En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los veintisiete 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 Gustavo Defranco, Omar Florencio Minatta y Mónica Rodríguez, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"Comisaría Primera s/investigación tentativa de homicidio a M. S. r/víctima – Trelew" (Carpeta 3.563 OJ Tw – Legajo 33.320 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por el Dr. E. A. M. contra la sentencia dictada en fecha 30/11/12.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 13/03/13 en la sede de este tribunal, estuvo presente el Dr. E. A. M. en representación del acusado D. S. B. y el Dr. Fabián Moyano en representación del Ministerio Público Fiscal de esta circunscripción judicial.

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

El juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. Efectuaré, en primer lugar, una síntesis de los antecedentes del caso sometido a conocimiento y decisión de esta Cámara, así como de los agravios que sustentan la impugnación ordinaria deducida y el responde a los mismos por parte del Ministerio Público Fiscal en el transcurso de la audiencia que prescribe el art. 385 del C.P.P.

2. Mediante sentencia Nro. 4.662/12 de fecha 07/12/12, el tribunal colegiado integrado por los jueces penales Dres. Roberto Adrián Barrios, Fabio Monti y Francisco Marcelo Orlando, declaró a D. S. B. como autor responsable del delito de homicidio en grado de tentativa agravado por el uso de arma de fuego en carácter de autor (arts. 79, 42, 45 y 41 bis. CP) en perjuicio de N. V. y M. S., por el hecho ocurrido el día 29/08/2011 en el local nocturno "L. P." con asiento en esta ciudad, y lo condenó a la pena de cinco años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas.

3. El Sr. Defensor, en su presentación escrita y ratificada en la audiencia prevista en el art. 385 CPP, centró en tres los agravios que le irrogan a su parte la sentencia que critica, a saber: a) errónea valoración de la prueba testimonial para concluir en la materialidad y autoría en cabeza de su asistido; b) errónea calificación legal y c) indebida valoración de la agravante genérica del art. 41 bis del C.P., para la fijación de la pena impuesta.

En orden al primero de los agravios, sostuvo que el mismo se funda, esencialmente, en el testimonio de V. J. M., el que -a criterio de los sentenciantes- resultó verosímil y decisivo para el reproche a su asistido y no así respecto del imputado S., a posteriori absuelto; resultando indicativo de ello la referencia que el mismo efectuara de haber conversado con personal policial cuando fuera demorado el Fiat Uno junto a sus ocupantes y que presenció el secuestro de un arma que el citado personal introdujera en una bolsa; manifestaciones estas que, señaló, fueron refutadas por las demás pruebas y que el *a quo* advirtió como manifestaciones falaces y por ello no lo tuvo en cuenta respecto de S., pero sí de su asistido.

En tal sentido, señaló que el testigo se debe conducir con la verdad y absoluta independencia en su relato, cuestión que en modo alguno ocurrió con V. M., toda vez que, afirmó, elaboró una realidad ficticia de los hechos, sumado a la circunstancia que el mismo testigo dijo haber sido intimidado por una persona allegada al Servicio Penitenciario Federal, cuestiones que, afirmó, no fueron merituadas por el Tribunal sentenciante.

Continuando en la reseña de lo aportado por el testigo M., señaló que éste sostuvo que tanto P. como B. se encontraban dentro del local y que luego salen por haber sido provocados por otro grupo del que formaban parte las víctimas M. S. y N. V., grupo este que se encontraba munido de ladrillos, que escuchó un disparo y vio un tumulto, piñas y trompadas, que ve a unos treinta metros que uno pegaba con un arma a otro, viendo a unos cincuenta metros a otro efectuar

tres tiros, pero no quién los efectuaba. Que sindicó como el mas "bajito" quien efectuara los tiros, destacando el letrado que en modo alguno pudo aseverar el Tribunal que fuera su asistido, toda vez que P. no estuvo presente en el debate.

Destacó que el testigo afirmó no saber quién conducía el Fiat Uno, cuando en el acto de reconocimiento en rueda obrante a fs. 22 del Legajo de Pruebas, señaló que el conductor del mismo es quien efectuó los disparos y que el otro –por B. refiere el letrado-, siempre estuvo de acompañante, manifestando en el debate haberlo dicho por "calentura"; sumando a ello, que el testigo, estando presente en el debate su asistido, no lo reconoció como aquél que efectuara los tres disparos.

De lo dicho, concluye que su testimonio es por demás endeble e impreciso, destacando que siempre refirió una sola arma, que observó a una persona pegando con ella, que en rueda de reconocimiento señala a B. como la persona que disparó para luego contradecirse en el debate al sostener que quien disparaba era el conductor, reconociendo a B. como acompañante que no disparó y que estuvo "estático".

También con igual sentido crítico del testimonio que analiza, señaló que en el mismo se observaron una serie de contradicciones, las que, afirma, fueron contrastadas con los restantes testimonios y diligencias concretadas, demostrativas éstas de la carencia de veracidad del mismo; señalando en tal sentido que M. afirmó haber recogido las vainas y llevarlas otro día, cuando se probó que las entregó ese mismo día en la Seccional Primera; haber referido al personal policial los tiros en la intersección de las calles S. y L. J., cuestión que fue negada por los testigos de actuación; como así también sostener que se secuestró un arma de fuego en el automóvil Fiat Uno, probándose que ello en momento alguno ocurrió.

Por todo ello, sostuvo que el agravio deducido debe prosperar, toda vez que la autoría y materialidad del hecho, se asientan en un testimonio falso, puesto que no surge de

la causa en forma inequívoca, que B. haya esgrimido y/o utilizado un arma de fuego el día del hecho.

En orden al segundo de los agravios, errónea calificación legal, conforme doctrina y jurisprudencia que profusamente cita, señaló que en modo alguno se encuentra acreditado que su defendido, objetivamente, efectuara actos externos inequívocos de cometer el delito que se le adjudica y más aún, que haya empuñado arma alguna; como así tampoco desde el aspecto subjetivo, su asistido demostró la intención de terminar con la vida de persona alguna, es decir, actos ejecutivos del delito, directa e indirectamente consumativos, dado que aquél no portaba arma de fuego. Ello, emerge claramente si se considera que D. B. por su condición de personal policial y entrenamiento para manipular armas de fuego, si su designio era dar muerte a sus ocupantes, no hubiera esperado que las víctimas ascendieran a la Ford T., aseverado ello por los testigos M. y A. al sostener que podría haberles dado muerte antes de su ascenso a dicho automotor.

En esta inteligencia, la defensa indicó que se encuentra debidamente acreditado que quien efectuó los tres disparos, los realizó estando la Ford T. en movimiento, huyendo ésta a toda velocidad, impactando el primero a catorce (14) metros de distancia y los restantes a mayor distancia, sumado al hecho que el citado vehículo se encuentra totalmente carrozado, por lo que, concluye, que quién disparó lo hizo al “bulto”, no contra persona alguna, siendo indicativo de tal conducta, que el primer impacto se produce en el paragolpes, lo que habilita inferir que la intención del autor no fue matar, sino amedrentar con un arma de fuego a quienes huían despavoridos en el vehículo en movimiento.

Concluye, conforme doctrina y jurisprudencia que cita, que no se acreditó el propósito por parte de B. de causar la muerte de persona alguna, por lo que en modo alguno puede responsabilizárselo por el delito que se le enrostra, por lo que solicita se revoque el fallo que critica, absolviendo a

su asistido y, en el supuesto de no prosperar el mismo, se recalifique su conducta.

En orden al último de los agravios, agravamiento de la pena por el uso de arma de fuego, sostuvo que si bien consideró como atenuantes la edad y falta de antecedentes condenatorios del imputado, entiende que la pena impuesta no guarda relación con una correcta graduación de la misma, conforme a los parámetros fijados por los arts. 40 y 41 del CP.

En tal sentido, sostuvo que el tipo penal del homicidio, excluye la aplicación del art. 41 bis del C.P., por cuanto debe tenerse presente que el bien jurídico lesionado es la vida, no admitiendo lesiones graduales, por lo que la agravación de la escala penal aplicable al caso no podría estar sustentada en ningún medio comisivo particular, en el caso un arma de fuego, dado que el tipo delictivo ya contemplaría la lesión al bien jurídico.

Por lo que, concluye, procede la exclusión del art. 41 bis del C.P., en función de los arts. 42 y 79 del mismo cuerpo legal, disminuyéndose la pena impuesta como consecuencia de su aplicación.

Al momento de responder los agravios durante la audiencia de impugnación, el representante del Ministerio Público señaló, en orden al primero de aquellos, que en modo alguno se estableció que el testigo M. haya mentido o sus dichos hayan sido falaces, al contrario, se correspondían con el resto de la prueba. El testigo M. en rueda de reconocimiento reconoció a B. como la persona que se paró en la calle y efectuó tres disparos contra la Ford T., habiéndose acreditado que los impactos de bala que presentaban N. V. y M. S. se correspondían con el arma reglamentaria del imputado, por lo que, sostiene, los dichos del testigo M. encuentran absoluta correspondencia con prueba objetiva.

En orden a lo sostenido por la Defensa, en cuanto que el Tribunal le ha creído a M. en la prueba que lo complica a su pupilo pero no así con la prueba que lo involucraba a S., señaló que todos los dichos de M. sobre hechos

sustanciales, importantes que hacían al objeto de la prueba, encontraron correspondencia con el resto de la prueba.

En relación a que el testigo M. resultó intimidado, coincidió con la Defensa sobre este punto, pero aclarando que no fue B. -amigo de las víctimas- sino la policía, siendo preciso el testigo al respecto en su deposición.

Concluyendo sobre este punto, sostuvo que el testigo V. M. fue veraz en sus dichos, no se contradijo ni dudó en momento alguno, extremos estos que el Tribunal valoró correctamente para corroborar la autoría del imputado, solicitando que dicha valoración se mantenga.

En cuanto a la agravante del art. 41 bis del C.P., señaló que su aplicación no afecta garantía constitucional alguna, no es una agravante que esté contemplada expresamente en el tipo penal del homicidio, éste se trata de un delito doloso y además aplicado con violencia en las personas con lo cual no afecta garantía constitucional alguna, por lo que solicita se mantenga dicha agravante. Señaló que sí sería atendible el planteo defensista si al momento de requerir pena, hubiera mencionado la utilización de un arma de fuego, por cuanto se invocaría dos veces un mismo agravante, cosa que en el caso no ocurrió. Agregó que se suele invocar el argumento que es lo mismo matar con un palo en la cabeza que matar con un arma de fuego, pero ello, señaló, no es así porque lo que ha tenido en cuenta el legislador para la aplicación de la agravante es el mayor grado de culpabilidad, invocando en apoyatura de su afirmación, los fallos "Baeza Miguel s/homicidio" Expte.. 20.107-B-2005 y Expte.: "Díaz, Darío" Expte.: 20.083-D-2005, en los que se sostuviera la constitucionalidad del art. 41 bis del C.P.

En orden a la ausencia de dolo homicida por parte del imputado B. que invoca la Defensa, señaló que el Tribunal entendió que sí ha existido dolo eventual y conforme al mismo se lo condenó, destacando que B. sabía que en la T. habían ascendido cinco personas, que se representó el resultado letal y no obstante ello no le importó el mismo, se

desinteresó, por lo que solicitó que se confirme la condena en los mismos términos en que fue dictada, atento a que no se dan ninguno de los supuestos que habilitan la impugnación y la misma se encuentra sobradamente fundada.

4. Efectuada la reseña que antecede, surge que la defensa se agravia al efectuar la sentencia condenatoria una errónea valoración de la prueba testimonial de cargo, correspondiente al Sr. M. V. J. Asimismo, le resulta agraviante tanto la aplicación al caso del artículo 41 bis del Código Penal, como las merituaciones del tribunal para tener por probado con certeza el elemento subjetivo de la tentativa de homicidio.

5. En cuanto al agravio de un error en la valoración de las pruebas por parte de los jueces, adelantamos que no se observa en su razonamiento, en orden a la autoría, ninguna ilogicidad en la reconstrucción fáctica, pues todos ellos infieren su existencia en base a varios elementos que son concordes y que no resultaron refutados por la defensa, lo que pasamos a tratar.

En primer lugar, surgen de los testimonios del S. M. y de la Sra. A., varios hechos ciertos en cuanto a que observan directamente, dando detalles, sobre el accionar de una persona que efectúa tres disparos en dirección del vehículo en el que momentos antes habían ascendido las víctimas y que trataba de alejarse raudamente del lugar. Asimismo, ambos testimonios, analizados en conjunto, son concordes en cuanto al protagonismo previo de la persona que terminara disparando contra la camioneta, tanto en la persecución, como en las agresiones con un arma en la cabeza a uno de los ocupantes del vehículo, sosteniendo que se trata de la misma persona que disparara y que, para individualizarlas, la describen como el " mas bajito", siendo reconocida ésta físicamente en forma propia por el Sr. M., resultando ser el condenado. Demás está decir que tales testimonios son armónicos con las demás pruebas basadas en los rastros que dejó el hecho, no solo en cuanto a que las vainas se

corresponden con la pistola del imputado, sino que los proyectiles que las víctimas tenían en su cuerpo también, todo lo cual forma una pluralidad de probanzas cargosas que apoyan la acusación, cumpliéndose la primera exigencia básica de la reconstrucción de los hechos, cual es la pluralidad de varias pruebas concordantes que sostengan la versión acusatoria.

Pero sabemos que no basta con la existencia de una pluralidad de pruebas concordantes para garantizar la verdad procesal en orden a los hechos, pues a ello debe agregarse la no existencia de contrapruebas que refuten alguna de ellas, lo cual ya es suficiente para descartar la verdad de la tesis acusatoria. Por esto es indispensable analizar con cuidado el intento de refutación que se intenta respecto del testimonio del Sr. M., lo que se sostiene en varios argumentos que pasamos a analizar. En primer lugar, se trae a colación la supuesta contradicción de los sentenciantes, al haber dado credibilidad al testigo M. como prueba de cargo en contra de su defendido, mientras que en la misma sentencia absuelven a otro imputado por el delito de encubrimiento basado en la inverosimilitud del testimonio citado. Entendemos que tal pretensión debe ser descartada sin más, no solo porque de la circunstancia que mienta sobre un hecho no se deriva necesariamente que no diga la verdad sobre otro, sino porque una simple lectura de la sentencia nos revela que la absolución por encubrimiento no se basó en la falta de credibilidad de M., sino porque no hubo dolo en el acusado, tal como lo ilustran los votos de los jueces, en los que se hace referencia, esencialmente, en la falta de prueba respecto al conocimiento de los hechos anteriores que supuestamente encubrió, lo que da por tierra la afirmación de que la falta de crédito endilgada al Sr. M. haya sido la base de la absolución. En segundo término, alega la defensa que el testigo no se manifestó con la suficiente independencia en su declaración, habida cuenta de que el mismo refiere en la audiencia que había sido intimidado por alguien perteneciente al Servicio Penitenciario Federal,

destacando que una de las personas que integraban el grupo agredido , junto a las dos víctimas en estos autos, es Subayudante de la citada institución, por lo que, deducimos, trata de tachar de parcial al testimonio en perjuicio de su defendido y en beneficio de los denunciantes. Debemos descartar tal sospecha, toda vez que el testigo no solo realiza, como los adelantáramos, un pormenorizado relato casi idéntico de los hechos, repetido varias veces en distintos momentos, ya sea al deponer en forma espontánea, como al contestar las preguntas tanto del fiscal como de la defensa, sino que también censura el accionar del grupo en el que se encontraban las víctimas, sobre todo al indicar que seguían afuera del recinto, esperando que salga el imputado y agrediendo con piedras, acciones previamente planificadas, según él, por el citado grupo. Amén de ello, cabe señalar que la intimidación – supuesto que así haya existido- que se trae a colación, no tiene la entidad suficiente como para enervar las contundentes imputaciones de autoría que surge de su testimonio, corroboradas por las pruebas científicas señaladas, sino que ella, en tal contexto, es un refuerzo más de su verosimilitud, pues si la intimidación hubiese tenido algún grado de éxito en su declaración, ésta no hubiese sido tan detallista y aguda.

En suma, no se puede estimar que tal prueba cargosa ha sido refutada, al no sostenerse en argumentos que puedan conmoverlas y dar lugar a una merituación que sea sostén de otra versión razonable de los hechos o, al menos, útil para instalar la duda respecto de la tesis acusatoria, por lo que deberá tenerse por acreditada la autoría en cabeza del condenado con la certeza suficiente exigible a una sentencia condenatoria. *(Cfr., acerca de las garantías epistemológicas para alcanzar la verdad fáctica, Ferrajoli, Luiggi; Derecho y Razón, Ed. Trotta, España, 1995, pgs. 149-152)*

6. El agravio traído por la defensa en orden a la inexistencia de tentativa, también debe desecharse en el caso, puesto que se dan todos los elementos del tipo objetivo y subjetivo de ella. En efecto, sabemos que el tipo de la

tentativa es una anticipación punitiva que el legislador efectúa respecto de un delito de lesión mediante una formula genérica o tipo penal (art. 42) que exige, como ingrediente fundamental de todo tipo penal de lesión, que la conducta haya puesto en peligro concreto el bien jurídico que se afecta. En el tipo objetivo de la tentativa, deberemos demostrar que hubo comienzo de ejecución, es decir, actos que demuestren el comienzo de un plan criminal dirigido, en el homicidio, a matar. Ahora bien, para determinar cuándo hay o no comienzo de ejecución, y así distinguirlos de los actos preparatorios que son impunes, se han delineados varios criterios por parte de la doctrina, sobre los que no corresponde entrar aquí, pero sí explicitar el que sigue el votante. En este sentido, el criterio que nos parece más seguro y certero, es el que proporciona la teoría objetivo-individual, pues considera al plan concreto del autor, lo que es razonable pues no existe una forma abstracta de matar, sino una concreta de hacerlo, es decir, que cada verbo correspondiente a un tipo legal- en este caso matar- se realiza de cierta forma concreta en cada tipo fáctico o supuesto de hechos, pues en la realidad todo matar tiene un "cómo", que si no lo tenemos en cuenta, es imposible determinar cuándo comienza la acción que realiza el verbo típico. En esta senda, no se toma el plan concreto del autor teniendo en cuenta sólo lo realizado por el autor- lo que ocurrió en la realidad-, ni tampoco solo lo que él se representó -aunque no coincida con lo real-, sino que deben tenerse en cuenta ambos aspectos, por lo que no se trata de elegir entre un criterio objetivo- puesta en peligro concreto- o subjetivo- lo representado por el autor- , sino de tomar ambos en la medida que coincidan, ya que de esta forma se conjura el peligro de cargar al autor con un peligro imaginario o con uno real que él desconoce. En suma, no basta con el peligro concreto de lesión desde lo real y objetivo, sino que debe agregarse que el autor lo quiso como parte de su plan. De esta forma, no se subjetiviza el peligro, pues se exige peligro real y efectivo de lesión, pero se lo

complementa con el plan, de forma tal que ese peligro coincida con lo programado por él, garantizándose así que no se punan las tentativas inidóneas en las que el peligro solo existe en la imaginación del autor. *(Cfr. Zaffaroni- Alagia- Slokar; Derecho Penal, Ediar, Bs As, 2000, pags. 790-794).*

Aplicado tal marco teórico a lo aquí debatido, no hay duda de que existe la tipicidad objetiva de la tentativa, pues hubo comienzo de ejecución del tipo de homicidio. Esto se infiere tanto de la existencia indudable del peligro objetivo concreto de morir que corrieron las víctimas, como de los hechos ciertos que apoyan la coincidencia de tal extremo con el plan concreto del condenado B. Como el punto primero no se discute, habrá que determinar si tal peligro pudo formar parte del plan del autor, lo que damos por descontado, pues la acción de disparar el arma de fuego, por parte de un idóneo en la materia, a pocos metros de distancia y en dirección tal que en su trayectoria se encontrarían personas, son hechos ciertos de los que se puede inferir fácilmente el punto.

En cuanto a la tipicidad subjetiva, el debate acerca de si la tentativa acepta o no el dolo eventual, ya nos hemos expresado en otros fallos por la afirmativa, restando determinar si, tal como lo pregona la mayoría del tribunal, existió dolo eventual o directo. Va de suyo que es imposible la prueba exacta de un hecho psicológico, por lo que habremos de determinar ello conforme la normas de la lógica, de la experiencia y de las leyes científicas. En esta senda, no puede descartarse, conforme los ítems que hemos relatado de su plan concreto, que el autor no se haya representado la altísima probabilidad de un riesgo concreto y real para la vida de las personas que ocupaban el móvil, no solo, repetimos, por el conocimiento del medio utilizado- letal- y de la existencia de personas en el interior del móvil, sino por la dirección que imprimió a los disparos, con un trayecto idóneo para dañar, tal como lo demuestran la ubicación de los impactos. Al conocer esta posibilidad seria del peligro

concreto del resultado dañoso, lo incorpora así a su voluntad, sin que tal extremo haya sido un motivo para abstenerse de su acción. Por otro lado, no podría alegarse una confianza en que el resultado de peligro no se iba a producir, pues no hay razones, por lo dicho, objetivas que puedan sustentar una confianza así para llevar el caso a la culpa consciente, sobre todo porque no tenía una visión exacta de las personas sobre las que disparaba, extremo que podría cambiar la valoración tratándose de un idóneo en la materia.

Por todo ello, estando completa la tipicidad objetiva y subjetiva de la tentativa de homicidio con dolo eventual, deberá confirmarse en el punto la sentencia

7. Respecto al agravio que le produce a la defensa la aplicación del tipo penal expresado en el artículo 41 bis, lleva la razón la defensa, pues su operatividad se encuentra interferida por el art. 79 del mismo código penal, por lo cual no pueden ambos tipos concursar, sino de forma aparente. Esto nos indica que no se trata de un hecho con doble tipicidad plural, sino de una sola, fenómeno que se presenta cuando ésta última es la única que se aplica porque neutraliza o interfiere a la otra, lo que se conoce en doctrina con el nombre de concurso aparente. Este es el marco téórico para decidir la cuestión, lo cual requiere una breve explicación.

Sabido es que cuando un hecho pueda tener más de una pluralidad típica, no hay que analizar la cuestión de los tipos en forma aislada, sino conforme las relaciones que existen entre ellos, para lo cual la doctrina ha delineado principios en los que basar la solución. En este camino, recordemos los tres principios básicos que entran en juego en el llamado, por la doctrina, concurso aparente.

Por un lado el principio de especialidad, el cual se presenta cuando un tipo penal exige para su consumación llevar a cabo ***necesariamente*** otra conducta que está prevista en un tipo penal distinto, más otra circunstancia- por lo general atenuante o agravante-, tal como la relación entre

el robo y el robo con armas o el homicidio simple respecto de los atenuados y agravados. En estos casos, se aplica el tipo específico, conforme el adagio *lex specialis derogat legis generalis*, de forma tal que el tipo especial encierra conceptualmente- en forma necesaria- al otro, aplicándose así aquella sola figura. Amén de tal supuesto, hay autores que aplican este principio también a los casos en el cual es el mismo legislador el que desplaza la aplicación de una figura, privilegiando a otras, tal como sucede con los llamados tipos residuales, en los cuales el legislador expresa tal voluntad generalmente con las oraciones " *siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado"* (ej. arts. 150, 183, 302, etc.) u otras análogas. Se trata de casos en que es el legislador quien expresamente decide la interferencia y, por lo tanto, la exclusión de figuras, debiendo aplicarse solo una.

Por otro lado, se delinea el principio de consunción, en virtud del cual se aplica aquella figura que, para su consumación, puede llevarse a cabo ***eventualmente*** mediante otra conducta prevista en otro tipo penal, de forma tal que la no aplicación de esta última se justifica porque el desvalor que ella prevé queda incluída en aquella, que resulta la única aplicable. En estos casos se aplica otro adagio latino conocido como " *lex cosumens derogat legi consuntae",* de forma tal que el tipo aplicable encierra materialmente- no conceptualmente como en la especialidad- la desvaloración del tipo que se excluye. Es decir, se trata de figuras que pueden consumarse con acciones que se corresponden con otros tipos o con acciones distintas.

Por último, el principio de subsidiariedad viene a cuento cuando analizamos todos aquellos tipos que afectan el mismo bien jurídico en forma progresiva, de forma tal que el de mayor afectación excluye a los tipos anteriores (vgr.: la consumación excluye la tentativa, la autoría excluye la participación, las tentativa de homicidio las lesiones graves, etc).

Ahora bien, en el presente caso, como se discute si corresponde aplicar ambos tipos penales (41 bis y 79) o solo uno (art. 79), desplazando al otro, estamos, obviamente, ante una cuestión de relaciones entre tipos penales, que es precisamente la médula del concurso aparente. Si esto es así, debemos considerar si resulta aplicable a la cuestión alguno de aquellos principios que regulan el concurso aparente, o bien sacar la cuestión de allí y considerarla como concurso ideal, puesto que nadie discute que se trata de un solo hecho – lo cual excluye de plano el concurso real- que encaja en más de un tipo, sólo que debemos resolver, si tal concurso es solo aparente y, por lo tanto, no ideal.

Entendemos que en el caso, puede interpretarse razonablemente que estamos ante un concurso aparente de ambos tipos, pues resulta, a nuestro juicio, aplicable solo uno de ellos, el artículo 79, desplazando así la figura del artículo 41 bis por el principio de consunción, lo que equivale a decir que el desvalor de la violencia exteriorizada mediante el uso de un arma de fuego que contempla esta última figura, se encuentra ya incluida materialmente en el homicidio; es decir, este último tipo penal ya encierra valorativa o conceptualmente a aquella, puesto que una de las acciones de dar muerte a otra, puede cometerse eventualmente por uso de violencia mediante arma de fuego, al no exigir la ley ningún medio expreso para el tipo básico de homicidio, ni materiales ni morales. De hecho, la inmensa mayoría de los homicidios hoy en día, se cometen utilizando armas de fuego para su comisión. En suma, el propósito que surge del segundo párrafo del artículo 41 bis, es evitar toda doble desvaloración, al disponer que ella no es aplicable cuando la violencia mediante utilización de arma de fuego sea un elemento constitutivo del tipo penal o agravante. En el caso del homicidio, la utilización de cualquier medio implica necesariamente violencia, por lo que cualquier medio es típico y la expresión de esa violencia mediante armas de fuego es una de las conductas eventuales con que se puede consumar, por lo que se trata claramente de uno de los

elementos constitutivos del tipo de homicidio simple. Ahora bien, otra cuestión distinta es el grado de violencia utilizado, criterio que utilizará el juez para dosificar la pena en el caso concreto, pero ello forma parte de la gravedad del injusto, tal como lo requiere la construcción del objeto a reprochar y que nuestro código recoge con las palabras " naturaleza de la acción ". Solo en este último sentido, la violencia que caracteriza el uso de un arma de fuego para matar puede ser causal para agravar por sobre el mínimo- descargando completo el cargador, por ejemplo-pero ello porque es un indicio de mayor injusto, no por la simple circunstancia del medio, sino por la forma más gravosa de utilizarlo.

En definitiva, para nosotros es muy claro que la utilización del arma de fuego es una de las conductas eventuales de realización del homicidio y, como tal, uno de los elementos eventuales del tipo que ya está desvalorado en éste último, por lo que si lo volvemos a considerar para agravar la pena por esa sola circunstancia, caemos en una doble desvaloración de un mismo ítem típico, lo cual está prohibido por el principio elemental de que no puede desvalorarse dos veces lo mismo. Esta interpretación, además, no es contraria ni siquiera al tenor literal de la ley, pues ella misma está estableciendo en forma expresa que no deberá aplicarse cuando el arma de fuego es uno de los elementos constitutivos del tipo penal, es decir, cuando forme parte del tipo penal.

En el caso concreto en estudio, entonces, el tipo establecido en el artículo 41 bis queda desplazado por el artículo 79 en virtud del principio de consunción, pues la violencia típica de ésta figura puede ser plasmada con cualquier medio, por lo que el arma de fuego debe considerarse como uno de los modos eventuales de ejercer violencia.

Obsérvese que podría también estimarse el caso como una relación de especialidad, pero no porque las dos figuras necesariamente se implican, sino porque la especialidad puede

disponerse expresamente por decisión del legislador, mediante una cláusua residual que generalmente se expresa, tal como lo adelantamos, mediante oraciones que estipulan su no aplicación cuando tal tipo implique, a su vez, un delito mayor o empleando otras oraciones análogas, como las del artículo 41 bis, que expresamente dispone la no aplicación de ella a las figuras que tienen como elementos típicos el uso de la violencia mediante armas de fuego, sea de forma necesaria- por ejemplo, robo con armas de fuego, especialidad-, sea de forma eventual- por ejemplo, homicidio- que puede cometerse por cualquier otro medio

En suma, sea lo que fuere- concurso aparente por consunción o especialidad por decisión expresa del legislador- el tipo penal establecido en el artículo 41 bis queda desplazado por el artículo 79, puesto que este último interfiere la operatividad de aquél, excluyendo su aplicación al caso porque en definitiva las lesiones que contempla el artículo 41 bis están incluidas en el artículo 79 (Cfr, para todo lo dicho sobre los principios que regulan la interpretación de los tipos penales a: *ZAFFARONI- ALAGIA-SLOKAR, ob.cit., pags.830-834).*

Por último, resta decir que esta interpretación del tipo penal es la más restrictiva que soporta su semántica y, por ello, debe prevalecer sobre otras más amplias, conforme principios básicos de interpretación de la ley penal, que se alinean y brotan de varias pautas, tales como la "ultima ratio" y el "pro-homine", nociones que ya deberían estar instaladas de forma definitiva en nuestra jurisprudencia después de la contundente y clara sentencia de nuestra Corte Suprema Nacional en la conocida causa " Acosta". Antes de terminar el punto, es pertinente traer a colación otro principio que abona a favor de esta interpretación, pues es unánime la crítica que doctrina y jurisprudencia le hace a la redacción y ubicación de la norma, producto de la irresponsabilidad manifiesta del actual legislador penal. Nos referimos concretamente al llamado *"principio de limitación máxima de la respuesta contingente"*, elaborado

por la doctrina para que ella proponga a los jueces una interpretación limitativa del poder punitivo, en todos aquellos casos en que una reforma penal se establece sin amplio debate, consulta y elaboración responsable de los tipos *(Cfr. Baratta, A; Principios de derecho penal mínimo, NDP, año 1987).*

8. Conforme todo lo anterior, corresponde confirmar la sentencia en lo que hace a la autoría del condenado por el delito de tentativa de homicidio y revocarla en cuanto aplica el artículo 41 bis. Esta última decisión impone también descontar a la pena de prisión impuesta el plus que se le agregó, debiendo corregirse su monto. En este sentido, entendemos que todas las consideraciones de atenuantes y agravantes que efectuara la sentencia son más que razonables para imponer el mínimo de la pena, lo que justifica la competencia positiva y no el reenvío pues en este último caso lo sería para discutir la pena y lograr, como máximo, lo mismo que en esta instancia consigue, descartándose así cualquier agravio que le pudiere ocasionar la decisión de este Tribunal.

9. Corresponde imponer las costas al acusado (art. 241 CPP) y regular los honorarios del profesional a cargo de la Defensa del acusado en la suma de veinte (20 JUS, por la labor desarrollada en esta etapa, a cargo del imputado. (art. 5, 7, 13, 44 y ccdtes. de la Ley XIII N° 4, antes Decreto-Ley 2200).

El Dr. Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1. Luego de detallados los agravios de la defensa técnica de D. B. y el responde de la Fiscalía, debo entrar al análisis de toda la prueba producida a lo largo del debate y a cómo la han valorado los jueces de la sentencia, habida cuenta que, en primer lugar, centra su crítica el abogado M. en la insuficiencia de aquella para dar por acreditada la autoría de su pupilo.

Para ello es necesario repasar los fundamentos expuestos por los integrantes del tribunal de debate para luego, en los términos de la amplia capacidad revisora que brinda el

recurso previsto en el art. 374 del rito, poder determinar lo acertada o no de la decisión final a que se arribara.

2. De la lectura de la sentencia en crisis surge claramente que coinciden los jueces en atribuir al testigo V. J. M., tal como lo denuncia el letrado defensor, dueño del local nocturno en cuyo exterior sucedieron los hechos, una importancia capital para acreditar el hecho imputado, aunque completan el cuadro cargoso con otros diferentes elementos de imputación, los que son prolijamente vertidos en los respectivos votos y analizados cuidadosamente.

El primer voto, que lleva la firma del Juez Fabio Andrés Monti, transcribe todos los testimonios recibidos en su oportunidad, otorgando, es cierto, al del nombrado M. una fuerza probatoria superior por haber sido quien no sólo manifestó que "los chicos salen con la T. y uno de los muchachos tira tres disparos hacia la T. desde la calle E... el tipo estaba parado, con el brazo extendido...", sino porque, a la sazón, en el reconocimiento en rueda de personas "reconoce a D. B. como la persona que efectúa los tres disparos...".

Analiza a mi modo de ver en forma correcta su credibilidad, a fin de contestar al planteo de la defensa, y concluye que no advierte indicios que permitan poner en crisis la fiabilidad por no poseer interés en el caso, ni alguna motivación que pueda hacer sospechar que no se haya conducido con la verdad y su versión de los hechos encuentra correlato con el testimonio de su esposa y la prueba científica llevada a cabo.

Por su parte, el juez Barrios, analiza –a fin de contestar la teoría del caso de la defensa- la credibilidad del testigo M. y afirma que no advierte mendacidad en sus dichos. Continua diciendo que "...impresionó ser una persona comprometida... y no dió un solo elemento que permita presumir algún interés en el presente caso, todo lo contrario, sus afirmaciones parecieron preocupadas, francas y sinceras.

Pero además, explica en forma correcta que, desde lo externo, la declaración de M. resulta conteste con la de su esposa, la de los vecinos S. y G., en cuanto a la cantidad de disparos, y con las pericias balística y criminalística producidas en la causa, de las cuales surgen conclusiones que llevan a la certera responsabilidad de B. en el hecho.

Por último, el juez Orlando, acredita la autoría responsable a través de los dichos de M. a los que adosa los de M. A., su esposa, dando importancia capital al reconocimiento en rueda de personas realizado por el primero en el que sindicó a B. "como el que hace los tres disparos", a la ficha de armamento que obra a fojas 336, de la que surge que B. portaba el arma ****** y la experticia Balística 63/11 que determino que las vainas servidas secuestradas en el lugar se corresponden con el arma ******.

3. Que analizada toda la prueba producida, en particular la reproducción de los registros de audio de los testimonios en crisis y la lectura del legajo de prueba, no puedo arribar a otra conclusión que a la que llegaron los jueces de la primera instancia de conocimiento.

Recordaré, en apretada síntesis, los dichos principales del testigo en cuestión, solo a partir de ya encontrarse en la vía pública.

Luego de narrar el incidente en el interior del local, da cuenta M. que "… en eso veo a tres personas que querían ingresar gritándome "que salgan estos que se creen malos", cosas así; los tengo que empujar y cuando los empujo, hace dos pasos hacia atrás y agarra una laja suelta que estaba en el pasaje y la levanta tratando de dirigirla hacia donde estaba yo, entonces saco un aerosol de defensa y lo reduzco con el gas y pierdo, o sea, suelto la manija de la puerta de emergencia en la cual ahí salen las otras dos personas que estaban adentro, que eran los que yo le decían que no salgan; en eso escucho una detonación, no sé cuál de los dos muchachos detonó el primer disparo; luego en el tumulto veo muchas piñas, trompadas, gritos, ladrillos que tiraban los muchachos

que estaban más allá; yo supongo que habían salido y organizado algo porque de golpe volaron muchos ladrillos y… veo que uno de los muchachos golpeaba con el arma, no sé si los dos o...realmente pasaba todo muy a full, rápido y no se sinceramente si eran los dos que estaban armados o… pero uno sé que pegaba con el arma. Los chicos suben a la T. tratando de escapar, van hacia atrás y salen a fondo y uno de los muchachos tira tres disparos hacia la T.; eso es lo que puedo aportar, nada más… ”

Preguntado por la Fiscalía sobre el primer disparo, contesta que no vio quien lo hizo y “que fue al aire porque no vi nada raro… lo sentí a mi costado pero no vi apuntando a nadie”; respecto a la secuencia de los tres tiros contesta que efectivamente reconoció al que los realizó y que los mismos fueron seguidos, agregando más adelante que “al que veo tirar es a uno solo, el otro no sé si tiró o no tiró, porque el primer disparo no quien de los dos...”

Contra examinado por la defensa técnica, afirma el testigo M. que a uno que se trataba de esconder debajo de la camioneta, le pegaba con el arma; que efectivamente vio que lo que tenía en la mano era un arma, porque vio cuando la iba esgrimiendo. Preguntado nuevamente por la defensa “si el que estaba, el que salió esgrimiendo el arma y que le pegaba con el arma al otro que estaba ahí al lado de la T., ése es la misma persona que luego le disparó a la T.”, contesto nuevamente que “si, tres veces”.

Respecto a la aparente contradicción en cuanto a que habría manifestado que al mismo que reconoce es el mismo que manejaba el Fiat Uno, responde que “… no porque no vi quién se subía, yo vi al hombre guardar su arma y correr hacia su auto o al auto donde se que vinieron, no sé si era el dueño o el que venía manejando, ya ahí los perdí de vista, tampoco sé si subieron más al auto enseguida”. Repreguntado nuevamente porque dijo era el que manejaba, contesta “...que se yo, en el momento de calentura no me fijé que corrió y se subió a manejar, y después no sé, había otro ahí al costado...”. Por último responde al defensor que el que tiró

hacia la Ford T., diciendo que "...de los dos, era el más bajo, el más morocho...".

4. Debo decir aquí, luego de la extensa transcripción del testimonio aludido, que surge diáfana la credibilidad interna de M. Ha salido airoso, a mi criterio, de los embates de la defensa, ha explicado sus dichos anteriores aparentemente contradictorios y el relato de lo sucedido se mantiene claro, concreto y consistente a pesar de la multiplicidad de situaciones vividas.

No es posible siquiera sospechar, a la luz del relato claro y contundente, que hubiera sido una versión preparada con anterioridad o co construída para beneficiar a pares o a nones, máxime si tenemos en cuenta la falta de interés con alguno de los grupos antagónicos.

¿Con qué finalidad declararía contra policías, sin conocer siquiera –al momento del hecho- a las posteriores víctimas? ¿Si quisiera beneficiar a estos últimos, por qué declararía también imputándoles haber tirado piedras o ladrillos, reconociendo incluso que él utilizó gas pimienta para disuadirlos?

Por último, y a modo de responde al defensor en punto a las presuntas amenazas que sufriera el testigo, explica M. con soltura en la audiencia el por qué de su temor lo que provocó incluso la advertencia del Presidente del Tribunal. Dice el testigo que no fue amenazado por policías "pero que si me llegó el comentario del guardia cárcel del otro grupo... que comentó que no estaban muy cómodos con mi declaración y que querían tomar represalias…".

Va de suyo entonces que se trató de un comentario, no de una amenaza directa, y que si estaba "re caliente" el oficial a cargo del procedimiento no necesariamente implica que fuera a intimidarlo o atentar contra la vida. En segundo lugar, no es como dice el defensor que personal penitenciario amenazara a M. sino que solo le habría transmitido la inquietud. En tercer lugar, tal como dice el testigo, y tal como apunta el Sr. Fiscal, lo que no quería M. era declarar contra S. y no contra el tirador cosa que hizo y con soltura.

De todo lo dicho entonces, encuentro a la declaración del dueño del local bailable creíble, estructurada y verosímil.

5. Pero también resulta que aquella declaración cobra credibilidad externa al cotejarla con la restante prueba recibida en la audiencia. En efecto, M. A., su esposa, coincide plenamente en punto a los aspectos centrales del suceso salvo en punto a la identidad del disparador.

Dice la testigo que "… cuando sale uno de los clientes que quedaba, abre la puerta de emergencia y veo que estaba afuera este grupo de 6 o 7 que estaban esperando a estos chicos que después me entero que eran policías. Estos chicos que estaban afuera del lugar, alcanzo a ver… empiezan a incitar desde afuera "que salgan, que los vamos a cagar a trompadas" y mi marido lo que hacía en realidad era empujarlos tratando de cerrar la puerta; en un momento, uno de los varones que estaban afuera levanta una laja de afuera, mi marido estaba más o menos a 1 metro del chico, qué es lo que hace?, le tira gas pimienta mi marido a los chicos para que se tranquilicen; cuando le tira gas pimienta, el chico… tira la laja al suelo y se escucha un impacto terrible y seguido de eso, escucho un disparo, cuando miro hacia el costado, hacia mi derecha –yo estaba afuera en la puerta de emergencia- miro hacia el costado y veo como estos muchachos, el más bajito de los dos que habían quedado adentro con un arma en la mano, no lo veo apuntando al chico, o sea, apuntando no lo vi, vi que tenía el arma en la mano y escucho el ruido de la bala, enseguida de eso los chicos empiezan a correr; éste muchacho que tenía el arma en la mano, corre hacia la T. y le empieza a pegar a uno de los chicos, el más gordito creo que era, con el arma en la cara, el chico se cae al piso y el hombre del arma le pegaba terriblemente en la cara a este chico. Yo del otro hombre no me acuerdo... después de esto los chicos intentan como pueden subirse a la T. para irse del lugar y, esta persona bajita, el más bajo de los dos, se para al final del callejón, o sea, casi en la

calle y efectúa tres disparos, hace tres disparos hacia la T., eso fue…".

Demás está decir, como lo han entendido los jueces de la sentencia que, salvo en la identificación de la persona que arma en mano efectuó los tres disparos, coincide en un todo con la declaración de su marido, hasta en los detalles más insignificantes tales como la utilización de gas pimienta, la agresión con la laja, la marca de la camioneta y la ubicación de los protagonistas.

6. Empero, no solo los cónyuges coinciden en su relato, lo que ya demuestra la mayor verosimilitud de la versión fiscal a pesar de la teoría contraria de la defensa, sino que la prueba señalada por los jueces de grado apontoca la misma, tratándose ahora de prueba científica de la que no se puede dudar –ni han sido puestas en tela de juicio sus conclusiones- acerca de su credibilidad interna.

Efectivamente, de la "Ficha de armamento con cargo personal", obrante a fojas 216 del legajo de prueba, surge que el agente D. S. B. tenía adjudicada una Pistola, 9 mm nato, marca FMHI POWER M-95 Classic, nro. de armadura, caños y corredera ******.

De la experticia 63/11 que luce agregada a fojas 258/269 vta., materializada por los Licenciados en Criminalística C. C. y F. C., de la Policial del Chubut, surge que la vainas servidas identificadas como "Dubitado I y III" se corresponden con el arma 447060, que las armas fueron disparadas y que funcionan correctamente.

Cabe aclarar aquí que las vainas servidas cotejadas con el arma son las secuestradas por la prevención a instancias del testigo M., quien encuentra tres en la esquina y la otra que es levantada del suelo, cerca del acceso al bar, por Alegría.

Que asimismo, de la pericia nro. 65/11, obrante a fojas 289/294 vta., surge con claridad que los proyectiles extraídos a M. S. y a N. V. fueron disparados por el arma 447060, conclusión esta que junto a la anterior son corroboradas por el perito A. L. E., a fojas 337/357.

7. Es por todo ello, entonces, que entiendo que la fijación de los hechos materializada por los jueces de la sentencia en punto a que el agente policial D. B., desde el exterior del local L. P., de pie, con su brazo extendido, efectuó tres disparos en dirección al vehículo Ford T., color roja, dominio XXX-***, ocupada por C. S., al volante, N. V. y M. S., produciendo sobre los últimos nombrados la lesiones certificadas por el médico forense, Dr. Alejandro Heredia, y cuyos certificados se encuentran glosados a fojas 98, es correcta y ajustada a las probanzas reunidas en el debate.

8. Decidida la suerte del primer cuestionamiento del letrado patrocinante de B., debo ingresar ahora al segundo motivo de agravio cual fue, la inexistencia de voluntad homicida en su accionar.

Debo adelantar que también aquí coincidiré en un todo con el pensamiento de dos de los colegas del debate.

En efecto, del voto del juez Monti se desprende que ha considerado como elementos que acreditan al menos el dolo eventual los siguientes: "… a) el imputado B. es un empleado policial y por tal condición conoce como disparar y como empuñar un arma... y el poder ofensivo de una pistola 9 mm.; b) la pistola con la cual disparó es semiautomática, s decir que para poder hacer tres disparos, se debe jalar tres veces el gatillo; c) B. apretó tres veces el gatillo hacia un vehículo que, al momento del primer disparo se encontraba a una distancia máxima de 14,28 mts. de él; d) el imputado conocía que en ese vehículo había ocupantes...". De todo ello concluye que: "… para el plan concreto del autor, la realización del tipo era reconocida como posible, sin embargo y a pesar de ello no renunció a su proyecto de acción. No caben dudas que de acuerdo a los medios empleados… (disparos de arma de fuego contra un vehículo con ocupantes distante a corta distancia del ejecutante), el resultado muerte de alguno de los ocupantes era una consecuencia probable y razonable en el contexto en que se desarrolló la conducta, habiendo aceptado el autor esa posibilidad (dolo eventual)…"

Por su parte, el juez Barrios sentencia que "…surge claro que el acusado actuó en el evento con dolo eventual toda vez que efectuó tres disparos con su arma reglamentaria hacia un vehículo en movimiento, por lo tanto con ocupantes en su interior, y que de dichos disparos, uno impactó en el cuerpo de V., a una distancia… de 14,28 mts. de distancia, y otro disparo impactó en M. S., a una distancia… de 36,36 mts., manejando un arma con su conocido poder vulnerante, teniendo conocimiento específico de manejo de la misma por su calidad de funcionario policial, pos(i)sionándose para el tiro". Por ello, concluye, que necesariamente debió hacerse de la representación de la posible muerte de las víctimas, y asumió dicho resultado, pese que el mismo no ocurrió por causas ajenas a su voluntad.

Por último, el juez Orlando, encuentra probado el dolo directo del imputado B., en posición que no comparto, pero, bueno es destacarlo, analiza prolijamente los mismos supuestos fácticos que los anteriormente nombrados jueces aunque, repito, no arriba a misma conclusión dogmática.

9. Que los razonamientos de la mayoría sobre el punto, analizados a la luz de las reglas de la experiencia común y de la lógica más elemental, no pueden ser menos que compartidos.

Si bien es cierto que los elementos psíquicos, tales como los que configuran el dolo, son de difícil –y necesaria- acreditación, no por eso puede sostenerse sin más que no pueden probarse a partir de los efectos externos que la conducta ocasionó.

Como dije hace poco en autos "A., M. A. p.s.a. tentativa de homicidio" (Carpeta 3795), "…No debe olvidarse que la prueba de todos los elementos subjetivos del tipo, en este caso el dolo, es una de las tareas más difíciles al momento de resolver la situación del acusado por no contarse, casi nunca, con prueba directa, siendo lo más frecuente tener que recurrir a prueba indiciaria que es, por definición, indirecta, ya que el hecho que se pretende comprobar se

obtiene por razonamiento al inferírselo de un hecho probado (indicio)…”

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

Al no contarse con una confesión del propio imputado sobre el punto, son los indicios concordantes en el caso los que servirán para acreditar tal extremo, el dolo, y el grado alcanzado por el mismo.

10. Pero, en primer lugar, debo decir que en mi concepción el dolo, elemento del aspecto subjetivo de los tipos dolosos, se caracteriza por contar con dos aspectos; un aspecto cognoscitivo -conocimiento de los elementos del aspecto objetivo del tipo sistemático y los imputativos del tipo conglobante- y uno conativo, esto es, la voluntad realizadora del tipo (Ver Zaffaroni-Alagia-Slokar, Tratado, Ediar, 2000, pág. 521 y ss.).

Es el aspecto conativo el que permite distinguir distintas clases de dolo, sin perjuicio de conocer diversas concepciones que eliminan este aspecto, caracterizando las distintas formas de dolo en el exclusivo conocimiento del agente (Laurenzo Copello; Bacigalupo, entre otros).

Ello así, en primer lugar, nos encontramos con el dolo directo de primer grado, en que el sujeto activo abarca con su voluntad la producción del resultado típico como fin en sí; en el caso, querer matar a alguno de los ocupantes del vehículo en movimiento.

Por otro lado, sin entrar a considerar el dolo directo de segundo grado, tenemos el dolo eventual en el que el sujeto admite el resultado como posible sin que esa idea haga impedir la acción emprendida. Mas dogmáticamente, “…en conclusión, habrá dolo eventual cuando, según el plan concreto del agente, la realización de un tipo es reconocida como posible, sin que esa conclusión sea tomada como referencia para la renuncia al proyecto de acción, dejando a

salvo, claro está, que esa posibilidad se corresponda con los datos de realidad. Se trata de una resolución en la que se acepta seriamente la posibilidad de producción del resultado" (Zaffaroni, obra citada, pág. 524).

Además de esta caracterización del dolo eventual, debo decir que, en mi perspectiva, es admisible mediante esta clase de dolo la tentativa de homicidio. En efecto, la tentativa, por definición, es el emprendimiento doloso de realización del tipo objetivo, el que no se materializa por causas ajenas a la voluntad, o mejor dicho "… la concreción de la decisión de realizar un crimen o delito a través de acciones que constituyen un comienzo de ejecución del delito… (en el que) el tipo objetivo no está plenamente cumplido… (e)n cambio, el tipo subjetivo debe existir completamente…" (Welzel, Hans; "Derecho Penal-Parte General", trad. de Carlos Fontan Balestra, Depalma, Bs. As., 1956, pág. 193). Remata el padre del finalismo sentenciando "… y, por cierto, en la misma forma como debe ser en el delito consumado. Por lo tanto, si basta para la consumación el dolus eventualis, entonces basta, también, para la tentativa…".

Es que "…la referencia a delito determinado no excluye la posibilidad de una tentativa con dolo eventual, pues la palabra determinado del art. 42 del CP tiene otro sentido, dado que de ninguna manera puede haber un fin de cometer un delito indeterminado, lo que sería una monstruosidad ontológica" (Zaffaroni-Alagia-Slokar, obra citada, pag. 823).

Por ello, admitida la posibilidad de una tentativa de homicidio con dolo eventual, entiendo que en el caso se encuentra certeramente acreditado que esa fue la actitud intelectual de B. frente al posible resultado muerte de cualquiera de los ocupantes de la Trafic.

En efecto, coincido con los jueces de la sentencia que el imputado es un agente policial, que tiene asignada un arma de alto poder vulnerante y que conoce su funcionamiento –y dicho poder- por haber recibido instrucciones para su manejo.

Que en pleno conocimiento de dichas circunstancias dispara tres veces voluntariamente, ya que al ser la pistola semi automática debió necesariamente jalar el gatillo cada vez, contra un vehículo en movimiento, en el que se encontraban tres personas, lo que sabía el acusado por verlos correr hacia donde estaba el automotor y verlos subir, a una distancia máxima de 14 metros.

Debo agregar también que los disparos fueron dirigidos, y así se vislumbra en las fotografías agregadas al legajo, a alturas compatibles con el intento, al menos, de lesionar a alguno de los ocupantes. En particular, el disparo que diera en el burlete de la ventanilla trasera del rodado, a la altura casi coincidente con la ubicación de la cabeza del conductor o algún acompañante, regla de la experiencia más que de simple aquiescencia, no puede ser entendido como, al menos, una representación seria de que ese disparo pudiera matar a alguna persona.

Si bien podría descartarse la representación de un resultado letal el ocasionado en el paragolpe, el tercero, que diera en el ploteo de la puerta trasera, por su altura y ubicación, podría ser representativo de una afectación a la integridad física como mínimo.

11. Por todo ello, una vez más repito, coincido con la opinión de la mayoría en cuanto a que es correcta la calificación jurídica dada al asunto, esto es, Homicidio en grado de tentativa con dolo eventual (arts. 42 y 79 del Código Penal), no aceptando el motivo de agravio de la defensa, en punto a que debió catalogarse como el delito de Lesiones Graves por ser de toda evidencia que la voluntad realizadora del resultado abarcó, necesariamente, la representación de la posible muerte de uno de los ocupantes de la camioneta lo que no lo hizo desistir de su accionar.

12. Es en cuanto a la agravante aplicada al caso que centraré exclusivamente mi discordancia con la sentencia dictada en 7 de diciembre de 2012.

En efecto, el art. 41 bis del Cód. Penal, introducido por ley 25297 (B.O. 22/9/2000), es una agravante genérica

por la cual se aumentan los mínimos y los máximos de las escalas de los delitos tipificados en el código sustantivo cuando fueren cometidos con violencia o intimidación contra las personas mediante la utilización de un arma de fuego.

Sabido es que el motivo de la agravación fue que "la vida y la integridad física estén más protegidas…", habida cuenta el mayor poder vulnerante de las armas de fuego. "En el uso de armas se encuentra comprometida la vida humana, por ello debemos cambiar la política criminal… para lograr disminuir la creciente ola de violencia que afecta a toda la sociedad…" (Senador Agundez, dictamen de la comisión, Antecedentes Parlamentarios, T. 2001-A, pág. 179).

Empero, sin llegar a la declaración de inconstitucionalidad de la norma, por respeto al postulado de prudencia sostenido por la CSJN desde antaño que relega tal opción a ultima ratio, debo decidirme por la inaplicabilidad de la agravante en este caso por atentar contra el principio de legalidad, por una parte, y el de proporcionalidad de la respuesta punitiva, en segundo lugar.

No puedo dejar de soslayar aquí la consideración del Juez Benjamín Ramón Sal Llargués en causa **N° 10.805** del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, caratulada **"Lozano Lacay, Alberto Oscar s/ recurso de Casación".** Enseñaba allí el ilustre magistrado "(e)mpero, si la norma del art. 80 recoge el agravamiento por el empleo de ciertos medios, es o porque constituyen ataque insidioso o porque ponen en peligro otros bienes jurídicos, pero —razonablemente— quien desea matar a otro puede valerse de cualquier medio. Si se aludiera a la norma del art. 41 bis C.P.,…se concluye en lo mismo puesto que esa norma, más allá de su legitimidad, pretende aventar el empleo de armas en una clara disposición contraria a la generación de peligro derivado de su uso para otros bienes, pero si lo que se pretende es concretamente el homicidio, tipo de lesión, no puede resultar relevante un tipo de peligro…"

La cuestión también fue motivo de preocupación para la Jueza de la Circunscripción Judicial de Esquel, Nelly García, quien acertadamente sentenció: "A mi criterio, no resulta aplicable a los homicidios, ya que la violencia pertenece al tipo, no puede pensarse un homicidio sin violencia sobre la víctima, y por otro lado, ya está contemplada la agravante del homicidio por los medios empleados en el art. 80 inc 2 y 5 del C. Penal, por lo que el homicidio encuadra en la excepción prevista en la propia norma, por ello no resulta necesario declarar su inconstitucionalidad, porque estoy haciendo una interpretación de estricta legalidad de la ley penal, salvando su constitucionalidad... Además se debe evitar el error de la doble valoración in malam partem, por violación al principio del non bis in idem, ya que para cuantificar la pena, el art. 41 inc 1° del C.P. establece que se debe tener en cuenta, la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados, que permite valorar en el caso concreto la utilización de un arma de fuego, sin romper la sistemática del código en cuanto a los delitos y sus penas..." (in re, **Legajo de Investigación Fiscal n° 17.510**).

Solución a la que adhiere mi distinguida colega en este cuerpo, Mónica Rodríguez, quien en el mismo legajo sentencia con energía, "(m)i postura, asimismo refractaria a una aplicación automática de la agravante, propicia una interpretación legal que compatibilice la respuesta punitiva con el postulado constitucional de legalidad (prohibición de leyes indeterminadas), y el de la proporcionalidad de la pena, ya que un mínimo menor en la escala penal permite, eventualmente, una individualización penal más ajustada en ciertos casos concretos…"

En síntesis, salvaguardando la legalidad de la norma –a pesar de ser plausibles los argumentos que la tachan de inconstitucional-, considero que no puede ser aplicada la agravante del art. 41 bis a los homicidios, por cuanto, en primer lugar, las ocasiones y modos que ameritan a agravar las muerte violentas están previstas en el art. 80, por lo

que en estricto apego al principio de legalidad, va de suyo que no está previsto el homicidio a mano armada entre ellos. Que tampoco puede estar previsto en la disposición del art. 41 bis, toda vez que, si el fundamento de la agravación es prevenir que mediante la violencia que implica utilizar un arma se genere el peligro de lesión contra la vida o la integridad física, y en el homicidio, por definición, dicho bien jurídico se encuentra irremediablemente perdido, mal podría agravarse la sanción por la materialización del resultado por el peligro que se cause.

13. Ello así, y considerando que no es posible aplicar en el caso concreto la agravante del art. 41 bis, y que a la vez, han optado los sentenciantes por aplicar una pena cercana al mínimo legal, deviene económico (procesalmente hablando) adoptar competencia positiva y mensurar la pena que merece el traído a proceso, evitando dilatar innecesariamente el trámite al re enviarlo para dichos menesteres.

Siendo la celeridad uno de los pilares básicos en que se asienta el modelo de enjuiciamiento de la Provincia del Chubut y en la inteligencia que no se causa gravamen irreparable ninguno –quedando a salvo la potestad del Ministerio Publico de recurrir ante el máximo órgano provincial la decisión- al decidir sobre la pena aplicándose el mínimo legal con los mismos elementos tenidos en cuenta, correctamente por cierto, por los juzgadores es que así lo voto.

Efectivamente, han optado los jueces de grado en la aplicación de una pena cercana –solo en dos meses más grave- al mínimo, esto es, cinco años y dos meses, teniendo en cuenta la falta de antecedentes y la corta edad del encausado, pero claro está, aplicando el mínimo correspondiente a la agravante aplicada.

Siendo que la agravante es inaplicable al caso, y estimando correcta la apreciación que no se justifica en el caso una pena severa sino por el contrario una de efectivo

cumplimiento que permita hacer operables los postulados de la prevención especial positiva y, a la vez, sea suficiente retribución al reproche que merece el resultado lesivo causado, considero que debe sancionarse en el caso a B. con el mínimo de pena previsto para la figura simple del art. 79.

En efecto, por considerar que la pena para el delito en grado de tentativa debe operar entre la mitad del mínimo legal y los dos tercios del máximo tipificado por ser la interpretación más benigna para la suerte del imputado, es que voto por la aplicación de una pena de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas.

Aunque no siempre ello resulta así, por cuanto es dable pensar en casos en que la aplicación sin más de una agravación del máximo en un tercio podría llevar a soluciones absurdas y desproporcionadas, en el caso concreto, por limitar al máximo la retribución a aplicar, puede considerarse como más favorable y ser el inicio de la escala penal de la que no me apartaré por las razones expuestas.

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

La jueza Mónica Rodríguez dijo:

1. Sintetizado aquello que ha sido materia de agravio de la Defensa y la respuesta fiscal a esa crítica por el primer voto, corresponde ingresar al análisis de los argumentos dados, dentro del amplio margen revisor que caracteriza al recurso ordinario del imputado.

Los términos de la impugnación respecto del primer agravio, en cuanto invoca la insuficiencia de prueba para sostener la autoría en cabeza del imputado, obliga a realizar una completa revaloración del material probatorio tenido en cuenta por el Tribunal de juicio para la fijación de los hechos. El nuevo análisis ha de centrarse en las pruebas que han sido mencionadas como dirimentes para la resolución de los puntos en conflicto.

Debo anticipar que, en mi opinión, no resulta atendible la crítica del recurrente. Un exhaustivo análisis de los argumentos que sirven de base a la condena muestra que el Tribunal de juicio ha ponderado correctamente los elementos probatorios de cargo colectados en la causa, particularmente en relación al punto en crisis, esto es, a la autoría del acusado en el hecho que se le atribuye.

Los Magistrados del mérito han analizado prolijamente la abundante información colectada por la Fiscalía en el caso, y han dado razones suficientes –como se verá- para tener por acreditada no sólo la materialidad del ilícito –no controvertida en lo sustancial- sino también la participación del imputado tal y como fuera sostenida por la parte acusadora.

La crítica defensiva impone reevaluar la prueba que han merituado como suficiente los Jueces del mérito, a fin de analizar si resulta apta para conmover el estado de inocencia del acusado D. S. B. Cabe, en esa tarea, examinar si acaso –como sostiene el recurrente- existen elementos de descargo capaces de conmover aquellas conclusiones y, en su caso, de mutar el sentido de la decisión que se cuestiona.

Es sabido que en la Provincia del Chubut el recurso del imputado ha superado ampliamente la noción recursiva desarrollada por la CSJN en "Casal". El legislador local ha consagrado de modo expreso un recurso *ordinario* contra la sentencia de condena, esto es, una verdadera apelación que coloca a los jueces revisores en idéntica posición frente a la prueba que los jueces de la instancia anterior. La revisión de la apreciación probatoria es posible a partir de la registración fiel y exhaustiva de todo lo acaecido en la audiencia de debate, en virtud de los actuales métodos audiovisuales que permiten la plena reproducción –auditiva y visual- de lo sucedido en la primera instancia.

Para decidir he accedido al registro de la audiencia de juicio, y escuchado en particular los testimonios cuya valoración en el fallo ha sido puesta en crisis por la Defensa. Así, es dable observar que los Jueces han asignado

un valor cargoso dirimente para la solución del caso al testimonio de V. M., tal como analizaré, sin perjuicio de advertir que existen otras fuentes probatorias –subjetivas y objetivas- que demuestran la materialidad del ilícito.

En tal sentido, he de compartir la opinión de los Sentenciantes en cuanto afirman la coincidencia sustancial que surge del relato del mencionado testigo con la restante prueba testimonial, apuntalado, a su vez, por elementos de convicción meramente objetivos.

M. señala que la noche del hecho se encontraba cumpliendo funciones de portero y encargado de la seguridad del boliche de su propiedad "L. P.". Que aproximadamente entre las 03.30 y las 4.00 de la madrugada ingresan al local dos parejas que se movilizaban en un auto blanco –Fiat o Polo- llamándole la atención el alto volumen de la música. Agrega el testigo que media hora más tarde llega un grupo de chicos en una camioneta tipo T.. Que al terminar la noche se dirige a la puerta de seguridad y una persona –que no identifica- le dice "me voy porque ahí adentro me están prometiendo bala y yo no tengo con qué tirarle", aclarando que esa persona no pertenecía a ninguno de los grupos. M. dice que inmediatamente ve que en la pista había un tumulto y que luego sale hacia afuera ese grupo de chicos. Agrega que él cierra la puerta, viendo enseguida acercarse a dos muchachos que quieren salir. El testigo les dice "muchachos, quédense tranquilos que los otros ya se fueron". Sin embargo ve afuera a tres jóvenes que gritan "que salgan estos que se creen malos", queriendo ingresar nuevamente. El testigo los empuja y ve que uno toma un trozo de laja tratando de tirarla hacia donde estaba él, por lo que saca un aerosol y les arroja gas, dejando caer la laja. Este momento es aprovechado por los otros dos muchachos para salir.

En ese mismo momento, ya en el exterior del local M. escucha una detonación, no pudiendo identificar cuál de las dos personas que acababa de salir fue la que efectuó el disparo. Dice ver un tumulto, piñas, patadas, gritos, ladrillos que tiraban los jóvenes que estaban más lejos.

Luego ve que uno –o los dos, no lo puede asegurar- golpeaba con el arma, y de inmediato ve que los chicos "suben a la T. tratando de escapar".

Agrega el testigo que una vez que logran subir al utilitario ve que uno de los muchachos, el mismo que ve golpear a una persona con el arma, estando parado en el medio de la calle tira tres disparos hacia la T.. Indica que observa esto desde una distancia de cincuenta metros, así como que luego lo reconoció a ese individuo en una diligencia de reconocimiento en rueda de personas.

Vio que a unas dos cuadras un patrullero para al auto blanco, "no era un procedimiento normal, lo estaban tomando a risa", y yo les pregunté quiénes eran los del auto, porque habían tirado tiros "como si estuvieran en el Far West", "lo que pasa es que son de infantería", le responden. Ve que un oficial levanta un arma –de uno de los muchachos- y la mete en una bolsa y dejan que los del auto blanco se vayan.

El testigo dice que se volvió para su local y recogió las vainas que habían quedado tiradas en el piso –una cerca de la puerta de entrada del local y tres en la calle, cerca del cordón- y se las llevó a su casa, que al otro día lo llamaron de Fiscalía y le pidieron que las entregue.

He considerado útil realizar esta apretada síntesis a fin de patentizar que se trata de un testimonio que presenta numerosos indicadores de sinceridad. M. narra los hechos sin fisuras ni contradicciones, a pesar de la incomodidad que expresa por haberse visto en la necesidad de testimoniar en la causa ("estoy declarando contra policías, no es una pavada"). Una máxima de la experiencia diría, no sin razón, que no es regular ni habitual que las personas quieran declarar contra policías o, mucho menos, les imputen falsamente un accionar irregular o delictivo. Máxime si se trata del propietario de un boliche nocturno, a partir de la habitual vinculación que, necesariamente, debe establecer con la autoridad prevencional.

Comparto la opinión de los Magistrados del juicio en cuanto consideran que no existe ningún indicio serio que

permita dudar de la sinceridad de este testigo. Por un lado, porque carece de interés alguno en tal sentido pero, fundamentalmente, porque sus dichos se corresponden de manera sustancial con el resto de las declaraciones testimoniales y, además, con la prueba científica colectada en el caso.

Es claro que el testigo no conocía la condición de policías de las personas involucradas en los disparos con armas de fuego. Es muy gráfico al explicar por qué se acerca a los patrulleros, después de que detuvieran la marcha del Fiat Uno en el que se movilizaba el acusado: "quise ver si los agarraban, hasta ahí yo no sabía quiénes eran, pensé que eran chorros".

Pero la fiabilidad que de inicio pudiera sospecharse respecto de la deposición, escuchándolo se puede constatar que M. no sólo se presenta coherente y lógico, sino que describe los acontecimientos en forma natural pero, a la vez, muy pormenorizada. No es para nada un relato simple (fácilmente distorsionable), sino que contiene descripciones espontáneas que no se corresponden con las características de una versión preparada *ad hoc* y que encuentra, como veremos, anclaje objetivo en otros elementos probatorios agregados a la causa.

En cuanto al valor convictivo de la información que brinda, comparto la opinión de los Sentenciantes en cuanto advierten acerca de la concurrencia de numerosos indicadores de fiabilidad en el testimonio. Por una parte, la vívida descripción de las actividades que él mismo realiza, a lo que se suma una descripción que bien puede catalogarse de neutral, en tanto y en cuanto reparte reproches e imputaciones a ambos grupos contendientes.

Otro dato indicativo de la fiabilidad que merece este testigo está dado por la insistencia a lo largo de su extenso relato de una misma versión, aún con distintas palabras. Ello así, a pesar del exhaustivo examen y contraexamen a que fuera sometido, tanto por la Fiscalía como por la Defensa técnica.

Apuntala, también, la credibilidad del testimonio el hecho de que el testigo haya debido deponer no sólo sobre el

episodio que analizamos y sus múltiples detalles sino todo lo relativo al irregular procedimiento policial desplegado a partir de la denuncia que formula su esposa al 101. Ha quedado claro que la investigación originalmente diferenciaba una parte vinculada con el hecho que motivara el recurso y otra relacionada a un presunto encubrimiento llevado a cabo por compañeros de la fuerza.

Asimismo, M. efectúa referencias no menores para el análisis de la credibilidad de sus dichos. Por un lado dice no saber quién efectuó el primer disparo. Tampoco puede precisar si tanto el acusado como su acompañante –Pardo- golpearon a sus contendientes con las armas de fuego, o sólo lo hizo uno de ellos. Más allá del mayor o menor contenido descriptivo, este aspecto del relato es importante porque el testigo reconoce sus dudas, sus fallas de memoria, y tales características son particularmente frecuentes en relatos veraces. La experiencia indica que quien efectúa un relato preparado no admite ese tipo de defectos. Además, lo expuesto también aleja la sospecha de animosidad del testigo hacia el acusado.

Es que, con idéntica naturalidad a la que exhibe cuando describe el ilícito accionar del acusado, carga las tintas también contra el grupo de pertenencia de las víctimas. Así, describe el ataque que iniciaron desde afuera con trozos de laja y de ladrillos, señalando –incluso- "yo creo que ya estaba todo premeditado, porque no hay ladrillos ahí sobre el pasillo… ya venían con los ladrillos"; asimismo, cuando refiere que tiempo después del hecho habla con B. y le dice "te recuerdo que vos fuiste el que armaste... el generador del grupo que incitó a la pelea a los otros muchachos" (sic).

Este tipo de comentarios espontáneos habla en favor de la fiabilidad de sus dichos, característica que ha sido acertadamente ponderada por los Magistrados del mérito.

2. Pero además de la coherencia interna del relato, sus dichos se han visto corroborados por la declaración en el debate de su esposa, M. A., así como de quienes resultaron víctimas, directas o indirectas, de la agresión armada. El

esfuerzo defensivo encaminado a cuestionar el testimonio de M. ha omitido, también, esta relevante circunstancia. Los Jueces, en cambio, han valorado aquellas versiones al analizar la congruencia externa del principal testimonio de cargo.

La primera de las nombradas, además de reproducir desde su particular óptica una visión concordante con la brindada por su esposo en cuanto a la existencia de dos grupos contendientes esa noche, a la incitación desde afuera con lajas y ladrillos, a la acción de su marido de arrojar un gas a los jóvenes, al disparo efectuado cerca de la puerta, a la agresión posterior.

Luego indica que la T. hace marcha atrás hasta la calle E., el muchacho sale corriendo hasta el final del callejón, el vehículo luego arranca para alejarse por calle E. y ella ve al joven “parado apuntando muy claramente a la T., en posición de tiro”, y dispara “tres disparos seguidos”.

Pese a que A. indica haber escuchado “tres disparos seguidos” cabe destacar que en el llamado telefónico al 101 que realiza, para avisar de los disturbios, pueden oírse claramente cuatro detonaciones ininterrumpidas.

Otra información relevante que brinda esta testigo, también considerada por los Magistrados del mérito, es el hallazgo de un casquillo de bala frente a la puerta de emergencia del local, agregando que lo levantó y lo dejó en la barra. También hace alusión a que su marido, cuando vuelve luego de ir a ver qué había pasado con los agresores, encuentra sobre la calle E. tres vainas servidas, que las recogió y las dejó junto a la que ella había encontrado, en la barra del comercio.

Por otra parte, no hay inconsistencias ni contradicción en los testimonios de M. y su esposa con los relatos de quienes integraban el grupo que acompañaban a las víctimas. Yo diría que al contrario, la coincidencia sustancial de los dichos de N. V., M. S., C. S. y F. M. respecto de la versión de M. es contundente.

N. V. describe el incidente, indicando –en lo que interesa destacar- que siente un golpe en la nuca y se desvanece, escuchando un disparo cerca de él. Manifiesta que luego "se suben, cierran la puerta y escuchan tres tiros más", dándose cuenta inmediatamente de "que le empieza a sangrar la espalda". Esto, a su vez, se corrobora con la Pericia médica -de fs. 72 del Legajo Fiscal- que, además de lesiones por contusión, presenta en la zona dorsal superior una zona erosiva circular de 1 cm. de diámetro compatible con herida producida por un disparo. El estudio radiológico realizado da cuenta de la presencia de un cuerpo extraño de densidad metálica (proyectil de arma de fuego), que luego le fuera extraído, según la constancia de fs. 227 vta. del Legajo Fiscal.

Similar relato efectúa el testigo M. R. S., a quien también le fuera extraído un proyectil de arma de fuego del glúteo izquierdo, en el quirófano del Hospital Santa Teresita, varios días después del hecho (06/09/2011), según constancia de fs. 191 del Legajo Fiscal.

Tal como los Jueces del mérito, no advierto ningún elemento que hable de mendacidad o parcialidad en los dichos de los aludidos testigos, fundamentalmente por su concordancia –tanto interna como externa- y por ser categóricos en cuanto a los aspectos sustanciales del relato que cada uno brinda. Al contrario, entiendo que se han pronunciado en forma espontánea en el debate, dando detalles que a su vez concuerdan con otros datos objetivos periféricos, no advirtiéndose nada que los haya movido a falsear la verdad en el relato de lo que percibieron directamente la madrugada del hecho.

3. Es cierto que sólo M. y su esposa describen el momento en que se producen los disparos. No obstante, y más allá de la coincidencia sustancial de estos relatos con el resto de los testimonios, los Jueces han tenido particularmente en cuenta que los nudos dichos se han visto corroborados por la prueba científica producida en la causa.

El peritaje de los Licenciados F. M. C. y C. G. C. (fs. 257/269 vta.) concluye en que dos de las cuatro vainas servidas que entregara M. fueron disparadas por el arma reglamentaria (N° ******) del acusado. Un tercer casquillo fue disparado por la N° ******, omitiendo hacer referencia a un cuarto elemento secuestrado.

Asimismo, la otra experticia (289/294 vta.) realizada por los nombrados da cuenta de que los plomos extraídos del cuerpo de las víctimas –M. S. y N. V.- se corresponden –en las características morfológicas de su estriado- con las muestras testigo obtenidas del arma del acusado B.

También han ponderado la coincidencia con el peritaje del Lic. E. ((337/357), en cuanto a señalar que dos de las vainas servidas peritadas se corresponden

4. Por último, cabe señalar que es cierto, como indica el diligente defensor, que el testigo M. se ha sentido intimidado. En su declaración ha sido sumamente explícito al respecto, exteriorizando una seria preocupación y hasta, diríamos, cierta reticencia para declarar, circunstancia que motivó, incluso, que el presidente del Tribunal lo reconviniera en tal sentido.

Sin embargo, ese temor no puede asimilarse a falta de neutralidad y, mucho menos, autoriza a sospechar falsedad, como pretende la Defensa. Ello es así, por las mismas razones que se dieran más arriba para acompañar la decisión de los Magistrados de dar crédito a su testimonio.

Aunque, cabe también señalarlo, más que fundado aparece el temor de M. si se tiene en cuenta que, aún teniendo por cierto que no fue amenazado en forma directa por la policía, no cabe dudar de que le llegó el comentario a través de un guardia cárcel -supuestamente el testigo Besada- de “que no estaban muy cómodos con mi declaración y que querían tomar represalia”.

5. En síntesis, considero que la crítica de la Defensa en modo alguno resulta suficiente como para dudar de la sinceridad de los referidos testimonios, ni se basa en fundamentos consistentes que autoricen la sospecha de que

los testigos, especialmente quienes atribuyen la autoría de los disparos con arma de fuego contra la T. al acusado, hayan querido atribuir falsamente a B. una conducta inexistente, respecto de un hecho de semejante entidad como el atribuido.

Cabe, pues, descartar en autos la existencia de una "duda razonable" sobre la autoría del hecho, como se ha propuesto. Entiendo, y así lo he sostenido en numerosos pronunciamientos, que la duda que beneficia al imputado en un proceso penal requiere una situación de incertidumbre que, por su importancia y entidad, impida una decisión habilitante de poder punitivo. Es obvio que no alude a dudas menores o marginales, como serían los denominados "cabos sueltos" -elementos que no aparecen plenamente explicados durante el proceso, pero que no enervan la hipótesis principal sobre los hechos- ni tampoco a dudas imaginarias, meramente hipotéticas o especulativas, es decir aquellas explicaciones alternativas, que pretenden incorporar componentes falsos, absurdos o carentes de razón suficiente. Todo lo dicho me lleva a idéntica conclusión que la sentada en el fallo por el Tribunal del mérito, lo cual implica afirmar su corrección y la suficiencia del razonamiento seguido en la fijación de los hechos y en la determinación de la autoría del recurrente en el hecho atribuido. La reconstrucción fáctica realizada por los Magistrados aparece, en mi opinión, como el fruto de un correcto razonamiento a partir de los distintos elementos probatorios examinados, prolijamente enunciados y valorados en el pronunciamiento recurrido.

6. Cabe ingresar a otra de las críticas de la Defensa, referida a la calificación de Tentativa de Homicidio que ha merecido el hecho en el fallo condenatorio.

Como vimos, el defensor sostiene que no hubo "designio homicida" por parte del acusado, en tanto –aún considerándolo autor de la agresión armada- no realizó actos inequívocos en tal dirección. Menciona que los disparos fueron dirigidos a un rodado "en velocidad", a una distancia aproximada a los 14 metros, habiendo impactado los

proyectiles en el paragolpe y portón traseros, y en uno de los vidrios del portón posterior del referido utilitario.

Siendo que a esta altura han quedado fuera de discusión tales extremos fácticos, resta analizar si quien apunta con una pistola 9mm –que conoce y maneja perfectamente- hacia un rodado en movimiento, habiendo visto que inmediatamente antes ascendieran a él varias personas con las que acababa de pelear y, direccionando el arma, efectúa tres disparos cuando menos dos de ellos por encima de la línea de las ruedas del vehículo-, está o no en situación de representarse la posibilidad de matar.

Ha dicho el defensor que el contenido del dolo debe estar acreditado, aserto con el que no cabe sino coincidir. A su vez, no caben dudas de que indagar en la voluntad del autor de un injusto penal es una tarea mucho más dificultosa que la de interpretar los hechos físicos.

Desde el punto de vista probatorio el hecho doloso requiere la demostración, concretamente, del conocimiento y de la voluntad del sujeto activo de obrar con una finalidad determinada.

En efecto, así como ocurre con otros elementos descriptivos del tipo, el dolo –como "hecho psicológico"- sólo puede inferirse de circunstancias *exteriores* que objetiven el contenido psíquico de la conducta. Entre tales extremos se analiza, por ejemplo, el móvil que ha guiado el comportamiento, el medio empleado, el modo concreto de su utilización. En el caso particular de autos –uso de un arma de fuego- si existió direccionamiento o no y, en su caso, hacia dónde, cantidad de disparos, etc…

En tal ponderación es relevante la aplicación, por parte del intérprete, de las máximas de la experiencia, conceptualizadas como aquellas "definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de estos casos, pretenden tener validez para otros nuevos"

(STEIN F., El conocimiento privado del juez, Trad. de A. De la Oliva, Temis, Bogotá, 1988, p. 27, citado por Andrés Perfecto IBAÑEZ, *En torno a la Jurisdicción, Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, año 2008, p. 178).

Numerosas son, en el caso, las circunstancias significativas que han ponderado los Jueces del mérito, a partir de la lógica y de tales máximas de la experiencia, para *inferir* el obrar doloso del acusado en cuanto coinciden, justamente, con lo que aquellas reglas de la experiencia indican.

Así, los jueces Monti y Barrios coinciden en calificar el aspecto subjetivo del ilícito atribuido a B. como "dolo eventual". El juez Orlando indica, en cambio, que el acusado obró con "dolo directo" de matar.

He de disentir con el razonamiento seguido por el último de los nombrados, por cuanto entiendo que los numerosos, precisos y concordantes indicios que han valorado no llevan, necesariamente, a la conclusión de que el plan de B. haya estado directamente encaminado a matar.

Entiendo que la tentativa, así como la figura básica, no requiere necesariamente la existencia de un dolo directo de causar la muerte, sino que tal encuadramiento también se configura en los supuestos en que el agente se hubiera representado que su obrar podría producir tal resultado y hubiese actuado aceptando tal posibilidad.

Esta es la situación que, en mi criterio, surge del análisis del contexto de actuación de B., como bien lo han señalado los Jueces del mérito al describir los indicios que han tomado en cuenta para inferir el contenido psíquico del comportamiento del acusado.

Así, si bien toman en cuenta que existió una violenta pelea inmediatamente antes, capaz de producir –sabemos- una particular exaltación del ánimo en los protagonistas, la conducta del imputado muestra inequívocos signos que arriman certeza acerca de la posibilidad que tuvo de representarse,

cuando menos, como posible la producción de un resultado letal.

Se trata de representaciones "co pensadas", esto es, de ideaciones que no requieren una reflexión específica (un "pensar en ellas") pues el sujeto seguramente las conoce por causa de su propia experiencia. En el caso, se trata de un policía que dispara su arma reglamentaria, conocedor de su manejo, así como del deletéreo poder que tiene.

Al respecto, han considerado los Magistrados la reacción del acusado de *perseguir* el vehículo que huía del lugar ("escapaba" dicen los testigos), sabiendo que acababan de ascender en él varias personas, *posicionarse* detrás del rodado, extraer la pistola 9mm reglamentaria que portaba, accionarla y *disparar* en tres oportunidades, direccionando los disparos a una altura que superó concretamente la zona de las ruedas o paragolpes.

Si el íntimo deseo era matar o no, es algo reservado al ámbito de la culpabilidad. La tipicidad se conforma con una demostrada conducta objetiva de dirigir los disparos hacia el blanco, sabiendo que la consecuencia inmediata es la de matar o, cuando menos, lesionar. El sujeto activo acepta esa posibilidad y actúa. Eso es obrar con dolo eventual.

Por supuesto que una cosa es obrar con una directa finalidad de causar la muerte de la víctima y otra, bien distinta, es obrar sólo admitiendo como posible ese resultado, y aún deseando que no se produzca. Pero esta última situación, la que se da en autos, podrá esgrimirse como extremo morigerador de la pena –como más adelante se verá- pero no como un elemento que borra la tipicidad sujetiva dolosa del ilícito.

Considero, pues, que la crítica recursiva en este aspecto tampoco puede prosperar, por lo que he de propiciar la confirmación del encuadramiento jurídico escogido por los Jueces del mérito en la sentencia recurrida, esto es, la de Tentativa de Homicidio (art. 79 y 42 del Código Penal).

7. Distinta suerte ha de correr la crítica vinculada a la aplicación de la agravante prevista en el art. 41 bis del

Código Penal. En tal sentido ya he sentado postura, por lo cual he de remitirme a anteriores consideraciones, de aplicación al presente caso.

Ello pues, a pesar de conocer que la doctrina del STJ no ha T.ado en la misma dirección, entiendo que el asunto involucra principios constitucionales inderogables como el *ne bis in idem* y el de máxima taxatividad interpretativa o de interpretación más favorable al reo (art. 44, último párrafo, CCh)-, que tornan inaplicable el dispositivo legal en casos como el que nos ocupa.

En el sentido de la exégesis que aquí se propicia se ha expedido, entre otros tribunales, la Cámara de Acusación de la Provincia de Córdoba en el caso "Arce" (de fecha 26/6/09). El Tribunal se inclina por declarar la inconstitucionalidad de la citada norma, por entender que vulnera los principios constitucionales de legalidad –por la incertidumbre que genera respecto a qué tipos penales se aplica- y de culpabilidad. Asimismo, razona que si la figura de Abuso de Armas (aún se causaran Lesiones Leves) repele la aplicación de la agravante justamente por prever el uso de un arma de fuego dentro de sus extremos típicos, tratándose de una figura subsidiaria, la inaplicabilidad alcanzaría – también- a las figuras de Lesiones Graves, Gravísimas y, consecuentemente, a la de Homicidio.

He sostenido con anterioridad que "constituye un deber esencial de la función del juez *interpretar* las normas legales implicadas y determinar su aplicación en cada caso concreto, so riesgo de caer en una indebida utilización mecánica o automática de aquéllas.

Sabido es que la regla del art. 41 bis del Código Penal, como agravante genérica, se aplica a aquellas figuras de la parte especial cometidas con utilización de violencia o intimidación contra las personas mediante el uso de un arma de fuego.

Serias y fundadas críticas ha merecido en la doctrina la introducción de la norma al digesto penal sustantivo. Oscilante es la jurisprudencia al respecto y también la

práctica operativa del sistema penal, ya que en innumerables ocasiones los propios operadores fluctúan en la decisión de aplicar la norma o no, según el caso. Ello implica que un imputado por la comisión de algunos de los delitos cometidos por el medio descripto –violencia o intimidación con arma de fuego-, se hallará ante la incierta situación de no saber cuál será la interpretación que realizará quien deba decidir el asunto. Al panorama anterior se suma el hecho de que en muchos casos es la propia parte acusadora la que, haciéndose eco de los consistentes cuestionamientos constitucionales que merece la norma, opta por no requerir su aplicación en los casos concretos.

Se ha dicho que la agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal afecta el principio de *igualdad ante la ley*, toda vez que prevé diferente trato jurídico a situaciones iguales. Que afecta, también, el principio de *proporcionalidad de las penas* ya que, por ejemplo, una tentativa de homicidio calificado tiene un máximo de pena menor que homicidio tentado cometido con un arma de fuego. Idéntica situación se produce con el instituto de la libertad condicional, pues un condenado en la primera situación podría obtener el beneficio antes que quien se encontrara en la segunda. Asimismo se sostiene, no sin razón, que lesiona el principio *ne bis in idem,* pues impone una doble valoración de la misma circunstancia o elemento: por un lado al realizar el juicio de culpabilidad y, por otro, al momento de fijar el monto punitivo.

Las situaciones descriptas en los puntos antecedentes resultan gravemente cuestionables en términos de política criminal, erigiéndose en ejemplos válidos para sostener que esta reforma introducida a nuestro Código Penal carece de una mínima coherencia sistemática, pues no ha respetado el juego armónico que deben tener todas sus previsiones.

Sin embargo, considero que no es preciso entrar a analizar la constitucionalidad de la norma –con efecto general para todos los tipos penales en juego-, pues entiendo que la agravante no resulta aplicable al caso de autos.

Mi postura, favorable sustancialmente a la pretensión de la recurrente, propicia una interpretación legal que permite una respuesta punitiva respetuosa del postulado constitucional de proporcionalidad de la pena en el caso concreto. Ello, más allá de opinar de modo coincidente con la posición sentada por quienes han cuestionado, con sólidos fundamentos, la legitimidad de la agravante genérica, particularmente, en el delito de homicidio.

La solución a la que adhiero ha sido adoptada por el Juez Cortelezzi en el caso "D.,D.A. s/ homicidio simple" (Expte. 20083-D-2005, 21-11-06). El citado Magistrado entiende que al referir la norma -como elementos configurativos de la agravante- a *"violencia"* o *"intimidación"*, descarta su aplicación cuando el bien jurídicamente afectado es la vida pues, por un lado, la intimidación no lo afecta y, por otro, la violencia está *ínsita* en la acción de matar. Si a tal razonamiento se suma la circunstancia de que el Código Penal prevé en forma expresa las circunstancias agravantes de un homicidio por el *medio* empleado para cometerlo –art. 80 inc.-, la aplicación de la norma al caso deviene, desde todo punto de vista, improcedente.

Agrega el Magistrado en el fallo de referencia: *"La intimidación queda naturalmente excluida y la violencia sólo será atendida en el caso en que se dé alguna de las situaciones previstas en el artículo 80, incisos 2° y 5°, únicos supuestos en que el homicidio tiene en cuenta a ella para promover el agravamiento, dicho en otras palabras, cuando el medio empleado genera la aludida violencia. Y siendo que se encuentra ya advertida por el legislador en los casos apuntados, ningún otro modo de producir la muerte puede ser entonces recalificado por el uso del arma de fuego, ya que aquél se ha desentendido de otros modos de consumar el homicidio. Hay que tener en cuenta que el propio acto de causar la muerte a otro es de por sí violento, sin importar el instrumento que se utiliza para consumarlo.*

Reitero que sólo en los casos previstos por el artículo 80 es que el legislador ha tenido en cuenta un especial modo de acometimiento que lo vuelve particularmente violento. El crear un peligro común por el medio utilizado, el ensañamiento, la alevosía, la utilización de veneno u otro procedimiento insidioso, repotencian de particular modo la violencia propia del homicidio. No hay por tanto inconstitucionalidad de la norma sino ausencia de razón válida para aplicarla al caso." (v. "M., G. psa homicidio" Carpeta 1279 Oficina Judicial Comodoro Rivadavia)

8. Por todos los argumentos expuestos postulo la inaplicabilidad de la agravante del 41 bis del Código Penal al caso, debiendo adecuarse la pena a tal decisión. Teniendo en cuenta que el Tribunal la fijó muy levemente por encima del mínimo legal (dos meses más de prisión), resulta aconsejable no dilatar innecesariamente el proceso y asumir competencia positiva para la fijación de la pena, partiendo de la escala penal prevista para la tentativa de la figura básica, sin aplicación de la agravante genérica.

Siendo que la ponderación de los Jueces del mérito no ha considerado, específicamente, que el agente obró con dolo eventual y no directo, aparece razonable para esta Magistrada aplicar el mínimo legal previsto para el delito de Tentativa de homicidio, fijando en esta instancia la pena de Cuatro años de prisión (art. 42 y 79 CP).

Tal temperamento, entiendo, despoja de toda virtualidad el reenvío a la primera instancia, pues la fijación del mínimo de la pena diluye la posibilidad de agravio sobre dicha cuestión puntual. Así voto.

9. Respecto de la imposición de costas y de los honorarios a fijar a los letrados defensores, comparto en un todo lo establecido por los fijados por el Dr. Omar Florencio Minatta.

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

S E N T E N C I A:

1)Rechazar parcialmente la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica del imputado D. S. B., cuyas demás circunstancias personales obran en autos;

2) Confirmar parcialmente la sentencia Nro. 4662/12 OJ Tw dictada en fecha 07/12/12, en lo concerniente a la declaración de autoría responsable del acusado por el delito de Homicidio en grado de Tentativa (arts. 79, 45 y 42 CP), por los hechos ocurridos en la ciudad de Trelew (Pcia. del Chubut) el día 29/08/11, en perjuicio de M. S. y N. V.;

3)Revocar parcialmente la sentencia Nro. 4.662/12 OJ Tw dictada en fecha 07/12/12 en lo atinente a la aplicabilidad en el caso del art. 41 bis del C.P., fijándose en definitiva el monto de la sanción, en cuatro años de prisión;

4)Imponer las costas al acusado (art. 241 CPP), regulando los honorarios profesionales en la suma de veinte (20) 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-4 (antes decreto-ley 2.200; y

5)Regístrese, protocolícese y notifíquese

Omar Florencio Minatta **Alejandro Gustavo Defranco**

La Dra. Mónica Rodríguez no suscribe la presente por ausencia posterior al acuerdo (art. 331 *in fine* CPP). Registrada con el Nro. 08/2013 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.