CAUSA: "PROVINCIA DEL CHUBUT e/D., A. E." . (NIC N°3154 - NÜF N° 29625).

En la Ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, a losadlas del mes de marzo de dos mil dieciséis,, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma.' Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Esquel, el Tribunal integrado por la **Dra. Carina Paola Estefanía**, en su carácter de Presidenta, el **Dr. Daniel Pintos y la Dra. Nelly Gareia**, a efectos de dictar sentencia, en la causa caratulada: **"PROVINCIA DEL CHUBUT c/D., A. E. - Esquel" (NIC N°3154 - NUF N° 29625)** , en la que tuvieron .debida participación la Sra. Fiscal General, **Dra. María Bottini**, en representación del Ministerio Público Fiscal, el **imputado A. E. D.** y su defensora **Dra. E. C.**

==——====–====–~:==:===Y CONSIDERANDO: ==========

Que se celebró la audiencia que prescribe el art. 385 del C.P.P., el día 24 de febrero del corriente año, en la cual la Dra. E. C., en su calidad de defensora de A. E. D., sostuvo y ratificó en todas sus partes el escrito de impugnación ordinaria interpuesto oportunamente, contra la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Colegiado integrado por los jueces penales Martín Eduardo Zacchino, Jorge Alberto Criado y Ricardo Raúl Rolón, de fecha 24 de noviembre de 2015, registrada bajo el número 2008 del año 2015.

Dicho decisorio declaró a A. E. D., autor material y penalmente responsable de los delitos de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa, en concurso material con portación de arma de fuego de uso civil agravada por antecedentes penales (arts. 45, 79, 41 ler. párrafo, 42, 189 y 55 del Código Penal) por los hechos cometidos en Esquel Chubut el 20 de julio de 2014, ' en perjuicio de O. E. H. y del Estado, condenándolo a seis años y seis meses de prisión efectiva y al

pago de las costas del juicio (arts. 29 iríc 3°, 40 y 41 del C. Penal)y además lo declaró reincidente por primera vez.

La Dra. E. C., en su escrito impugnatorio, hizo la reseña del caso y concluyó que la sentencia es arbitraria y que culmina con una excesiva condena. Cuestionó la valoración de la prueba, siempre en contra del Sr. A. D., los jueces concluyeron que el Ministerio Público Fiscal probó la hipótesis de su caso, cuando en verdad está viciada de contradicciones.

La Fiscal sostuvo que la victima no quería declarar por miedo a su defendido, cuando el mismo H. dijo que no le tenía miedo. Además lo indicó como el N. D., cuando ese no es el sobrenombre de Andrés.

Afirma la recurrente que valoraron que F. V. vio todo, cuando en realidad éste dijo que .estuvo junto a H. pero no vio nada.

Agrega en su libelo que el cajero M. dijo que vio el arma, pero que sin embargo, si la tenia en el bolsillo del pantalón vaquero o entre, sus, ropas, no pudo verla. Afirma que del video de L. A. {minuto 9:31:59 a 9:32:02) se ve que el que pasa por la caja y paga estaba con la campera cerrada, y que cuando se retira y se dirige al lugar 'donde supuestamente se encontraba la victima lo únic<p que se ve es que lleva su mano al bolsillo derecho.

La fiscal asegura que, nadie puede dudar que, en la filmación se ve a D. sacando un-arma de fuego. Solicita que los jueces de la revisión, observen con detención el video, Cuestionó que los integrantes del MPF interrogan antes a los testigos sin la presencia de la defensa para dirigir los interrogatorios hasta hacerlos coincidir, por ejemplo en la descripción del revólver y la ropa de D., aunque no vean el video, en franca violación al principio de objetividad.

La Fiscal afirmó que los testigos observaron a D. cuando se descartó del arma, tirándola debajo de una camioneta, sin embargo ello no se corresponde con lo realizado por el personal policial,los detuvo, lo palpó de armas y después hizo un rastrillaje en la zona, no fueron directo al lugar donde vieron que la arrojó.

Agregó que la credibilidad del testigo Paredes es dudosa, el compañero de D. no dijo lo que dice que dijo y sus dichos no fueron corroborados por otros testimonios.

Se queja porque no hay pruebas indubitadas como rastros dactilares ni de dermonitrotest, por lo que no hay nexo causal entre la tenencia del arma secuestrada y la supuesta acción de D.. Además su defendido debió sufrir lesiones por el mal funcionamiento del arma.

Finalizó afirmando que así se llegó a una conclusión absolutamente ilógica y errónea.

También cuestionó la pena, dijo que era excesivamente alta y absolutamente desproporcionada con el daño real ocasionado.

Solicitó la revocación de la sentencia porque tiene una motivación aparente, errónea aplicación de la ley, arbitrariedad clara y manifiesta, inobservancia de garantías constitucionales, valorando prueba inexistente o erróneamente la incorporada, dándose todas las causales del a.rt. 372 del C.P.P.

En la audiencia celebrada, ratificó el contenido del escrito de impugnación y solicitó la absolución de Su defendido.

En su momento, la Fiscal General Dra. María Bottini, contestó el emplazamiento de la impugnación ordinaria y respondió los agravios. Dijo que la sentencia no se adecúa a ninguna de las hipótesis que permiten hablar de arbitrariedad, que por el contrario los Jueces brindaron acabados fundamentos, tanto desde el análisis de la prueba como desde un examen técnico jurídico.

Afirmó que no se basaron en su íntima convicción sino que utilizaron las herramientas propias de la sana crítica racional.

Agrega que, la defensa se refiere a una supuesta errónea aplicación de la ley penal, haciendo alusión de manera genérica a la calificación legal, valoración de las agravantes, reglas de concurso, y declaración de reincidencia, pero no se explaya sobre el punto, lo cual a su modo de ver contraviene la manda del art. 382 del CPP.

Respecto del testigo H., sostiene la Fiscal, que correctamente los tres miembros del Tribunal consideraron que éste fue reticente por temor.

Se refirió al análisis de los testimonios de R., M. y V. que permiten tener por probado lo ocurrido en el supermercado y luego al testigo A., quien fue claro e indicó haber visto a D. cuando extrajo el arma.

Señaló que los elementos de prueba de descargo - demonitrotest y prueba dactilar negativos- no resultan suficientes para desvirtuar la entidad de la prueba de cargo.

Respecto De la reincidencia sostuvo que la CSJN ha zanjado la discusión a favor de la constitucionalidad en el caso "Arévalo".

Respecto de la pena y la. calificación legal escogida, compartió los argumentos de la sentencia.

Finalizó su libelo oponiéndose • a la recusación del Tribunal planteada por i la defensa, con cita a la constitucionalista Dra. María Angélica Gelli. Solicitó la confirmación de la sentencia. ,

En la audiencia ratificó el contenido de su escrito en todas sus partes.

Antes de finalizar se le dio la oportunidad de expresarse y A. E. D. quien dijo que el ese día andaba tomado, que no sabía lo que hacía y

que a ellos no les hizo nada, refiriéndose a la víctima y su grupo. ---
---

Y CONSIDERANDO: --------

Que puestos a resolver encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa contra la sentencia condenatoria?, en su caso ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329 del C.P.P.) se estableció el siguiente orden de votación, en primer término la Dra. Carina Estefanía, en segundo lugar la Dra. Nelly García y finalmente el Dr.. Daniel Pintos.

La Dra. Estefanía dijo:

El primer agravio de la Defensa del imputado contiene una queja respecto del modo en el que los jueces valoraron la pruebas producidas durante el debate, fundamentalmente, de las imágenes obtenidas por las cámaras de seguridad del supermercado "L. A.", lugar donde se habria cometido el ilícito investigado y de los testimonios directos.

A fin de dar una acabada respuesta comenzaré señalando que contrariamente a lo sostenido por la recurrente, las filmaciones ofrecidas como prueba,- reproducidas durante el debate, respecto de lo ocurrido la mañana del 20 de julio de 2015 en el interior del supermercado L. A., sito en la intersección de la Avenida H. y calle Lezama de esta ciudad, sobre un sector ubicado entre la vidriera y las cajas, permiten establecer con claridad gran parte del evento.

Se observa, tal cual lo han mencionado los magistrados, al imputado A. E. D. en un horario cercano a las 9.30 horas, en el sector de cajas, y que luego cuando se retira de alli, da un par de pasos y lleva su mano derecha a la cintura y extrae un elemento, el que si bien no se aprecia en su totalidad, si se observa un caño, que guarda similitud con el extremo- del arma de fuego (minuto 8.31 01-02). (Evidencia K). Incluso se advierte el dedo índice de la mano derecha extendido, posición que guarda relación con la forma en que se empuñan las -armas de fuego. De allí,- que la propuesta defensiva, al proponer como alternativa, que el imputado en lugar de un arma extrajo un pañuelo, resulta improcedente.

Cobra especial relevancia la declaración de O. M., el cajero que atendió al imputado, también cuestionado por la Dra. C., quien recordaba con precisión, todo lo acontecido en aquella oportunidad, dando detalles de los inconvenientes que tuvieron a la hora de facturar los elementos que D. pretendía comprar, en el caso salchichas, ya que no les alcanzaba el dinero, lo que motivó que finalmente no pudieran efectuar la comprar, circunstancia que "ofuscó" a D., conforme lo relatara el testigo.

Agregó el testigo, que había otro grupo de muchachos comprando, de más o menos cuatro personas y uno de ellos se sentó en una silla cercana a su caja y a la vidriera. El comprador que tenia un sombrero -a la postre sq determinó que era D.- cuando se retiró de su caja se acercó al muchacho que estaba en la silla y sacó algo, hizo un movimiento, agarró una pistola, fue y apuntó. Luego escuchó un ruido, un sonido. No puede decir si era un arma de juguete, no lo podía distinguir, pero era un arma. Aclaró el testigo, "lo que yo vi es un arma", y que el que tenía el arma se acercó al que estaba sentado junto a la' vidriera y alli escuchó el ruido. Nuevamente refiere que no puede aseverar que el ruido provenga del arma, pero algo escuchó. Dio cuenta el testigo que estaba trabajando y que miró hacia ese lugar, el cual estaba muy cercano a su caja.

Respecto de su declaración, debo señalar que, cotejada con la filmación y con el resto de los testimonios, no solo se corresponde en un todo con las imágenes que muestran la conducta de D., sino que se puede observar como el cajero, que ya estaba atendiendo a otro cliente, detiene su labor, para observar el evento que efectivamente ocurría muy cercano a su lugar de trabajo, girando la cabeza hacia ese sector, todo lo cual contraría la pretensión de la recurrente de tachar al testigo, porque según su criterio, desde su posición le era imposible ver la conducta de D..

En el mismo sentido, señalo que los demás testigos directos, han coincidido con la versión de M.. Nótese que N. F., empleado de seguridad, que también estaba en el Supermercado, dijo que D., entró en dos oportunidades al local y 'que efectivamente en la segunda oportunidad, sacó un arma con la que apuntó a la víctima.
Aclaró que si bien no es ' muy nítida la imagen, se puede deducir que lo que saca entre sus ropas, es un arma, aunque claro no puede afirmarlo. De igual modo lo hace R.

La defensa le resta eficacia a dichos testimonios, toda vez que ambos sinceramente refieren que no pueden afirmar que sea un arma. Ellos aclaran que es una deducción que hacen por los movimientos que observaron en el imputado en ese momento.

Sin embargo, tales testimonios, inclusive las deducciones que han realizado deben ser valoradas en forma conjunta con el resto de la prueba y desde ese lugar, señalo que se compadecen y encastran perfectamente con la totalidad del cuadro probatorio, del que no surgen datos que permitan suponer que los dichos de los testigos sean simples conjeturas subjetivas.

Por su parte F. V., relató que ese día concurrió con H., y que en el supermercado, pasó eso, que el no lo vio pero que se lo contó H., quien le habría dicho que se le acercó D. y le apuntó con un arma. Luego vino el **gerente** y más tarde ya **en** la calle se les acercó la policía, quienes

luego de preguntarle a H. si quería realizar la denuncia, ante la respuesta positiva, lo llevaron en el patrullero hacia la Comisaría.

Efectivamente, como lo dice V., el gerente de "L. A." (A.,) también estaba en su trabajo al momento del hecho y explicó que los domingos son especiales, porque ingresan chicos jóvenes que salen de noche, tiene mucho cuidado en ese sentido, y están más alertas que de costumbre. Vio ingresar a dos personas, alertó a seguridad, porque se los veía que estaban alcoholizadas, informando incluso, ante preguntas de la Defensora, que tal deducción la extrajo de la forma de comportarse, moverse y de caminar. Dijo que luego observó que la persona que llevaba el sombrero, se acercó una persona a un chico que estaba sentado y le apoyó el arma de fuego en el cuello. Entonces, el gerente se acercó al chico que lo conoce, porque trabaja en el SEM y le preguntó ¿te apoyó la pistola en la cabeza? (aclaró que era lo que había visto) y la víctima le respondió "si sí está loco el chabón". Inmediatamente llamó a la policía, le comunicó rápidamente por donde iban, como estaban vestidos. Explicó que la persona que llevaba el arma tenía un sombrero y botas texanas, el otro vestía una campera de river. También dijo que el arma que vio a través del vidrio polarizado era de color gris.

Dicho esto, en atención a la resistencia de la victima de declarar en el debate, bajo la excusa de no recordar nada porque estaba alcoholizado, negando incluso estar atemorizado o haber recibido amenazas, tengo en cuenta que el SAVD, ya había advertido al MPF respecto de la negativa de este de concurrir al debate.

Insistió la victima-testigo en no recordar nada, e incluso de haber concurrido al MPF, a retirar la denuncia, justificando tal decisión con las pérdidas económicas que le produce su concurrencia a la audiencia.

Frente a la firme posición expresada en el debate, no seria adecuado afirmar que su negativa a -declarar es por miedo al imputado, más allá de que sea probable que ello suceda. Lo cierto es que pueden existir otras razones por las que el testigo se mantuvo en su decisión de sostener que no recordaba por haber tomado mucho.

Sin embargo, ello no obsta, a valorar el contenido de su declaración en la denuncia, pues cuando se le preguntó sobre la misma, recordó perfectamente haberla realizado, reconoció su firma y al darle lectura al contenido, afirmó que seguramente como la denuncia le fue tomada a pocos minutos del hecho, {a las 10.15 hs) entonces si debió recordar lo ocurrido, ratificando de ése modo lo allí escrito. No dijo que el no hubiera dicho eso o ni tampoco dio una versión distinta.

En esa oportunidad, dijo que el "N. D." luego de pasar por la caja "se me acercó y me sacó un revólver y me tiró, pero la bala no salió, luego de ello se fue como si nada".

El policía N. R. T., encargado de recepcionar tal denuncia, recordaba perfectamente lo que la víctima le habría manifestado en. dicha oportunidad, tal cual había quedado plasmado en el acta, incluso lo incorporó en el acta de intervención policial ofrecida como Evidencia A, sobre la cual también fue interrogado.

El desinterés de la víctima de colaborar con el proceso, al momento del debate, cualquiera sea el motivo, no impide tener por acreditado el hecho investigado, el que incluso, por tratarse de un delito de acción pública no depende de su decisión, quien al parecer no ha sido informada sobre este punto o si lo fue no lo ha comprendido.

Párrafo aparte merece el agravio de la defensa cuando sostiene que su pupilo no se apoda el "n. D." en virtud que esa es la forma en que la víctima se habría referido al imputado. Ante el cúmulo de pruebas sobre la autoría del imputado (las filmaciones del evento) resulta irrelevante que la .víctima lo haya identificado con un apodo que supuestamente no tiene, que en el caso, conforme las características físicas del imputado, el apodo mencionado es el que normalmente nuestra sociedad utiliza para las personas de piel morena, sin siquiera, que ello pueda ser interpretado como un apodo discriminatorio.

Por último, se suma al cuadro probatorio, que el personal policial acudió inmediatamente al lugar del hecho y en inmediaciones del lugar, lo detuvo a D., (iba a acompañado de Z.) al que lo' identificaron por la vestimenta (un sombrero y botas texanas) y pocos metros de donde fue detenido fue hallado el revolver calibre 22 largo, "Galand Mr", Nro. de Serie X XXXX, con dos cartuchos a bala y una vaina servida marca AO, en el tambor de ocho alvéolos con cachas de madera, del que se desprendió al advertir la llegada del móvil policial.

Depuso en el debate la Lic. N. G., a cargo de la pericia criminalística sobre el arma, mediante la cual se determinó que ante la altísima peligrosidad de producir lesiones al tirador la ejecución de los disparos no fue realizada.

Luego efectuó una comparación entre la vaina servida y la vaina percutada y se determinó que presentaban características repetitivas y constantes igualmente situadas, orientadas y dirigidas. Concluyó la perito en forma categórica que la vaina percutada y la vaina correspondiente a cartucho completo fueron percutadas por la misma arma de fuego.

De allí es posible sostener que todo el cuadro probatorio es completo y permite concluir con certeza tanto la materialidad delictiva como la autoría de D., e incluso la tipícidad de los hechos.

La ausencia de la pericia de dermonitrotest, reclamada por la Defensa, nunca puede constituir un agravio, pues si el arma gatillada no produjo el disparo, resulta más que obvio que en las manos de quien gatillo no habría pólvora.

Por lo expuesto, conrelación al primer agravio no advierto que los Jueces de Juicios hayan errado en la valoración de la prueba, como lo propone la Defensa, sino que han utilizado las reglas de la lógica, el sentido común y las máximas de la experiencia; para fundamentar sus conclusiones.

Con relación a la pená y la declaración de reincidencia, en su libelo escrito la defensora se limitó a decir que reiteraba su desacuerdo, sin efectuar ningún cuestionamiento puntual sobre los agravantes y atenuantes merituados por los Jueces.

En la audiencia ante: este Tribunal la recurrente no agregó nada al respecto, de modo que, tal como lo ha manifestado la Fiscal General, no corresponde profundizar sobre este aspecto de la sentencia.

Sin perjuicio de ello, simplemente digo que no se desprende de la sentencia en crisis, que la pena impuesta viole los principios de proporcionalidad y razonabilidad, pues el Tribunal del juicio le impuso una pena, que supera en un año y dos meses el mínimo de la escala penal. Sólo si consideramos la gravedad eje 1 hecho, que la victima salvó su vida milagrosamente porque[1] el disparo no se produjo aún cuando el cartucho a bala fue percutado, el aumento del mínimo referido, se encuentra debidamente fundamentado.

En cuanto a la reincidencia, quedó acreditado, que efectivamente el imputado se encontraba cumpliendo una pena de prisión efectiva en la Unidad 14 del Servicio Penitenciario Federal y que gozaba en esa fecha de salidas transitorias que se le habrían otorgado en el mes de abril del mismo año. Concretamente, conforme surge del incidente de ejecución, era la primera salida extraordinaria de cuarenta y ocho horas. La cuestión constitucional del instituto no fue planteada, de modo que corresponde la confirmación de la sentencia en todos sus términos.

Respecto de los honorarios de la defensa se regulan en un vienticinco por .ciento (25%) de los fijados en primera instancia. Así voto.

La Dra. Garcia dijo: La Defensora planteó como primer agravio la errónea valoración de la prueba en contra de su defendido. En realidad critica el alegato fiscal y no se refiere a los argumentos de los magistrados.

El Dr. Criado .en el primer voto consideró probado que el dia 20 de julio de 2014 aproximadamente a las 9:30 hs. en el Supermercado L. A., ubicado en la intersección de Avenida H. y calle L. de Esquel, A. E. D., empuñando un arma de fuego en condiciones inmediatas de disparo, le apuntó en el cuello a O. E. H. y con la finalidad de darle muerte, percuto dicha arma sin que se produzca el disparo del proyectil, por circunstancias ajenas a su voluntad, porque tenia un número menor de municiones que los alvéolos del arma o por el defecto de alineación, que no le impide su aptitud para el disparo. Utilizó un revólver marca Galand, número de serie XXXXX, calibre 22 largo de ocho alvéolos, que poseía en su interior dos cartuchos a bala y una vaina servida, sin tener autorización para su tenencia y portación.

Es verdad que H. dijo que no le tenia miedo a D. Afirmó que no se acordaba nada de lo sucedido, ni del contenido de la denuncia, explicó que estaba muy ebrio; pero no negó los hechos ni dio una versión distinta. La denuncia fue leida por la Fiscal Bottini y la victima reconoció su firma.

Descarto que haya estado tan ebrio, como para que justifique el olvido, porque, los policías hablaron con él y les aportó datos precisos sobre la vestimenta y nombre del agresor y en la denuncia refirió circunstancias muy precisas.

Se trata de un delito de acción pública que una vez que la autoridad está en conocimiento de lo ocurrido, el trámite no depende de la voluntad de la victima, ya no puede levantar la denuncia, como era su deseo. Por lo que indagar ahora, sobre las motivaciones que tuvo la victima para ser reticente en su declaración, no tienen implicancias para resolver el caso.

La contradicción que marca la Defensora no tiene relevancia jurídica.

En el siguiente punto, cuestiona la identificación del imputado. H. dijo que fue el "N." D. No se probó ni se discutió si existe ptro N. D., qué sobrenombres o apodos tiene. Fue individualizado por la fisonomía y descripción de la vestimenta, -fue aprehendido a pocas cuadras de L. A., y fue identificado como A. E. D.

El sobrenombre en estas condiciones no genera ninguna duda.

Con relación a la valoración de la prueba, también cuestiona que los magistrados afirmaron que F. V. vio todo, cuando en realidad el testigo dijo que no vio nada. No es así, los jueces no afirman que V. vio todo. El Dr. Criado en el primer voto, refirió que coinciden los testimonios de A., M. y V.

F. V. aportó otras circunstancias del hecho. Dijo que con H. estuvieron festejando el día del amigo en la casa de su mamá y fueron a L. A. a comprar vino, que mientras estaban en la caja y sus amigos pagaban, H. dio la vuelta y se sentó en una silla.

Refirió que no vio lo que pasó, que fue H. el que le contó que D. le apuntó con un arma, que después se retiraron y cerca de la casa de su mamá los alcanzó la policía, le preguntaron ' a H. si quería hacer la denuncia, y como les dijo que sí, se lo llevaron en el patrullero y él se fue a su casa.

También la Dra. C. cuestionó el testimonio del cajero O. M., sostuvo que desde el lugar donde se encontraba en la caja no pudo ver el arma.

Sin embargo el testigo fue claro, recordó que unos muchachos, le pareció que eran cuatro estaban pagando en la caja y uno pasó para el frente, y se sentó en la silla cerca de la vidriera -se comprobó que esa persona era H.-. Después volvieron los otros, con otras salchichas y como tampoco les alcanzaba la plata, les canceló la compra y el de sombrero se había ofuscado con él.

Explicó M., que después de pasar por la caja, encontrándose de espaldas a su costado, vio a ese de sombrero que sacó un arma y apuntó jal que estaba sentado y escuchó un ruido como un chasquido. A' distintas preguntas respondió que no está seguro si era un arma verdadera o de juguete, y si el sonido que escuchó era o no un disparo.

Efectivamente M. dijo que atendió al de sombrero y lo quedó mirando. Por el diseño del mostrador de la caja y la silla giratoria, desde ese ángulo es posible ver lo que dijo que vio. Además coincide con el testigo A. H. F. A., se desempeña como gerente de ventas en esa sucursal de L. A., los describió como dos personas de baja estatura, en aparente estado de ebriedad, uno con sobrero, botas tejanas y jean y el compañero con un buzo de Ríver, que los vio en el interior del salón, advirtió al personal de seguridad para que los vigilen.

Agregó que posteriormente desde la oficina, que se- encuentra detrás de la línea de caja, con vidrios polarizados claros, vio que el de sombrero se acercó al chico que estaba sentado en una silla y le apoyó un arma de fuego en el cuello, que como se fueron rápidamente, se acercó al chico y le preguntó si le había apoyado el arma en la cabeza y le confirmó, respondiéndole: "sí, sí, está loco el chabón"

Vimos el video. Lo que filma la cámara de seguridad es una parte y se corresponde con lo que dijo el testigo, pasó por la caja, llevó la mano derecha al bolsillo derecho, con el índice extendido y el pulgar doblado en oposición, gesto típico para empuñar un arma, y en el minuto 8:32.01 y 02 se ve con total claridad un caño.

Considero que fue correctamente valorado, no quedan dudas y además se corresponde con las testimoniales.

Porúltimo, la Dra. C. afirma que no está probado que D. se desprendió del arma que llevaba, ni que el arma secuestrada sea la que utilizó su defendido, ya que no hay huellas dactilares ni resultado positivode nitrodermotest que lo involucre.

Los testigos J. P. Q. y M.C. explicaron que les avisaron via radial lo sucedido en L. A., en la Avenida H. se encontraron con H. quien les describió los sospechosos y los divisaron a pocas cuadras en el Barrio V..

M. C., refirió los detalles de la detención, no recuerda si doblaron por la calle M. A., los alcanzaron frente a un domicilio donde se encontraba estacionada una camioneta blanca marca Chevrolet, como no hicieron caso a la voz de "alto", estacionaron el móvil y los aprehendieron a unos dos o tres metros más adelante', sin el arma, que fue ubicada debajo de la camionetapor otros policías que acudieron al lugar en otro móvil.

Por lógica y sentido común se puede inferir que esa arma fue arrojada por A. D., a quien minutos antes, lo vieron con un arma de fuego en L. A..

Además, hay una pericia balística que corrobora objetivamente la relación de D. con el arma. La Lic. N. G. se refirió que el revólver tenía un proyectil que ya había sido percutado sin que salga disparado por el revólver.

En total coincidencia con los testigos que dijeron que gatillo pero no salió la bala. En el mismo sentido M. dijo que escuchó el chasquido del martillo al accionar la cola del disparador del arma.

L. dijo que el arma por sus defectos era peligrosa con posibilidades[1] de lesionar al tirador. A. D. no se lesionó la mano porque el fulminante no explotó, por lo que este dato negativo también corrobora la materialidad del hecho reprochado.

En forma genérica se queja la Defensa, que el Ministerio Público Fiscal dialogó previamente con los testigos y que por eso los hace coincidir en la descripción del revólver y de las ropas de D. Y que esta situación ya la ha denunciado en otras oportunidades.

Entiendo que el sistema acusatorio implementado por los nuevos Códigos Procesales cambió los roles de las partes.

En el juicio oral, cada parte presenta su caso y trae las evidencias con las que pretende corroborar su hipótesis. Esto no significa que el Fiscal deba proponer a todos los que aparecen como supuestos testigos del hecho sin ningún análisis previo de su idoneidad. Es legítimo que el MPF tenga contacto con los testigos y que ofrezca aquellos que puedan aportar información relevante, y prepare un interrogatorio eficaz, a fin de que la demostración de la acusación sea en base a prueba de calidad. Tal como nos han enseñado en los cursos de litigación no se puede "salir de pesca". Es correcto lo que hace el MPF.

En paralelo las mismas facultades tiene la Defensa.

Así, los defensores deben comprender que ahora cuentan con todas las facultades para producir su propia evidencia, entrevistarse con los testigos, controlar la actividad del acusador. Esto permite que previo al juicio_ oral, puedan preparar su teoría del caso, ya que cuentan con una privilegiada fuente de información, que es precisamente el acusado. Dentro de este esquema de litigación oral, el perfil del defensor debe ser activo en la investigación del caso. Si bien debe controlar la investigación preparatoria del Fiscal, también debe recopilar su propia información (v.g. concurrir allugar de los hechos, entrevistarse con los testigos, aportar pruebas técnicas independientes), bajo las directivas de su asistido.

Cuando se sospecha sobre la veracidad del testigo, la contraparte tiene el contraexamen como herramienta eficaz, para extraer del testigo todo dato, versión, o detalles que sirvan para corroborar su versión o para debilitarla.

En el caso la Dra. C. utilizó el contraexamen para controlar la versión de los testigos, sinrestricciones, especialmente al interrogar a M..

Por lo que su queja es infundada.

Para concluir, considero que en conjunto, el cuadro probatorio es suficiente y que sin esfuerzo permite reconstruir los hechos de la acusación.

La defensora pretende que se parcialice la prueba restándole fortaleza.

El Dr. Jorge Pfleger lo ha repetido en numerosos precedentes, que esa forma de razonamiento no es válida. En el caso: Provincia del Chubut c/ M., L. A. s/impugnación" (Expte. 23.261-Letra "P" Año 2013), insistió, con cita de Augusto Morello: "Tan delicada y compleja trama se dibuja a los fines de la carga de probar, enlazando débiles consistencias parciales, en una ponderación que relaciona unos indicios con los otros por construir un plexo de hecho en unidad combinada. No hay modo de captar esas partes sino en un. todo; solo asi se desemboca en un cuerpo de fuerza compacta. Y es indebida fractura y dispersión hacerlo aisladamente {mentamos la! "balcanización") porque el intérprete de la prueba le atribuye al conjunto la aparente debilidad de lo que quedó desarticulado; por tratarse de un examen incompleto la anemia ique podría exhibir cada indicio, contrariamente, de ser aprehendidos en visión totalizadora, cobra un nuevo espesor y su verdadera y definitiva' significación."

En cuanto a la pena cuestionó el monto por considerarla excesiva y desproporcionada con el daño real ocasionado.

En primer lugar la Defensora no cuestionó la calificación legal, en el caso la forma de concursar no incidió en la determinación de la pena, porque está cerca del mínimo, en una escala entre cinco años y cuatro meses y veintidós años, dos meses y veinte días.

Comparto con los magistradosque se trató de un hecho grave porque fue cometido en un lugar público, que puso en peligro la vida de H. y de otras personas y lo llevó a cabo durante el goce de salidas transitorias.

No comparto el criterio de la Defensa que le resta gravedad porque no-hubo un resultado material, * justamente la tentativa es undelito de peligro y D. hizo todo lo necesario para matar a H., sin motivo .y con total desprecio por la vida de los demás.

E. D. se encuentra cumpliendo una pena de diecisiete años de prisión y cometió el hecho cuando gozaba de una salida transitoria, que es un permiso para ponerlo a prueba, violando las reglas impuestas, no advierto ni se ha probado en que fracasó el régimen penitenciario, por lo que los atenuantes alegados fueron correctamente descartados.

El monto de la pena no' puede ser el mínimo porque hay agravantes y los seis años y seis meses impuestos superan en un año y dos meses el mínimo, y guarda proporcionalidad con la gravedad del hecho y peligrosidad demostrada. En síntesis, la sentencia recurrida debe ser confirmada en todas sus partes y así lo voto.

En consecuencia también debe ser condenado en costas por esta incidencia y se deben fijar los honorarios de la Dra. E. C., en su calidad de defensora particular del imputado, en el 25% de lo regulado en primera instancia, en virtud del resultado obtenido. Así voto.

El Dr. Pintos dijo:

I. - Me remito integramente a la reseña del caso que se ha expuesto en los "Resultandos", toda vez que la misma contiene sus antecedentes fundamentales, a partir del dictado de la sentencia de condena, y en la presente etapa de impugnación, que deben ser materia de tratamiento en este decisorio; y además, con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.-

II. - 1) Tal como se desprende con meridiana claridad de lo actuado durante la audiencia del art. 385 CPP, como así también de los registros del debate, y de la sentencia ahora venida en impugnación ordinaria, la versión dada por el testigo-victima O. E. H., en el juicio oral y público ha sido reticente, sin lugar a dudas. Poco importan los motivos, tal como precisamente se ha puesto de resalto en los votos de los miembros del tribunal colegiado, es decir si es por temor hacia el encartado, o solo por falta de interés en el desarrollo y resultado de la causa; sin dejar de computar tampoco las molestias, pérdidas económicas, trastornos, etc. que una citación y comparecencia a los tribunales de justicia pueden ocasionar -y que la experiencia nos enseña que, en muchas oportunidades, provocan la irritación de los ciudadanos-.-

Frente a este panorama, la acusadora pública echó mano a dos posibles instrumentos de auxilio, para sortear las dificultades que se presentaban, cuales fueron la incorporación por lectura de la denuncia formulada por el nombrado H., y también de una entrevista realizada en su momento a la víctima, por el Ministerio Público Fiscal - habiendo sido admitida por el tribunal de juicio, únicamente la primera de estas actuaciones-.-

Este cuadro probatorio nos permite confirmar varios extremos de relevancia, no obstante la parquedad de la deposición del ofendido: en primer término la inmediatez temporal con el hecho, de acuerdo a las constancias documentales de las Evidencias identificadas con la letra A {Acta de intervención Policía del Chubut ...) , que data de las 9.30 hs. del día 20 de julio del año 2014, y con la letra H (Denuncia Penal ...) labrada a las 10.15 hs.; todo lo cual permite despejar cualquier! posible duda, en torno a la sinceridad de sus dichos, quien por entonces no titubeó en sindicar a una persona que él conocía solo de vista, como "el N." D., en calidad de responsable por lo ocurrido en el local comercial de la cadena de supermercados "L. A.", hecho que lo damnificara -la circunstancia apuntada por la Defensa, en cuanto a que su pupilo no utilizaría el apodo de "N.", no alcanza para desmentir al denunciante, ni menos aún para poner en duda la versión original de H.-

Una última consideración en torno a la validez de la denuncia: el testigo no obstante su marcada renuencia a deponer en la audiencia de debate, tal como ya hemos consignado, sin embargo confirmó la validez formal del documento; y además, en ningún momento, desconoció lo actuado oportunamente en sede prevencional. En lo concerniente al pretextado intento de "levantar" la denuncia, supuestamente realizado ante el Ministerio Fiscal, en el caso de que haya existido esta instancia, como sabemos la misma carece de eficacia en materia de delitos de acción pública.

Pero no queda allí el aporte de esta prueba documental, introducida al debate como soporte para el cotejo con el testimonio -reticente- de la víctima, sino que también contiene otros datos de interés, .que luego han sido ampliamente corroborados en la audiencia del juicio oral y público; como ser, que H. se acompañaba de un sobrino — el testigo F. V.- , lo cual da crédito a la palabra de este último, cuando refiere que el denunciante le dijo que el acusado le apuntó con un arma de fuego -en este punto, debemos aclarar que se valoran estos dichos como un testimonio de oídas, ya que en ningún momento V. afirmó haber visto la- acción atribuida al imputado, de manera que carece de consistencia el agravio defensista que pretende que en la sentencia impugnada, se ha valorado la

deposición de V. como la de alguien que ha percibido el hecho con su vista-.-

Otro aspecto relevante es que H. ha mencionado en su denuncia, además de su sobrino, a un cajero de la sucursal de "L. A.", como testigo de lo sucedido. Se trata de O. D. M., quien sí declaró extensamente en la audiencia de debate, bajo los rigores propios del examen cruzado, que supone la vigencia efectiva del prinqipio del contradictorio en la etapa de juicio; y explicó haber percibido los hechos desde una distancia de no más de A metros -que es la que separa la Caja de un asiento ubicado cerca del ventanal, donde se ubicó la victima-, como asi también que pudo escuchar un sonido compatible con el gatillar de un arma, al mismo momento que ve que se le acerca el autor -luego de relatar que D. había pasado, previamente, por su Caja

De acuerdo a lo que hemos tenido la oportunidad de apreciar, durante la etapa correspondiente a la deliberación de esta Cámara, la video-filmación del supermercado {evidencia identificada con la letra K) abona claramente todo cuanto se refiere a la posibilidad de percepción del hecho, por parte de este empleado de comercio; ya que en el registro de imágenes se advierte cómo M. detiene por un instante su labor, y fija su mirada en algo que está ocurriendopor fuera del campo de alcance de la cámara de seguridad, pero claramente en línea recta con la dirección que unos segundos antes había tomado D., quien por otra parte comienza a esgrimir su arma de fuego previo a salir de cuadro, como también pudimos advertir al reproducir el material de video, y lo han destacado profusamente los Jueces Penales ensu fallo —debiendo descartarseentonces que se haya tratado solo de un elemento inofensivo, como hipotiza la Defensa, tal podría ser un pañuelo de mano.

2) Ya hemos precisado en el apartado precedente, los aportes de los testigos V. y M., en lo sustancial. También resulta decisivo, como prueba de cargo, la declaración del gerente de sucursal, F. F. A., quien entre otros elementos ¡de valor, estimó la distancia entre su posición -oficina sita por detrás de la denominada línea de cajas"- y la de la víctima, en no más de 15 metros; lo que le permitió sin dificultad, apreciar el momento en que el acusado "se acerca a un chico que estaba sentado y le apoya un arma en el cuello". También agregó que al damnificado lo conocía por su labor, en las afueras del local, en el rubro de estacionamiento medido, extremo confirmado por I. en su , declaración durante el debate, cuando precisamente fundó su malestar por la citación al juicio, en la pérdida de ingresos que le significaba el tiempo insumido por el trámite judicial.

3) El plexo se completa con las deposiciones de los funcionarios prevencionales intervinientes en la aprehensión de D., y secuestro del

arma de fuego; como así también, la declaración de la Lic. N. I. G. acerca de los informes periciales-balísticos (Evidencias C y D), de los que se desprenden tanto la aptitud para el disparo del arma incautada, como la evidencia de que la vaina servida calibre 22 secuestrada al momento del hecho, y la vaina testigo obtenida en la pericia fueron percutadas por el mecanismo del revólver secuestrado, mientras que la vaina correspondiente al cartucho completo incautado, fue percutada por el mecanismo del arma también secuestrada.

III. - Calificación del hecho: 1) en primer lugar debemos recordar 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, por ejemplo, en el caso concreto 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 22, marca "Galand", cargada y apta para disparar, según ya se pusiera de resalto precedentemente.

Entiendo que loexpuesto es plenamente aplicable, en nuestro caso, a las especulaciones en torno a la forma en que D. manipuló el arma -apuntó con ella en el cuello a O. E. H., y la percuto sin que se produjera el disparo-. El resultado perseguido, no se produjo, pero la aptitud para el disparo, fue corroborada por el informe pericial identificado como evidencia "D".

A mayor abundamiento, debemos insistir con algunos datos que es menester poner de resalto en este apartado, en relación con la calificación de los arts. 42 y 79 CP. En primer término, recordaremos que el testimonio de F. F. A. -Gerente de la Sucursal del Supermercado "L. A."- fue muy preciso, en cuanto a que observó claramente desde su oficina que la persona de baja estatura (D.), que vestía jeans, botas texanas y un sombrero, se acercó a un chico que estaba sentado detrás de la línea de cajas (I.), cerca del vidrio, y le apoya un arma de fuego en el cuello. Luego cuando se acercó al damnificado a preguntarle sobre lo que había visto, le confirmó su apreciación expresando: "sí, está loco el chabón".

Estos dichos aparecen corroborados por O. M. -cajero del negocio- quien ya reseñamos que narró la secuencia que observara desde donde trabaja, en

similares términos, y agregando, además, que alcanzó a escuchar un ruido. Este último tramo, el de un sonido propio del golpe de un metal, también fue referido en la audiencia de debate por el testigo J. A. R. -guardia de seguridad- quien, no obstante no haber podido aportar datos del hecho central, hizo referencia a esta circunstancia que se atribuyó al accionar del arma por parte de D.

2) En torno al resto de la calificación legal del hecho motivo de juzgamiento -concurrencia real con el delito de Portación de armas calificada-, advierto en la estructura de la sentencia dictada por el colegiado de juicio, un déficit que puede ser corregido de oficio, no obstante la ausencia de agravio sobre el punto, siempre que sea a favor del imputado y con el solo fin de resguardar el debido proceso, sin que ello- implique superar el principio dispositivo que impera en materia de recursos -no habiendo obtenido consenso para esta postura, en la etapa de la deliberación, solo he de delinear los argumentos a fin de dejar a salvo mi opinión (sigo en esto la posición de la Dra. Ángela Ester Ledesma, en su articulo: "Derecho al recurso y estándares de admisibilidad", publicado en la Revista de Derecho Procesal Penal, edit. Rubinzal-Culzoni, año 2013-2, "Vías de impugnación en el proceso penal..."-II, págs. 11 y ss)-

En el tomo I de la misma obra citada (pág. 131}, por su parte, Eleonora Devoto nos .ilustra sobre el tema del siguiente modo: "...los jueces de la revisión no solamente deben considerar la totalidad de los agravios expuestos... sino que, además han de juzgar según su leal saber y entender, con apego a su criterio sobre la aplicación del Derecho, aún cuando las razones que justifican su criterio no hayan sido invocadas. Agrego un ejemplo sencillo, el juez A estima que el concepto de banda debe asimilarse al de asociación ilícita, por lo que entenderá que la mera reunión de tres o más personas para cometer un robo, por caso, no configura la agravante prevista en el art. 167, inciso 2° del CP. Las defensas, en sus diferentes presentaciones, omiten cuestionar el punto, por las razones que sean. Esto es, la defensa no resiste que la pluralidad de intervinientes no configura per se una banda. ¿Deberá el juez A juzgar en contra de su criterio, sincero y aun asentado en otras causas? Parece que la negativa se impone y cuesta imaginar que el juez A se libere sencillamente de su mala conciencia,' si se encontrara obligado a decidir en contra’ de su criterio...".-

Resulta que los Jueces Penales intervinientes han concluido en resolver que los dos delitos, por los que condenaron al acusado D., concurren materialmente en la forma prevista por el art. 55 del CP. Pero sin embargo, de la lectura de los votos individuales, no se desprende la mayoría suficiente para fundar adecuadamente aquel criterio dogmático,

En efecto, el magistrado que sufragó en primer término no se refirió al asunto; luego, los restantes sí lo hicieron pero con diferente argumentación. El vocal del segundo voto se refiere a la jurisprudencia dominante en esta materia, que ciertamente es partidaria de la tesis del concurso real –

citando antiguos precedentes de la CSJN-; aunque que este "Considerando" admite, en el caso concreto, una superposición —parcial— de conductas, es decir que no estamos en presencia de hechos totalmente independientes, comó requiere el citado art. 55 CP -recordemos que en el presente, el autor abandonó el arma de fuego en la vía pública, inmediatamente después del hecho.

Precisamente, esta yuxtaposición parcial entre un delito permanente, como es la portación de armas, y otro instantáneo como la tentativa de homicidio, es una dé las posibles fundamentaciones, que autorizan la solución del concurso ideal (art. 54 CP). Así lo entiende en la doctrina nacional, Ziffer; y también algún sector de la jurisprudencia de nuestros tribunales (v.g. sumarios n° 1 y 43 del apéndice jurisprudencial correspondiente al capítulo sobre el Concurso Ideal, de la obra de Carlos S. Caramuti: "Concurso de delitos", págs. 150 y ss., edit. Hammurabi, Bs. As., año 2010; también CFCas. Pen., sala I, 20 de mayo de 2013, publicado en elDial.com-ADl81F, causa "Villalva Pinto, Maximiliano s/rec. de casación").-

Continuando con el análisis del decisorio, vemos que por último el Juez del 3er. voto, a diferencia del precedente ya reseñado, niega toda posibilidad de superposición, y en eso basa el sufragio a favor del concurso material.-

Resumiendo entonces, si bien los integrantes del colegiado de juicio han manifestado su voluntad concordante, de calificar los hechos como constitutivos de un concurso real, sin embargo no es posible concluir que la motivación resulte adecuada, por no existir una mayoría suficiente sobre el punto; extremo que descalifica parcialmente la sentencia, con apoyo en la doctrina de la arbitrariedad, y autorizaría a modificarla en esta instancia revisora -según los fundamentos ya expuestos precedentemente- a favor de la solución del concurso ideal, por resultar más favorable al acusado.-

En apoyo de lo expuesto, sostiene la autora ya referida: "Con relación a los problemas de concurso que se presentan frente a los delitos permanentes, se ha dicho que habrá concurso ideal cuando los delitos sirven al mantenimiento del estado de antijuridicidad, y cuando el delito permanente ha de crear el presupuesto para la comisión de otro hecho punible: lo que se exige, en cualquier caso, es la coincidencia parcial

de las acciones" {con cita de Stratenwerth y Zaffaroni -Alagia-Slokar). Y agrega que "... cuando al menos un fragmento del delito permanente es al mismo tiempo, comienzo de la tentativa del delito ulterior existe algo más que la mera simultaneidad o unidad subjetiva, y se produce la superposición parcial de las acciones propia del concurso ideal" (cfme.j Ziffer, Patricia S.: "La' cuestión del concurso entre delitos permanentes e instantáneos...", en la obra colectiva: "Dogmática penal entre naturalismo y i normativismo", edit. Ad.Hcic, Bs. As., año 2011, págs. 743 y ss.).-

En torno a la agravante de la Portación, solo diré que debemos remitirnos a la jurisprudencia de la CSJN en esta materia, que sostiene la constitucionalidad de la calificante, a través de sus pronunciamientos de fecha 5/IT/2013: M. 1395, XLII, "Maciel, Marcelo Fabián s/ Recurso de inconstitucionalidad"; T. 294. XLV, "Taboada Ortiz, Victor s/ Inf. Art. 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil", causa 6457/09; publicados en "Revista de Derecho Penal", año 2013-1, "Culpabilidad: nuevas tendencias-II", págs. 296 y ss. (Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, año 2013), y "Jurisprudencia Penal de la CSJN", t. 15, (edit. Hammurabi, Bs. As., año 2014), págs. 30 y ss., con Análisis de Luis M. García.-

IV. - El monto de la pena impuesta en la sentencia recurrida, debe confirmarse entonces; en atención a que quedara en minoría, como ya lo explicara en el apartado precedente, mi postura sobre la calificación del hecho.-

V. - Por todo lo expuesto hasta aquí adhiero a lo propuesto por las colegas preopinantes votando por la negativa de la presente cuestión, como así también al monto de la regulación de honorarios profesionales, y el criterio para imponer las costas.

Por todo ello la Excma. Cámara en lo Penal, por mayoría,
FALLA

1) Confirmar en todos sus términos la Sentencia registrada bajo el Nro. 2008-15 con fecha 24 de noviembre de 2015, condenando a A. E. D. por el delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa, en concurso material con Portación de arma de fuego de uso civil agravada por antecedentes penales (arts. 45, 79, 41 1er. párrafo, 42, 189 y 55 del Código penal) por los hechos ocurridos en Esquel Chubut, con fecha 20 de julio de 2014, en perjuicio de O. E. H. y del Estado Provincial, a cumplir la pena de seis años y seis meses de prisión efectiva, más las costas del juicio y declarándolo reincidente por primera vez en los términos del art. 50 del Código Penal.
2) Regular los honorarios de la Dra. Esther C. en el veinticinco por ciento (25%) de los que le fueran fijados en la primera instancia.
3) Protocolícese, comuniqúese y cúmplase.

4) Se deja constancia que el Dr. Daniel Pintos ha remitido el voto por correo electrónico con firma digital, el que se ha incorporado a la presente sentencia, sin perjuicio de su suscripción oportuna.

Sentencia registrada bajo N° 329/15

Fdo. Carina Paola Estefanía. Nelly Garcia.