementos, así valorados en forma conjunta en lo central y decisivo, no queda duda alguna de que el autor de la lesión que puso en peligro la vida de la víctima, fue el condenado A., por lo que la sentencia condenatoria debe confirmarse en el punto, sin más.

3. En lo que sí asiste razón a la defensa, es en la calificación legal del hecho, puesto que para confirmarse la condena por homicidio en grado de tentativa, habría que señalar con certeza que A. tuvo la intención de matar, lo que en el caso no ocurre.

Para decidir la cuestión, explicitaremos en primer término el marco teórico del cual partimos, a los efectos de dar razones de la decisión. En primer lugar, estamos ante la problemática de la prueba del dolo, una de las cuestiones más difíciles de contornear en la doctrina y jurisprudencia, puesto que, en definitiva, únicamente el autor sabe con certeza -y no en todos los casos- qué intenciones tuvo o, para decirlo correctamente, qué se representó y quiso efectivamente hacer en el momento del hecho. Como lo sintetizara un autor, la dificultad del tema reside en que el juez debe "meterse en los arcanos de la mente".

En este camino, no queda otra salida que inferir las representaciones y voluntad del autor de elementos objetivos, es decir, de hechos que tengan significados sociales más o menos inequívocos, independientes de las expresiones del imputado, pero corregido ello con la referencia a los actos correspondientes al plan concreto del autor, pues si no corremos el peligro de estereotipar todos los actos sociales, cuando ellos pueden no coincidir con lo que realmente conoció y quiso el autor. Por ejemplo, en el caso de una herida con arma blanca, si uno tuviera en cuenta solamente el lugar de la estocada y el medio utilizado como parámetros del dolo homicida, no cabe duda de que en el caso habría tentativa de homicidio, pues si se consulta el significado social, sin mirar las intenciones reales del autor o planes, ésa será sin duda la opinión generalizada. De lo que se trata, en definitiva, es de construir las reglas conforme criterios de imputación basado en valoraciones o significados sociales, pero con el límite de lo que surge del plan concreto que tuvo en cuenta el autor conforme sus representaciones y voluntad real, es decir, el aspecto psicológico, si se quiere.

4. Todo lo anterior nos obliga a establecer una serie de reglas en las que deberá basarse, a nuestro juicio, una correcta merituación acerca de la existencia del tipo subjetivo, que den un margen de racionalidad a

la cuestión, reglas que extraemos de varios autores y jurisprudencia concordantes. *(Cfr, en todo el tema a: RAGES I VALLES, Ramón; La prueba del dolo en el proceso penal, Editorial J.M. Bosch, año 1999,Barcelona, España;y demás autores allí citados).*

En esta senda, es ilustrativo distinguir, en primer lugar, el significado social de conductas que son especialmente aptas para afectar bienes jurídicos, y las neutras, identificando las primeras como aquellas que, conforme una valoración o interpretación social, llevan casi necesaria o inexorablemente a inferir una lesión -ruleta rusa, conductores suicidas, bomba en un avión o lugar habitado, disparo con arma de fuego dirigido al cráneo, cuchillada aplicada en dirección al corazón, etc.-, mientras que las neutras son aquellas que son habituales o bien prestan alguna utilidad social, no obstante ser portadoras de altos riesgos para la integridad o vida humana, características que la hacen aparecer ante la valoración colectiva como que el autor no se representa la aptitud lesiva, por lo que se exige, para ser dolosa, que ellas vayan acompañadas por otras circunstancias, tales como expresiones del imputado- " pasalo por encima, …matalo", etc. en los accidentes de tránsito- o proximidad del resultado- golpe de puño en una riña, no apto para matar, pero que el autor capte la proximidad de la muerte si no desiste, tal como vómitos de sangre, insuficiencia respiratoria, etc.- o bien, cuando la conducta neutra se planifica para llegar al resultado.

Desde esta primera regla, si calificamos a la acción de A. -tirar un solo puntazo, casi de costado, sin ninguna dirección específica a zonas vitales, en estado de percepción no lúcido, excitado emocionalmente- como no apta en sí para matar, sino neutra, deberíamos tener algún otro elemento más que el cuchillo y la zona donde termina lesionada la víctima, para estimarla como apta, inexorable o necesariamente para causar la muerte, como por ejemplo hubiera sido alguna manifestación del

imputado, proximidad del resultado o demostración certera que la acción neutra, formaba parte de un plan de matar, todo lo cual no aparece en el caso. Adviértase que cuando hablamos de conductas neutras y no aptas necesariamente para causar un resultado lesivo, hay que tener en cuenta siempre la relación con un resultado concreto -pues un puñetazo o cuchillada aplicada a una zona genérica puede ser neutra respecto de la muerte, pero no de lesiones- y el contexto, es decir, que la conducta se desarrolle siempre dentro de lo explicable como neutro, como entendemos sucedió con A., pues perfectamente no solo podía haberse asegurado en forma intempestiva y de frente apuñalar al corazón, sino que inclusive tuvo la posibilidad de aplicar varias veces la misma agresión, atento la ingesta alcohólica de todos los presentes que hubieran reaccionado en forma tardía. Con este cuadro, cobra relevancia coadyuvante la falta de motivo grave o serio del imputado que pueda justificar la muerte de la víctima, así como la falta de cualquier antecedente violento en su persona.

En suma, la sola aplicación del criterio de imputación o valoración social mismo, ya excluye, a nuestro juicio, una conducta apta para afectar la vida misma, por lo que es dable concluir que no estuvo en su plan acabar con la existencia de la víctima, sino tan solo causarle una lesión, en este caso calificada por haber puesto en peligro una vida humana, es decir, grave, por lo que deberá revocarse en el punto la sentencia, y calificarse en consecuencia el hecho como constitutivo del delito de lesiones graves del artículo 90 de nuestro código penal.

5. Por último, deberá reenviarse a los jueces competentes la individualización de la pena, puesto que las aristas del caso ameritan una amplia y nueva contradicción sobre el nuevo injusto y, ergo, nueva reprochabilidad como medida de la pena.

6. En materia de imposición de costas y honorarios, adhiero a los fijados por el vocal que lidera el acuerdo. Así lo voto.

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

S E N T E N C I A:

1)**Hacer lugar parcialmente** a la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica del imputado L. S. A., cuyas demás circunstancias personales obran en autos, contra la sentencia Nro. 880/160 OJ Tw dictada en fecha 11/04/16;

2) **Modificar** la calificación legal impuesta en la sentencia recurrida, quedando subsumido el hecho atribuido en el delito de lesiones graves (arts. 45 y 90 del Código Penal);

3)**Disponer** el reenvío del caso para que, de manera inmediata, el tribunal que corresponda decida la pena a aplicar de conformidad con lo dispuesto en la presente (art. 387 CPP);

4)**Imponer** las costas al acusado (arts. 239, 240, 241 y concs. CPP), regulando los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la cantidad de VEINTICINCO (25) JUS por la labor desarrollada en esta instancia, de conformidad con lo establecido en los arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII N°15 –antes decreto ley 2.200 y art. 59 de la Ley V-90, antes Ley 4920);

5) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Roberto Adrián Barrios

Omar Florencio Minatta **Alejandro Gustavo DeFranco**

Registrada con el Nro.19/2016 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.