En la ciudad de Comodoro R., Provincia del Chubut, a los diecinueve días del mes de diciembre de dos mil diecisiete, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro R., el Tribunal integrado por los Dres. **Martín Roberto MONTENOVO**, en su carácter de Presidente, **Guillermo Alberto MÜLLER y Daniel Luis María PINTOS**, 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° 78772**, **Carpeta individual n° 9141**, caratulada: **"Cria. Cuarta s/ Inv. Abuso de armas y Lesiones graves r/v S. A. y otro"** de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación la Fiscal General **Camila Banfi Saavedra**, la Defensora de Confianza **D. S.** y el imputado **C. A. N.**; y

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

Que los días veintitrés y treinta de noviembre del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Martín Roberto Montenovo, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de C. A. N., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación

interpuesta por la Defensa de C. A. N. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?-

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

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

I.- Ha motivado la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por la Defensora de Confianza de C. A. N., Dra. D. S., contra la Sentencia N° 4167/2017, de fecha 9 de octubre de 2017, por la que fue condenado a la pena de siete años de prisión de cumplimiento efectivo, accesorias legales y costas del proceso como autor penalmente responsable del delito de Tentativa de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego -dos hechos- (Arts. 79, 41 bis, 42 y 45 del C.P.), por el suceso ocurrido en esta ciudad el día 16 de octubre de 2016 en perjuicio de J. A. S. y E. S..-

1.- La recurrente atacó la sentencia básicamente por tres cuestiones: el rechazo del planteo de falta de acusación, la arbitraria y errónea valoración de la prueba y la inaplicabilidad de la agravante prevista en el Art. 41 bis del C.P..-

En relación a la primera cuestión insistió en la falta de acusación pública resaltando que el escrito de Acusación fue presentado y sostenido por un Funcionario de Fiscalía y que tampoco la Fiscal General estuvo presente en la audiencia preliminar, todo lo cual fue planteado como

cuestión preliminar al inicio del debate y rechazado por el Tribunal de Juicio.-

Destacó la aplicabilidad del Art. 112 del C.P.P. en cuanto dispone que el Funcionario de Fiscalía solo puede realizar actos hasta el debate y entendió que siendo la acusación un acto central del juicio, al ser presentada y sostenida por un funcionario deviene inválida.-

Asimismo denunció que la prueba documental fue presentada en forma extemporánea, una vez que había vencido el plazo para presentar la acusación.-

En segundo lugar, calificó como absurda y errónea la valoración de la prueba hecha por los Magistrados.-

Efectuó un análisis de los votos que componen la sentencia, criticó que no se hayan valorado pruebas esenciales de descargo y que hayan tenido en cuenta prueba rendida sobre dos hechos que no fueron motivo de condena y en definitiva concluyó que no se logró arribar al estado de verdad que permita truncar la presunción de inocencia en favor del imputado.-

Hizo hincapié en la valoración de los testimonios y señaló que las declaraciones brindadas por las víctimas J. A. S. y E. S. y por C. A. S. son discordantes entre sí, que los tres testigos refirieron temer a otras personas y que jamás tuvieron problemas con la familia N..-

Destacó que C. S. escuchó el nombre de A. N. en el Hospital, que J. S. si bien identificó a A. N. jamás aportó características de la identidad de su atacante y que E. S. sólo pudo decir que alguien encapuchado

lo hirió pero que no lo vio, que no lo recuerda.-

Agregó que el testimonio de la señora P. V. en nada aportó ni sustentó la presencia de N. en el lugar ese día como tampoco su autoría en los hechos denunciados y que fue ella quien le contó a su esposo -C. M.- que A. había baleado su casa.-

Sostuvo que el testimonio del Oficial B. se encuentra lleno de inconsistencias, falsedades y contradicciones y lo puso en duda por ser el único que afirmó que hubo un enfrentamiento armado con N. y que portaba un revólver, lo que a su entender se contrapone con lo testimoniado por el Oficial L. quien no refirió a ningún enfrentamiento armado.-

Resaltó como esencial el testimonio del Oficial V. quien afirmó haber realizado el rastrillaje en toda la zona, con resultado negativo, ya que no se encontró material balístico ni tampoco manchas hemáticas, lo que pone en duda que S. y S. hayan sido heridos en el lugar en el que sitúan a su defendido.-

Criticó el análisis de la secuencia temporal efectuado por la Dra. A.: la agresión armada a la vivienda de la señora V., las lesiones a S. y S. y por último la persecución policial del individuo vestido de negro supuestamente armado.-

En base a ello afirmó que la Juez supuso que N. disparó cuatro tiros calibre 38 en calle M. XXX de un revolver que tiene sólo cinco alveolos y luego de ello sin solución de continuidad hirió a S. y S. cuando en el arma no quedaba más que una bala y que a pesar de ello la Magistrada tuvo por cierto que salieron del arma por lo menos tres disparos más y que

otros no salieron por causas ajenas al atacante, lo que se desvirtúa con la pericia balística N° 191/16 que concluyó que el arma calibre 38 era apta para disparar.-

Objetó la cadena de custodia señalando que de acuerdo a los dichos del funcionario policial Aranda el proyectil que se le extrajo a S. fue retirado por él de la Seccional Cuarta para ser preservado y que el Ministerio Público Fiscal no pudo acreditar que ese proyectil fuera el mismo que se le había extraído a S..-

En el mismo sentido criticó el procedimiento para el secuestro de las prendas de vestir de las víctimas que fueron retiradas por el Oficial Edmundo Whon de la Seccional Cuarta de Policía adonde fueron enviadas desde el Hospital Regional.-

Y también la pericia balística realizada por la Lic. M. V. F. de la que resaltó que no se condicen los números asignados al momentos de ser levantados los objetos, con los que le llegan a la perito, lo que a su criterio indica que fueron manipulados, violentados los sobres y cambiados por otros con diferentes números. -

Atacó al testimonio brindado por A. U., ex pareja de N. y madre de su hija, señalando que su intención fue perjudicarlo acusándolo de comprar, alquilar y negociar armas con el señor R. C., quien en debate acreditó ser el dueño legal de las armas que se secuestraron y negó haberle prestado o alquilado armas a A. N..-

Por último consideró desproporcionada la pena impuesta opinando que debió ser graduada en el caso en concreto teniendo en cuenta

el fin social, los principios de progresividad y proporcionalidad y los atenuantes, lo que sumado a la inaplicabilidad del agravante del Art. 41 bis del C.P., norma que tachó de inconstitucional, debió redundar en una pena menor. Citó un fallo de ésta Cámara en lo Penal integrada con Jueces de extraña jurisdicción (“Albistur”).-

Hizo hincapié en que su asistido no fue el autor material de las lesiones de sus amigos S. y S., que no baleó ninguna casa ni utilizó armas de fuego y en definitiva solicitó su absolución y subsidiariamente, para el caso de no prosperar sus planteos, que se quite el agravante del Art. 41 bis del C.P. y en consecuencia se reduzca la pena impuesta. Hizo expresa reserva del caso federal.-

2.- A su turno la Fiscal General, Dra. Camila Banfi Saavedra, contestó los agravios esgrimidos por la defensa.-

Señaló que la impugnación es una mera discrepancia con la valoración probatoria efectuada por los Magistrados quienes han sido prolijos y han valorado de acuerdo a la sana crítica y a la íntima convicción todos los elementos arrimados al debate, asignando un valor importante a los testimonios que fueron espontáneos y coherentes dando sustento a la teoría del caso fiscal.-

Puntualmente para responder a los agravios remitió a lo sostenido por los Jueces en la sentencia atacada y realizó una extensa transcripción de sus votos.-

Solicitó la confirmación de la sentencia y de la pena impuesta en todos sus términos.-

3.- El Ministerio Público Fiscal formuló acusación en los siguientes términos: Primer hecho: El día 16 de Octubre de 2016, siendo aproximadamente las 13.30 hs., en circunstancias en que P. D. V. se encontraba en el interior del dormitorio de su vivienda sita en calle O. M. N° XXX de esta ciudad, arribó al lugar A. N. en compañía de al menos dos sujetos más de sexo masculino que hasta el momento no pudieron ser identificados, todos a movilizándose a bordo del rodado Chevrolet, modelo Corsa dominio XXX-XXX, color verde, ocasión en que A. N. valiéndose de un arma de fuego calibre 38 mm. efectuó al menos cuatro disparos a la vivienda de mención impactando dos de ellos en la puerta de acceso y los otros dos restantes en la ventana frontal provocando su ruptura, para acto seguido darse a la fuga rápidamente por calle M. en dirección a Avenida R. de esta ciudad. Segundo hecho: El día 16 de octubre de 2016, siendo aproximadamente las 14:30 hs., en circunstancias en que J. A. S. y E. S. se encontraban caminando por calle H. casi intersección con L. J. de esta ciudad, A. N. junto a otros sujetos no identificados, arribaron al lugar a bordo del rodado Chevrolet modelo Corsa, color verde, descendió del mismo portando un arma de fuego calibre 38, se dirigió hacia los primeros mencionados y les manifestó: "... hijos de puta ustedes me prendieron fuego la casa...", haciendo referencia al incendio de la vivienda ubicada en calle L. M. XXX, lugar de residencia el mencionado. Inmediatamente N. apuntó contra la humanidad de S. y S. y con claras intenciones de acabar con la vida de los mismos, le efectuó un primer disparo a E. S. quien ante ello salió corriendo en dirección a una escalera aledaña que conduce a la parte alta del

barrio, aprovechando esa ocasión para efectuarle dos disparos más los que impactaron en su espalda. Seguidamente disparó contra S. impactando el proyectil en su glúteo izquierdo lo que provocó su cayera al suelo logrando reincorporarse rápidamente corriendo por calle L. M. en dirección a H., donde a escasos metros cayó nuevamente al suelo, oportunidad en que N. se colocó frente a él, apuntó sobre su abdomen y gatilló tres veces no logrando provocar los disparos por causas ajenas a su voluntad. En esos momentos comenzaron a llegar a lugar los familiares de S. y S. por lo que N. se dio a la fuga. Producto del accionar de A. N., J. S. presentó herida de arma de fuego en región de pelvis izquierda con orificio de ingreso en glúteo izquierdo sin orificio de salida provocándole fractura de cadera que le ocasionaron una incapacidad laboral y tiempo de curación mayor a 30 días. Por su parte F. E. S. sufrió una herida de arma de fuego en región de hipograstrio y en escroto que le ocasionaron una incapacidad laboral y tiempo de curación mayor a 30 días. Tercer hecho: Seguidamente arribó al sitio indicado el Oficial Eduardo B. junto al Sargento H. D. L. a bordo del móvil policial XXXXX, quienes, ante la sindicación de las víctimas y personas que se encontraban en el lugar, lograron interceptar en calle L. C. a la altura catastral XXX, a A. N., el cual ante la voz de alto policía dada por el Oficial B., apuntó al móvil policial y efectuó tres disparos no logrando causar lesiones a los numerarios, momento en que ese accionar fue repelido por el Oficial B. efectuando disparos con su arma reglamentaria lo que motivó que N. se dé a la fuga del lugar introduciéndose en el interior de la vivienda emplazada en L. C. XXX transitando por el techo de la misma y así atravesar las viviendas vecinas

siendo perdido vista por los efectivos".-

Finalmente N. resultó absuelto a instancias del Ministerio Público Fiscal por el hecho calificado como abuso de armas agravado por ser cometido contra un miembro de las fuerzas policiales, del que resultara víctima el Oficial Eduardo B., por el beneficio de la duda.-

Por otro lado, en relación al hecho calificado como abuso de armas por el que fuera requerido y del que resultara víctima la señora P. V. los juzgadores entendieron que N. no tenía pleno conocimiento de que en el interior de la vivienda hubiera moradores, y en virtud de que la figura del abuso de armas requiere que el sujeto activo direccione la agresión armada hacia una persona y no hacia un objeto decidieron su absolución por la ausencia del tipo objetivo.-

II.- Conforme surge de la reseña precedente, la Defensa ha planteado la nulidad de la Acusación, y con ello de todo el trámite posterior, por haber sido suscripta solo por un Funcionario del Ministerio Público Fiscal, Dr. Olazábal, el cual a su vez concurrió también en soledad a la Audiencia prevista por el art. 295 del CPPCh., cuando el dispositivo prevé (tercer párrafo), que a la misma debe asistir el Fiscal actuante en calidad ello de requisito de validez, lo que en el supuesto de no ocurrir debe ser subsanado inmediatamente por el Juez del acto, a quién se le exige poner en conocimiento de tal ausencia al Superior jerárquico del Fiscal remiso, y eventualmente, al Consejo de la Magistratura.-

Aquí la Dra. Banfi, Fiscal del caso, si bien no asistió al evento referido, concurrió al Debate, y allí convalidó todo lo actuado por el

Funcionario sobre el que debía efectuar supervisión, y la Dra. Suárez, Juez de dicha Audiencia Preliminar, llevó a cabo la misma, tal lo ya expuesto, sin la presencia de la Fiscal, no subsanó la irregularidad, y no realizó las comunicaciones aludidas.-

El art. 112 del rito en su segundo párrafo, establece que los Funcionarios del Ministerio Público se encuentran habilitados para intervenir en los actos propios de la etapa preparatoria, hasta el inicio del Debate, sin perjuicio de la responsabilidad del Fiscal del que dependen. El precepto efectúa una remisión a la Ley orgánica de la Dependencia, V Nro. 94, la cual en su art. 27 estipula lo propio, y alude a la supervisión que de sus tareas debe efectuar el Fiscal encargado del caso, quién es el obligado a fin de dirigir la investigación (art. 25 inc. a)).-

No caben dudas que el Ministerio Fiscal en su actividad debe responder a las exigencias de los principios que gobiernan su tarea, legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica (art. 194 C. Ch.), y que para ello es un colectivo estratificado, aunque son los Fiscales, de Impugnación, Jefes y/o Generales los que ejercen la acción penal pública (art. 38 CPPCh.), sin perjuicio de valerse de la colaboración de Funcionarios, que no obstante no son Fiscales, pues para su designación, que se hace mediante un procedimiento interno del Ministerio Público, se requiere menos experiencia profesional, y poseen, por ende, menos responsabilidades que aquellos, a los que designa el Consejo de la Magistratura, deben reunir mayores requisitos, y asumen otras incumbencias, pues, insisto, detentan el ejercicio de la acción penal pública.-

En el sub judice, la Acusación pública ha respondido, desde un análisis somero de validez, a las pautas regladas en el art. 291 del CPPCh.. Y de la actividad del Ministerio Fiscal no se ha desprendido irregularidad idónea al nivel de obturar, impedir, desnaturalizar o menoscabar el ejercicio del derecho de defensa del imputado. No se advierte vicio en tal sentido, y sin él la invalidación que se pretende no puede declararse (arts. 161/164 CPPCh.).-

A todo evento, la esforzada Defensora de confianza identificó tal vicio en que el Estado manifestó su voluntad de perseguir penalmente a su pupilo mediante un agente no habilitado para ello. Ya hemos reseñado las normas vigentes al respecto, y las mismas ponen la actividad de los Funcionarios de Fiscalía en una zona gris, especialmente en la etapa intermedia del proceso, la que trascurre desde la formulación de la Acusación hasta el Debate.-

Aunque lo concreto es que los habilita a efectuar todos los actos del segmento, supervisados por el Fiscal del caso. La cuestión entonces se traslada al tenor de dicha supervisión. Aquí la Dra. Banfi avaló expresamente, en Juicio y en la Audiencia previa a este acto, el desempeño de su colaborador, por lo cual desde lo formal las exigencias del complejo normativo referido se hallan cumplidas.-

Considero que existen, vinculados al planteo de la Defensa, dos planos que no deben mezclarse. El atinente a la validez, que como venimos expresando, debe resolverse en favor de la inexistencia de vicio alguno, ni de perjuicio al ejercicio del derecho de defensa, mucho más

si tenemos en cuenta que el régimen de nulidades del rito vigente es de interpretación restrictiva, tendiente a desalentar declaraciones de esa clase, ya que no toda irregularidad procesal las provoca, y que en última instancia, la ausencia de la Sra. Fiscal en la Audiencia Preliminar tanto como la omisión de la Magistrada del acto de proceder al respecto como la norma indica, se relacionan con otro plano, el eventualmente disciplinario, pero que no ha afectado los actos esenciales del Juicio previo del art. 18 de la CN.-

En definitiva, el requisito de validez que estipula el art. 295 del CPPCh., como asociado a la presencia física del Fiscal ha sido subsanado con la postura de la Dra. Banfi en los actos posteriores convalidando el trámite previo.-

Por lo tanto, el agravio no puede prosperar, sin perjuicio de reiterar que este Tribunal en varios precedentes ha advertido respecto de la trascendencia de la Audiencia Preliminar, por constituir una instancia en la cual se resuelven incidencias, y en el supuesto de así corresponder, se despeja el camino hacia la realización del Juicio Oral, cuya finalidad debe ser determinar la solución justa el litigio.-

Es lo que no se ha verificado en autos, y lo que eventualmente deberán observar los Magistrados de grado en el futuro.-

III.- En el adelanto de la presente decisión pusimos de resalto un aspecto del caso que formó parte de la deliberación, atinente al tenor de la supervisión mencionada que deben ejercer los Fiscales sobre el desempeño de los Funcionarios, y la relación de ello con el éxito de los intereses que tutela al Ministerio Público.-

Lo primero que se impone resaltar es que si bien existe la delegación de funciones en un colectivo como el Ministerio Público, organización plural destinada a satisfacer de mejor manera el cumplimiento de sus fines específicos, la supervisión asociada a ella no debe transitar por el sendero de una laxitud tal, que en los hechos signifique su ausencia, lo cual constitucionalmente no sería posible, pues la acción penal pública la ejercen solo los Fiscales dentro de ese colectivo.-

En el sub judice la investigación transitó por ciertos caminos equívocos que si pusieron en riesgo algo, no fueron las garantías legales del acusado, sino su propio éxito. Los reseñaremos a lo largo del tratamiento del agravio atinente a la supuesta arbitrariedad del Tribunal en la apreciación probatoria, pero el primero de ellos radicó en una falencia explicativa de los antecedentes de los sucesos que se pretendieron endilgar al encartado, constitutivos del móvil de su conducta, que si bien no forma parte del tipo objetivo de los delitos enrostrados, su comunicación a aquellos que debían decidir sobre el reproche formulado sin dudas ayudaba a que prospere el mismo.-

El día de los hechos la vivienda del Sr. N. había sufrido un incendio, este interpretó que fue intencional, y salió en compañía de otros sujetos a tomar venganza por mano propia. En el contexto de un conflicto suscitado por el dominio territorial de esa zona de esta ciudad, de larga data y generador de múltiples expedientes judiciales, lo primero que habría realizado fue efectuar disparos de arma de fuego contra una vivienda que asociaba al grupo antagonista, de lo cual fue absuelto, y por ello el evento ha

quedado fuera de los términos en que debemos expedirnos.-

No obstante, los damnificados, P. V. y C. M., fueron elocuentes, la primera en que desde un móvil marca Chevrolet Corsa de color verde se dirigieron disparos de arma de fuego hacia su vivienda, cuatro al menos, dos que impactaron en la puerta de acceso y otro que ingresó por la ventana, mientras en la casa estaban ella y sus hijas, agregando que al salir observó al conductor del rodado, que era A. N., a quién conocía del Barrio; el segundo, que dejó su trabajo ante tal suceso, y regresó a la casa por el pedido de su pareja V., al llegar a los alrededores divisó a N., a quién también conocía, al que la Policía le daba la voz de alto.-

Debemos ingresar a esta altura en dos cuestiones previo a continuar con el análisis.-

La primera tiene que ver con las razones de la absolución recaída respecto del hecho referido. El art. 104 del CP., en lo que refiere al Abuso de Armas, responde a los caracteres de los Delitos de peligro concreto, exige que se dirijan disparos de arma de fuego hacia personas, por lo cual su distinción con el Homicidio Tentado resulta particularmente dificultosa, a punto tal que cierto sector de la Doctrina se ha pronunciado por su profunda reformulación (conf. Javier De la Fuente en Código Penal comentado, Ed. Hammurabi, Tomo 4 pags. 112 y ssgts.).-

No obstante, allí se encuentra, vigente, por lo que se impone darle un alcance. En tal menester, se presenta como vinculado al peligro concreto que si se dispara hacia una vivienda habitada, apuntando a sus puertas, ventanas, tal peligro existe, por lo cual el tipo objetivo de la

figura se verifica, si es que ello no constituye un delito más grave, dado el carácter de subsidiario del precepto.-

A todo evento, lo que parece no haber quedado probado fue que N. haya realizado los disparos, tal como lo sostuvo la Juez A., de allí, duda mediante, su postura absolutoria.-

La segunda cuestión radica en las implicancias del principio de adquisición probatoria. Una vez ingresada válidamente al Juicio Oral, la prueba pierde identidad con quién la ofreció, y respecto de a qué hecho o circunstancia iba destinada a acreditar, pues se convierte en un todo que en su interrelación, puede poseer una definición distinta a la de la suma de sus partes, pues comienzan a jugar por ejemplo los indicios, en la medida en que sean serios, plurales y concordantes con el resto del plexo.-

Concretamente, si bien por el suceso que damnificó a V. N. fue relevado de cargos, desde las expresiones de aquella quedó comprobado que el imputado se movilizaba en un rodado, acompañado, y desde el cual se efectuaron disparos de arma de fuego, instantes previos a las lesiones sufridas por S. y S..-

El argumento consistente en que las piezas probatorias destinadas a acreditar un evento, sobre el que no recayó condena, no pueden utilizarse en cuanto a otro suceso, ambos parte del mismo proceso y acontecimiento histórico, representa una forma de interpretación de la prueba que colisiona contra el principio aludido, que no es más que una derivación de la sana crítica racional, el método establecido legalmente en cuanto al punto (art. 25 CPPCh.).-

S., si bien no reconoció a la persona que utilizó una arma de fuego en su contra, le dirigió más de un disparo a corta distancia, y le expresó que era por venganza, sostuvo que el episodio antecedente a ello fue el incendio en la vivienda de la familia N..-

Pero fue J. S. quién identificó al tirador, su amigo A. N., el que desplegó una conducta similar a su respecto como la descripta por S., habló del antecedente del incendio, dijo que le comunicó todo a su padre, C. S., quién a su vez, como su hijo, afirmó haber recibido presiones y amenazas del entorno de la familia del acusado para que retiren la denuncia. Es más, ambos transmitieron la idea que otros habitantes del Barrio, muchos vecinos, sabían de lo acaecido pero por temor a represalias, no habían querido declarar.-

En el peor de los supuestos, el más favorable al encartado, podríamos tomar al testimonio de S. como único designador de culpabilidad, y aplicarle el esquema propio de tal, como hemos decidido en más de un precedente (Sentencias nros. 7/05 y 22/14).-

En ellos hemos advertido sobre el mayor nivel de estrictez que requiere tal esquema, una consistencia notoria al nivel de la coherencia interna del testimonio, y su apoyo en otros elementos de convicción del plexo, ya en orden a su coherencia externa.-

Podríamos interrogarnos sobre la razón por la cual J. S. adjudicó la conducta reprochada en su contra, que le generó dolencias, que aún padece, un menoscabo de la movilidad que persiste, a la espera de la implantación en su cuerpo de una prótesis en la cadera que le permita

recobrar algo parecido a su cotidianeidad anterior al hecho de autos, respecto de lo cual remito al desarrollo de la Sentencia en cuanto a la prueba médica, aspecto no cuestionado por la Defensa, a un amigo suyo de años, manteniendo su versión a pesar de las represalias anunciadas por su entorno hacia él y su familia. No ha sido argumentada otra que no sea que así ocurrió. Y quizás la víctima haya vencido el temor a raíz del profundo, y mantenido aún hoy, malestar en su salud generado por la conducta del imputado, lo cual representaba un potente indicio de credibilidad de su versión, la que se mantuvo a lo largo del tiempo, en líneas generales, sin modificación.-

Una postura de mayor rendimiento a los intereses del encartado quizás hubiese sido intentar sembrar la duda sobre la identidad del tirador, siempre dentro del universo de la familia y/o el entorno de aquel. Pero lo concreto es que más allá de lo que venimos exponiendo sobre la investigación, el Ministerio Público presentó un caso basado en la versión potente de una de las víctimas, la cual en sí misma resultó una explicación posible de lo acaecido, y su contraparte puso énfasis en negar la tesis contrario, sin proponer otra explicación, una propia, de los sucesos.-

Un claro ejemplo de ello ha sido el aserto sobre la cantidad de munición usada en el episodio ocurrido en el frente de la casa de V., incompatible con la cantidad de disparos recibidos por S. y S., número total que excedía el contenido de un cargador del arma presuntamente utilizada, excepto que el imputado haya usado dos cargadores, entre un suceso y otro, lo cual pudo ser perfectamente posible a tenor el tiempo

transcurrido entre ambos.-

Otra fue que la Defensa en Debate, y con el fin de cuestionar la firmeza de la exposición de S., intentó introducir "actas" relativas a declaraciones "testimoniales" presuntamente tomadas en un Estudio Jurídico, conforme las cuales S. y S. habrían rememorado los acontecimientos de una manera diferente a la que expusieron luego en Juicio. Desde ya que ambos negaron que tales entrevistas se hayan llevado a cabo.-

En un sistema ritual de corte acusatorio y adversarial, la Defensa puede buscar evidencias, y convertirlas eventualmente en prueba, a efecto de sostener su caso, lo cual resulta indiscutible. Tanto como que en dicha actividad, como en todas las que atañen al proceso penal, debe conducirse respetando el principio de buena fé (art. 122 CPP), uno de sus rectores, el cual alcanza a todas las partes.-

Evidentemente lo correcto, si de lo que se trata es de un cambio de versión de las presuntas víctimas de un delito, que ya fueron entrevistadas por el Ministerio Fiscal, pasa por que concurran nuevamente a esa sede a retractarse durante la etapa preparatoria, o ya en calidad de prueba testimonial, se expresen en Debate, oportunidad en la que los testigos pueden ser interrogados por todas las partes, e imperan los principios de bilateralidad, contradicción, e inmediación.-

Labrar "actas" que no lo son, pues para que lo sean se requiere un fedatario, calidad que los profesionales liberales del Derecho no poseen, pretender darles un valor probatorio que no pueden tener, hacerlo en un sitio que no es el indicado, representa litigar de una manera disociada de

la buena fé, por lo cual nunca se debe ni siquiera considerar otra alternativa de introducción de tal información al proceso que no sea la ya referida, en el Ministerio Fiscal en la etapa preparatoria si se trata de un delito de acción pública, o ya directamente, en el Juicio Oral.-

S. mantuvo su declaración en Debate, fue contra examinado por la Defensa y su testimonio quedó incólume, resultó coherente internamente, y externamente, por lo cual ya con ello, en la medida en que la Sentencia reposó sobre el mismo, no es posible coincidir con la tacha de arbitrariedad del Fallo propuesta por la esforzada Defensora.-

IV.- Sentado ello, las críticas atinentes al presunto incumplimiento de las normas que gobiernan la "cadena de custodia", en este caso del arma de fuego incautada en la vivienda del testigo C., lo que se dirigía a desmerecer la pericia balística que halló compatibilidad entre ella, los proyectiles hallados en la vivienda de V. y en el cuerpo de las víctimas, pierden virtualidad. No obstante, cabe brevemente referir a ciertos aspectos de la investigación y del trámite seguido judicialmente.-

En primer término, a C. no parecía quedarle bien el traje de testigo, si lo que sostuvo el Ministerio Fiscal fue que le suministraba armas de fuego a N., concretamente, la usada en el hecho.-

Se cernía sobre su persona un potencial reproche asociado a alguna figura propia de la participación criminal, o a algún delito específico, lo cual invalidaba su carácter de órgano de prueba, pues un testigo, ante todo, debe ser objetivo, lo cual en virtud de lo expuesto C. nunca podía llegar a ser, a riesgo de, posiblemente, auto incriminarse.-

Pero su testimonio fue ofrecido por la Defensa, al contestar el traslado del art. 294 del CPPCh. El precepto regla que la parte "podrá" oponerse al progreso de la pretensión de los Acusadores, de diferentes formas, y ofrecer prueba.-

Tal carácter facultativo del ofrecimiento probatorio en tal instancia encontraba compatibilidad con el art. 295 de la redacción histórica del rito, que admitía a la Defensa expresamente la chance de incorporar prueba en la propia Audiencia Preliminar. Aunque en el año 2010 se reformó el texto legal, y tal habilitación manifiesta fue derogada, no obstante la posibilidad no fue obturada.-

Entonces la cuestión quedó sometida a interpretación judicial, la cual se ha dado en sentidos múltiples.-

En última instancia, como dispone el art. 299 de la ordenanza procesal, es el Tribunal de Juicio el soberano en la materia, y vencido el término de incorporación probatoria, siempre ha de existir la chance, aún en la etapa de impugnación (art. 385 CPPCh.), para la Defensa, de peticionar nuevas pruebas en tanto existentes pero desconocidas hasta allí, o directamente obtenidas posteriormente. No debe olvidarse tampoco que existe el Recurso de Revisión que lo permite con tal lógica aún contra Sentencias firmes.-

No se comprende muy bien la razón por la cual en la Audiencia Preliminar el imputado no podría ofrecer pruebas. El Fiscal y la Querella deben hacerlo al presentar la Acusación pues es un recaudo propio del art. 291 del rito, y va de suyo que pretender llevar una persona a Juicio

por la presunta comisión de un delito debe realizarse sobre la base de cierta información adquirida, pues sino tal petición debería ser rechazada por infundada.-

Pero el acusado además de poder cuestionar los medios de prueba de sus oponentes, debe tener la chance de generar los propios, y la instancia para la discusión de todo ello resulta ser la Audiencia Preliminar. Si la Defensa propone probanzas imposibles de controlar, ya en su pertinencia o seriedad para sus contrapartes en tal acto, la cuestión se resuelve con otorgarles a Fiscal y Querella un término para poder hacerlo, suspendiendo el Juez la Audiencia, garantizando así los principios de bilateralidad y la contradicción.-

Aquí, la Magistrada de la etapa decidió en sentido inverso. Como la Defensa ofreció pruebas luego del término establecido por el art. 294, lo rechazó, N. arribó al Juicio Oral sin las mismas, y su asistente técnica, correctamente, efectuó el replanteo del tema ante el Tribunal de Juicio, el cual sin conocer el caso pues le estaba vedado interiorizarse del hecho antes del Debate, y ante el riesgo de vulneración del derecho de defensa, aceptó los medios de prueba del acusado, sin demasiado análisis pues no podía hacerlo, y allí ingresó un testigo como C., que nunca pudo haber sido tal, como ya lo expusimos.-

Sin dudas, la postura de los Jueces del Debate fue correcta, y a todo evento un pequeño matiz para agregar a su decisión pudo haber consistido en que la incorporación de la prueba pedida por la Defensa pudo haberse resuelto luego de los alegatos de inicio, cuando ya estaban

interiorizados del caso, y por ende, podían apreciar la pertinencia de la misma.-

Sin perjuicio de ello, si la etapa intermedia consiste en una instancia destinada a depurar el proceso, rechazando imputaciones inconsistentes, consagrando soluciones alternativas si corresponde, decidiendo los planteos de nulidad que hubiere, depurando la prueba a efecto que solo los hechos controvertidos sean tratados en Juicio, mediante los elementos de convicción dirimentes, aquí ello no ocurrió, pues de contrario C. nunca pudo haber sido admitido como testigo.-

A él, el Ministerio Fiscal llegó a través de un dato proporcionado por la ex pareja de N., la que lo había denunciado por sucesos de violencia por ella padecidos, en la Comisaría de la Mujer, lo que tuvo su correlato en el Fuero de Familia. Atribuirle el carácter de testigo de "identidad reservada" tampoco encontraba demasiada explicación, lo que representó otro aspecto irregular de la investigación y del trámite jurisdiccional, aunque reitero que ello no puso en riesgo garantía alguna en la medida que la imputación jurídico penal dirigida a N. reposó en el testimonio especialmente de J. S., su coherencia interna, y externa en tanto avalado por otras piezas del plexo que demostraron que siempre mantuvo su versión, creíble, por otra parte.-

Todo lo demás, probablemente cuestionable, no tuvo demasiada incidencia en la Sentencia en análisis, y en última instancia, tanto los Jueces de grado poseen la facultad de valerse de los elementos de convicción que consideren relevantes, descartando los que no lo son, como

esta Cámara tiene la de confirmar los pronunciamientos utilizando un discurso jurídico diferente del revisado, en la medida que tenga anclaje en prueba rendida, surgiendo ambas chances de la propia sana crítica racional, y del extremo consistente en que lo que nos ata resultan ser los agravios, y no los argumentos.-

En resumidas cuentas, y por los motivos enunciados, la Sentencia no incurrió en arbitrariedad alguna, por lo cual la crítica efectuada no debe ser admitida.-

V.- En torno al art. 41 bis del CP., tengo una postura asumida, la que no coincide con la de mis pares ni con la enunciada hasta aquí por la Sala Penal del Superior Tribunal, expresada en múltiples precedentes (Sentencias nro. 34/15 y 16/16, entre otras), y que coincide con la interpretación del precepto en su relación con el art. 79, propuesta por la Defensa.-

Considero que la totalidad de los argumentos invocados en los precedentes citados no han sido aún materia de pronunciamiento por la Corte Provincial, por lo cual mantengo mi postura, minoritaria, respecto del tema y a ellos remito en honor a la brevedad respecto del desarrollo de la cuestión.-

VI.- En cuanto a la dosificación, he de partir de la escala seleccionada por mis colegas y los Jueces de grado, y en tal sentido, una persona que sale a buscar venganza indiscriminadamente, lesiona a conocidos, gravemente, creyendo que tuvieron algo que ver con un incendio intencional en su morada, no parece tener internalizada la forma de resolver

conflictos pacíficamente, que es lo que el Derecho, como creación social, persigue que los individuos acepten. Ello, a título de Juicio de Culpabilidad, sin dudas representa un agravante de la pena.-

La aludida gravedad de las Lesiones a S. y S. opera en ídéntico sentido, y con ello basta para sostener que la sanción seleccionada por el Tribunal de Juicio fue un ejercicio de racionalidad en cuanto a la respuesta contingente adecuada, y corresponde que sea confirmada. Así voto.-

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

I.- Con la finalidad de evitar reiteraciones innecesarias me remito a la completa reseña efectuada por quien lidera la votación, toda vez que contiene los antecedentes fundamentales de lo actuado en la presente instancia.-

El primer agravio planteado por la impugnante es dirigido a la determinación del tribunal grado de rechazar el planteo de falta de acusación, a su entender de manera indebida.-

1.- Reedita el cuestionamiento sustentado en dos circunstancias, que la acusación no fue suscripta por la Fiscal General, solo por un Funcionario de Fiscalía y que tampoco asistió a la audiencia preliminar, resultando clara la manda legal del art. 295 C.P.P. en cuanto constituye un requisito de validez de dicho acto, lo que implica en definitiva que su asistido no ha sido acusado y llevado a juicio de acuerdo a lo que las normas constitucionales y convencionales establecen, reclamando en definitiva se revoque la sentencia recurrida con la consecuente

desvinculación de su asistido.-

Para principiar la respuesta que merece el planteo y ubicar correctamente la cuestión considero pertinente remarcar que el ritual en relación a la invalidez de los actos procesales y su sanción establece un sistema de nulidades netamente restrictivo y solo aquellos actos cumplidos con inobservancia de los derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional, en los tratados internacionales de protección de los derechos humanos, en la Constitución de la Provincia y en el Código no podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuesto de ella y seguidamente establece que el saneamiento del acto se produce cuando, no obstante la irregularidad, ha conseguido su fin respecto a todos los interesados (arts. 161 y 162 del C.P.P.).-

Las dos circunstancias que dan sustento al cuestionamiento desde luego se verifican en el caso, no obstante todo lo actuado por el funcionamiento de Fiscalía ha sido convalidado y ratificado por la Fiscal General al inicio del debate, quien además remarca que todo ello ha sido bajo su dirección y supervisión, llevando adelante las medidas de prueba durante investigación preparatoria que luego dieron sustento a la acusación.-

Por otra parte la normativa vigente habilita a los funcionarios de fiscalía a actuar en la etapa preparatoria y hasta el inicio del debate, desde luego debe entenderse bajo la supervisión de los Fiscales a cargo (art. 112 del C.P.P. y ley V Nº 94), no obstante el art. 295 del mismo cuerpo legal establece como requisito de validez de la audiencia preliminar la

presencia del Fiscal y del defensor. Esta aparente colisión normativa, como bien han considerado los jueces de grado, se supera producto de una interpretación sistemática y armónica de las normas involucradas en el entendimiento que el Ministerio Público Fiscal ejerce las facultades y funciones que le asigna el art. 195 C.Ch. como cuerpo a través de sus funcionarios y órganos auxiliares, y así lo ha plasmado el legislador al introducir modificaciones al art. 112 del citado cuerpo legal.-

Puedo convenir con la Defensa que, dada la relevancia del acto que contempla el art. 295 del C.P.P., sería saludable la presencia del Fiscal a cargo; no obstante en la medida que el funcionario actúe dentro de los límites que establece la ley, siguiendo instrucciones y supervisado por su superior no es factible la sanción que pretende la impugnante.-

La invalidez del acto se produciría en el supuesto que la acusación no cumpla con las exigencias del art. 291 del C.P.P. lo que no verificamos en el caso pues reúne básicamente los requisitos allí establecidos, o bien quede expuesta una absoluta ausencia de control de la actividad por el Fiscal a cargo, circunstancia algo compleja de determinar ante la falta de definición del concepto, pues no queda del todo claro de que forma se ejerce dicha supervisión, o en extremo que haya intervenido un agente de dicho Ministerio no autorizado por la ley; pero en definitiva el Funcionario de Fiscalía se encuentra habilitado expresamente más allá de los reparos que ello genera, en definitiva la nulidad no puede prosperar, maxime como ya señalara, la Fiscal a cargo convalidó todo lo actuado por el Funcionario al inicio del debate quedando en claro que el ejercicio de la

acción penal la detentan los Fiscales (art. 195 C.Ch.).-

Por último entiendo pertinente señalar que tampoco advertimos en el caso una hipotética afectación al derecho de defensa ni al debido proceso desde que los hechos atribuidos son concretos, no han sido alterados en el curso de proceso, fueron informados debidamente, la defensa pudo ejercer plenamente su ministerio formulando sus postulados, ofreciendo prueba y controlando aquella propuesta para la acusadora; contrariamente apreciamos que esta forma de actuación del Ministerio Público Fiscal, habilitada desde luego legalmente, muchas veces atenta contra el éxito del reproche lo que se ve reflejado en este caso, ya que de cuatro hechos atribuidos al imputado solo resultó condenado por dos incluso la Fiscal General en el juicio debió desistir de formular acusación en relación a uno de ellos.-

No en pocas oportunidades he dicho que las reformas introducidas al ritual propuestas desde la Procuración General, entre tantas al art. 112 del C.P.P., en nada han contribuido a mejorar el proceso penal en función de los principios que lo gobiernan (Sent. Nº 4/2017 autos "E. M. D. s/ Homicidio r/v"), quedando expuesto que inicialmente la dirección de la investigación no es llevada adelante efectivamente por su titular sino por aquellos auxiliares que lo asisten, siendo en definitiva la hipótesis policial la que plasman en los reproches sin profundizar en otras o bien, como en el caso, sin explicar debidamente porque sucedieron los hechos, aspecto sumamente relevante para la correcta comprensión y análisis del caso, aunque ello no integre las exigencias típicas del delito, presentando

acusaciones sin nada novedoso, formalmente correctas, puesto que describen hechos concretos y ensayan una adecuación típica posible, pero reitero no las explican.-

En el caso bajo análisis se extrae que se trata de una serie de episodios concatenados generados a partir del incendio de la vivienda de la familia N., y a modo de represalia la actuación de al menos uno de sus miembros, quien en el entendimiento que el siniestro fue intencional atentó contra la vida de terceros en la creencia que esas personas tenían vinculación con ello.-

2.- Descartados los argumentos esgrimidos por la impugnante relativos a la invalidez de actos esenciales del proceso con los reparos y observaciones formuladas corresponde ingresar al segundo agravio planteado por la Defensa en cuanto considera que su asistido fue condenado producto de una sentencia que se ha apartado de las reglas de la sana crítica e interpretado los hechos y la prueba en su perjuicio, ya que los elementos rendidos en el juicio solo pueden dar paso a un veredicto absolutorio, ya que no es el autor.-

Para iniciar mi análisis considero pertinente volver sobre el resultado del juicio, en cuanto C. A. N. resultó absuelto por dos de los hechos que se le atribuían, y si bien tal decisión no puede ser objeto de examen por este cuerpo, es imprescindible su consideración para el correcto estudio del caso y verificar si los Magistrados se ha apartado de las reglas que rigen la ponderación de la prueba, en el sentido que las mismas no fueron suficientes y contundentes para determinar la autoría de la agresión

con arma de fuego sufrida por E. S. y J. A. S..-

a.- No fue controvertido durante el juicio que efectivamente el día 16 de octubre de 2016 siendo aproximadamente pasadas las 13hs., un grupo de al menos tres individuos se aproximó a la vivienda de la familia M. ubicada en calle M. Nº XXX de esta ciudad, y uno de ellos efectuó al menos cuatro disparos con arma de fuego, calibre 38, impactando dos en la puerta de acceso y dos en la ventana, para luego darse a la fuga. En el interior de la vivienda se encontraba la esposa del Sr. M., P. D. V. y otros familiares, dando aviso a su marido quien se hallaba en su lugar de trabajo, en tanto vecinos hicieron lo propio a la policía.-

Por este hecho el imputado resultó absuelto, no por no haberse acreditado la existencia del mismo o la autoría, sino que los jueces de grado recurrieron a solución dogmática inclinándose por la atipicidad de la conducta en los términos que fue reprochada por el Ministerio Público Fiscal –Abuso de Armas art. 104 C.P.- considerando que tal proceder encuadraría en la figura del delito de daño, entendiendo así que no podían seleccionarla puesto que resultaría sorpresivo para la defensa, ya que de mutar la calificación legal, aún por una más leve, violarían el principio de congruencia.-

Como acabo de mencionar tal decisión no puede ser objeto de examen, no obstante dejo en claro que no la comparto pues disparar con un arma de fuego de grueso calibre contra una vivienda en la que se encuentran sus moradores, dirigidos a los lugares de ingreso o aberturas de sus dependencias, tiene otra connotación y significación

luciendo como más acertado el análisis inicial que en minoría realizó la Dra. A., en cuanto dejo planteada la duda respecto a la identidad del sujeto que efectivamente efectuó los disparos ya que en la oportunidad se presentan tres individuos siendo uno de ellos A. N., pero lo que queda en claro es que el hecho existió y el imputado integraba el grupo agresor.-

b.- También destaqué que el Ministerio Público Fiscal no pudo sostener los cargos por otro de los hechos, cuando funcionarios policiales perseguían al imputado para aprehenderlo y presuntamente éste habría efectuado disparos con el arma de fuego contra uno de los preventores, lo que no pudo acreditarse fehacientemente aunque no la persecución policial porque de ello hay suficientes elementos sobre lo que la impugnante señaló además que tampoco se pudo determinar la identidad del sujeto que perseguían, pero lo que no se discute es que existió una persecución luego de que S. y S. fueran gravemente lesionados con arma de fuego.-

c.- La esforzada defensora sostuvo que si las pruebas rendidas a fin de establecer estos dos hechos no alcanzaron para sostener en un caso los cargos y en el otro para condenar, mal pueden ser considerados para avalar el reproche por los que en definitiva resultó condenado.-

Esta apreciación de la recurrente no es de recibo como tampoco lo es aquella que deja planteada en cuanto a un supuesto complot contra su asistido de vecinos, de la autoridad policial y hasta mediática, parecería que el rótulo que corresponde es “todos contra los N.”; pero las pruebas han sido suficientes y contundentes para determinar la autoría de los

atentados contra la integridad física de dos personas y la ponderación de los magistrados del Tribunal de Juicio luce correcta, sin fisuras, el razonamiento seguido es uniforme y sin incurrir en contradicciones que llevan a posicionarse, adelantando opinión, por la confirmación de la sentencia de condena.-

Para dar respuesta a tales cuestionamientos entiendo pertinente destacar que todo acontecimiento con trascendencia jurídico-penal puede acreditarse por cualquier medio de prueba, a excepción de aquellos que no autoriza la ley u obtenidas en forma irregular o incorporados al juicio de un modo no habilitado y se pueden utilizar siempre que no resulten afectadas garantías constitucionales, ni resulte obstaculizado el control de las otras partes, desde luego considerando siempre la pertinencia y utilidad de las mismas, las que serán valoradas según la sana critica, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia.-

Se trata en definitiva de los principios de libertad probatoria y de legalidad y una vez que ingresaron al juicio, cumpliendo todas estas exigencias, sin violentar garantías constitucionales y con el debido control de las partes, deben ser valorados por los Jueces conforme las reglas que rigen la ponderación de la prueba en proceso penal (arts. 165, 166, 168, 25 y 26 del CPP y 46 y 48 C. Ch.); por lo tanto aquel postulado de la impugnante consistente en que no es posible valerse de pruebas referidas a hechos por los que fue absuelto, como ya adelanté, no es de recibo y toda la prueba que ingresó válidamente al juicio para acreditar los episodios a

instancia de la parte acusadora o de la defensa para desacreditarlos deben ser valorados, y en su caso explicar los sentenciantes porque toman unas y porque se apartan de otras, asignándole valor a cada una de ellas, lo que así han efectuado.-

Ya expuse en el punto anterior que el caso bajo análisis importa una serie de hechos concatenados generados a partir de un supuesto atentado contra el inmueble de la familia N., y por ello con más razón, resulta imprescindible una valoración integral del plexo probatorio.-

3.- Luego de este siniestro, no se encuentra controvertida la existencia de una agresión armada contra la vivienda de la familia M. cuando en su interior se hallaban moradores y cobra fundamental importancia el testimonio de la Sra. P. D. V. quien ante tal situación salió de la casa y pudo apreciar que la agresión provenía desde un automóvil Chevrolet Corsa, color verde, estacionado frente al inmueble, identificando a su conductor quien era acompañado por otros dos sujetos que no pudo individualizar aunque estimó que uno de ellos podía tratarse de otro de los N..-

Tampoco se encuentra controvertido que funcionarios policiales tomaron intervención ante los avisos dados por vecinos y que la Sra. V. dio cuenta a su marido quien debió trasladarse hasta su domicilio desde su lugar de trabajo apreciando en el recorrido incidentes, entre ellos la persecución de un individuo por la autoridad policial, siendo informado detalladamente por su esposa de lo acontecido de manera exacta a lo expuesto por la nombrada en su declaración.-

También se pudo determinar los daños ocasionados y el calibre del arma empleada a partir de las inspecciones, constataciones e informes técnicos respectivos, y dirá la Sra. V. que su hijo R. M. y sus sobrinos de apellido P. han tenido problemas con N. dando indicios serios que explican los motivos de esta agresión.-

Posteriormente, a escaso margen de tiempo se produce el segundo y tercer hecho, que resultan en definitiva aquellos por lo que fue condenado C. A. N., cuando E. S. y J. A. S. caminaban por calle H. casi intersección con calle L. J. fueron interceptados por un sujeto armado que descendió de un automóvil Chevrolet Corsa, color verde, y luego de recriminarles que habían sido quienes prendieron fuego su casa, comenzó a disparar primero a S. (3 disparos) y después a S. (1 disparo), a quien incluso luego de que cayera le apoyó el arma sobre el abdomen gatillando en reiteradas ocasiones sin producirse los disparos.-

Mas allá de la clara significación de la conducta emprendida por el agresor, quedó suficientemente acreditada la existencia y gravedad de las lesiones sufridas por ambos jóvenes padeciendo aún secuelas uno de ellos y que las mismas fueron provocadas por arma de fuego calibre 38, aspecto no cuestionado en curso del debate, por lo que no cabe observación alguna a las conclusiones de los jueces del tribunal de juicio relativa a la afectación causada por las acciones desplegadas por el autor.-

Los elementos de prueba mencionados van constituyendo una sólida base que adjudica verosimilitud a la sospecha sobre la identidad del sujeto que atentó contra la vida de S. y S., pero además el agente actuó a

cara descubierta, expresó los motivos por los que procedía, lo hizo en su ámbito barrial y una de las víctimas era su amigo, siendo quien en definitiva en forma precisa y contundente lo sindica como el agresor y a ello debe aditarse, a partir de la intervención policial, que fue identificado en la persecución no solo por los funcionarios intervinientes sino también por el Sr. M. cuando se dirigía a su domicilio.-

Los cuestionamientos que formula la Defensora relativos al valor adjudicado a este testimonio intentando mostrar su falsedad a partir de una situación absolutamente irregular, como es la recepción de una declaración en un estudio jurídico con pretensiones de hacerla valer en juicio y en la cual presuntamente S. niega que A. N. sea el autor de la agresión, luego de haber sido entrevistado por la Fiscalía en el marco de la investigación preliminar, lo que fue acertadamente rechazado por el Tribunal aquo, resulta al menos intolerable desde que implica una afectación al principio de buena fe que debe guiar la actuación de las partes en el proceso, además de carecer absolutamente de valor para fundar una sentencia en consideración a lo previsto por los arts. 186, 258, 278, 314 y cc. del Código Procesal Penal.-

Por otra parte y para reforzar la respuesta, debe tenerse presente que las características fundamentales del sistema de valuación de la prueba imperante son: "…la inexistencia absoluta de dogmas legales sobre la forma en que se deben probar los hechos y sobre el valor acreditante que debe otorgársele a cada prueba, de modo que el juez puede admitir cualquier medio de prueba que estime pertinente para comprobar el objeto de

conocimiento. Pero ello no implica de ninguna manera un arbitrio absoluto del juzgador, pues fuera de aquella amplitud referida al principio de la libertad probatoria, se le impone su valoración conforme a los principios de la sana crítica racional, o sea que debe apreciar la prueba y fundar su decisión basándose no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indica la psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano (Eduardo Jauchen. Tratado de Derecho Procesal Penal T II, pag. 718/719, ed. Rubinzal Culzoni).-

Resultando entonces que la sana crítica del Juez otorgará valor a las evidencias para dar sustento a la construcción, nada impide que ella se apoye esencialmente en único testigo cuando el mismo está dotado por un lado de coherencia interna y por otro de coherencia externa, es decir que resulta corroborado con datos que previenen de una fuente distinta y en tal dirección esta Cámara ya se ha pronunciado en no pocas ocasiones – Sentencias Nº 12/2013, autos "P., M. s/ Homicidio", carpeta Nº 4812 de fecha 27/5/2013; Nº 21/2013, autos "C., L. A. s/ Homicidio r/ víctima", carpeta Nº 4179, de fecha 7/8/2013; Nº 16/2014, autos "S. Q. s/ investiga Tentativa de Homicidio", Carpeta Nº 5166, de fecha 18/6/2014, las dos primeras confirmadas por el Superior Tribunal de Justicia por Sentencias Nº 11/2014 y 22/2014 respectivamente.-

En definitiva considero que la crítica de la defensa se reduce a exponer nuevamente la teoría del caso desarrollada en el juicio sin efectuar un cuestionamiento serio y profundo a los argumentos brindados por

los jueces del Tribunal. Emerge del pronunciamiento el proceso de análisis e interpretación de la prueba bajo las pautas antes mencionadas, encontrándose así suficiente y debidamente fundado permitiendo comprender el razonamiento seguido por los Sres. Jueces; por lo tanto descarto absolutamente que estemos frente a una sentencia arbitraria.-

Los parámetros enunciados han guiado la decisión y los jueces han ponderado adecuadamente la declaración, la confrontaron con otras pruebas y en tal dirección cobran fundamental importancia no solo los testimonios de las personas que ya he mencionado, sino también de aquellos que asistieron a la victima, a quien inmediatamente les informó la identidad de su agresor, como así también el de S., que pese a no individualizar al sujeto describió el suceso en forma absolutamente coincidente con S..-

En lo demás las críticas que formula la impugnante no tienen trascendencia, ni demostró de que manera debieron ponderar los jueces de grado la prueba para arribar a otra conclusión, o de que forma las pruebas de descargo desvirtuaban aquellas traídas por el acusador, solo el inicial cuestionamiento a la actuación del órgano acusador ha dejado expuesta deficiencias en la investigación, sobre lo que ya efectué algunas consideraciones críticas, a las que debemos sumar que no se logra entender por qué la joven A. U. ha sido mantenida como testigo de identidad reservada cuando era fácilmente comprobable la conflictiva relación que mantuvo con el imputado signada de violencia, quien brindó información relevante respecto a la manera que su ex-pareja se hacía de armas para cometer ilícitos, a lo que se le adjudicó verosimilitud indicando a una

persona como la que le suministraba armas, sin embargo no fue traída a este proceso como imputado cuando indudablemente de ser así le cabe responsabilidad.-

Ahora bien, lo paradójico es que ese individuo llegó al juicio como testigo de la defensa, propuesto al tribunal de grado al inicio del debate y admitido frente al incorrecto rechazo en la audiencia preliminar, y al mas elemental análisis era más que lógico que C. niegue haber entregado armas al imputado porque de lo contrario reconocería algún grado de participación en los ilícitos y la valoración de este testimonio solo puede realizarse desde esta premisa.-

4.- Por último y en subsidio la defensa cuestionó el monto de pena impuesto a su asistido, considerándolo excesivo fundado esencialmente en la inaplicabilidad del art. 41 bis del C.P. que eleva la escala penal de los delitos cometidos mediante el empleo de arma de fuego.-

a.- Introduciéndonos al caso bajo examen, el Tribunal de Juicio ha resuelto por unanimidad aplicar la agravante. Sabemos que la incorporación del Art. 41 bis del Código Penal ha traído aparejado un intenso debate y la cuestión que plantea no es sencilla, encontrándonos con sólidos posicionamientos disímiles al respecto tanto doctrinaria como jurisprudencialmente.-

Teniendo presente que la agravante se sustenta en el mayor poder vulnerante de las armas de fuego, e insisto, mayor peligro para la vida e integridad física de las personas y mayor indefensión de la víctima, debiendo analizarse si se emplea o se vale el autor de ella para no correr

riesgo, es decir actuar sobre seguro y que la violencia o intimidación debe ser previa, el caso que analizamos de acuerdo a sus circunstancias de realización, permite avizorar que los jueces han efectuado una correcta valoración para concluir por la aplicación.-

En tal dirección tengo dicho que su aplicación no es automática, pues debe realizarse un previo y pormenorizado análisis del caso concreto, ya me he pronunciado en reiteradas oportunidades, cabe citar las sentencias Nº 13/2012, 22/2013, 16/2014, 16/2016 y 18/2017 sin dejar de atender también precedentes de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia en tal dirección, autos "G., A. H. s/ Homicidio", Expte. Nº 22094, Sent. Nº 26/2011, "B., F. A. s/ Homicidio agravado", Sentencia Nº 65/2011, "M., N. M. s/ Homicidio", Sent. Nº 27/2014.-

En el caso el imputado se valió del arma de fuego para asegurar el resultado neutralizando cualquier reacción de las víctimas o de un tercero que estuviera en condiciones objetivas de resistir aquel ataque. No podemos dejar de considerar que S. y S. fueron sorprendidos cuando caminaban por la vía pública sin posibilidad de reacción frente a un sujeto que inmediatamente comenzó a dispararles con un arma de grueso calibre en reiteradas ocasiones, atinando las víctimas solo a huir, siento arteramente agredidas; así S. luego de recibir el primer disparo en la huída recibe otros dos en la espalda, en tanto S. fue alcanzado en el glúteo y al caer el agresor intentó rematarlo sin éxito al no accionarse el mecanismo del arma.-

Por todo lo expuesto hasta aquí, no se observa una afectación a los principios de legalidad y non bis in idem al aplicar, los

jueces, la agravante que prescribe el art. 41 bis del Código Penal, quienes han ponderado el plexo conforme las pautas rituales, dando debida y suficiente fundamentación a sus conclusiones sin observar fisuras, por lo tanto no puede prosperar este agravio, correspondiendo su rechazo, y así voto.-

b.- Descartando el argumento central para lograr la disminución de la sanción, también solicitó la impugnante que se imponga pena por debajo del mínimo legal, puesto que según su apreciación el Tribunal no atendió la individualidad de la persona juzgada y su contexto, tales como la relación de amistad, escasa edad entre otros.-

Si bien la intensidad del reproche que debe hacerse a C. A. N. viene dada en la medida de su culpabilidad, además, esta respuesta punitiva debe ajustarse conforme a los principios de proporcionalidad, racionalidad, mínima intervención, última ratio, pro homine, etc., procurando en definitiva a la reinserción social del nombrado de acuerdo a sus condiciones personales.-

Es así que para individualizar una respuesta contingente con apego a aquellos principios es fundamental ingresar por el mínimo de la escala penal que fija el delito en el que fue subsumida la acción del autor, y desde allí proyectarse a individualizar la pena en base al catálogo de agravantes y atenuantes que propone nuestro código penal. Al respecto Esteban Righi dice: *"Sin embargo, las pautas que ofrece el art. 41, CPen., son considerablemente ambiguas, si se tiene en cuenta que no dice cuánto incide cada una, ni siquiera cómo gravitan. Así, por ejemplo, la previsión de*

que el juez tenga en cuenta la edad del condenado, deja sin precisar si la mayor o menor edad debe ser considerada atenuante o agravante." (Esteban Righi, Derecho Penal, Parte general, pag. 528., Ed. Abeledo Perrot).-

La antijuridicidad de la acción y la consecuencia que conlleva la aplicación de la sanción con la que es conminada, es un conocimiento en condiciones de ser actualizado por gran parte de la ciudadanía, pues ese es el punto de partida para hacer operar el principio de igualdad (art. 16 del Const. Nac.) al momento de determinar la pena aplicable al caso concreto, teniendo especial consideración de aquellas circunstancias excepcionales que así lo ameriten.-

Tampoco fue puesto en duda que N. comprendió la criminalidad de su acción, y nada hace pensar que estuvo imposibilitado de proyectar las consecuencias directas que en definitiva devendrían de su accionar.-

Por último no puede escapar a éste análisis que debemos tener por agravante el dolo directo de la conducta homicida, en razón de que basta con que el autor se represente como posible resultado y es abarcado por la voluntad realizadora del tipo para que las acciones sean subsumidas en la figura del Homicidio agravado por el empleo de armas de fuego en grado de tentativa de los arts. 79, 41 bis y 42 del CP y en igual dirección he de considerar la magnitud del daño ocasionado en virtud de que aún una de las víctimas no ha superado las graves secuelas de la agresión, circunstancias correctamente consideradas para determinar la dosis de pena y que comparto plenamente y por todo ello no encuentro ningún argumento válido para

proceder a una reducción del monto de pena, que como ya adelanté se ajusta a los principios que la gobiernan y mi voto por la negativa.-

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

I.- Me remito íntegramente a la reseña del caso que ha expuesto el Juez Montenovo, toda vez que la misma contiene los antecedentes fundamentales de lo actuado 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.- Nulidad del juicio por falta de acusación válida.-

1) Entiendo que este planteo reconoce una posible subdivisión en el análisis estrictamente procedimental, en el sentido que el ordenamiento procesal penal autoriza la intervención de Funcionarios de Fiscalía, en la suscripción del documento de la acusación pública, sin perjuicio de la supervisión del Fiscal general actuante -argumento tomado de los arts. 112 del CPP, 27 de la ley orgánica del Ministerio Público Fiscal n° V, 94 (antes ley 5057), y ccs.-.-

Ahora bien, tal como lo postula la recurrente, sin embargo los arts. 114, 295 y ccs. del ritual continúa exigiendo la presencia del fiscal en la audiencia preliminar, de manera entonces que la interpretación sistemática más razonable nos indica que resulta siempre exigible su comparecencia; por más que el Funcionario haya estado en contacto con la investigación, suscripto la acusación, concurrido a audiencias a lo largo de la etapa penal preparatoria, etc.-

2) Una vez sentado todo ello, a título de ejes rectores de

la controversia planteada, otra cuestión es la fundamentación constitucional a esta altura del procedimiento, es decir: cuando se celebró ya la audiencia de debate, sobre la base de aquella audiencia preliminar cuestionada en su validez; y sin que se observe que la Fiscal general haya desautorizado, en ningún momento, todo lo actuado previamente por su subordinado/supervisado, ni reformulado la tesis de la acusación, reorientado la investigación, etc.; entonces a esta altura del proceso, además, resulta necesario para proveer favorablemente un pedido de nulidad, como el que interesa la Defensa –que podría extenderse a todo el juicio, por sus consecuencias-, que se demuestre la existencia de un agravio constitucional, y luego que también este gravamen le ha causado a la parte, con seguridad, un perjuicio real de tal entidad, que justifique la grave sanción. Sobre el particular, recordemos que la Corte Suprema estadounidense a través de la doctrina del caso "Chapman vs. California", de 1967, determina que un error constitucional puede no ser perjudicial (*harmless error*).-

Entiendo que esto último es lo que ocurre en el presente caso, teniendo en cuenta que -como decíamos-, ninguna sorpresa, ni modificación, etc. se derivó de la intervención personal de la Fiscal general en la audiencia de debate, en relación con lo actuado previamente por el Funcionario de Fiscalía; entonces en el marco de la revisión integral que supone el recurso ordinario del acusado, en la presente instancia, no corresponde receptar favorablemente el agravio de marras.-

3) A mayor abundamiento, recordemos que en esta materia debe regir el principio de trascendencia de las nulidades procesales,

tal como lo reconoce la jurisprudencia constante y reiterada de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia provincial, en el sentido que: "...sin perjuicio de su función de garantía, ... debe andarse **con cuidado** en materia de nulidades...los Tribunales, en general, han expuesto reiteradamente que esta sanción procesal es **último recurso** y que se debe atender tanto a la letra de la ley aplicable en la materia cuanto a la **efectiva vulneración del derecho** que la irregularidad implica. En otras palabras. La nulidad está apareada a la expresa determinación de la norma y, **fundamentalmente, al efecto pernicioso del acto sobre concretos derechos** de quien o por quien se reclama, ya que **no** hay nulidades en solo beneficio de la ley o nulidad por la nulidad misma. El **principio de trascendencia** ... importa considerar que no hay correctivo si la desviación no tiene trascendencia sobre garantías **esenciales** de la defensa en juicio, ya que las nulidades no tienen por finalidades satisfacer pruritos formales sino **enmendar los perjuicios efectivos** que pudieren surgir de la desviación ... En el mismo sentido debe exponerse que es deber irrenunciable de quien invoca la nulidad de un acto -y de **modo fundamental** de la sentencia que pone fin al proceso, luego del debate oral y público- demostrar que la eventual exclusión habrá de conducir de modo **decisivo y eficaz** a una solución distinta y que 'de otro modo (la) impugnación carece de justificación que la sustente. Toda nulidad se vincula con la idea de defensa; si el vicio no priva a la parte de su ejercicio ni afecta la garantía en cuestión, la nulidad **debe rechazarse**'..." (cfr. Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, sentencias n° 28/07 del 23/3/07 y 25/09 del 27/4/09, entre otras, voto del Ministro Pfleger -el destacado ha sido agregado

al original-).-

En apoyo de todo cuanto se viene desarrollando en el presente, finalmente recordemos que también ha sostenido la CSJN que: "… en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación **restrictiva** y solo cabe anular las actuaciones cuando un vicio afecte un derecho o interés legítimo **y cause un perjuicio irreparable**, sin admitirlas cuando **no** existe una finalidad práctica, que es razón **ineludible** de su procedencia. En efecto, la nulidad por vicios formales … exige, como **presupuesto esencial**, que el acto impugnado tenga **trascendencia** sobre la garantía de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho …" (Fallos, 325:1404, consid. 7°, el destacado me pertenece).-

III.- Arbitrariedad en la valoración de la prueba.-

1) En la etapa correspondiente a la deliberación, hemos acordado que no es admisible el agravio subsidario del recurso ordinario contra la sentencia de condena, en el sentido que nos hallaríamos frente a un fallo arbitrario por errónea valoración de la prueba. Para ello, habremos de reiterar como prólogo el criterio tantas veces utilizado en nuestros precedentes, y que sigue también los lineamientos de la doctrina legal de la Sala Penal del STJ, en esta materia; cuando ha sostenido que para que concurra esta causal de descalificación de la labor jurisdiccional, la sentencia debe "padecer estos vicios: …. 1. la ausencia de razones. 2. razones que trasiegan de modo intolerable o inexcusable las reglas de la lógica, la experiencia o la psicología o se apartan palmariamente de la ley. 3. el mero imperio de la voluntad del Juez. 4. el argumento autoritario que desecha

aquello que es dirimente a la solución del caso" (sentencia nº 29/15 de fecha 23 de noviembre de 2015, en los autos caratulados "M., M. E. y otros s/ H. a N. R. s/ Impugnación extraordinaria", expte. nº 100.013, voto del Ministro Pfleger) –ninguno de los cuales se observa en el presente caso-.-

Recordemos que el sistema de la "… *libre convicción* exige *fundamentación o motivación* de la decisión, esto es, la expresión de los motivos por los cuales se decide de una u otra manera, y, con ello, la mención de los elementos de prueba que fueron tenidos en cuenta para arribar a una decisión y su valoración crítica (exigencia externa). Ella exige también que la valoración crítica de los elementos de prueba sea *racional*, aspecto que implica demandar que respete *las leyes del pensamiento* (lógicas) y de la *experiencia* (leyes de la ciencia natural), y que *sea completa*, en el doble sentido de fundar todas y cada una de las conclusiones fácticas y de no omitir el análisis de los elementos de prueba incorporados, exigencias con las cuales se pretende lograr que la decisión se *baste a sí misma*, como explicación de las conclusiones del tribunal (exigencia interna). Precisamente, esas exigencias están íntimamente ligadas al control de la sentencia, por la vía de la casación, y a los límites de ese control. Es también por estas exigencias que el **método valorativo** se conoce con el nombre de *sana crítica o crítica racional*…" (cfr. Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal, I Fundamentos*, edit. del Puerto, Buenos Aires, 2004, 2ª edición, 3ª impresión, p. 871, el destacado me pertenece).-

2) En primer término, hemos de analizar el testimonio de la víctima J. S., como lo hace el Derecho comparado, a partir de una

consolidada jurisprudencia –por ejemplo, del TS español-, que en materia de valoración racional y crítica de las aportaciones del testigo-víctima, consagra "tres criterios de apreciación" de su credibilidad, a saber: "la ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones procesado/víctima", la "verosimilitud", y "la persistencia en la incriminación" (A. Ibáñez, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, edit. Hammurabi, año 2009, Bs. As. ps. 121 y ss.).-

a) En nuestro caso, no se encuentra controvertido que existía una relación de amistad entre J. S. y el acusado, a punto tal que ello constituye uno de los motivos fundantes de la impugnación ordinaria, para cuestionar la autoría del hecho; de manera entonces que, en absoluto, podrá sospecharse que la imputación del testigo de cargo hacia N., obedece a razones de enemistad, resentimiento, venganza, etc.-

b) En lo concerniente a la persistencia en la incriminación, la Defensa no ha podido acreditar que ella hubiera declinado a través del tiempo, desde que fue imposible poner en tela de juicio la versión de S., a partir de documentación emanada del entonces Defensor de confianza, que tuviera intervención con anterioridad. Resulta sorprendente la estrategia utilizada en relación con un testigo de cargo, a quien la contraparte habría contactado privadamente, para obtener así prueba que lo deslegitime.-

Está acreditado que el Oficial ayudante (de servicio) de la Seccional Primera, B. L. A., fue el primero en entrevistar a las víctimas, en el Hospital regional, y estamos ante un fuerte valor "corroborador" del testimonio de referencia del funcionario prevencional (Nieva Fenoll,

Fundamentos de Derecho Procesal Penal, edit. B de f., año 2012, p. 249); que resulta incuestionable, por cuanto no se trata de un supuesto en el que la declaración de oídas o referencial, sea la única o decisiva evidencia contra el acusado. Además, Aranda fue contrainterrogado por la Defensa, en relación con el conocimiento que pudiera tener de la familia N., en razón del ejercicio de la función policial, aclarando el testigo que pertenecía a otra jurisdicción.-

Entrevista contemplada en el art. 278, 7° párrafo, CPP (cfr. Moreno Holman, Leonardo *Teoría del caso*, edit. Didot, año 2012, págs. 62 y ss.): "Se entiende por entrevista aquella técnica investigativa consistente en el proceso de comunicación que se produce, de manera informal, entre dos personas y en virtud de la cual se obtiene información relevante y de interés para el entrevistador … Ocupan un lugar preponderante en esta importante actividad investigativa los **interrogatorios efectuados por la Policía** o el Ministerio Público a **la víctima**, los funcionarios aprehensores y los testigos. De estos interrogatorios surgen, habitualmente, antecedentes de **gran interés** para construir y reafirmar la imputación fiscal…" (el destacado se ha agregado al original).-

En concreto, ya desde el inicio la víctima S. sindicó al encartado como el autor del hecho; en el contra-examen de la Defensa de confianza al testigo Aranda, con apoyo en las actuaciones prevencionales documentadas, quedó bien en claro que fue el nombrado S. quien incriminó a N., en consonancia con el resto del cuadro probatorio.-

c) Por último, el análisis de verosimilitud del relato ha quedado también debidamente asegurado en la sentencia de condena.-

Cabe aclarar previamente, en relación con el agravio relativo a la valoración de probanzas que se relacionan con los hechos por los que, en definitiva, se absolviera a N., que en virtud del principio de adquisición procesal (o de comunidad de la prueba) es legítimo merituar cualquier elemento de prueba que se haya incorporado válidamente al debate, aún cuando algún segmento de los hechos no fuera incluido, luego, en la condena; pero estando sí acreditado que la secuencia fáctica temporal, en su momento, vinculó a todos los sucesos (v.g. la declaración testimonial de P. V., que corrobora que el día del hecho el imputado se conducía en un vehículo "Corsa" de color verde, momentos previos al ataque a S. y S.; extremos corroborados también por su marido, el testigo C. C. M.).-

A. Ibáñez en la obra ya citada, enseña: "Corroborar, para lo que aquí interesa, es dar fuerza a una afirmación inculpatoria de fuente testifical con datos probatorios de otra procedencia. Donde fuerza es calidad convictiva. Algo que solo trasmiten los elementos de juicio que gocen de ella, es decir, los obtenidos de una fuente atendible y dotados de contenido informativo contrastado. Pues la adición de indicios o indicadores débiles no corrobora ni refuerza…. corroborar es reforzar el valor probatorio del aserto de un testigo relativo al hecho principal de la causa, mediante la aportación de datos de una fuente distinta, referidos no directamente a ese hecho, sino a alguna circunstancia que guarda relación con él, cuya constatación confirmaría la veracidad de lo declarado por el primero…" (ps. 124 y 125).-

En esta inteligencia, se computan las siguientes pruebas: pericias, en cuanto a las lesiones sufridas por las víctimas, testimonios de los

médicos tratantes A. D. L. (S.), J. P. H. (S.), de guardia R. A. Y.; prueba documental historia clínica n° XXXXXX (S.); e informe del Médico forense O. A. L. Respecto al arma de fuego utilizada como instrumento del delito: los aportes de la testigo A. N. U., ex-pareja del imputado, debidamente corroborados; lo que descarta la pretendida animosidad contra el encartado – se incautaron municiones en el domicilio de N., armas en poder de "R.", el peluquero (C.), sindicado por U. como el proveedor de las mismas a su excompañero, etc.-.-

Un párrafo aparte merece el argumento relativo a la presunta cantidad de disparos realizados con anterioridad al hecho en perjuicio de S. y S., el cual no resulta dirimente, en razón que bien pudo volver a cargarse el arma, a título de una de las posibles hipótesis explicativas; adviértase que no ha podido reconstruirse históricamente, con precisión, todo el *iter* desplegado por el autor del hecho, sin perjuicio de la proximidad temporal acreditada entre los diversos tramos del suceso, conforme ya se señalara precedentemente.-

Cadena de custodia del secuestro de proyectiles: se destaca que no está comprometida la validez de la pericial balística de la Lic. F., por cuanto los magistrados aplicando la sana crítica y siguiendo el razonamiento de la Fiscalía, han concluido en tener por válido que el material examinado, es el mismo que fuera incautado por la Prevención policial.-

En apoyo de lo expuesto, la doctrina procesal enseña que: "… el material probatorio debe reunir las condiciones de *legalidad y*

autenticidad para que sea admisible en un proceso penal. Entendemos que éste es el *quid* de la distinción en lo que a sus efectos jurídicos legales refiere. La *legalidad*, versará sobre la recolección y obtención del material, observando el respeto a los derechos humanos y a la normativa expresa que rija en la materia; en cambio, la *autenticidad* refiere concretamente al procedimiento para su obtención, fijación, recolección, embalaje, traslado, y transferencia desde su detección hasta su exhibición, y en caso de incumplimiento, la parte interesada deberá demostrar que dicha evidencia resulta ser veraz, tal como se señaló, respetándose el principio de *autenticidad* (llamado por la doctrina, en un incorrecto uso del idioma, 'principio de mismidad'). Ello nos lleva a concluir que, la inobservancia de los presupuestos que hacen a la legalidad del elemento probatorio, conducirá a la declaración de nulidad; por el contrario, la sospecha o afectación a la autenticidad, no hará el peritaje nulo, sino que el elemento debitado estará **sujeto a la comprobación** de dicha cualidad, y la valoración que en definitiva según **las reglas de la sana crítica** el juzgador le brinde…" (cfr. Carolina Spósito, en su artículo *Cadena de Custodia. Efectos jurídicos de su afectación*, publicado en *Revista de Derecho Procesal Penal*, edit. Rubinzal – Culzoni, tomo 2012-2, ps. 283 y ss., con cita de Jáuchen, el destacado me pertenece).-

El tribunal de juicio criticó, sin embargo, la ausencia de exhibición de los secuestros en el debate –destacada por la Defensa-, en el marco de los arts. 208, 326 y ccs. del CPP; sin perjuicio que, en el caso concreto, entiendo ello no incide en el resultado final de la valoración del

cuadro probatorio de cargo, por las razones ya apuntadas, y siempre en el ámbito de la aplicación del método de la sana crítica.-

IV.- 1) Entiendo aplicable, en definitiva, a todo cuanto se ha venido exponiendo, y en respaldo de la sentencia condenatoria, lo que se enseña en la obra *La duda en el proceso penal* (de Jordi Nieva Fenoll, edit. Marcial Pons, Bs. As., año 2013, ps. 149 y ss.), en el sentido que: "…La corroboración de lo declarado, es decir, la coherencia del testimonio con el resultado de otras pruebas, no es ya que pueda ser llevada a cabo por el juez, sino que debe ser realizada siempre e invariablemente si es que desea valorar debidamente la prueba. En ocasiones, como suele suceder con **el razonamiento presuntivo**, sólo disponemos de esas corroboraciones periféricas, **a modo de indicios**. Su debida motivación permite la exposición de las presunciones, de manera que los litigantes puedan conocer adecuadamente el razonamiento probatorio del juez… La finalidad en todo caso es resolver el *dubium*. Si el juez, lejos de dejarse llevar por juicios intuitivos, es capaz de **detectar en las declaraciones de los sujetos procesales elementos fiables para motivar sus conclusiones**, es muy probable que el porcentaje de incógnita presente en el proceso sea finalmente muy inferior a aquel que propició la celebración de dicho proceso. El juez, como se ha dicho, tendrá que ir interpretando los elementos citados **en función de quien sea el declarante**, porque desde luego no es lo mismo que se trate de un testigo, que del reo o la víctima, o de un perito. Todas esas personas pueden tener razones distintas para mentir, y el juez lo que tiene que hacer es **adaptar la valoración** de los elementos de convicción citados a

esas razones, motivándolo debidamente en su sentencia…" (el destacado me pertenece).-

Por lo que no procede echar mano del *in dubio pro reo,* en el presente caso, conforme la jurisprudencia de la CSJN, que sostiene invariablemente: "si bien es cierto que la invocación del principio in dubio pro reo, al momento de dictar sentencia , presupone un ánimo especial en el juez según el cual está obligado a descartar la hipótesis acusatoria si es que no tiene certeza sobre los hechos materia de imputación, no es lo menos que dicho estado debe derivar racional y objetivamente de la valoración de las constancias del proceso" (caso "Luzarreta , Héctor J. y otros…" , sentencia del 16/11/2010, sumario publicado en "Actualidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 2-2011", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Ed. Abeledo Perrot-Noviembre 2011, p.1966; citado en mi voto en la sentencia 12/14, entre otras).-

También en el mismo precedente recordamos que: en orden a este estándar probatorio, se indica que requiere su fundamentación en "**bases de pensamiento sólidas**"; habiéndose sostenido que, si bien es muy difícil probar un hecho "hasta las ultimísimas consecuencias", de lo que se trata es que la hipótesis alternativa a la que deriva de las inferencias inculpatorias, "no esté basada a su vez también en buenas inferencias". Porque si "por supuesto que todo puede haber sucedido de otro modo", de lo que se trata es de que esa hipótesis alternativa pueda ser demostrada; en consecuencia, si la misma –hipótesis alternativa- es la inocencia, pero no es posible esa demostración, entonces "**debe declararse la culpabilidad** si esta

última sí posee, en cambio, una **base inferencial bien construida**" (cfr. Nieva Fenoll, Jordi: *Fundamentos* …., ya citado, ps. 281 y ss., el destacado ha sido agregado al original, citado también en mis votos en las sentencias nº 22, 26 y 27/12, y 24/13, entre otras).-

Por su parte, en la obra *La valoración racional de la prueba*, de Jordi Ferrer Beltrán (edit. Marcial Pons, Bs. As., año 2007, ps. 41 y ss.), leemos: "…Ahora bien, si el sistema jurídico prevé para el caso la **libre valoración de la prueba**, entonces deberá valorarse el apoyo que cada elemento de juicio aporta a las hipótesis en conflicto, de forma individual y en conjunto. Con ello, deberá obtenerse un resultado que nos permita saber el grado de confirmación del que dispone cada una de esas hipótesis. Deben hacerse aquí dos observaciones importantes: en primer lugar, el resultado de la valoración de la prueba es **siempre contextual**, esto es, referido a un determinado **conjunto de elementos de juicio** … Si cambia el conjunto, por adición o sustracción de algún elemento, el resultado puede perfectamente ser otro … En segundo lugar, la libre valoración de la prueba es *libre* sólo en el sentido de que no está sujeta a normas jurídicas que predeterminen el resultado de esa valoración. La operación consistente en juzgar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aportan a una hipótesis está **sujeta a los criterios generales de la lógica y de la racionalidad** … Puede advertirse que ese apoyo empírico ofrecerá un grado de **corroboración** que, como ya señalara Popper, nunca será concluyente, pero, como él mismo advierte también, 'aunque no podamos justificar una teoría […], podemos, a veces, justificar nuestra *preferencia* por una teoría sobre otra; por ejemplo, si

su **grado de corroboración es mayor**' … Si el primero de los momentos, la conformación del conjunto de elementos de juicio, acoge la gran mayoría de especificidades jurídicas, este segundo momento (siempre que estemos en el ámbito de la libre valoración de la prueba) es *el* momento de **la racionalidad** … Se trata aquí, insisto, como en cualquier otro **ámbito del conocimiento**, de evaluar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aportan a una determinada hipótesis o a su contraria…".-

Creo haber contribuido, a través de todas estas precedentes consideraciones valorativas, a formar criterio en torno a despejar cualquier posible duda, en relación con una construcción o "armado" del caso que nos ocupa, sobre la base de un perjuicio en contra de una persona por su sola condición familiar, social, etc., e independientemente, de su conducta en concreto; por el contrario, son múltiples y de variado origen las probanzas que concurren, de modo convergente y unívoco, a apuntalar la autoría de C. A. N., en el presente hecho; convirtiéndola en la hipótesis más racional, para explicar y reconstruir históricamente lo sucedido.-

V.- 1) Sobre el particular de la aplicación del art. 41 bis CP, he de reiterar una vez más mi posición contraria al planteo, en casos de Homicidio doloso y su tentativa -tal como nos hemos pronunciado ya en plurales precedentes; por caso, en la sentencia registrada bajo el n° 21 -año 2010- folio 437, que fuera confirmada por la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, mediante sentencia nº 65/11, de fecha 1 de noviembre del año 2011, y también en las n° 27/11, 06/12, 22/13, 16, 22, 24/14, 22, 34/15, 16/16, y 18/17, todas de esta Cámara en lo Penal, entre otras-.-

En estos precedentes se tuvo presente, previo a toda otra consideración, que a diferencia de la técnica legislativa que el CP utiliza en los arts. 40 y 41, donde no se fija el carácter agravante o atenuante de los elementos a los que alude (v.g. el medio empleado para cometer el delito); en los noveles apartados *bis*, *ter* y *quáter* del citado art. 41, en cambio, es la propia ley la que define la calidad agravante de los supuestos como un factor general -y no dependiendo de la regulación de cada delito, en la parte especial del Código-, para luego modificar las escalas penales de dichas figuras especiales, mediante la variación de mínimos y máximos -es decir que, además, no se trata ya de pautas destinadas a la individualización judicial de la pena-.-

En el voto de la citada sentencia n° 21/10 recordé -entre otros fundamentos- que, según la jurisprudencia de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, la agravante debe aplicarse específicamente en el caso del delito de homicidio simple, pues "se trata de un delito **doloso** que exige violencia contra la víctima y **no** contiene en forma expresa dentro de su estructura la circunstancia agravante del empleo de un arma de fuego" (TS Córdoba, sala penal, agosto 27 de 2003, en *Suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal de La Ley*, octubre de 2003, p.73, el destacado ha sido agregado al original).-

Más ampliamente, también dicho Tribunal Superior ha sostenido que el art. 41 *bis* contiene una figura calificante, que actúa sobre todos los tipos que conforman la parte especial del Código Penal y leyes federales cuando esta circunstancia no se encuentre ya incluida como

circunstancia típica, y no constituye una mera agravante general, sino una norma que repercute sobre la magnitud de los marcos punitivos establecidos en la parte especial y las leyes complementarias, por la incorporación de una modalidad típica de ejecución de un delito violento (uso de arma de fuego) no contemplada por aquellos -causas: "Lezcano, José L." y "Márquez, Cristian A.", del 17/10/2003 y 7/7/2004, y sentencia 4/17, "Díaz", respectivamente, publicados en *Summa Penal. Doctrina - Legislación - Jurisprudencia*, Tomo IV, Patricia Ziffer, (Directora), Horacio J. Romero Villanueva, (Jurisprudencia), p. 3820, edit. Abeledo Perrot, Bs. As., año 2013-.-

En otros casos, también citados en la publicación referida, se advierte que el TSJ cordobés entendió respecto a la aplicabilidad de esta agravante, en el supuesto del delito de Homicidio, que es procedente dado que como medio violento el arma de fuego brinda más seguridad, al mismo tiempo que anula las posibilidades defensivas de su víctima, todo lo cual revela una superior magnitud de injusto (v. causas: "Nieto, Víctor H." del 27/8/2003, y "Márquez" ya citada *ut supra*).-

En cuanto a la argumentación que ha pretendido que el art. 41 *bis* CP violenta el principio de legalidad, y sobre todo en su variante de *lex certa*, comparto el criterio de la SCBA, en cuanto que: "la sola circunstancia de que la regla incorporada agregue una disposición genérica en la Parte General del Código Penal, destinada a jugar en relación a los tipos pertinentes de la parte especial,… no constituye una afectación del principio de legalidad" -del voto del Dr. Hitters- (cfme. SCBA 6/2/2008,

"S.S. y O.S. s/ Recurso de casación", P. 93.717; y también 25/4/2012, "P., J. E.", voto del Dr. De Lázzari, publicada en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, edit. AbeledoPerrot, noviembre 2012, ps. 1975 y ss.).-

En tanto, el TCPBA ha sostenido que: "…El artículo 41 bis del Código Penal -conforme ley 25.297- introdujo una agravante genérica, ante la imposibilidad de modificar delito por delito, como se hiciera a través de la ley 25.087 que llevó a los denominados abusos sexuales agravados a una escala más severa, en el caso del empleo de armas. La norma se aplica a los delitos que se cometen con violencia física contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego, cuando es factible llevarlos a cabo con otro tipo de armas o sin ellas -del voto del Dr. Borinsky -SD- -" (cfr. Trib. Cas. Pen de Buenos Aires, sala III, 2-10-2008, "S.C. A. s/ Recurso de casación", c. 5705); "… La agravante del artículo 41 bis del Código Penal ha sido **correctamente aplicada** en lo que respecta a los **delitos de homicidio y lesiones graves** pues, a diferencia, por ejemplo, del tipo penal de robo calificado, que alude al empleo de 'armas', vocablo que ineludiblemente comprende a las armas de fuego, los **tipos penales de los artículos 79 y 90 del Código Penal** no aluden específicamente a ningún medio comisivo en particular … las muertes o las lesiones cometidas dolosamente y 'sin armas' no impedirán la subsunción típica, lo que denota que el empleo de armas no forma necesaria y excluyentemente parte del tipo penal…" (cfr. Trib. Cas. Pen. Buenos Aires, sala III, 27-9-2007, "C.R. s/ Recurso de casación", RSD-642-7 S. En el mismo sentido Trib. Cas. Pen. de Buenos Aires, sala III, 15-4-2008, "B. V. s/ Recurso de casación", RSD-560-

8 S.) -cfr. Edgardo Alberto Donna en su obra: *El código penal y su interpretación en la jurisprudencia*, Actualización al 31 de diciembre de 2009, Tomo I, arts. 1° al 161, Editorial Rubinzal - Culzoni, p. 151 y 152-, el destacado me pertenece.-

Más recientemente, aquel Tribunal en pleno hubo de ratificar que "es aplicable la agravante genérica consagrada en el art. 41 bis. CPen., a la figura tipificada en el art. 79 del mismo cuerpo legal" (causa 36328, caratulada "R., F.A. s/ recurso de casación" rta. el 19/4/2013, publicado en *Jurisprudencia Argentina*, 3, Bs. As. 17/7/2013, y también en la sección Jurisprudencia, de la *Revista de Derecho Penal*, tomo 2013-1, edit. Rubinzal-Culzoni, "Culpabilidad: nuevas tendencias-II", director Edgardo Alberto Donna, agosto de 2013, ps. 305 y ss.).-

El voto de la mayoría sostuvo que: "… En el delito se considera tanto el desvalor de la acción como el del resultado y, en el primer caso, **la utilización de determinados medios puede significar un incremento del contenido de injusto de la conducta que se traduzca en un agravamiento de la sanción**, ya sea por la vía genérica del art. 41 del Código Penal, por la previsión de una agravante específica que califique la figura básica como en los supuestos de los incisos 2°, 5° y 6° del artículo 80 respecto del homicidio con veneno, por medio idóneo para crear un peligro común y con el concurso premeditado de dos o más personas; o mediante una agravante que si bien enunciada en forma genérica en la parte general del código, se trata de un tipo penal calificante con proyección sobre las diversas figuras de la parte especial perpetradas con violencia o intimidación

mediante el uso de armas de fuego" (el destacado me pertenece).-

Para concluir que: "… Un homicidio puede ser cometido de una infinidad de formas y a través de una innumerable cantidad de instrumentos. Entre todos ellos, **la ley puede distinguir lícitamente cuáles resultaron más violentos o eficaces y, por ende, más riesgosos** para los titulares de los bienes jurídicos. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con el homicidio que se comete con alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso. Cuando se han empleado armas de fuego, habiendo **desempeñado estas un papel fundamental en el atentado contra la vida de la víctima**, es posible advertir **un mayor contenido injusto en términos comparativos** y, con ello, una **razón legítima** para agravar el homicidio" (el destacado no pertenece al original).-

No ha de abordarse el tratamiento del pedido de fijación de pena por debajo del mínimo legal posible, por entenderse que este agravio fue formulado de modo subsidiario, y para el caso que prospere la cuestión relativa a la inaplicabilidad de la agravante genérica, del art. 41 bis CP, -lo que no sucedió, por mayoría de opiniones concordantes- (cfr. Marco Antonio Terragni, en su obra *Proporcionalidad de la pena. Determinación legal e individualización judicial,* p. 205, Edit. Rubinzal-Culzoni, año 2017: "…lo ideal es que solamente en casos de una extremadamente grave desproporción entre delito y la pena, el juez deje de aplicar la norma que la sociedad ha impuesto por medio de los representantes que eligió votando").-

2) El monto de la pena ha sido correctamente fijado, en función de las circunstancias agravantes que concurren en el caso,

particularmente la extensión del daño causado y el número de víctimas (supuesto de reiteración delictiva del art. 55 CP).-

VI.- Por todo lo expuesto, sumo mi voto por la negativa a la presente cuestión.-

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

En orden al resultado al que se ha arribado en la cuestión precedente, propongo al Acuerdo se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado C. A. N., contra la sentencia condenatoria Nº 4167/17 dictada en fecha 9 de octubre del corriente año; confirmar en todas sus partes la sentencia mencionada, y tener presente la reserva del caso federal.-

Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales, de la Sra. Defensora de Confianza Dra. D. S., por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma 30 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).-

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

En orden al resultado al que se arribara por unanimidad en la deliberación de la primera cuestión, adhiero a lo propuesto por mis colegas y que se dicte pronunciamiento en dichos términos.-

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

Adhiero íntegramente a la propuesta de pronunciamiento del colega que lidera el Acuerdo, sobre la base del resultado de la votación alcanzado por mayoría, en la cuestión precedente.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas

definitivamente este Tribunal por mayoria,

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

1º) NO HACER lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado **C. A. N.**, contra la sentencia condenatoria Nº 4167/17 dictada en fecha 9 de octubre del corriente año (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).----------

---

2º) CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia mencionada.----------

3º) TENER presente la reserva del caso federal.----------

4º) REGULAR los honorarios profesionales de la Sra. Defensora de Confianza Dra. D. S., por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma 30 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).----------

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

Sentencia nº 29/17

Fdo. Dres. Martín Roberto Montenovo. Guillermo Alberto Müller. Daniel Luis María Pintos.-