En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los nueve días del mes de diciembre de dos mil catorce, 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. **D. Luis María PINTOS**, en su carácter de Presidente, **Martín Roberto MONTENOVO y Guillermo A. MÜLLER**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 55172**, **Carpeta individual n° 6183**, caratulada:

"A., D. A. y otros S/ROBO DOBLEMENTE AGRAVADO" de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación el Sr. Fiscal general, Dr. **Héctor Iturrioz**, el Sr. Defensor Público Dr. **Esteban Mantecón,** el Sr. Querellante **J. H. R. y** el Sr. Representante de la Querella, Dr. **D. L.** y el imputado **D. A. A.**; y

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

--- Que los días 12 y 18 de noviembre del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. D. Luis María Pintos, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de D. A. A., 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 D. A. A. 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. D. Luis María Pintos, en segundo lugar el Dr. Martín Roberto Montenovo y finalmente el Dr. Guillermo A. Müller.-

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

I.- Ha generado la intervención de esta Alzada la impugnación ordinaria deducida por la Defensa Pública, en ejercicio de la asistencia técnica del imputado **D. A. A.**, contra la sentencia protocolizada bajo el Nº 3257/14 dictada por Tribunal colegiado el 19 de agosto de 2014, por la que se declaró al nombrado autor penalmente responsable de los delitos de Robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa, en concurso real con Homicidio agravado por ser cometido contra un miembro de la fuerza policial por su función en grado de tentativa, y se lo condenó a la pena de quince años de prisión, accesorias legales y costas en calidad de autor (arts. 12, 29 inciso 3°, 42, 55, 80, inciso 8°, y 166, inciso 2°, del Código Penal) en el pronunciamiento recurrido, en razón del hecho ocurrido sobre calle J. N° 335 de Barrio L., el 29 de julio de 2013 a las 06.45 horas aproximadamente en perjuicio de M. A. M., H. A. R. y J. H. R..-

1) El recurrente, en su libelo impugnativo, denunció

que el *A quo*, edificó sobre la base de un análisis parcializado de la prueba testimonial, la calificación legal del accionar de su asistido, lo que produjo ilógicos, inexplicables y discordantes razonamientos que hacen desaparecer al método de la sana crítica racional, que guía la valoración de la prueba, y demuestran claramente que al calificar el Tribunal se apartó de tales reglas.-

Expresó que el caso de la defensa técnica, como la defensa material ejecutada por A., no solo que no fue desvirtuada sino que sin lugar a dudas resultó confirmada; así, si la certeza no existió debe resultar la absolución de su defendido por los delitos que le fueran imputaos.-

Adujo que lo único que pudo probarse en el debate, es que el 29 de julio de 2013, luego de discutir en el interior de la casa de R., A. escuchó disparos en el exterior (luego se sabría que fueron efectuados por personal policial); creyó que era gente de R. y al pretender salir ve a dos personas (primero al vecino de R.) que le disparan y por lo que al pretender escapar efectúa un par de disparos sin mirar a quién.-

Luego de efectuar una extensa transcripción de los votos emitidos por los sentenciantes sobre el punto, manifestó que realizó un análisis endeble -en el caso de la aplicación de la agravante del inc. 8, del art. 80 CP y de la intención de robo de su asistido- y lo basó fundamentalmente en los dichos de R. y de la ex mujer de R., ya que este no compareció a la audiencia a pesar de las reiteradas citaciones y del

interés de la querella y la Fiscalía. Sostuvo que a las partes acusadoras les sería extremadamente dificultoso poder probar su caso, en razón que había realizado un abanico tan amplio de posibilidades y calificaciones que en definitiva debilitarían su caso.-

Alegó que conforme las probanzas logradas en la causa, sólo se pudo probar en todo caso el delito de Lesiones graves o gravísimas; en tal sentido, puntualizó, A. refirió que horas antes había tenido una discusión con R., que había estado bebiendo después de eso y que finalmente se decidió y fue solo a la casa de este; que le pego una patada a la puerta (coincide con la declaración del Sgto. A.) que estaba muy tomado y que él, entro solo en la casa y empezó a discutir con R..-

Así, continuó, estaba peleándose cuando sintió disparos afuera y pensó que era gente de R.; que salió, que quedo deslumbrado por la luz, que sintió unos disparos que pegaron en la pared, y como del otro lado de la calle estaba oscuro, había dos personas, disparó para huir, que solo se dió cuenta que eran policías cuando apareció uno de golpe (debemos suponer que V. por la declaración de este) y le pega un escopetazo en el pecho y que cuando se levanta sale corriendo y va a la casa de C. en donde lo ven lastimado y le dan ropa, que todavía tiene la herida, culminando su declaración diciendo que él no se llevó nada que el había ido a arreglar sus problemas con R. y que cuando se iba paso lo que paso.-

Adujo que el Cabo Primero R. refirió que, ante el

llamado recibido en la guardia de la Comisaría, concurrió conjuntamente con el Of. V. y la Cabo P. a la casa de la familia R.; ven que se alejan dos personas cuando el advirtió que en el interior de la casa otra estaba tirando cosas que estaban arriba de una mesa, que cuando se acerca esta sale, se para bajo el foco de luz y que desde allí le dispara impactándole uno de los disparos.-

Puso de relieve que el oficial V. refirió que iba más adelante, persiguiendo a dos personas; que efectuó una detonación al aire con la escopeta para que se detuvieran, validando así el relato de A. que mientras él estaba adentro de la casa se escucharon disparos, lo que lo llevó a creer que era gente de R.; por eso al salir de la casa y sentir los impactos disuasivos de R. en la pared, enceguecido por el farol disparara para poder escapar de quien creía sus agresores.-

Puntualizó que el testimonio de V. a este respecto es contundente; vio salir a A. y pararse bajo la luz; desde ahí disparó contra R. y el para luego salir corriendo, alejándose sin pretender rematar a nadie, que no le grito o le advirtió que era policía porque R. ya estaba herido, y que del testimonio de P. pudo extraerse que vio a A. desparramando todo lo que había en la mesa y que no lo vio tomar nada a A. del interior de la casa desvirtuando así la intención de robo-, y posteriormente dijo haber visto al imputado poner de costado el revólver -es decir sin hacer puntería con lo que desvirtuó la intención y el dolo homicida- y efectuar dos

disparos que creyó que uno pegaba en el auto que se había escondido y otro debió pegarle a R. ya que lo escucho gritar.-

Señaló la coincidencia con los dichos de C., quien refirió que desde una ventana vio a A. revolver todo lo que había sobre la mesa, que no escucho lo que discutía con R. y tampoco lo vio tomar algo; que se acerco a mirar porque sintió gritos de pelea y pensó que era entre R. y su pareja; que se asomo por la ventana y vio a una chica y en la pieza del fondo (es decir lejos de lo que podía estar haciendo F.) una persona discutiendo con R. sin poder precisar acerca de qué lo hacían; que cuando llego la policía el tipo disparo una en su dirección (abonando la posición que no sabía que eran policías si fue al primero que vio) y otra hacia R..-

Indicó, sobre la prueba producida por expertos, que la Dra. García hizo un pormenorizado análisis de la internación del Cabo Primero R., de los peligros que corrió, tanto por la herida como por la propia actividad médica que puede traer consecuencias no deseadas, para concluir, ante una pregunta de la querella, que es probable que pueda a futuro desarrollar una vida normal, y que el Dr. L. se refirió a la Historia Clínica con una incidencia laboral de seis meses y 10 de curación y que al practicar la pericia del art. 206 del CPP, determino que

A. bebe alcohol y que ha consumido mariguana y cocaína.-

Adujo que el análisis en frío de la prueba, sólo puede llevar a una conclusión: la posición de la Fiscalía y la querella con su calificación no ha podido ser sostenida por prueba directa y han pretendido

salvarlo con prueba indirecta; contrariamente a ello, manifestó, la posición de la defensa que ha sido sostenida por la propia prueba directa de la Fiscalía, recalcando que no se ha podido demostrar que A. haya intervenido en la sustracción de elementos, que efectuaran su hermana y G., y sus dichos, en el sentido que solo concurrió a pelearse, no ha sido desvirtuada. Alegó que para facilitar o consumar el delito, nunca supo que se había perpetrado un robo, destacando que Carlos Creus y Buompadre van mas allá cuando dicen que esa conexión es imprescindible; que no basta la concomitancia ni el concurso, si no existe no hay agravante del inc. 7°.-

Indicó, en relación a la agravante incluida en el código por Ley N° 25.601 en el inc. 8°, también se debe tener en cuenta la conexión subjetiva, pues la sola calidad de la víctima no es suficiente para concretarla; el homicidio debe conectarse subjetivamente con ella, el autor debe matar motivado por esa condición de la víctima, si hay error sobre esa condición excluye la agravante.-

Reconoció que A. disparo y fue lamentable el resultado para el Cabo Primero R., pero no lo hizo por ser policía y por lo tanto dicha agravante tampoco debe prosperar, destacando además que del resumen de los testimonios, surge con meridiana claridad que no se ha podido dilucidar con la certeza que se requiere en esta etapa del proceso, cómo se produjo el hecho, y ante ello debe estarse a los dichos de la defensa material del imputado en el sentido de que nunca pretendió matar

a R., y mucho menos haber tenido en cuenta su condición de policía. Agregó que la declaración acerca de la intervención que a un imputado le cupo en un hecho debe ser fruto de un juicio de certeza, cumplido por el tribunal de mérito, según las reglas de la sana crítica racional" (T.S.J. Córdoba, Sala Penal, "Trafico", 9/2/83), recordando que la C.S.J. tiene dicho que "Las sentencias en causas criminales deben fundarse en pruebas concluyentes que den certeza absoluta de la existencia del delito y de la identidad del delincuente" ("Fallo", 9-290).-

En cuanto al agravio relacionado a la individualización de la pena -15 años de prisión-, puntualizó que la que se pretende para A. es la del mínimo legal previsto, esto es 10 (diez) años de prisión. Tras recurrir a un extracto de los votos de los sentenciantes en la sentencia recurrida, destacó que el legislador en los arts. 40 y 41 C.P. estableció las pautas que deben seguirse para fijar su dosimetría.-

Con relación al punto, señaló que A. se vio involucrado en un conflicto al salir de la casa de R. y de golpe y en forma sorpresiva se encontró envuelto en una balacera; agregó que, como el mismo lo reconoció, en un momento de desesperación efectuó un par de disparos, sin apuntar, y lo hizo desbordado por la situación; alegó que el daño que causó, sin perjuicio a la opinión del tribunal que lo condena, no era el buscado por A.. El art. 41 habla, en el inc. 2, de otras pautas mensurativas que no pueden obviarse al dictarse una pena, como la edad, la educación las costumbres y las conductas precedentes y nunca, como se

pretende en este caso, puede utilizarse la alarma social para justificar la pena, sobre cuya base pretende la querella y la fiscalía casi duplicar el mínimo legal.-

Puso de relieve que han sido varios los homicidios consumados que han recibido penas inferiores a los 10 años o similares, entre los que enunció: Carpeta 2101 B.: 9 años Carpeta 1139
G. 10 y 8 meses agravado por uso de arma de fuego Carpeta 1012 G. 9 años Carpeta 2792 H.9 años Carpeta 619 Z. 8 años Carpeta 2134 S. 8 años etc.; y ahora para un tentativa se pretende una dosis de 18.-

Indicó que tampoco puede dejar de tenerse en cuenta al momento de fijar la pena cual es el fin que se persigue, que lograr la resocialización y conforme los argumentos expuestos la pena que supere el mínimo propuesto seria injusta, en ese sentido, criticando que lo único que se lograría con una pena superior al mínimo previsto es apartarlo de la sociedad, dificultando sobremanera toda posibilidad que una vez cumplida la misma, su reinserción social.-

En apoyo de su postura, citó lo expresado por Juliano, en cuanto a la temática en análisis, al expresar que "… ***el acto debe ser medida de acuerdo a las circunstancias fácticas de cada caso en concreto, para cuyo logro el órgano judicial no puede ser constreñido por mínimos fijos (establecidos discrecionalmente por el legislador) que no se ajusten a criterios de razonabilidad y proporcionalidad***". Como se advierte, prosiguió, la existencia de pautas legales mínimas establecidas

de antemano soslaya este principio al efectuarse en forma abstracta un encuadramiento de un caso y hecho concreto a una mera fórmula legal que desconoce ciertas particularidades dadas a un caso concreto. La existencia de mínimos legales de algún modo limita a los jueces, salvo en algunos casos como los aquí analizados, ya que éstos se sienten "atados" a las pautas legales establecidas por las normas. Tal marco punitivo, a su vez, resulta en la mayoría de los casos carente de racionalidad. (cfme. Zaffaroni, Alagia, Slokar; "Derecho Penal. Parte General", Editorial Ediar, 2000, pág. 132 Juliano, A. Mario; "La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales" en Pensamiento Penal del Sur, 1, Zaffaroni, Niño, M. y Vitale (coordinadores), Editor Fabián J. Di Plácido, pág. 489).-

Por todo lo expuesto, es que solicitó que en caso de no hacer lugar a la impugnación pretendida, se le aplique a mí asistido la pena de 10 años de prisión y, a todo evento, formuló expresa reserva del caso federal, en el convencimiento de que el decisorio impugnado y todo pronunciamiento confirmatorio, vulneran principios y garantías de raigambre constitucional como lo son el estado de inocencia, la imparcialidad del tribunal, el derecho de defensa en juicio y el debido proceso (Arts 18, 31, 75 inc 22 de la CN; Arts. 10 y 11 inc. 1 Declar. Universal de Derechos Humanos; Art. 14 Pacto Intern. de derechos Civiles y Políticos; Art. 8 incs. 1 y 2 Pacto de San José de Costa Rica; Ley 48 Art. 14).-

2) A su turno el Señor Fiscal General, en su responde,

destacó que los argumentos vertidos por los Señores Jueces han sido fruto razonado de todo el plexo probatorio, conforme a las reglas de la sana crítica racional.-

Sostuvo que la declaración de A. no encuentra sustento alguno, conforme el cúmulo de evidencias que demuestran que se apersonó a la casa de R. junto a dos personas, una de ellas su hermana F. y la otra un amigo -G.- a sustraer elementos con la utilización de armas.-

La damnificada M. M. fue clara al relatar, en el debate, que se hicieron presentes tres personas una femenina y dos masculinos que tenían la cara tapada, estaba oscuro; que le solicitaron dinero y la mujer la amenazaba con un arma blanca y uno de los sujetos hacía lo propio con su pareja utilizando un arma de fuego y le asestó un culatazo en la cabeza; se llevaron una play station dos con sus josticks.

Indicó que estas afirmaciones se reforzaron con los dichos del vecino F. C., quien expresó que advirtió problemas en la casa de al lado y cuando fue estaban los vidrios rotos y en ese momento salió F. A. junto a un individuo y le lanzó un puntazo; luego añadió el testigo que otra persona estaba en el interior; cuando estaba la Policía, prosiguió, salió al exterior con un arma de fuego disparando, y cuando fue a la casa de sus vecinos le dio la impresión de que se trataba de un robo porque estaba todo revuelto.-

Manifestó que R. y V. narraron que, anoticiados

del ilícito en una vivienda cercana a la Comisaría donde prestan servicios, se presentaron inmediatamente observando que salían de allí dos personas y al darle la voz de alto hicieron caso omiso y empezaron su persecución, pero al tomar conocimiento que se encontraba otra persona en el interior regresaron y en ese momento es cuando A. efectuó disparos contra personal policial comenzando por el Cabo Primero R. que resultó gravemente herido.-

Estas aseveraciones desvirtuaron el descargo del imputado, acreditando que no concurrió solo a arreglar sus cuentas al domicilio de la pareja damnificada sino que lo hizo acompañado de dos personas más en busca de dinero, y ante la frustración de no poder encontrar el botín buscado, sus consortes alcanzaron a sustraer una play station dos y sus josticks, lo que fue corroborado con la declaración del policía M. A. C. quien observó dichos elementos en la vía pública.-

Señaló que el Cabo Primero R., la Agente P. y el testigo C. coincidieron en afirmar que A. disparó contra el primero de los nombrados desoyendo la orden policial de deponer su actitud, y la pericia del Licenciado E. descartó la versión de supuestos disparos de la "gente de R." por temas personales.-

Hizo referencia a los dichos del testigo C. que afirmó haber escuchado disparos desde su casa, luego llegó A. con una herida y le dijo que había tenido "lío con la policía" y que le entregó una

remera y un buzo para que se vaya ya que no quería que permaneciera en su domicilio.-

En lo que atañe al segundo de los agravios, ceñido a la individualización del monto punitivo, adujo que la pretensión de que se aplique el mínimo legal estaba totalmente fuera de contexto, destacando que A. había cumplido pena privativa de la libertad de tres años de prisión en la carpeta Nª 4944, por el delito de Robo doblemente agravado con arma y en poblado y en banda en grado de tentativa, en virtud de un hecho cometido el 1 de mayo de 2012, obteniendo la libertad condicional el 28 de diciembre de 2012 y, conforme lo normado en el art. 50 del CP, solicitó que se lo declarara reincidente a lo que los jueces no hicieron lugar. Puntualizó que las circunstancias agravantes y atenuantes valoradas por el Tribunal de juicio conforme a las pautas de los arts. 40, 41 del CP y 333 del CPP si bien no son las que solicitara, se adecuan a las características del hecho y a los antecedentes penales del imputado.-

Por todo ello concluyó solicitando que se rechace en todos sus términos la impugnación de la Defensa, confirmando el fallo recurrido.-

3) En la audiencia celebrada a tenor del art. 385 del CPP, tanto la Defensa como el Ministerio Público Fiscal, representado en esta instancia por el Fiscal General Dr. Héctor Iturrioz, ratificaron los argumentos expuestos en los escritos precedentemente reseñados.-

Por su parte el Abogado de la Parte Querellante, Dr.

D. L. -que no contestó por escrito a la impugnación-, compareció y expresó que está en un todo de acuerdo con planteado por el Ministerio Público Fiscal a cuya argumentación adhirió. En tal sentido adujo que la defensa pretende desvirtuar la intencionalidad de A. alegando orfandad probatoria en el juicio. Discrepó con tal afirmación, sosteniendo que a la vivienda ingresaron tres personas: el imputado, F. A. y G., todos ellos condenados mediante un procedimiento abreviado. Destacó que en función de lo relatado y aportado en el plexo probatorio rendido en el debate, A. y sus consortes de causa fueron a robar a la casa de R. y M.; esto en virtud de los elementos que fueron hallados en la calle P. ya que F. A. y G. habían emprendido una huida perseguidos por R. y V.. Estos y la Suboficial P. recibieron el llamado en la Comisaría. También R. advirtió que había quedado una persona en la casa y le dice a su compañero que regresaran; así lo hacen y cuando volvían ven que A. sale de la casa y R. le impartió la voz de alto, que fue desoída por el imputado que finalmente efectuó los tres disparos contra R., lo que fue corroborado por los testigos V. y P..-

Resaltó que el testigo E. explicó que no se trató de un disparo al voleo, sino que fue perfectamente dirigido a R.; y en base a lo expuesto por el Licenciado G. también se descartó que el proyectil haya rebotado en algún lugar, sino que fue disparado e ingresó directamente al cuerpo de R..-

Puntualizó que quedó acreditada la conducta delictiva

de A. que tuvo como finalidad lograr su impunidad para sí o para otros, y en base a ello, concluyó solicitando el rechazo de la impugnación impetrada y la confirmación de la sentencia recurrida.-

4) Previo a la finalización de la audiencia, invitado el damnificado R. a expresar cuanto considere conveniente manifestó que hace diez años que es Policía y ocho que presta servicios en esta ciudad; esa mañana fueron a un requerimiento; como consecuencia recibió un disparo de arma y científicamente quedó demostrado que la intención del delincuente era terminar con su vida, toda vez que dos impactos quedaron uno en su cabeza, en una pared, otro en un nicho de gas y un tercero impactó en su humanidad; al chaleco lo llevaba bien colocado, el mismo cubre las partes vitales; hacía poco que había realizado un curso de capacitación SWAT en la ciudad de Trelew para la función que cumple; en esa situación sabía lo que estaba realizando, cuál era su función que es la de salvar vidas; tienen en cuenta que primero está la vida y esa mañana dejó media vida en el lugar; a partir de allí cambió totalmente; toda su familia es Policía, algunos retirados y otros en actividad; para los médicos está vivo de milagro; la bala le rompió la vena caba, la vena renal, intestino, páncreas, duodeno; llegó al Hospital con menos de un litro de sangre; los médicos acá hicieron lo que pudieron con los pocos recursos que había en el Hospital; tuvo tres infartos, el 31 de julio cumplía 32 años y estaba en terapia intensiva con pronóstico de muerte para los médicos; pudieron estabilizarlo para trasladarlo a Buenos Aires, al Hospital Italiano,

a donde llegó con un uno por ciento de probabilidades de vida; tenía una infección generalizada; lo único que le funcionada era el corazón; tuvo en coma farmacológico cuatro meses; cuando se despertó en el Hospital Italiano no entendía nada, no podía hablar, tenía una traqueotomía; sólo tenía dolores y estaba enchufado a varios equipos; no sabía qué le pasaba y no les podía preguntar a sus familiares que estaba pasando, aunque se lo hicieron entender; tuvo una infección pulmonar producto de la traqueotomía; los médicos en Buenos Aires hicieron lo que estuvo a su alcance ya que no podían hacer milagros; tiene varios motivos para vivir; una vez que comenzó a recuperar movilidad y al sacarle la traqueotomía se pudo comunicar con su familia; un día se miró la panza y "tenía todas las tripas para afuera" (sic); lamentablemente no podrá seguir haciendo lo que más le gustaba; ni su trabajo; tiene un veinte por ciento de estómago, come muy poco y no disfruta los alimentos; no puede hacer deportes; de a poco se está movilizando por sus propios medios, siempre acompañado por su señora que tuvo que dejar de trabajar, dejar de estudiar para poder asistirlo; tuvo que empezar otra vez a caminar, a comer; tiene que vivir con la mitad de lo que era por el resto de su vida, mientras el delincuente puede disfrutar de ella; esa mañana le dio la posibilidad de vivir y él no le dio ninguna oportunidad; y cree que si no hubiese intervenido, quizás hubiera matado a algún civil en la casa; está orgullos de lo que hizo esa mañana, cree que salvó la vida de las personas; le enseñaron a respetar la

vida; es lo que les enseñan en Policía; pero a este delincuente parece que no le interesa la vida; no tiene nada más que decir y agradece al Tribunal.-

Por último se concedió la palabra al imputado **D. A. A.**, quien manifestó que quiere pedirle disculpas a la familia R. que está presente acá; que en ningún momento pensó que había policías en ese lugar; sintió disparos salió corriendo y tiró por tirar; quiere que entiendan que no quiso matar a nadie.-

II.- 1) En primer término, corresponde despejar el interrogante que plantea la Defensa, en orden a cuáles fueron los motivos que condujeron al acusado D. A. A., a ingresar al domicilio de la calle J. n° XXX, del Barrio L. de esta ciudad, en la madrugada o primeras horas de la mañana, del día 29 de julio del pasado año 2013. Al respecto, cabe preguntarse si es posible sostener motivadamente -como pretende el impugnante-, que el imputado solo "discutía" con sus moradores, y "desparramaba" cosas sobre la mesa, ajeno a cualquier propósito delictivo contra la propiedad privada, de la familia R.-M.?

Entiendo que el recurrente no ha podido superar la evidencia en contra de su pupilo, que surge del cuadro probatorio: en efecto, advertimos que al propio tiempo que A. se hallaba en el lugar referido, también lo hacían dos personas más –extrañas a la mencionada familia R.-, a saber, su hermana F. A., y C. S. G.; y que, en este caso, no existen dudas que los animaba la finalidad de sustraer efectos de la vivienda, tal como se desprende claramente de las actuaciones

prevencionales labradas en su oportunidad -que fueran glosadas en la audiencia de debate por el testigo Oficial Subinspector M. A. C., quien tomó intervención a partir de una comunicación telefónica a su móvil, del Suboficial V.-, según las cuales el damnificado H. A. R. denunció, ya en la diligencia de inspección ocular, como faltantes, una consola de videojuegos tipo "Play station II" y dos (2) joysticks; que luego fueran habidos en la vía pública tirados, sobre la calle P., esquina J., a la vuelta del sitio de los hechos –observados por C., al igual que un DVD-R marca "Sony" y una bolsa de tela, de compras (v. secuencias fotográficas n° 20 a 23), según su referida deposición ante el tribunal colegiado de juicio-, en el trayecto que tomaron F. A. y G., cuando se alejaron del domicilio de R..-

También ilustró sobre este recorrido en el juicio oral y público, el nombrado Suboficial Principal M. B. V., quien persiguiera a los coimputados, hasta que alertado por su camarada R., abandonó dicha persecución y volvió sobre sus pasos hacia el inmueble de la calle J., de donde había partido originariamente el aviso, a las autoridades de la Comisaría Seccional L. –sita sobre la misma calle J., a la altura del n° XXX-, que generó la intervención de las autoridades policiales por medio de una comisión que se trasladó a pie hasta el lugar, muy cercano, desde la dependencia –v. plano general de corte ilustrativo, confeccionado por el Suboficial Principal O. A. M.- (integrada la comitiva por el Cabo 1° J. H. R., el mencionado V. y la Cabo S. G. P.)-. F.

A. fue finalmente aprehendida por C., siempre según su testimonio en la audiencia de debate, al igual que el acusado D.

A. A., quien presentaba manchas hemáticas y heridas de “perdigones”.-

2) A mayor abundamiento, tampoco puede dejar de computarse, en relación con la situación procesal de los dos nombrados en último término, que con fecha 5 de junio de 2014, se homologó un acuerdo de procedimiento abreviado (sentencia n° 2290/14), mediante el cual se condenara a F. E. A. y C. S. G., como partícipes primarios del delito de Robo doblemente agravado por el uso de arma blanca, en poblado y en banda, en grado de tentativa, a las penas de tres (3) años de prisión –de cumplimiento efectivo y en suspenso, respectivamente-.

Más allá de las diferencias que puedan sostenerse, con el criterio utilizado en la calificación legal del hecho, y en general, respecto a la oportunidad y conveniencia del mecanismo en el caso concreto, es innegable que aquella sentencia, ya firme a la fecha –en etapa de ejecución de condena- constituye un dato muy relevante; la admitida presencia de los nombrados en el lugar y al tiempo de comisión del hecho, con intención de robo, en forma coincidente con el acusado A., no constituye una mera posibilidad que podría ser incluso remota, ni una tesis para elaborar un análisis teórico, sino una realidad palpable.-

En este contexto, la forma segmentada en que se pretende apreciar lo sucedido, desde la óptica del impugnante, se contrapone con una valoración integral del plexo probatorio, como exige el método de la sana crítica racional. En efecto, ejemplificando con el caso

del vecino F. R. C., tenemos que su deposición resalta que la persona que primero vio discutiendo con R., y luego utilizó el arma de fuego contra el policía en el exterior, estaba toda "tapada" o "encapuchada", lo cual es altamente compatible con una banda de asaltantes del mismo Barrio que procura disimular su identidad (todos los testigos, uniformados y civiles, han coincidido en deponer que conocían a los A., por diferentes circunstancias); y solo muy remotamente, con la alternativa que propone la Defensa, es decir la de un sujeto que busca "ajustar cuentas" con un vecino, menos aún luego de violentar su domicilio, en la oscuridad de la noche –en otro orden, este testigo deja en claro que concretamente la circunstancia que lo alertó sobre la ocurrencia del suceso, fueron los gritos de M., quien estaba siendo asaltada, aunque ello no significa que hubiera sido frecuente que sus vecinos discutan de modo agresivo, ni que en ese domicilio tuvieran lugar incidentes habituales, etc.-. Por lo demás, el testigo fue terminante en cuanto a que la impresión que tuvo en aquel momento, por lo que pudo divisar hacia el interior del inmueble vecino, era que se trataba de un robo porque estaba "todo dado vuelta".-

También merece ponerse de resalto que la tesis de la Defensa, en cuanto a que A. ya había estado previamente en el lugar, durante aquella madrugada, o sea que volvía al sitio para saldar cuentas, o algo similar, carece de todo respaldo probatorio en evidencia independiente, susceptible de introducir en el análisis del caso, el principio del *favor rei*.-

En cuanto a la dueña de casa, M. A. M. B., tal como lo destaca el Fiscal general en su responde al recurso ordinario, la misma ha sido terminante en cuanto a que el ataque a su propiedad, e integridad física –R. sufrió un corte profundo que requirió de asistencia hospitalaria (lesión certificada en el Centro de Salud del Barrio L.)- y psíquica, provino de tres (3) personas, una mujer y dos hombres, la primera con un arma blanca reduciendo a la testigo en el baño, y los sujetos con un arma de fuego en la pieza, actuando en perjuicio de R., todos reclamando por la entrega de dinero, además de llevarse –como ya se anticipara- la consola de juegos.-

El testimonio de la damnificada resulta muy ilustrativo, en particular, acerca de la secuencia temporal de los hechos, en el sentido que mientras que "los chicos" se escaparon por una ventana, uno de ellos permaneció en el interior de la vivienda, "… y empezó a romper todo …"; aunque no pudo precisar de quién se trataba, sí puede aseverar que " … uno se quedó adentro …". Todo ello explica claramente por qué razón fue que, en un momento dado, A. fue visto solo y tirando cosas, en el interior del domicilio –cfr. por caso, el testimonio de la Cabo P. en la audiencia-; pero sin que ello deba interpretarse como ajenidad, para con el robo perpetrado por sus consortes, sino que simplemente fueron distintos tR. de una continuidad delictiva, que los testigos observan cada uno a su turno.-

3) Como ya se anticipara, hemos acordado en la

deliberación que no se comparte el temperamento seguido por el Ministerio Fiscal, en orden a la tipificación del grado de intervención de G. y F. A., en el suceso, según el referido acuerdo de procedimiento abreviado, siendo más adecuada la de una coautoría funcional. En dicho entendimiento, resulta entonces que aún cuando el acusado D. A. no se hubiera "llevado nada" del lugar – argumento de la Defensa-, igualmente lo alcanzan todas las consecuencias propias de un actuar en codominio del hecho, es decir su plena responsabilidad por el robo doblemente agravado y en grado de tentativa –en el que se fundara la condena de sus consortes-.-

Por otro lado, a modo de ejercicio argumental, también debemos destacar que la participación por naturaleza es accesoria de la autoría, de manera entonces que si F. A. y G. fueron considerados cómplices, resulta obvio que existe un autor principal del atentado a la propiedad de R. y M.; ya que de lo contrario, aquella participación gira en el vacío –aplicando las reglas de la lógica formal más elemental-. En consecuencia, también desde este punto de vista, la conclusión que se impone es que la referida condena a los consortes, contribuye a razonar la prueba de cargo como coautor, en perjuicio de D. A. A..-

Sin perjuicio que entiendo se trata de un concepto bastante difundido en el quehacer de la dogmática penal, y por ende que debiera presumirse conocido por todos los operadores judiciales, igualmente cabe citar alguna jurisprudencia actualizada sobre el punto,

como punto de referencia para guiarnos en la interpretación; y la misma nos recuerda, que: "… la característica necesaria para tener por configurada la coautoría es la realización de la conducta reprochable de manera conjunta por parte de los sujetos intervinientes, es decir que exista un codominio del hecho, una competencia en la ejecución del hecho delictuoso. De este modo puede decirse que todos los sujetos intervinientes han sido comitentes del ilícito, sin hacer distinción respecto de quién lo inició y quién lo consumó … La letra del art. 45, CPen., es clara en cuanto define que coautor es todo aquel que tomare parte en la ejecución del hecho por lo cual en la coautoría por división de funciones siempre que los sujetos obren libremente y sin coacción …, **opera la imputación inmediata y mutua de todos los actos que se prestan para la ejecución del hecho en el marco de la decisión común**

…" (cfme. CFedCasPen, sala 4ª., causa: "A.", del 18/2/2014, voto del Juez Hornos, al que adhirieron sumando fundamentos, los Dres. Gemignani y Borinsky, sumario publicado en "Actualidad en la Jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal 2/2014", Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, edit. AbeledoPerrot, n° 7, julio 2014, págs. 1411 y ss., el destacado me pertenece).-

III.- 1) En dicho contexto, es que ahora debe analizarse la conducta de A., cuando luego de la partida de sus consortes de causa, del domicilio damnificado –que motivara la persecución en la vía pública, a cargo de V., según ya anticipar.-, resolvió él mismo hacer lo

propio; pero con la diferencia que para ese entonces, parte de la comisión policial de la Seccional L., ya se encontraba afuera del lugar -concretamente, R. y P.-.-

En este punto, es que debe traerse a colación con más detenimiento, el testimonio de la nombrada Cabo Susana Gabriela P., quien declaró que su compañero R. fue quien se percató que, adentro del domicilio –luego de la salida de F. A. y G.-, permanecía un tercer individuo munido de un arma de fuego; a quien ella pudo identificar como D. A., en el momento de la salida. Además, la testigo precisó que en aquel instante, fue que R. gritó al sujeto que se "tire al piso", y "arroje el arma".-

En otro orden, no se ha puesto en tela de juicio que los efectivos policiales –R., V. y P.- procedían de la Comisaría Seccional L., muy cercana al lugar del hecho –recorrieron el trayecto a pie, como ya lo señaláR. *ut supra*-, y que por ende se hallaban uniformados, con su equipamiento reglamentario. Aquí, cabe introducir en relación con este aspecto, un razonamiento que es relevante: a la luz de las reglas de la experiencia, no resulta muy difícil para los sentidos de una persona normal, percibir -e inferir luego racionalmente- que si un sujeto uniformado, exige a viva voz desprenderse de un arma de fuego y adoptar una posición que impida cualquier actividad lesiva ("al piso"), entonces la conclusión más razonable, es que nos encontró. en presencia de un funcionario de seguridad pública, y no ante el integrante de una "patota" vinculada al dueño de la casa, donde fue sorprendido A..-

2) Continuando con la reseña de la deposición de P., tenemos que no obstante el requerimiento de R., sin embargo el acusado optó por desoírlo, y más aún "levantar el arma y dispararle" –a la víctima-. Pero no solo eso, sino que también a ella le disparó, llevando a que deba buscar protección "detrás de un Falcon rojo"; lo mismo relató el ya mencionado testigo C., es decir que el autor disparó en la dirección que se hallaba –que, cabe aclarar, era la misma de R., de ahí que no pueda acogerse el argumento defensista, que pretende que tirar en dirección a C., supone la demostración de que no quería hacerlo en perjuicio de la víctima-. Y por último, asimismo, V. se suma además a la nómina de los destinatarios de los disparos efectuados por A.: primero ello motivó que el testigo debiera "tirarse detrás de un vehículo", siendo no obstante nuevamente baleado en avance, "por arriba del techo" del automóvil.-

En consecuencia, dada la franca actitud del imputado en desmedro de la integridad física y la vida de –al menos, según el cuadro probatorio- cuatro (4) personas, los tres policías y un vecino (C.), sin contar lo ocurrido previamente dentro del domicilio de la familia R.-M., no es posible computar a su favor, como indicativo de una posible falta de voluntad de daño a aquellos bienes jurídicos, que la posición adoptada por el sujeto –v.g. según la deposición de P.-, en alguno de los momentos, haya sido colocando el revólver "de costado, para tirar". Sobre todo, si tomamos en cuenta –por ejemplo, en el mismo testimonio-, que la Cabo describe cómo fue que A. "levantó el arma y disparó", lo que relativiza

claramente aquel detalle menor, sobre la ubicación “de costado” -que en absoluto se corresponde con ninguna menor intensidad de la puesta en riesgo de los bienes-.-

El arma de fuego utilizada fue un revólver calibre 38, que la prevención secuestró finalmente sobre la calle C. –altura al 700, o “al final”, como lo declaró el ya mencionado testigo C.- (v. secuencias fotográficas n° 24 a 26); también se secuestraron vainas servidas (v. secuencias fotográficas identificadas con los nros. 06 a 12) sobre la calle J., y cartuchos de escopeta 12.70 mm. -de las denominadas “antitumulto”- (v. secuencia fotográfica n° 34), que utilizan las fuerzas de seguridad policiales de la Provincia –compatible con el relato de V., quien describió al tribunal cómo fue que repelió la agresión de A., con tres (3) disparos, y también coincidente con la testimonial de P. quien declaró que el imputado “se enfrentó con V.”, como asimismo con la deposición de C. ya reseñada, quien recordemos- detuvo al encartado con manchas hemáticas, producto de heridas con “perdigones”-.-

3) Tentativa de homicidio (calificado) y no Lesiones: fundamentos para rechazar agravio.-

a) El informe pericial producido por el Equipo Técnico Multidisciplinario de la Procuración General, suscripto por el Lic. en Criminalística A. Leonardo E., en orden a la mecánica del hecho, concluyó que “… el agresor … en posición fija con leve lateralidad … (efectúa) un primer disparo … desde una misma posición, (luego) el

agresor dispara dos veces, una … pasa por sobre el empleado policial … y corrigiendo puntería en lateral derecho del lesionado"; todo lo cual abona la valoración precedente de la prueba testimonial, que no favorece la situación del acusado A., en cuanto al aspecto subjetivo de su accionar y la tipificación del mismo.-

Por su parte, la pericia balística del Lic. M. G. ilustró que el arma utilizada por el autor del hecho, de puño, revólver marca C. calibre 38 Special, resulta totalmente apta para producir disparos, con correcto funcionamiento de todos sus aparatos y mecanismos; habiendo sido recientemente disparado, con cuatro (4) vainas servidas halladas dentro del tambor del arma. Se cotejó con el proyectil que fuera extraído del cuerpo de la persona lesionada, determinándose que fue efectivamente disparado por el revólver analizado.-

En cuanto a la prueba médico-forense (la cual no ha sido controvertida por el recurrente), la misma da cuenta que la víctima sufrió una herida de arma de fuego en abdomen, que le produjo lesión transfixiante hepática, vena cava inferior, vena renal derecha, lesión pancreática grado III, lesión duodenal III y IV porción y lesión yeyunal; debido a lo cual fue intervenido quirúrgicamente de urgencia, fue poli transfundido, requiró ARM (asistencia mecánica ventilatoria) quedó internado en Terapia Intensiva y posteriormente fue intervenido quirúrgicamente nuevamente, quedando con un abdomen abierto y contenido, se destaca titula entero-cutánea de lato debito en 4º porción

duodenal; es derivado al Hospital Italiano en Bs. As., en donde presentó convulsiones por causas metabólicas, el 26/8/13 se retira el proyectil y presentó shock hemorrágico. Las lesiones que sufrió pusieron en peligro la vida del paciente, con un tiempo estimativo originariamente de incapacidad laboral de 6 meses, y un tiempo de curación de 10 meses, con secuelas a evaluar.-

b) En tren de fundar los requisitos que la dogmática exige al delito de Homicidio en grado de tentativa, recordemos que la praxis jurisprudencial de la Sala Penal del STJ provincial, ha sostenido sobre este punto que: "Las intenciones humanas –necesariamente- se perciben a partir del modo en que los actos en su dimensión natural se exteriorizan … Hay una relación dialéctica, … entre exterioridad y sentido que nos permite conocer lo que está en el interior de la conciencia de quien protagoniza una conducta reñida con la ley …"; para luego centrarse en la idoneidad del elemento empleado, como constitutivo del tipo objetivo del delito tentado (se trataba de un cuchillo cuya hoja se hundió 7 cms. en el cuerpo de la víctima, por debajo de la tetilla izquierda, habiendo estimado el Tribunal que el autor actuó con dolo directo) –indudable entonces aquella idoneidad, en el supuesto que nos ocupa, que se trata de un arma de fuego calibre 38, según ya se pusiera de resalto precedentemente-.-

También en el fallo de la Sala Penal se enseña que no se deben "… acotar las posibilidades del delito tentado más allá del límite de la norma que lo consagra"; por lo cual, no es procedente deferir la

delimitación del campo entre el “homicidio en conato” y el de “una lesión grave”, a la buena constitución física, el auxilio pronto y efectivo, o al mero azar (cfme. causa: “Castro, Eduardo A.”, expte. 20.982-C2007, sentencia de fecha 21/4/2008, voto del Ministro Pfleger; publicada en la Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, ya citada, n° 3, marzo 2012, págs. 423 y ss.).-

Entiendo que lo expuesto es plenamente aplicable, en nuestro caso, a las especulaciones en torno a la forma en que R. tenía colocado, en la emergencia, el chaleco anti-balas del personal policial; es decir que, aún en el supuesto hipotético que existiera algún déficit –negado por la víctima en su intervención ante este tribunal de Alzada-, ello no rinde a favor de la conducta del autor del hecho, para mutar su encuadramiento de la tentativa de homicidio, hacia la figura más leve del delito de Lesiones.-

c) Finalmente, y a mayor abundamiento, debemos insistir con algunos datos del caso, que ya han sido mencionados a lo largo del presente voto, pero que es menester poner de resalto en este apartado, en relación con la calificación de los arts. 42 y 80 CP. En primer término, recordaremos que el testimonio de V. fue muy claro, en cuanto a que él debió repeler la agresión armada de que fuera objeto por parte del encartado, originando así que A. se eche a correr en dirección a la calle P.; como asimismo que él (V.) dejó que se vaya, porque hubo de priorizar la asistencia de su camarada herido. Además, téngase en cuenta por último,

que el imputado fue aprehendido más tarde, y con heridas, por el Oficial C., de manera entonces que se refuerza la idea de que ha sido la actividad funcional desplegada por V., la determinante de la neutralización del agresor.-

En consecuencia, y ya en lo concerniente al aspecto subjetivo de la tentativa punible, se advierte que aquella retirada del acusado –en tanto y en cuanto no ha sido voluntaria, sino forzada por el referido accionar del Suboficial V.- nos lleva a razonar que, entonces, de no haber sido por la intervención del preventor, el autor habría mantenido su intención de completar la total ejecución del hecho.-

4) Si bien no forma parte de la impugnación, entiendo que es conveniente dejar a salvo mi opinión, en lo relativo a la manera en que concurre –en el presente caso- la tentativa de homicidio (calificado) con el delito de Robo calificado, también en tentativa; en el sentido que nos hallamos frente a un supuesto de concurso formal, o ideal, de figuras típicas.-

La doctrina enseña que "… ha de tomarse como criterio rector a efectos del concepto de unidad de hecho *todo el ámbito temporal* del delito de robo, ya que el empleo de violencia forma parte del robo, y por lo tanto, otro delito que se solape con ella, aunque no con el apoderamiento, puede considerarse que asimismo coincide temporalmente con el robo …" -por ejemplo, homicidio o lesiones-.Continúa el autor José L. Serrano G. de Murillo (en su análisis del fallo: "Gutiérrez, D. Oscar s/ Recurso de casación", de la

CNac. Cas. Pen., sala III, del 10/3/05, causa n° 5184, publicado en "Jurisprudencia de Casación Penal", t. 7, edit. Hammurabi, Bs. As., año 2013, Patricia S. Ziffer dirección, págs. 233 y ss.): " … lo determinante para afirmar la inclusión en el ámbito del robo de la violencia posterior al intento de apoderamiento, … no es que el sujeto la emplee para defender el botín, ya que el sentido de procurarse la impunidad apunta a un contenido más amplio que este, incluyendo a supuestos en que, aún no habiéndose conseguido botín alguno, tras el intento infructuoso de alcanzar la disponibilidad, sin solución de continuidad (sin haber concluido la tentativa –incluso la fracasada- de apoderamiento) se trata de posibilitar la fuga. Resulta indiferente a estos efectos que el sujeto se haya hecho o no con botín, obviamente sin disponibilidad, puesto que la ley, en la modalidad de proteger la huida, no establece como requisito que se huya precisamente con el botín. Entiendo que el Derecho positivo establece este punto con bastante claridad. Así, en el Código Penal argentino, el tipo de robo abarca el apoderamiento facilitado por el empleo de violencia incluso cuando tiene lugar después de cometido el robo '*para procurar su impunidad*' (art. 164)".-

Entiendo sumamente relevante para el caso, la aclaración que formula el anotador de la jurisprudencia citada precedentemente, en los siguientes términos: todo lo expuesto hasta aquí "… no significa …, que, en la modalidad de procurarse la impunidad , la ley requiera que *el empleo de la violencia se dirija a asegurar el botín*, a

diferencia de lo que ocurre en el empleo de violencia previo a la entrega de la cosa, o coetáneo con esta, que sí deben encaminarse a facilitarla, en relación de medio a fin, no bastando con la violencia que meramente coincide de forma episódica con el apoderamiento. En la violencia encaminada a posibilitar la huida, en cambio, basta con que la comisión del robo no se haya perfeccionado, según la teoría de la disponibilidad; que el sujeto no haya alcanzado la posibilidad de disponer de la cosa, al menos por un mínimo de tiempo … En todo caso, lo que sí se requiere es que no haya concluido la ejecución … Habrá consumación si el sujeto activo ha tenido un mínimo de tiempo para disponer del botín …Y lo mismo rige para la tentativa fracasada de apoderamiento, es decir, para el conato no seguido de disponibilidad de cosa alguna, puesto que también cabe emplear la violencia englobada en el marco temporal del robo si tras el vano intento de apoderarse de la cosa se trata de procurar la impunidad (en este caso: por la tentativa) sustrayéndose a la acción de los perseguidores".-

Para concluir en que: "La violencia que se despliega antes de alcanzar la disponibilidad de la cosa queda englobada, pues, en la figura del robo violento, hasta el punto de que lo que comienza constituyendo hurto o robo con fuerza en las cosas, por lo que respecta al momento de la propia sustracción, puede convertirse en robo violento al 'complicarse' la huida inmediata. … Obviamente, si el tipo comenzó siendo de robo violento, el marco temporal de este engloba a toda la

violencia desplegada mientras no se logre la disponibilidad plena de la cosa, incluida la posterior al puro apoderamiento".-

Decíamos que todo ello resulta de aplicación al caso, teniendo en cuenta que al momento en que A. hubo de desplegar todo su accionar más lesivo, especialmente en contra de la humanidad de R., los efectos materiales que formaban parte del producto del ilícito contra la propiedad privada de R. y M., no estaban en su poder, sino que habían sido retirados por F. A. y G., y luego arrojados en la vía pública –tampoco se hizo de dinero en efectivo, porque la pareja no contaba con ello-; sin perjuicio de lo cual, igualmente la violencia utilizada en perjuicio del funcionario policial actuante, forma parte integrante del atentado contra el patrimonio intentado junto a dos coautores, y además concurre formalmente con el conato del art. 80 CP, como ya se explicara precedentemente al analizarse la forma en que debe interpretarse, en nuestro caso, el concepto de tentativa.-

5) La aplicabilidad en el caso del art. 80, inc. 7, CP de conformidad con la doctrina legal del STJ.-

También a pesar que el tema no integra el ámbito de la impugnación, es necesario dejar en claro que la citada agravante específica, sin dudas debió formar parte de la imputación a A., en la sentencia de condena. Además, el tribunal de juicio no conforma una mayoría clara en este punto, que funde adecuadamente la negativa; uno de los votos simplemente considera que el art. 80, inc. 7, CP requiere de

mayores exigencias, pero no explica cuáles son las faltantes; el segundo sufragio alude sin más, a una presunta espontaneidad de la conducta, que resultaría incompatible con la figura calificada, pero carece de adecuada fundamentación; y el restante abunda en argumentación, en solitario, pero por fuera de los criterios usualmente aplicados en la materia.-

a) Comenzaremos por recordar cuáles son los mismos, transcribiendo alguna jurisprudencia de la Sala Penal del STJ: "No formularé, en esta sentencia, un exhaustivo análisis de esta figura. Únicamente trazaré algunas líneas que servirán de cartabón para verificar si la conclusión jurídica de las sentencias es el correcto. El homicidio criminis causa previsto en el art. 80 inc. 7° del C.P. sanciona con tan grave pena a quienes ejecutan una acción cuyo disvalor consiste en el desprecio por la vida humana que se torna un mero objeto para satisfacer otros fines delictivos. La sanción penal se deja, en este caso, para aquellos delincuentes que con el mayor desprecio por la vida humana no trepidan en suprimirla para obtener, con ello, el fin ilícito que se propusieron. Se trata de un delito doloso aun cuando la jurisprudencia debata si el dolo de matar es directo o puede asumir la forma de dolo eventual. Creo- lo anticipo- que esta discusión resulta irrelevante en folios. Hay dolo directo de matar (concibiendo a éste como la conducta de quien sabe lo que hace y conoce el peligro concreto de su acción) en quién se enfrenta a tiros con la policía y logra la realización del peligro- que conoce, administra y quiere- provocando la muerte del otro, añadiéndose- siempre dentro del

derecho penal argentino- **el especial elemento subjetivo** que asocia la lesión a la vida con el logro de la impunidad por otro delito. Y así digo pues Bacigalupo quien define al dolo de la manera en que he puesto entre paréntesis, afirma que existe dolo directo cuando "…las consecuencias de la acción, además de conocidas constituyen la meta del autor, es decir el propio autor las quiere como consecuencias principales de su acción, es la única especie de dolo que requiere un complemento volitivo o una relación volitiva del autor con las consecuencias de su acción…" (Enrique Bacigalupo, "Derecho Penal- Parte General" página 320, punto 606 y 323 puntos 614 a 619. Ed. Hammurabi, 1999). El delito **no exige** una actitud preordenada, la decisión puede tomarse aún en el curso dinámico de los sucesos y no por ello la figura queda excluida. El propósito de matar **puede aparecer súbitamente, ser el producto de una decisión**, más que de una pre-ordenación. Así la jurisprudencia tiene dicho que la "…preordenación **debe ser excluida** como elemento indispensable del homicidio criminis causae y la decisión de matar puede ser posterior, en forma imprevista, siempre que concurran los motivos del art. 80 del C.Penal…" (SCBA, 25/9/79 en autos "Contreras Omar E.", citado en "Código Penal y normas complementarias…" Directores: David Baigún y Eugenio Zaffaroni, T.3, página 286 sum 10. Ed. Hammurabi- Octubre 2007).-

Además se sostiene que "…En el homicidio criminis

causae previsto en el art. 80 inc. 7° del Código Penal el agente vincula ideológicamente matar a otra persona con el robo, sea como medio para cometerlo, ocultarlo o asegurar sus resultados o su impunidad, o como manifestación de desprecio…" (TS Córdoba, Sala Penal 14/03/00, "Aguirre, Luis A." en la obra ya citada sum. 11).

Y por fin que: "…aparece claramente definida la relación de medio a fin, característica del homicidio criminis causae, previsto en el art. 80 inc. 7° del C.Penal, en la conducta del autor que dispara mortalmente a un Suboficial con el arma que portaba indudablemente encaminada a procurar la impunidad del ilícito perpetrado, superando el escollo que les representó el accionar del funcionario de la Policía Federal…" (CNCASACP.III Reg. 52/09 "G. Acevedo, J.J.09/02/2009" en JPBA t.143 sm.21) –cfme. voto del Ministro Pfleger en la sentencia n° 71/11, causa: "DI MURO, Walter Sebastián y Otros p.s.a. Homicidio doblemente calificado, 2 hechos, y tentativa de homicidio doblemente calificado, todo ello en concurso real con robo con armas" (Expediente N° 21650 – Tº II – Fº 132 - Año 2009 –
Letra "D")" (el destacado ha sido agregado al original).-

b) La praxis jurisprudencial fluctúa entre: aplicar solo el inc. 7, por imperio de un concurso aparente de leyes y del principio de especialidad, que desP.ría al inc. 8 (cfme. a título meramente ejemplificativo, el fallo de la CNCrim. y Correc., sala VII, causa: "Aguilar, Silvano A.", de fecha 18 de mayo de 2006, elDial.comAI252E);

o bien aplicar ambos incisos, es decir tentativa de homicidio doblemente calificado (cfme. a título ejemplificativo, la Sala IV del mismo tribunal, caso: "Chamorro, Mauro y otro", sentencia del 11 de junio de 2003, en Summa Penal, edit. AbeledoPerrot, tomo V, págs. 4481 y ss.). Pero como vemos, nunca dejar de lado el *criminis causae*, ya que ello no es dogmáticamente posible.IV.- Monto de la pena.-

En orden a este agravio, tampoco ha de prosperar, por un lado porque el recurso al método comparativo, si bien pude ser válido en algunos casos, en el presente no sirve para obtener argumentos a favor del acusado. Homicidios cometidos por jóvenes sin antecedentes penales, en la vía pública, a la salida de un local nocturno, por caso, y en perjuicio de víctimas de similar condición etaria, social, etc., en nada se asemejan –aún con resultado letal- por sus modalidades, con el supuesto motivo de juzgamiento.-

Recordemos asimismo, sin ánimo de ser reiterativo -pero cabe enfatizarlo en este apartado-, que la tentativa punible primero abarcó un delito calificado contra la propiedad –con el empleo de armas de fuego y filo, y en coautoría con dos (2) consortes-, dentro de un domicilio habitado, en horas de la noche; y luego, en "unidad de hecho" sin solución de continuidad, el atentado contra la vida de un servidor público que se constituyera en el lugar, en ejercicio de sus funciones de policía de seguridad -que se concretó en severos daños a su integridad física, que aún hoy persisten transcurrido más de un año del hecho, según

lo que se ha ventilado en la audiencia del art. 385 CPP-, como así también el riesgo de vida corrido por otras tres (3) personas, dos uniformados y un vecino de los damnificados por el robo.-

La escala penal aplicable en el caso, por defectos de adecuación en la técnica legislativa empleada, resulta quizás un tanto estrecha en cuanto a posibilidades de selección de un monto justo; de ahí que el hecho que el tribunal del juicio de cesura, hubiera optado por imponer el monto máximo posible, no luce de por sí desproporcionado, en atención a la ya mentada gravedad de los hechos juzgados, y multiplicidad de bienes jurídicos afectados.-

También debe merituarse que el encartado registra antecedentes por delitos contra la propiedad, con condena de cumplimiento efectivo, y se hallaba en el período de libertad condicional, al momento del suceso que se juzgara en el presente.-

V.- Por todo lo expuesto, he de proponer al Acuerdo mi voto por la negativa, en la presente cuestión.-

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

I.- No he de reiterar el detalle de los agravios, términos de la Sentencia, posturas de las partes y antecedentes del caso, remitiendo para ello a lo expuesto en el primer sufragio de la presente.

Ingresaré entonces directamente a las cuestiones a

tratar, en primer término, la naturaleza de la acción atribuida a D. A.; luego, la significación jurídica que a ella corresponde otorgar; por último, la cuantía de la pena que se le asignó.

II- Reseñaremos solo el hecho imputado, de acuerdo a como ha quedado acreditado.

El acusado mencionado, junto a su hermana F. y Carlos G., ingresaron, en las primeras horas del día 29/7/2013, es decir aún de noche, en la vivienda ubicada en calle J. nro. 335 del Barrio L. de esta ciudad, mediante el uso de una barreta, lo que les permitió abrir la puerta de la casa. Dentro de ella estaban sus moradores, H. R. y M. M., descansando, los que sobresaltados por el ruido generado por los intrusos, dieron aviso a la Policía.

Los ingresados portaban un arma de fuego, con la que A. requirió a R. la entrega de dinero, y golpeó en su cabeza. F. esgrimió un arma blanca, solicitó a M. la entrega de su teléfono celular, para luego inspeccionar la vivienda, y alzarse con la consola del juego "Play Station" II, y accesorios de la misma, retirándose con ello junto a G., los que fueron observados por los Funcionarios policiales V. y R., del numerario de la Seccional del lugar, que acudieron merced al llamado de auxilio.

Si bien los agentes del orden los comenzaron a perseguir, interrumpieron tal persecución al constatar que aún permanecía dentro de la casa uno de los intrusos, a cuyo frente regresaron topándose con A., al que R. dio la voz de alto, recibiendo como respuesta una andanada de disparos de arma de fuego, uno de los cuales ingresó en

su tórax, prácticamente lo atravesó de costado a costado, puso en serio riesgo su vida, la cual afortunadamente no perdió, aunque le provocó serias lesiones de efecto permanente.

Aprovechando ello, el acusado huyó del sitio, siendo capturado horas después, junto a sus consortes, recuperados los efectos sustraídos, y hallada el arma usada para herir a R., un revólver calibre 38.

III.- La reconstrucción del suceso, así expresada, fue realizada sobre la base de las declaraciones de M., V., R., la agente P., quién concurrió al sitio del hecho con sus colegas de la Policía, a pie pues carecían de móvil en ese momento, pero se retrasó unos instantes, por lo que al llegar observó claramente el enfrentamiento de A., ubicado en la vereda, con R., parado en la calle, y la caída de este, herido de bala; el vecino C., que también fue despertado por los ruidos del evento, resguardó a su familia, y cuando salió al exterior de su morada, quedó en medio de dicho enfrentamiento. Vale agregar que los Preventores identificaron rápidamente a A. y su hermana, también C. a esta última, ya que los conocían de procedimientos policiales anteriores, y del Barrio, respectivamente.

También compusieron al plexo de cargo los informes técnico y planimétrico, sobre la puerta, los vidrios, el interior de la vivienda de R., los sitios de hallazgo de la res furtiva, y el revólver calibre 38; el balístico y el efectuado en las prendas de R., mediante los cuales se determinó que el proyectil hallado en su humanidad había sido eyectado

por dicha arma; y las constancias médicas, Historias clínicas de nosocomios local y de la ciudad de Buenos Aires, más las expresiones del Forense, de todo lo cual se extrajo que el disparo lesivo de la humanidad de la víctima fue dirigido a una zona vital de su cuerpo.

En tales condiciones, no existió el más mínimo riesgo de razonamiento arbitrario en la interpretación de la prueba. No solo que esta fue variada, coincidente, conteste y más que suficiente, sino que el Tribunal de grado se atuvo a sus alcances netamente para tener por acreditada la materialidad del suceso, y asignar la autoría del mismo a D. A., más allá de lo que analizaremos seguidamente.

IV.- No debemos, ni podemos, evaluar el tenor de los Acuerdos de Juicio Abreviado celebrados respecto de los coimputados F. A. y Carlos G.. Tampoco emitir una decisión que empeore la situación procesal de D. A., ello por imperio del art. 369 del CPPCh., por lo cual hemos coincidido al deliberar que bastante de lo que aquí se dirá, será en carácter de “obiter dicta”.

La Defensa ha pretendido una segmentación entre las conductas de su pupilo D. A. y las de sus consortes en el hecho, intentando desvincularlo de los fines de sustracción de la empresa.

De tal modo, aquel habría afrontado supuestamente una disputa en particular con R., mientras su hermana y G., encarado la acción de apoderarse de lo ajeno.

Dicha interpretación no se sustenta siquiera

minimamente en el plexo rendido. La vivienda no era lo suficientemente extensa como para admitir ingresos independientes de dos grupos disociados, al mismo tiempo.

Luego, M. fue contundente en señalar que todo el grupo requirió dinero en un principio, y más tarde hubo una búsqueda colectiva de valores dentro de la casa, en la que se desarrolló una división de tareas, pues mientras D. A. esgrimía su arma de fuego a R., su hermana hacía lo propio con un arma blanca hacia ella.

Entonces, ingreso conjunto, nocturno, violento a una finca ajena, habitada, con división igualitaria de tareas, buscando bienes ajenos, munidos los autores de instrumentos lesivos de clases diversas, que desde ya la totalidad del grupo conocía que se portaban, dado la empresa ilícita que era llevada a cabo, hacían surgir la clara idea de un co-dominio del hecho, de una co-autoría, que ponía a los tres sujetos activos en un pie de igualdad en cuanto a la significación jurídica inicial del evento: Robo agravado por ser cometido con armas, de fuego cuya aptitud de disparo ha quedado como incontrastable desde las lesiones sufridas por R., blanca, poblado y banda (arts. 166 incs. 1 y 2, 167 inc. 3, 42 y 55 del CP), todo ello en concurso ideal por tratarse de una sola acción, y en grado de tentativa, en virtud que lo sustraído, en su totalidad, fue recuperado instantes después.

Tengo postura sentada en cuanto a qué debe entenderse por “banda” (Sentencias nros.43/04 y 27/14, entre otras), la que no coincide con la enarbolada por los Jueces de grado, aunque,

reitero, tal diferencia no puede derivar en un perjuicio para el impugnante.

Pues, estamos revisando una condena por la cual a D. A. le fue endilgado solo el Robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de Tentativa, en concurso real con Tentativa de Homicidio agravado por revestir la víctima el carácter de miembro de una fuerza de seguridad (art 80 inc. 8 del CP.).

Entonces, el arma blanca, el sitio poblado del atraco y la cantidad de personas que participaron de la empresa, como la nocturnidad y la violencia desplegada, pasarán a ser elementos a considerar al evaluar el agravio referido a la cuantificación de la sanción, pues ya hemos expresado que el principio que veda la "reformatio in pejus" nos obliga a que el recurso interpuesto por el imputado no devenga en una situación más perjudicial que la que intentó mejorar con el remedio.

También, tratándose de una sola, gran, conducta, hemos coincidido en atribuir a su acción la concurrencia ideal de delitos.

V.- Pero el último segmento del suceso, el atinente a R., sí ponía a D. A. en una posición diferente que la de sus consortes.

En ambas acusaciones, la particular y la pública, se atribuyó a aquel una Tentativa de Homicidio agravado, tanto por la causal por la que quedó en definitiva condenado, como por la del art. 80 inc. 7), Homicidio criminis causa, también tentado. Ello se reiteró en los alegatos finales.

Se trataba de calificaciones alternativas, admitidas ritualmente (art. 291 tercer párrafo CPPCh.), que fueron conocidas por la Defensa en todo momento, y por ende resistidas, lo que dejó a salvo el derecho homónimo.

El Tribunal de Juicio descartó la segunda, privilegió la primera, más allá que ambas tenían la misma escala aplicable, de diez a quince años de prisión.

Ahora bien, todas las figuras del art. 80 del CP representan las acciones de mayor reprochabilidad de las tipificadas legalmente. Contienen componentes subjetivos distintos del dolo, que debe ser directo (conf. Donna, Edgardo, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, Pags. 110/114, Ed Rubinzal Culzoni), por ejemplo y en cuanto al tema que aquí nos ocupa, a la manera de tendencias internas trascendentes (matar por odio racial, religioso, de género, etc), o ultra finalidades (hacerlo para cometer otro delito, o procurando la impunidad de este). Estas dos últimas variantes son relativas al Homicidio criminis causa.

Ello, la gravedad de las conductas descriptas, justifica la consagración por el Legislador para todos esos casos de una pena fija, que impide, a priori, la determinación judicial partiendo de una escala con mínimos y máximos.

Retornando al hecho, A. efectuó varios

disparos a corta distancia de R., hacia, al menos uno, zonas vitales de su cuerpo, que casi le cuesta la vida. Desde allí, el dolo directo de provocar la muerte no admite mayor discusión.

La cuestión es si lo hizo por su calidad de policía, es decir por una tendencia interna trascendente de repudio hacia la función, sobre lo que no existió mayor comprobación que la circunstancia objetiva de que R. lo era, o para vencer el obstáculo que se oponía a su huida, su impunidad, constituida por un preventor que, cumpliendo su deber, le daba la voz de alto cuando se retiraba de la casa de R., donde había intentado delinquir, en definitiva, una ultra finalidad.

Y era esta última opción la que se adecuaba mejor al suceso.

El Homicidio criminis causa no requiere preordenación, ni otros requisitos que no sean los apuntados, en definitiva, la instrumentalización de la vida ajena en pos de un objetivo propio, en el sub-lite, lograr la impunidad (Donna Ob. y pags. citadas;
Mario Villar, en Código Penal comentado, dirigido por Baigún y Zaffaroni, Tomo 3, pags. 393/409, Ed. Hammurabi).

Incluso, existen posturas doctrinarias que admiten el dolo eventual como constitutivo del tipo subjetivo, las que no compartimos (Villar Ob. citada).

Es que adherimos a la postura, respecto de la

diferenciación, ardua, entre el "criminis causa", y el Homicidio en ocasión de Robo, de quienes admiten para este último el dolo eventual, pero para el primero solo el directo, justamente el aquí verificado (Donna, ob, cit. Tomo II- B). Insistimos en que lo expuesto no posee relevancia procesal desde que ambas tipificaciones fueron objeto de la etapa preparatoria, intermedia, y del Debate, por lo cual el derecho de defensa ha quedado a salvo en todo momento, a lo que cabe adicionar que conforme interpretamos los alcances del art. 332 del rito (Sentencia nro. 13/13, entre otras), partiendo desde allí, resulta posible el cambio de precepto jurídico aplicable, en la medida que ello no empeore la situación del acusado, lo cual aquí no ocurre pues la escala a considerar es idéntica en ambos supuestos.

Por ello, decíamos en un principio que lo expuesto tiene un valor "obiter dicta", y este pronunciamiento debe entenderse como una confirmación, pero por los fundamentos aquí expuestos, de lo decidido por el A-quo.

VI.- Todo lo que deriváR. al item dosificación implica tener en cuenta factores agravantes de fijación de pena.

Los atracos nocturnos en una vivienda habitada no solo revisten extrema gravedad, sino que importan una fenomenología a la que subyace la garantía de la inviolabilidad del domicilio, la que opera constitucionalmente a favor de los moradores contra el Estado, pero

legalmente también contra otros particulares, constituyendo una forma de legítima defensa privilegiada (art. 34 inc. 6 CP).

A ello se impone agregar la violencia desplegada, cantidad de sujetos activos, armas. Entonces, desde la faz objetiva relativa al injusto en sí, uno de los indicadores del art. 41 del CP., se coadyuva a elevar el monto punitivo.

También que la escala a considerar es reducida, reitere., entre diez y quince años de prisión. Al deliberar tomamos como pauta atendible la posibilidad de obtención de la libertad condicional en los casos de Homicidios agravados, actualmente determinada en treinta y cinco años de prisión (art 13 CP conf. Ley 25892).

Tengo opinión en cuanto a dicha cantidad, en tanto a priori impide la finalidad de retorno al medio libre del condenado, luego de cumplida la mayor parte del tratamiento carcelario, finalidad de resocialización tutelada constitucionalmente (entre otras, Sentencia nro. 12/12 “Ruiz” de la Cámara en lo Penal de Trelew).

Por ende, y tomando el tiempo anterior a tal reforma, a fin de la obtención de la libertad condicional, que era de veinte años, para las penas temporales fijas, aquí, con la condena impuesta por el A-quo, el máximo de la escala, quince años de prisión, A. obtendría la libertad condicional, sin perjuicio del resto de los requisitos del instituto, transcurridos diez años de la misma, la mitad, lo que se presenta como un temperamento racional a partir que en el sub-judice, aunque

milagrosamente, el resultado luctuoso no se produjo, por lo cual el Homicidio si bien agravado, ha quedado en grado de Tentativa.

Por último, cabe aclarar que como la calificación que nos ha parecido la adecuada no es la que en definitiva ha quedado asignada al caso, no sería aplicable la imposibilidad de obtención de libertad condicional establecida en el art. 14 del CP., en su redacción actual, para el supuesto del art. 80 inc. 7 del CP., sin perjuicio de su dudosa constitucionalidad. Así voto.-

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

I.- Los antecedentes del caso traído a conocimiento de este Tribunal han sido desarrollados ampliamente por quien lidera la votación y a ellos me remito en honor a la brevedad, por lo que paso a dar respuesta al primer agravio.-

1.- El impugnante denuncia que la sentencia de condena es producto de ilógicos, inexplicables y discordantes razonamientos, incompatibles con el método de la sana crítica racional y que el Tribunal edifica la calificación legal sobre la base de un análisis parcializado de la prueba testimonial.-

También afirma que la prueba rendida no resultó suficiente y que no permitió alcanzar la certeza que requiere la instancia sin lograr desvirtuar en definitiva la teoría del caso de la defensa técnica concordante con la defensa material de su asistido.-

El imputado ha sostenido en el transcurso del juicio

que el día anterior había discutido con H. A. R., dado que tenía cuentas pendientes, por lo que regresó solo y alcoholizado a la casa del nombrado discutiendo nuevamente en el interior de la misma; que de pronto escucho disparos desde afuera y sale pensando que era gente que respondía a R., recibiendo un disparo de escopeta en el pecho, alcanzando a ver dos personas y al intentar escapar dispara con un arma de fuego que había encontrado el día anterior con cuatro proyectiles, aclarando que los disparos los efectuó sin mirar.-

En función de ello y de la crítica que formula, sostiene que resulta imposible responsabilizar penalmente a su defendido en base a la calificación escogida, solicitando se anule el fallo y se lo condene en definitiva solo en relación al delito de Lesiones graves (art. 90 C.P.).-

Adelantando opinión la argumentación construida por el recurrente no es de recibo porque en lugar de ofrecer una visión crítica sobre la totalidad del marco convictito valorado por los sentenciantes, basa su estrategia defensiva en un análisis parcial que desatiende la univocidad que emana de su apreciación integral.-

Debemos tener presente para un correcto análisis de la sentencia que se trata de un hecho en flagrancia, y que los jueces para reconstruirlo han procedido a valorar la totalidad de las pruebas asignándole valor a cada una de ellas, como así también han analizado detenidamente los dichos del imputado descartando la hipótesis con sólidos fundamentos que no logra revertir el impugnante.-

No se encuentra controvertida la intervención de A. en los hechos y la prueba ha resultado contundente; a contrario de lo sostenido por el Sr. Defensor permitió una certera reconstrucción de los mismos sin posibilidad de admitir otras hipótesis.-

En primer lugar quedó debidamente probado que el imputado concurre al domicilio de R. con otras dos personas, que lo hicieron con fines de apoderarse de bienes, que ejercieron fuerza para ingresar a la vivienda y que emplearon armas, un cuchillo y un revolver con las que intimidaron a las víctimas, incluso A. ejerció violencia física golpeando fuertemente a R. en la cabeza con el arma que portaba.-

Es este tramo el que cuestiona fuertemente el impugnante ya que el posterior, me refiero al momento en que A. se retira de la vivienda y dispara en reiteradas oportunidades un arma de fuego, no se encuentra controvertido, como así tampoco las consecuencias de su accionar.-

Veamos entonces como fue construida la imputación y las pruebas que confirman la tesis acusatoria.-

Todo parte de un llamado telefónico que realiza la Sra. M. A. M., pareja del Sr. R., a la policía dado que sentía golpes en la puerta, como que querían entrar a la vivienda a la fuerza. Ello se corresponde con el testimonio del Sub Oficial V. de la Comisaría de L. a cargo del turno, que da cuenta del pedido de auxilio y de la orden impartida de concurrir rápidamente al lugar distante a unas cuadras y que lo hicieron de a pie,

como así también con la constatación e inspección realizada por C. A. sobre los daños que verificó en la puerta de acceso a la vivienda compatibles con patadas y puntapiés.-

Continúa relatando la testigo M. que ingresan tres personas, que los reducen en la pieza, que eran dos varones y una mujer, esta última la amenazaba con un cuchillo y la llevó al baño y que a su esposo lo tenían en la pieza y le pedían plata amenazándolo con un arma de fuego con la que incluso le dieron un culatazo en la cabeza. Afirma que lograron llevarse una Playstation “2” con jostik y los juegos que estaban cargados en el equipo.-

Al margen de la total coincidencia de las versiones de los tres funcionarios policiales que concurren al lugar, el relato es hilvanado con el hallazgo en calle J. y P. de los elementos sustraídos y sobre calle C. al XXX un buzo oscuro y el arma empleada, un revólver 38 colt especial, conforme lo manifestado por C. A. quien efectuó un rastrillaje del sector, y con lo expuesto por el vecino F. R. C. en cuanto que escuchó gritos provenientes de lo de R. y pensando que era una discusión de la pareja se aproximó a mirar advirtiendo que se trataba de un hecho más grave porque se encontraban rotos los vidrios de la casa alertando a su familia para salir nuevamente y encontrarse con una mujer que le tira un puntazo con un cuchillo a la que reconoce e identifica, y que sale con otro individuo, para luego percatarse que quedaba un tercero que

discutía con R. y que al salir apuntaba con un arma de fuego disparando contra el personal policial que acudió al lugar.-

Por último dirá la testigo M. que ellos lograron escapar de la situación saliendo por una ventana al patio, dejando en claro que primero se retiraron dos y que el otro individuo quedó adentro y que tiraba todo lo que estaba en la mesa con la mano que empuñaba el arma, para luego subir al techo y a continuación escuchar varios disparos no pudiendo precisar que cantidad.-

Todo ello encuentra correlato en las coincidentes versiones de los funcionarios policiales, de las que se extrae que el Sub Oficial Principal V. y el Cabo R. llegan primero al lugar y más atrás lo hacía la Agente P., que advierten que dos personas, una mujer y un hombre salen corriendo de la vivienda ubicada frente a la pollería por calle J. en dirección norte y toman calle P. procediendo V. a perseguirlos, en tanto R. se queda dado los pedidos de auxilio desde la propiedad y la permanencia en el mismo de un tercer individuo, el que sale disparando un arma de fuego dándole la vos de alto y que se tirara al piso, haciendo caso omiso siendo alcanzado por uno de los disparos, y que pese al chaleco antibalas el proyectil ingresó por el lateral izquierdo provocándole múltiples lesiones en varios órganos, páncreas, hígado, intestino, estómago, vena cava, debiendo ser sometido a varias intervenciones quirúrgicas con grave riesgo para la vida y que todavía lo afectan seriamente.-

Si bien el impugnante no cuestionó los testimonios brindados por los preventores, cualquier duda sobre la veracidad de los mismos se despeja con el del vecino F. C., absolutamente imparcial, quien describe que prácticamente quedó en el medio de la balacera, y que fueron varios los disparos y en dirección a las personas, todo ello cotejado con la prueba técnica y científica que vienen a conformar un cuadro probatorio completo, valorado correctamente por los Jueces de Tribunal, por lo que como ya adelantara, la crítica no es de recibo, las pruebas son abundantes y directas permitiendo la

reconstrucción del hecho en todas sus fases.-

2.- Descartada entonces la hipótesis fáctica de la defensa y acreditado en el juicio la intervención directa del encartado, corresponde ingresar en el análisis y lectura jurídica del suceso realizada por los jueces de grado, compartiendo en algún punto con el impugnante la crítica en cuanto “que el tribunal realizó un análisis endeble” al referirse a la aplicación de la agravante del inc. 8 del art. 80 del C.P..-

a.- Para comenzar entiendo pertinente señalar que nos encontró. frente a un caso en el que el Ministerio Público Fiscal contó y aportó un importante caudal de pruebas directas que permitió el esclarecimiento del hecho, la individualización y responsabilidad de los partícipes y las circunstancias relevantes para la aplicación de la ley penal, no obstante del tratamiento dado se extraen algunas contradicciones.-

Como surge de autos las tres personas que

participaron en el hecho fueron sometidas a proceso y acusadas; D. A. A. en orden a los delitos de Robo doblemente agravado por el uso de arma de fuego, en poblado y en banda en grado de tentativa en calidad de coautor en concurso real con tentativa de homicidio criminis causae, y en perjuicio de un miembro de la fuerza policial (arts. 166 inc. 2º, párrafo 2º, 167 inc. 2º, 55, 80 inc. 7º y 8º, 45 y 42 del CP); F. A. y C. S. G. lo fueron en orden al delito de Robo doblemente agravado por uso de arma de fuego y arma blanca, en poblado y en banda en grado de tentativa en calidad de coautores (arts. 166 inc. 2º, párrafo 1º y 2do, 167 inc. 2, 42, 45 del C.P.).-

En relación a estos dos encausados se arribó a un acuerdo para proceder abreviadamente -art. 355 del C.P.P.- el que fue admitido por el juez de la etapa preparatoria y dirán las partes que F. A. y C. S. G. solo han querido cooperar en un hecho menos grave que el cometido por D. A. A. y proponen una pena ajustada al hecho que prometieron ejecutar con apoyo en el art 47 del C.P., apartando la agravante del empleo de arma de fuego. En definitiva resultaron condenados en orden al delito de Robo doblemente agravado por ser cometido con arma blanca, en poblado y en banda en grado de tentativa pero en calidad de partícipes primarios (arts. 166 inc. 2º, 167 inc. 2º, 42 y 47 C.P.).-

Si bien en esta instancia no cabe examinar tal situación, a fin de dejar en evidencia la incongruencia en la que incurrieron los acusadores, de recibo por el juez de la etapa preparatoria, debo decir

que las circunstancias relevantes que emanaban de la descripción del suceso, avaladas por pruebas contundentes, indicaban la existencia de un reparto de tareas, donde cada imputado contribuyó a los hechos programados, y ello se inscribe al más elemental análisis en el marco comunitario que los tiene como coautores del art. 45 del C.P. y no a lo previsto en el art. 47 del mismo cuerpo legal, lo que pudo ser contemplado para el segundo tramo del episodio, es decir lo acontecido al huir del lugar.-

b.- Continuando con análisis, se extrae del debate que los acusadores al concluir mantuvieron la calificación legal propuesta al inicio del juicio, en tanto el Tribunal sobre la base fáctica ya detallada en el punto anterior, calificó la conducta del traído a juicio como constitutiva de los delitos de Robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa en concurso real con tentativa de Homicidio agravado por ser cometido contra un miembro de la Fuerza Policial por su función (arts. 166 inc. 2º, 2º párrafo, 80 inc. 8º, 42 y 55 del Código Penal).-

Los jueces han descartado la agravante del art. 167 inc. 2º del sustantivo como así también el homicidio criminis causa. Cabe recordar que el impugnante en primer término pretendía apartar la conducta de su asistido del delito contra la propiedad, lo que ya fue desechado y en segundo lugar ubicar el suceso acaecido al huir de la vivienda de R. en el art. 90 del C.P. cuestionando la significación jurídica que otorgó el Tribunal de grado, denunciado además que en virtud de la

amplitud de posibilidades, en cuanto calificaciones legales promovidas por los acusadores, debilitó de alguna manera los planteos en la necesidad de defenderse de todos para que el Tribunal seleccionara en definitiva dos de las cuatro propuestas efectuadas en las acusaciones.-

Al respecto cabe señalar que los cargos que le formularan los acusadores han sido sostenidos desde el inicio del proceso, superando las distintas etapas sin alteraciones, incluso sin oposición de la defensa tanto en la instancia de control de la acusación como en la apertura del debate; por lo que tanto mal puede afirmar que la amplitud de la calificación legal, en cuanto a agravantes se refiere, afectaron el debido ejercicio de su ministerio.-

Conforme quedaran precisados los hechos, ubicar la conducta de A. en el delito de Lesiones graves o gravísimas cometidas con el uso de arma de fuego resulta inadmisible. El nombrado junto a otras dos personas ingresaron a la vivienda con la finalidad de apoderarse de bienes ajenos y ante la concurrencia de los preventores dos logran huir en primer término llevándose algunos elementos que luego abandonaron en la persecución, en tanto A. lo hizo en último término enfrentándose con la policía con las consecuencias ya conocidas, efectuando al menos tres disparos con un arma de grueso calibre revólver calibre 38- en dirección al funcionario que se ubicaba en la calle y a menor altitud.-

En función del tipo básico, partiendo de los criterios

que viene sosteniendo invariablemente esta Cámara y desde la ponderación conjunta de la prueba recabada en autos sobre las acciones desplegadas por A. en el hecho puede concluirse acertada la resolución del Tribunal del juicio en cuanto sostiene que el encartado ha desarrollado la conducta atribuída con intencionalidad homicida, sin poder concretar el resultado por circunstancias ajenas a su voluntad.-

En relación a las condiciones del autor, indudablemente conocía del manejo de armas y los riesgos que su utilización depara; y los hizo reiteradamente, a pocos metros y en dirección directa al cuerpo de la víctima, resultando evidentemente posible que el impacto diera en el cuerpo y produzca la muerte (sentencias Nº 26/12, en carpeta nº 3066, caratulada: "E., E. A. s/ Homicidio r/ víctima" y Nº 34/14, carpeta nº 6320, caratulada: "F., E. s/ Homicidio r/v").-

Pero ello acontece a consecuencia de un delito doloso, procurando el autor no ser detenido, es decir procurando su impunidad; no obstante y pese al análisis y reconstrucción de los hechos por los sentenciates, descartan la agravante del art. 80 inc. 7º del C.P. con débiles argumentos aplicando la contenida en el inc. 8º, la que también fue propuesta por los acusadores como ya detallara al inicio de este punto.-

En el proceso deliberativo hemos coincidido en que se ajustaba al caso aplicar la agravante del inc. 7 de la norma en cuestión, apareciendo contradictoria la conclusión de los jueces con el desarrollo que venían efectuando y endebles los argumentos para descartarla en

cuanto que, la finalidad de procurar la impunidad ha sido prevista por el legislador en el tipo básico del art. 164 ult. párrafo del C.P., siendo mayores las exigencias del art. 80 inc. 7º, sin detallarlas los Dres. C. y R. en tanto la Dra. O. entiende que "si la intención de A. hubiera sido utilizar el homicidio como medio para lograr la impunidad del delito de robo …que el sujeto activo debió intentar es eliminar toda aquella persona que lo pueda identificar como autor del supuesto hecho y ese intento no ha sido acreditado en el presente debate", lo que resulta al menos excesivo.-

Desde luego en un análisis parcializado se puede decir que se verifican los componentes objetivos exigidos por el art. 80 inc. 8º, dado que el autor desplegó la acción disvaliosa contra un miembro de la fuerza policial en función; ahora en la faz subjetiva exige una ultrafinalidad y al respecto la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia ya se ha expedido (Sentencia nº 14/13, autos caratulados: "**M., Néstor F. s/ Homicidio R/ Víctima s/ impugnación**" (Expediente N° 22693 - F° 104 – Año 2012) y sentencia nº 71/11 en autos caratulados: "**D. M., W. S. y Otros p.s.a. Homicidio doblemente calificado, 2 hechos, y tentativa de homicidio doblemente calificado, todo ello en concurso real con robo con armas**" (Expediente N° 21650 – Tº II – Fº 132 - Año 2009 – Letra "D"), en cuanto que además del conocimiento de tal condición exige la finalidad de motivarse el autor en que el damnificado posee esa específica calidad.-

Frente a supuestos de concurrencia de dos agravantes

del mismo tipo penal básico con idéntica penalidad solo debería aplicarse aquella de mayor afectación al bien jurídico para no afectar el principio de especialidad, ahora bien la selección efectuada por el Tribunal en definitiva no impacta sobre la sanción pues para ambas agravantes se contempla igual monto punitivo y el imputado ha podido defenderse de las mismas desde el inicio del proceso, por ello entiendo que corresponde confirmar el pronunciamiento dejando a resguardo la posición de este cuerpo, y así voto.-

3.- Por último el Sr. Defensor se agravia y critica el monto de pena impuesto por el Tribunal a su asistido, pretendiendo la aplicación del mínimo legal, que para el caso resultan diez (10) años.-

Adelantando opinión entiendo que el recurrente incurre en el mismo defecto advertido en el argumento central, ya que ofrece una visión crítica parcializada pues aparta el reproche que se le formula inicialmente, refiriéndose solo al hecho que afectó al Cabo J. H. R. señalando que en la circunscripción ante supuestos de homicidios consumados las penas se ubicaron entre los 8 años y los 10 años y 8 meses de prisión citando en apoyo varios precedentes y que se ha diferenciado en función del carácter de la víctima, afirmando que el escándalo social no es pauta mensurativa.-

No puede perderse de vista que la escala penal

aplicable de acuerdo a la solución que brinda el art. 55 del C.P. es considerablemente elevada y que los acusadores peticionaron una pena superior a la impuesta por el Tribunal.-

Al establecer el monto de la pena el Juez debe tomar en cuenta el o los hechos concretos y valorados en sus particularidades a fin de dejar precisada su gravedad, pero no la particularidad legal pues incurrirá en la prohibición de doble valoración y en el caso no se advierte un déficit semejante, incluso han apartado agravantes propuestas por los acusadores y rechazado el pedido de declaración de reincidente, entre ellas la trascendencia o repercusión social por tratarse la víctima de un funcionario policial en función.-

Elude el impugnante que el delito contra la propiedad que concurre materialmente con el homicidio agravado en grado de tentativa, presenta características que dejan en evidencia la gravedad de la conducta desplegada por el imputado pues irrumpieron varias personas en horas de la madrugada en una casa de familia, redujeron a sus moradores y A. desplegó una violencia innecesaria golpeando a una de las víctimas fuertemente en la cabeza con el arma de fuego provocándole un corte en el cuero cabelludo, lo que justifica sobradamente elevar el cuantum por encima del mínimo legal que pretende la defensa por ello corresponde confirmar la determinación y cuantificación de la pena y así voto.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo: En orden al acuerdo al que se ha arribado en la

primera cuestión por unanimidad, propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado D. A. A., contra la sentencia condenatoria Nº 3257/14 dictada en fecha 19 de agosto del corriente año (arts. 374 y 382 y ss. del CPP) y confirmar por los fundamentos expuestos por este Tribunal la sentencia venida en impugnación; de igual forma tener presente la reserva del caso federal.-

Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma de 25 JUS y del Sr. Querellante, Dr. D. L., también en la suma de 25 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).-

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

De acuerdo al resultado al que se ha arribado en la primera cuestión por unanimidad, coincido con lo propuesto por el colega que vota en primer término, es decir se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado D. A. A., contra la sentencia condenatoria Nº 3257/14 dictada en fecha 19 de agosto del corriente año (arts. 374 y 382 y ss. del CPP) y confirmar por los fundamentos expuestos por este Tribunal la sentencia venida en impugnación; de igual forma tener presente la reserva del caso federal.-

Asimismo coincido con la regulación de honorarios

profesionales propuesta.-

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

En orden al acuerdo al que se ha arribado en la primera cuestión por unanimidad, adhiero a lo propuesto por mis colegas, es decir que se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado D. A. A., contra la sentencia condenatoria Nº 3257/14 dictada en fecha 19 de agosto del corriente año (arts. 374 y 382 y ss. del CPP) y confirmar por los fundamentos expuestos por este Tribunal la sentencia venida en impugnación; de igual forma tener presente la reserva del caso federal.-

De igual forma adhiero a la regulación de honorarios profesionales propuesta.-

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

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

1º) NO HACER lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado D. A. A., contra la sentencia condenatoria Nº 3257/14 dictada en fecha 19 de agosto del corriente año (arts. 374 y 382 y ss. del CPP) y **CONFIRMAR** por los fundamentos expuestos por este Tribunal la sentencia venida en impugnación.----------

2º) TENER presente la reserva del caso federal.----------

3º) REGULAR los honorarios profesionales de la Defensa Pública por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma de 25 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).----------

4º) REGULAR los honorarios profesionales del Sr. Querellante, Dr. D. L., por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma de 25 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).----------

5º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

Sentencia nº 38/14

Fdo. Dres. D. Luis María Pintos. Martín Roberto Montenovo. Guillermo A. Müller.-