1. En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los veintisiete días del mes de Junio de dos mil trece, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres. **Daniel Luis María PINTOS**, en su carácter de Presidente, **Guillermo Alberto MÜLLER y Martín Roberto MONTENOVO**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 4.834**, **carpeta individual n° 1.013**, caratulada: "N., B. E. s/ p.s.a. Abuso de armas en calidad de autor", de la Oficina Judicial de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, en la que tuvieron debida participación el Sr. Fiscal general, Dr. **Herminio González Meneses**, el Sr. Defensor Público Dr. **Miguel Angel Moyano** y el imputado **B. M. N.**; y

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

Que los días 5 y 11 del corriente mes y año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Daniel Luis María Pintos, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de B. M. N., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo

ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de B. M. N. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

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

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

I.- El hecho por el cual se formaron las presentes actuaciones fue detallado en la Acusación que obra a fs. 10/11 de la Carpeta judicial nro. 1013 de la Oficina Judicial de Sarmiento, de la siguiente manera: el día 27/11/011, a las 23 hs. aproximadamente, H. C., estando en su domicilio de Avenida E. nro. XX de Sarmiento, escuchó un impacto contra la camioneta que tenía estacionada en el patio, por lo cual observó por la ventana, e instantes después egreso del interior, y allí B. N., alias "p." se le "vino encima" munido de un "aparato" que era "como una escopeta", para tirarle, la que accionó, pudiendo la víctima esquivar los proyectiles, los que impactaron en un auto que también estaba en el patio de la vivienda, y en la pared. Luego, C. llamó a la

Policía y N., junta a otras dos personas, las que no fueron identificadas, se retiraron del lugar.

El Ministerio Fiscal calificó el evento como Abuso de armas en grado de autoría para el referido N. (arts. 45 y 104 del CP).

Ya en Juicio, el Acusador reiteró su posicionamiento. La Defensa objetó la materialidad, también la autoría de su pupilo, por lo que peticionó la absolución, más aún tomando en consideración el beneficio de la duda. N. en el transcurso del Debate se expresó en consonancia con su letrado.

Las pruebas incorporadas, además de la versión de la víctima sobre lo ocurrido, coincidente con la incluida en la Acusación, se completaron con las expresiones del hijo de C., M. S., los preventores H. Á. y C. C., la perito del Ministerio Fiscal, Sandra Purzel, y, en el ítem documental, en lo que aquí interesa, el acta de intervención policial que contuvo la denuncia realizada por C. la misma noche de los acontecimientos.

En la Sentencia, el Juez valoró el plexo atribuyendo especial importancia a la versión de la víctima. Sostuvo que existió coherencia externa con el resto de las piezas probatorias, entre las que no estuvo el secuestro del arma, ni una pericia respecto de la munición encontrada, la cual no obstante tuvo como tal a partir de las fotografías, la inspección ocular y la experiencia, pues solo de ello se podía tratar, perdigones, al ser lo hallado elementos de metal.

Luego de validar la posibilidad de un único testimonio de cargo aún en los sistemas que, como el hoy vigente, alejándose de la prueba tasada consagran a la sana crítica racional como método de valoración de la prueba, consideró a C. como un testigo carente de móvil para la mendacidad, persistente en la incriminación, y verosímil.

Descartó una alegada incoherencia entre sus expresiones en el Juicio, las de la denuncia y lo narrado en la entrevista mantenida durante la investigación en sede Fiscal, alegando la centralidad del Debate como argumento, por lo cual solo la primera correspondía valorar.

En definitiva, partiendo de la base de que la víctima ya conocía al acusado, y lo señaló firmemente como el autor del hecho, entendió acreditados los extremos típicos requeridos por la figura propuesta por el Fiscal, y condenó a N. a la pena de un año y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo.

La Defensa impugnó la condena, y tanto por escrito como en la Audiencia ante este Tribunal cuestionó la declaración de C. como único elemento designador de culpabilidad, pero también como carente de coherencia a lo largo del proceso, en la denuncia, en sede Fiscal y en Debate. En subsidio impetró se le imponga a su pupilo el mínimo de la pena prevista en el art. 104 el CP.

El Fiscal, también por escrito y reforzando su postura en

la Audiencia del art. 385 del CPPCh., evaluó el plexo tal como lo hizo el Magistrado, solicitando la confirmación del auto en crisis.

II.- El delito de Abuso de Armas, en general, y desde ya también en su modalidad de disparo con arma de fuego, la que nos ocupa, ha recibido serios cuestionamientos en cuando a su alcance, en particular para aquellos que aceptamos que la Tentativa admite al dolo eventual como componente subjetivo.

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

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

Se han propuesto, para superar el cuadro referido, desde la supresión del tipo penal indicado, hasta su reconfiguración a un estricto delito de peligro concreto, el que se verificaría solo con el uso del arma, en particular de fuego, sin el recaudo que esta deba ser apuntada hacia una persona, lo que se exige actualmente (De la Fuente, Javier. Código Penal

comentado, dirigido por Baigún Zaffaroni, Tomo IV, Ed. Hammurabi, pags. 97 y ssgts).

Pero, a partir de lo expuesto, el recaudo de apuntar hacia un ser humano hoy existe, y debe evaluarse en el contexto del bien jurídico protegido por la norma, la vida e integridad física de las personas, por lo que, en el supuesto de no haber corrido riesgos, o que estos no hayan derivado de la acción de disparar atribuida al autor, no encuentra fundamento la punición en virtud de un análisis derivado del principio constitucional de lesividad.

III.- Partiendo desde esa base, en el caso que nos ocupa ha resultado dificultoso lograr certeza, al menos la requerida para un acto de condena, respecto de las características del arma supuestamente empleada por N. esa noche.

Un "aparato" dijo la víctima, aunque expulsó munición, la cual no fue peritada, como el propio Juez resaltó, sin perjuicio de decir luego, apelando al máximo rendimiento de un indicio, que al existir secuestros de elementos metálicos en la finca damnificada, era dable concluir que se trataba de perdigones, y desde allí, arribar al carácter de arma de fuego del "aparato" referido por C..

Pero lo concreto es que, como lo resaltó el A-quo, se verificó la ausencia de pericia sobre tales metales, lo que a mi criterio impidió el logro de certeza sobre su carácter de restos de munición, descartando así

cualquier otra naturaleza de los mismos, y con tal ausencia, se derivó la imposibilidad de comprobar aspectos esenciales del tipo en cuestión, como el uso de un arma de fuego, extremo al que el Sentenciante arribó, insisto, mediante una utilización extensiva, y excesiva, de la prueba indiciaria.

IV.- Interpretando hasta allí el plexo de cargo, con el auxilio de la regla del "dubión", el estado de inocencia de N. prevalecería pues no habría certeza sobre el medio usado, precisamente elemento más importante del tipo objetivo del art. 104.

Pero quizás la objeción más trascendente que habría que hacer a la decisión impugnada tiene que ver con el testigo único, su coherencia y la valoración de ello en el contexto de la prueba rendida.

Tengo postura en cuanto a que resulta perfectamente posible condenar a partir de un solo testimonio de cargo, pero que este debe haberse mantenido en líneas generales homogéneo a lo largo del tiempo, por ende del proceso, y encontrar aval en otras pruebas, documentales, indiciarias, periciales etc.

"Y entra a tallar así la regla del testigo único, que obligaba en el sistema de la prueba tasada a descartar la posibilidad de una condena, principio que cede en su operatividad cuando en el rito, como ocurre en la mayoría de los sistemas legales actuales, se consagra la valoración conforme a la sana crítica."

"No obstante, si bien testigo único de cargo no es igual a absolución como regla imperativa, ello no significa que el tradicional axioma "testis unus testis nullus" no sirva como orientador en la ponderación de la prueba. En palabras de Mitermaier "un testigo aislado constituye una afirmación imposible de comprobar" o de Garraud "la desconfianza ante un testimonio aislado constituye un acto juicioso y de prudencia, que no hay necesidad de aconsejar a los magistrados con experiencia", o de Flamarino "el testimonio designador único del delincuente no puede provocar aquella certeza que es legítima base de la condena" (Lógica de las pruebas en materia criminal t. II pag. 253), sobre todo en el caso que el acusado niegue terminantemente su participación en el suceso, como ocurre en autos" (Sentencia nro. 7/05 "Baeza", entre otras).

Es decir, la situación requiere una vara más estricta en cuanto a la medición de la coherencia interna y externa de dicho testimonio, pues se trata, de un solo elemento designador de culpabilidad, en el caso aportado por la víctima, lo que invita a la cautela, como lo sostuvo el A-quo, la Doctrina por el citada, y la jurisprudencia del STJ reseñada por el Fiscal. No es imposible, sí más difícil.

Pero a poco de indagar en la coherencia interna, vemos que en la denuncia C. dijo que esa noche llegaba a su casa junto a su grupo familiar, y fue atacado por tres personas en la puerta de su morada, una N., que

le disparaban con armas de fuego, no especificando cual de ellas ni hacia donde apuntaban, por lo que se introdujo en su vivienda.

El oficial Álvarez ratificó el acta inicial en Juicio, procedimiento que llevó a cabo, por ende los términos de la denuncia, aclarando que no pudo obtener del hecho mayores datos, por parte de vecinos, y hemos visto que tampoco familiares directos de C. han avalado su versión (su hijo Mauricio declaró en Debate), ya sea la del Debate o la de la denuncia, por cierto disímiles.

Entonces, la cuestión no pasaba por descifrar cual de los relatos de la víctima fue el verdadero, o por decidir cual era ritualmente valorable, sino por determinar la razón por la que las modalidades del hecho que relató a la Prevención en un principio, difirieron de las que luego expuso en sede Fiscal, y en Debate.

Y allí lo que falló no fue su declaración en Juicio, sino la coherencia interna de su versión a lo largo del proceso. También la externa, desde que virtualmente no existe apoyatura en otros elementos del plexo, de por si no muy abundante.

Solo unos pedazos de metal encontrados en su patio pueden, lejanamente, sustentar una versión muy endeble de lo ocurrido.

En resumidas cuentas, las expresiones de C. se convirtieron en un testimonio único carente de las características que le

posibilitarían sustentar una condena.

V.- Por ello, ni la materialidad, ni la autoría, ni extremos típicos esenciales han podido ser comprobados, lo que justifica que proponga al Acuerdo la revocación de la condena impuesta y la absolución de B. N.. Así voto.-

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

I.- Emitiré mi voto sin exponer los antecedentes del caso pues el completo detalle efectuado por quien lidera los sufragios resulta suficiente y pasaré directamente a tratar las críticas al pronunciamiento que concluye con la condena de B. M. N. a la pena de un año y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo por resultar autor penalmente responsable del delito de Abuso de Armas (Arts. 27, 45 y 104 C.P.) por el hecho ocurrido en la ciudad de Sarmiento el 27 de noviembre de 2011 en perjuicio del Sr. H. C..

Motiva la impugnación la arbitraria valoración de la prueba que sustenta la condena, cuestionando puntualmente las conclusiones atinentes a la materialidad del suceso y autoría del mismo, por lo que iniciaré el examen que corresponde en esta instancia.

1.- Se extrae de la sentencia dictada por el Sr. Juez Penal, Dr. Roberto Antonio Casal, que ha receptado en su totalidad los postulados del Ministerio Público Fiscal descartando los argumentos de la defensa

técnica que bregó en todo momento por la absolución de su asistido.

Así el juez a quo tiene por cierto y probado que siendo las 23 horas del día mencionado en circunstancias que la víctima se encontraba en su domicilio salió del mismo al escuchar un impacto en la camioneta que estaba estacionada en el patio de la propiedad, advirtiendo inmediatamente que se le venía encima un sujeto con un aparato como para tirarle; que se hizo para atrás y el individuo disparó impactando los proyectiles en otro automóvil que se hallaba en el patio y en la pared de la casa, donde se recluye y puede observar que el agresor se retira junto a otros dos sujetos.

Concluye el magistrado que ello emerge pristinamente merced al testimonio rendido en la audiencia por la víctima, Sr. H. C., al que se agregan los del personal policial actuante. Como bien observa el Señor Defensor Público en definitiva otorga el Juez un valor determinante al testigo único, pero entiende que ha resultado contradictorio y carente de lógica la versión brindada en juicio, además de la ausencia de prueba técnica o científica que pueda avalar sus dichos ya que no se encontró arma, no se practicó dermonitrotest, ni los restos metálicos hallados en el sitio fueron sometidos a estudio.

Antes de continuar con el examen entiendo pertinente para dar un marco adecuado a estas conclusiones, conceptualizar la figura penal escogida.

El abuso de armas previsto en el Art. 104 del Código Penal sanciona la acción de disparar un arma de fuego contra una persona. Donna, con cita a Soler y Núñez, señala al desarrollar la acción típica "Dispara quien hace funcionar los mecanismos de un arma de fuego de modo tal que se expida el proyectil. Y estos mecanismos consisten en el golpe del percutor en el fulminante, su ignición, el encendido de la pólvora, y finalmente, la expulsión del proyectil … -que el disparo haya sido dirigido materialmente hacia una persona -que esa dirección haya sido querida por el autor –que el autor no haya tenido intención de matar o lesionar gravemente y –que no resulte la muerte o graves lesiones de la víctima" y continúa el tratamiento del tipo objetivo con el concepto de arma de fuego remitiendo al decreto 395/75 que reglamenta la Ley 20.429 y dice "El arma de fuego es al mismo tiempo arma de disparo, pero no sucede lo mismo en el sentido inverso. Arma de disparo es la que puede lanzar proyectiles, llamas o gases. No es arma de fuego aquella que expide proyectiles por medio de otros procedimientos impulsores, distintos, a la explosión, por ejemplo: procedimientos mecánicos (como el arco y flecha, las ballestas, tiragomas), o bien con mecanismos de compresión artificial de aire en la culata del arma (como las armas de aire comprimido o escopetas de viento)" (Edgardo Donna Derecho Penal –Parte Especial- Tomo I, 2da. Edición, Rubinzal Culzoni, págs. 344 y 345).

El Sr. Defensor mantiene férreamente en esta circunstancia del proceso la teoría del caso desarrollada en el debate, pero la crítica contiene una sostenida explicación de cómo debió valorar el Juez la escasa prueba producida para demostrar que la correcta valoración inequívocamente llevaba a otra solución que la adoptada por el Magistrado, cuestionando, como ya señalara, la única prueba directa y la ausencia de otras que entiende imprescindible para acreditar un hecho tal como el que reprocha el Fiscal a su asistido.

En tal inteligencia, y teniendo presentes los conceptos brindados precedentemente, paso a reexaminar la percepción que el sentenciante ha tenido de los actos del procedimiento y las pruebas rendidas y si ellas resultan suficientes para vencer el estado de inocencia.

2.- La Defensa sostiene enfáticamente que la víctima a lo largo del proceso ha incurrido en serias contradicciones pues brindó tres versiones distintas del hecho, la primera en la denuncia, la segunda en la entrevista realizada por el Ministerio Público Fiscal y el relato en la audiencia de debate.

Que respuesta mereció tal cuestión por el Juez a-quo?. En primer lugar advierto y verifico que ha otorgado un valor preponderante al testigo único como lo denuncia el impugnante, y dice en el punto “2)” -pág. 31- que la autoría emerge palmariamente acreditada merced al testimonio del

damnificado H. C., no siendo óbice a ello que se trate de un testigo único, y a efectos de valorar adecuadamente este testimonio brinda pautas que la doctrina y jurisprudencia se han encargado de elaborar a tales fines, y aclaro que las comparto en un todo, haciendo hincapié en la ausencia de incredibilidad, verosimilitud y persistencia en la incriminación con cita al maestro Karl Mittermaier, y concluye que tales dichos en definitiva resultan creíbles, verosímiles y persistentes a lo largo del proceso.

Pasa a detallar el relato y respuestas brindadas en el examen y contraexamen de las partes, teniendo por cierto que fue B. N. el autor del disparo hacia la víctima puesto que reiteradamente en el curso de su declaración sindicó a este como autor, además e conocerlo desde chico y que en oportunidad del hecho lo tuvo muy cerca reconociéndolo inmediatamente. No podemos dejar de tener en cuenta en éste análisis que las conclusiones relativas a las circunstancias de tiempo, lugar y modo del suceso también se apoyan en este testimonio como ya lo dejara asentado al iniciar el examen de la sentencia -punto “1”-.

El Juez de juicio responde a la crítica de la defensa que pese a la comparación de tales dichos en el debate con los efectuados al momento de los hechos y los producidos ante el Ministerio Público Fiscal, no señaló con precisión y adecuadamente las diferencias o contradicciones entre ellos –ver pág. 32 4to. párrafo-.

Advierto a partir de aquí serias falencias en el razonamiento seguido por el a quo, continuando su responde que la única declaración válida es la prestada en debate, puesto que se realiza bajo juramento o promesa de decir verdad, siendo por lo demás la única sujeta al control de la contraparte y que las demás carecen de todo valor conforme los Arts. 186 3° párrafo in fine, 314 4° párrafo y 325 del C.P.P.

Afirma que la defensa solicitó la lectura de las manifestaciones anteriores ante Policía y Fiscalía y reitera que no puso de manifiesto sus diferencias, ni requirió explicación alguna al testigo.

Llamativa y contradictoriamente, párrafo seguido, admite que existen diferencias entre lo declarado en juicio y lo expresado al personal policial justificándolo en un supuesto estado de nerviosismo de la víctima propio de lo que acababa de vivir, para rematarlo con la concreta consideración de lo manifestado a la Fiscalía al tercer día del hecho y que entiende idéntico al producido en el debate de lo que no le caben al Juzgador la menor duda.

Frente a estas palmarias contradicciones, corresponde ahora analizar la percepción que ha tenido el Juzgador de los actos de procedimiento que resultan presupuestos esenciales del juicio.

a- Recurro entonces a la Acusación Pública y se extrae que es el mismo Fiscal quien propone como prueba instrumental y

documental para ser producida en el juicio el acta de intervención policial, la de denuncia y la entrevista en su Ministerio, prueba que es admitida por el Sr. Juez Penal de la audiencia preliminar por lo que no es acertada la afirmación que la Defensa haya requerido la incorporación al juicio de tales instrumentos, fue el órgano acusador quien lo propone inicialmente.

b- Paso al acta que manda el Art. 346 del C.P.P., el que exige entre otros contenidos, un breve resumen del desarrollo de la audiencia con indicación de los datos personales de los testigos, peritos e intérpretes y la referencia de los documentos leídos, además de las solicitudes y decisiones producidas en el curso del debate y extraigo que luego de recepcionada la prueba testimonial, y una incidencia ante la ausencia de un testigo, se incorporó por lectura la documental (Art. 326 1° párrafo del C.P.P.), por lo que voy a la grabación magnetofónica total del acto.

De acuerdo a ella llegado el turno del testigo único, Sr. C., comienza su relato del hecho tal la descripción dada por el Acusador Público en la acusación y éste le formula preguntas, se podría decir irrelevantes pues consulta sobre aspectos que ya había expuesto en su deposición, y concedida la palabra al defensor comienza el interrogatorio preguntando sobre circunstancias que pudieron motivar una agresión como la descripta, para luego peticionar se le exhiban las actas de denuncia y la entrevista que realizó el Ministerio Público Fiscal para que reconozca las firmas estampadas en

cada instrumento y dé lectura a las mismas porque entiende existen serias diferencias con lo declarado en la audiencia, el Fiscal no se opone y el Juez admite la petición por lo que se procede en consecuencia dando lectura a las actas y reconociendo que las firmas le corresponden. El Señor Defensor ante ello se da por satisfecho y es el propio Fiscal el que le requiere, indudablemente ante las evidentes diferencias, que si deseaba brindar alguna aclaración o explicación expresando el testigo "me pude haber olvidado algún detalle al denunciar".

Reitero tales documentos fueron ofrecidos como prueba por el propio Fiscal y admitidos en al audiencia preliminar. La Defensa los hace producir en juicio al declarar el testigo pues estaba además habilitado por el Art. 325 del ritual y el Juez autorizó, por ende el razonamiento del Magistrado de que no puso de manifiesto la Defensa sus diferencias aparece como contradictorio ya que lo admitió por darse los supuestos habilitantes y fueron de tal entidad las mismas que desde luego no ameritaba más preguntas de la parte, pero de acuerdo al posicionamiento del Juez hasta parece exigirle que acredite la inocencia de su asistido, cuando lo que debía ponderar es el apartamiento del Fiscal al principio de objetividad pues al formular acusación contaba sólo con dos versiones de la presunta víctima considerablemente encontradas, para exponer en definitiva un hecho y sus circunstancias con sustanciales diferencias, y quedando el acusador en evidencia en la audiencia

obligatoriamente le preguntó como podía explicarlas, lo que mereció una respuesta poco atendible tal como que pudo olvidarse de algún detalle al denunciar.

Un párrafo aparte merece la consideración del Magistrado que las manifestaciones efectuadas por C. al personal policial asentadas en el acta no resultan una denuncia. Tal apreciación es absolutamente errónea, ella se ajusta a las previsiones de los Arts. 261 y ss. del C.P.P., se extendió en acta que cumple además con los Arts. 130 y 170 del mismo cuerpo legal y por ende habilitada la incorporación al juicio para los supuestos autorizados, a los que ya hice mención.

Convengo que ciertamente lo relevante es la declaración prestada en juicio, pero la lectura en este supuesto es a los fines de apreciar debidamente el testimonio; siguiendo a Jauchen en este sentido puede decirse que: "La lectura en este caso tiene solo como finalidad poner de manifiesto contradicciones a los fines de que el testigo efectúe las aclaraciones correspondientes, lo que luego será revisado mediante interrogatorio. Pero cabe aclarar que lo leído no integra el material probatorio del debate, sólo cumple aquella función; en consecuencia, no puede ser tenido en cuenta por el Tribunal al dictar sentencia". (Tratado de la Prueba en Materia Penal. Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 571/572).

c- Pero no se agota aquí el análisis pues continuando con

la grabación magnetofónica del juicio al momento de concluir el defensor resalta las palmarias diferencias entre las diversas versiones dadas por C. para evidenciar la falta de credibilidad del testigo, negando el Magistrado en la sentencia que lo haya efectuado como ya fuera destacado.

No reiteraré lo declarado en juicio por C. pero al denunciar ha dicho que el suceso se produce cuando ingresaba a la casa y que los autores eran tres personas identificándolos, incluso remarcando que no era N. quien tenía problemas con su hijo sino otro de los sujetos, luego ante el Fiscal brinda una versión similar en parte a la dada en juicio pero dice que su hijo no estaba en la casa y que llega luego de producido el hecho indicando también que tenía problemas con los atacantes en general y que según su hijo uno era Llanquihuen.

No puedo dejar de considerar que al menos resulta llamativo que la investigación no se dirigiera también a los otros sujetos cuando estaban identificados, pero lo concreto para el caso es que el testigo no brindó aclaraciones razonables y ello va deteriorando la coherencia interna.

Ya la pauta tenida en cuenta por el Juez referida a la "persistencia en la incriminación" no se encuentra dada puesto que la versión no se ha prolongado en el tiempo, y no ha podido aclarar las diferencias expuestas en las distintas instancias del proceso referidas a las circunstancias

en que se produjo el hecho, como se realizó, pluralidad de intervinientes, presuntos motivos, personas que tienen conocimiento y ubicación de las mismas al momento del episodio, circunstancias que en el caso son relevantes por lo tanto deben desecharse los fragmentos del relato viciado, perdiendo también el carácter de creíbles como pauta tenida en cuenta por el Juzgador.

3.- Paso por último, y en capítulo aparte, a verificar la verosimilitud del testimonio, es decir la concordancia con los restantes elementos probatorios producidos en el juicio.

Queda claro que el material colectado no es abundante y solo contó el Juez con las declaraciones testimoniales de los funcionarios policiales que actuaron ante la noticia criminis.

Se trata de los preventores C. C. y F. Á. quienes confirman el relato inicial de C., además buscaron a personas que pudieron apreciar lo sucedido resultando que ningún vecino pudo ver o escuchar al menos los presuntos disparos destacando las dificultades que tuvieron en la inspección del lugar por la escasa iluminación.

También concurrió al sitio la Fotógrafa Policial S. P. tomando fotografías del lugar y de las marcas en los vehículos dañados y en la pared, pero no realizaron peritajes a los fines de determinar que tipo de proyectiles se trataba para poder establecer con que arma pudieron disparar, máxime que la víctima refiere sólo haber visto un aparato del cual no aportó

ninguna característica.

Así los funcionarios por su experiencia y a preguntas del Fiscal se animaron a ensayar una hipótesis de que los proyectiles respondías a las características de perdigones dejando implícitamente planteado que fueron disparados por un arma apta para expulsar ese tipo de munición y que cuando se efectúa produce la denominada "rosa de dispersión" por la superficie que cubren tales partículas metálicas, lo que el Juez en definitiva recepta.

Por último cabe mencionar que también prestó declaración testimonial F. S. quien invoca ser hijo del Sr. C. y que pese a encontrarse en el lugar no pudo brindar mayores aportes, declaración que el Magistrado indudablemente no avaló pues no la ponderó en nada para formular sus conclusiones.

En síntesis la versión de la víctima brindada en juicio, único testigo, no es avalada como lo afirma el Magistrado por prueba independiente. Como ya dejara sentado no pudo aclarar satisfactoriamente las importantes diferencias entre las distintas versiones que dio en el transcurso del proceso; los funcionarios policiales mantienen el acta inicial y la versión que les brinda C. al constituirse; no existe pericia o prueba técnica que categóricamente concluya que las partículas metálicas halladas en los bienes afectados correspondan a un disparo de arma de fuego en los términos que requiere el tipo objetivo de la figura seleccionada, y por último no se ponderó

prueba que favorecía al imputado en el sentido de no concordar con el testigo único.

Quedan expuestos entonces los serios defectos de la sentencia en cuanto carece de motivación suficiente y la escasa prueba no se ponderó conforme los principios rectores (Art. 25 C.P.P.), tornando así arbitrario el pronunciamiento, por lo que debe ser revocado y así lo voto. La conclusión a la que arribo queda patentizada en un párrafo de la sentencia que merece ser destacado, dice el Juez luego de concluir que se trató de un disparo con arma, "Así las cosas, y frente a la no realización de una pericia balística, el MPF asumió el riesgo de no probar el disparo que le enrostró a N.. Repárese en que como bien lo señaló la Defensa no se secuestró ni arma, ni los restantes componentes del proyectil, ergo, no se estableció con que arma se efectuó tal disparo ni la distancia desde la cual se realizó. No obstante ello y como fuera ut supra in extenso analizado, tengo por cierto que el disparo se produjo" -ver pág. 30vta., 2° párrafo de la sentencia-.

Evito efectuar mayores comentarios, pero la arbitrariedad en el caso es importante y si retomamos los conceptos brindados inicialmente relativos a la figura seleccionada siguiendo a Donna, los extremos de la imputación no encontraron respaldo probatorio para concluir con el grado de certeza que requiere la etapa procesal que los disparos fueron efectuados con un arma de fuego en los términos del decreto 395/75 que reglamente la ley

20.429, y que se realizaron en dirección a una o varias personas.-

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

I.- Adhiero a lo expuesto en los votos precedentes, en cuanto reflejan lo acordado en la deliberación, respecto a la falta de entidad del plexo probatorio resultante del juicio oral y público, para acreditar la materialidad y autoría del hecho de la acusación.-

En particular, hemos coincidido en la ausencia de idoneidad de la prueba testimonial, sobre todo la del denunciante H. C., para fundar la hipótesis cargosa. De acuerdo a los registros de audio del debate, en oportunidad de su deposición ante el tribunal unipersonal de juicio, la Defensa solicitó se procediera a poner de manifiesto al testigo, anteriores versiones que contenían algunas discrepancias con su declaración; pero sin que se pudiera llegar a un total esclarecimiento del punto; contrariamente a lo que se sostiene en la motivación del fallo de condena, que en todo momento hace hincapié en la coherencia interna y externa de esta prueba de cargo, clave para la solución del caso.-

1) La cuestión no se plantea únicamente en torno a la autoría del hecho, que en un comienzo se adjudicó a tres (3) personas, el acusado B. M. N., pero también “los hermanos L. o M.” (cfme. acta de intervención policial de fecha 28 de noviembre de 2011); sino también en lo concerniente a la mecánica misma del suceso, es decir cómo fue que se

produjeron los disparos de arma de fuego, qué instrumento se utilizó para ello, y demás (cfme. informe de la División Policial Investigaciones: "… C. … reconoció como el autor del **último** disparo a la persona de B. N.…", el destacado me pertenece.-

No se discute que dentro del concepto de la denominada coherencia "interna" de un testimonio, como criterio de valoración de su peso probatorio dentro de un cuadro –cargoso en nuestro caso-, se encuentra la persistencia del relato. Este elemento de análisis es particularmente relevante cuando nos hallamos frente a un testigo "único", y encima damnificado por el hecho, toda vez que en estos supuestos debe extremarse el celo en la merituación de los dichos; siendo insuficiente, además, como motivo de justificación para interpretar las diferencias que se aprecian a lo largo del proceso, aludir al estado de nerviosismo que suele padecerse inmediatamente después de sufrir las alternativas propias de un hecho delictivo.-

Aclaramos que no se discute la consideración del Juez Penal sentenciante, en cuanto a que la única declaración válida del testigo, es "la realizada en el debate", de manera que en absoluto se pretende equiparar la misma con una denuncia policial, ni con una posterior entrevista practicada en la órbita del Ministerio Fiscal. Ahora bien, si la ausencia de otras probanzas nos conduce a una primacía del testigo único, dentro del cuadro valorado en la sentencia de condena, y el propio juzgador asienta su

conclusión en la solidez y coherencia de aquella versión incriminatoria; deviene entonces insoslayable cotejar la deposición con otros elementos de convicción, que demuestren aquella tesis, dado que la coherencia pretendida ha de ser sostenida, argumentalmente, con datos muy concretos –nos encontramos dentro del ámbito de las reglas de la sana crítica racional, que sabemos incluye los principios de la lógica material y formal-.-

A título meramente ejemplificativo, cabe señalar que dentro de aquellos extremos de la secuencia fáctica, que no han podido dilucidarse con precisión, se encuentran aspectos centrales, tales como: ¿si el hecho –calificado como Abuso de armas- ocurrió cuando la víctima -C.- "iba entrando" a su casa, de la calle E. n° XX de la ciudad de Sarmiento, o "arribando a su domicilio" de la calle, según las distintas expresiones consignadas por la prevención policial?; o bien si, por el contrario, aquel (C.) se hallaba en el interior de su vivienda y al escuchar disparo/s, recién salió?

2) En cuanto a la corroboración de aquel testimonio, con prueba independiente que contribuya a arrojar luz sobre el hecho, las ya referidas actuaciones prevencionales iniciales hubieron de consignar, siempre a título ejemplificativo y sin ánimo de agotar el tema, que un rodado presenta el hundimiento del parante "con salpicadura en su pintura", que "se presume que se trata de un posible impacto de proyectiles tipo perdigones"; o también que la Agente S. M. P. precinta un vehículo para luego, al día siguiente,

proceder a efectuar la localización de algún proyectil.-

El tema es que, en su gran mayoría, aquellas verificaciones iniciales no han sido luego ampliadas, ni avaladas, menos perfeccionadas, por ulteriores operaciones periciales que nos confirmen las primeras impresiones –que solo merecen computarse, en el mejor de los casos, como meros informes técnicos-. Siempre a modo de ejemplo de lo expuesto, la sentencia valora en sus "Considerandos" el testimonio en la audiencia de debate del Oficial de Policía H. F. A. -suscriptor del acta inicial-, en el sentido que los daños fueron ocasionados por "pequeña cantidad de perdigones"; es decir, una reproducción de la constatación original, que el magistrado suma a la deposición de S. M. P., en cuanto a que había "restos de plomo", pero siempre en el marco general de la ausencia de evidencias, que hayan sido sometidas a exámenes periciales. Recordemos, además, que (cfme. acta) no se hallaron tampoco "restos de materiales utilizado (sic) para efectuar los daños, por lo cual no se practicó ningún secuestro".-

3) En las condiciones expuestas hasta aquí, debe prevalecer en la solución del caso el principio *favor rei* (art. 28 CPP, teniendo en cuenta en primer término como criterio rector en materia de valoración de la prueba, en relación con otras posibles alternativas, respecto a la acusación contra N. como autor del delito, que no es necesario que estén avaladas con el

mismo grado de confirmación que requiere la hipótesis de la acusación; siendo suficiente con que pongan en duda la veracidad de esta última, es decir basta con que introduzcan una duda, que no pueda ser superada.-

Sobre el principio *favor rei*, en particular, Roxin enseña: "El principio del derecho vigente reza: 'sobre el resultado de la recepción de la prueba' –por tanto, sobre los hechos,- 'decide el tribunal según su libre convicción extraída del la totalidad del juicio'. Esto significa que el juez debe considerar cierto un estado de cosas determinado, sin duda alguna ... por otra parte, se debe postular que la mera certeza subjetiva del juez no es suficiente allí donde el **resultado objetivo de la recepción de la prueba no admite una conclusión racional y convincente sobre la autoría del acusado**... El acusado también debe ser protegido de los errores de valoración del juez en la formación de la convicción. Por ello, es exigible que el proceso de formación de la sentencia también pueda ser controlado posteriormente por otros jueces y que no se base en meras suposiciones" (aut. cit. "Derecho Procesal Penal", pág. 103). Y en relación a la duda, señala el autor que un importante principio probatorio del proceso penal, es aquel según el cual ante la duda se debe decidir a favor del acusado (*in dubio pro reo*); con la salvedad de que este principio "no es una regla para la apreciación de las pruebas, sino que se aplica sólo después de la finalización de la valoración de la prueba...", -el destacado ha sido agregado al original-.-

El Superior Tribunal de Justicia, de nuestra Provincia, ha sentado posición sobre el principio *in dubio pro reo*, en general, en estos términos: "...Conviene aclarar que la falta de certeza se puede presentar tanto respecto de la imputación y sus elementos (las circunstancias fácticas e, incluso, los elementos normativos o culturales fundantes de la acción u omisión típicas, **la participación del imputado y su culpabilidad**), como en relación a las causas de diverso orden que excluyen la condena y la pena... la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena **sólo** puede estar fundada en la *certeza* del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado. Precisamente la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la **absolución**. Cualquier otra posición del juez respecto de la verdad, la *duda* o la *probabilidad*, **impiden** la condena y desembocan en la absolución..." (cfme. Superior Tribunal de Justicia, sentencia nº 14/05, con cita de Maier, el destacado me pertenece).-

Por su parte, y en torno a la interpretación en esta materia, el Sr. Ministro de la Sala Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, Dr. Pfleger, en la carpeta nº 16, sentencia nº 14/10 dijo: "…estimo, que la solución del caso se encontró fuertemente condicionada por la idea del principio político "in dubio pro reo" (en caso de duda debe siempre estarse a

lo que resulte más favorable al imputado, refiero en castellano para darme a entender más correctamente) que en materia procesal penal incide vigorosamente en la capacidad de expansión del poder estatal. Como ya lo he expresado en causa: *"R. W., D. H. s/Homicidio con exceso en la legítima defensa." (Expte. 20.249-178-R-2005)*, para los que ejercemos el poder por el Estado, existen limitaciones constitucionales al ejercicio de esa potencia, tanto y más en el contexto en que la tensión entre poder político y derechos individuales se hace más intensa: el proceso penal. Así, en el caso en que se produzca el conflicto, siempre ha de estarse por la aplicación de cualquier regla limitativa, pues es de la naturaleza del Estado Constitucional de Derecho, precisamente, la restricción. Cuando Julio B. Maier, con sencillez encomiable aborda el tema que he esbozado antes – y entre otros conceptos- habla de "... choque de intereses..." que cuando se produce, obliga a elegir entre uno y otro extremo de aquella tirantez. Para ejemplificar el modo en que operan los predicados considera capital "... al in dubio pro reo como regla básica de valoración de la prueba, que, al menos al final del debate judicial, privilegia por medio de una ficción, la situación del imputado frente a los órganos de persecución estatal..." (ver el autor en su "Derecho Procesal Penal" T II pág. 423, el encomillado es textual). El principio político enunciado y la garantía del juicio legal y regular, por otra parte, constituyen verdaderos desequilibrios que perjudican al Estado (la acusación) o a los

legitimados que coadyuvan con su tarea (los querellantes adhesivos). Quien esto sostenga se habrá pronunciado con absoluta verdad y habrá acertado en reconocer, si la opinión no es descalificante, la clave del orden legal que impera…”.-

II.- Voto por la afirmativa a la presente cuestión.-

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

De acuerdo al resultado al que se ha arribado en la primera cuestión propongo que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por el Sr. Defensor del acusado B. M. N.; revocar la sentencia condenatoria nº 146/13 de fecha 25 de febrero de 2013, y en consecuencia absolver a B. M. N., en orden al delito de Abuso de armas (arts. 27, 45 y 104 CP), por el hecho ocurrido el 27 de noviembre de 2011, en el domicilio ubicado en Avda. Estrada nº 23 de la ciudad de Sarmiento (arts. 44 C.Ch. y 23 del C.P.P.).-

Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública por la labor desarrollada en la etapa de impugnación, en la suma de pesos seis mil cuarenta con ochenta centavos ($6.040,80) (20 JUS) Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).-

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

Atento al resultado del tratamiento de la cuestión que

antecede adhiero a lo propuesto por el primer votante, es decir: hacer lugar a la impugnación deducida por el Sr. Defensor del acusado B. M. N.; revocar la sentencia condenatoria nº 146/13 de fecha 25 de febrero de 2013, y en consecuencia absolver a B. M. N., en orden al delito de Abuso de armas (arts. 27, 45 y 104 CP), por el hecho ocurrido el 27 de noviembre de 2011, en el domicilio ubicado en Avda. Estrada nº 23 de la ciudad de Sarmiento (arts. 44 C.Ch. y 23 del C.P.P.).-

Asimismo adhiero a la regulación de Honorarios profesionales propuesta.-

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

En base al resultado del tratamiento de la cuestión precedente adhiero a lo propuesto por los colegas preopinantes, es decir: hacer lugar a la impugnación deducida por el Sr. Defensor del acusado B. M. N.; revocar la sentencia condenatoria nº 146/13 de fecha 25 de febrero de 2013, y en consecuencia absolver a B. M. N., en orden al delito de Abuso de armas (arts. 27, 45 y 104 CP), por el hecho ocurrido el 27 de noviembre de 2011, en el domicilio ubicado en Avda. E. nº XX de la ciudad de Sarmiento (arts. 44 C.Ch. y 23 del C.P.P.).-

Asimismo adhiero a la regulación de Honorarios profesionales propuesta.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas

definitivamente este Tribunal por unanimidad,

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

1º) HACER lugar a la impugnación deducida por el Sr. Defensor del acusado B. M. N. (arts. 374, 376 inc. 5to. del CPP y 18 CN).---------- **2º) REVOCAR** la sentencia condenatoria nº 146/13 de fecha 25 de febrero de 2013, y en consecuencia **ABSOLVER** a B. M. N., en orden al delito de Abuso de armas (arts. 27, 45 y 104 CP), por el hecho ocurrido el 27 de noviembre de 2011, en el domicilio ubicado en Avda. E. nº XX de la ciudad de Sarmiento (arts. 44 C.Ch. y 23 del C.P.P.).------

3º) REGULAR los honorarios profesionales de la Defensa Pública por la labor desarrollada en la etapa de impugnación, en la suma de pesos seis mil cuarenta con ochenta centavos ($6.040,80) (20 JUS) Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).----------

4º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

La presente es firmada por dos de los Sres. Magistrados por encontrarse en uso de licencia el Dr. Daniel Luis María Pintos.

Sentencia nº 16/13