En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los dieciocho días del mes de febrero del año dos mil veintiuno, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, doctores Roberto Adrián Barrios, A. G. Defranco, y M. Montenovo, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"R. B. E. O. s/Tentativa de homicidio r/victima P. H. O.. Tw" (Carpeta 8326 Ofijud Tw – Legajo X.-MPF Tw)**, con motivo de la impugnación interpuesta por los defensores particulares L. M. F. y A. M. en representación de O. E. R. B. -de demás circunstancias personales obrantes en autos-, atacando la resolución dictada en fecha 14/10/2020 por el Tribunal integrado por las doctoras M. M., M. P. y P. E. R. (registrada bajo número 1988/20 Ofijud Trelew).

Dicho resolutorio dispuso "I) DECLARAR a E. O. R. B., DNI N° X., argentino, nacido en Capital Federal el día 28 de agosto de 1963, hijo de M. O. y B. M., instruído, abogado… AUTOR MATERIAL Y RESPONSABLE DEL DELITO DE HOMICIDIO AGRAVADO POR EL USO DE ARMAS DE FUEGO EN GRADO DE TENTATIVA, EN CONCURSO REAL CON PORTACIÓN DE ARMA DE GUERRA SIN LA DEBIDA AUTORIZACIÓN LEGAL EN CALIDAD DE AUTOR (Arts. 79, 41bis, 42, 45, 54 y 189 bis inc. 2do, párrafo 4to del Código Penal, art. 4 inc. 3 b) del Decreto 395/75), por el hecho ocurrido en fecha 16 de abril de 2019 a las 20.15 horas aproximadamente, en la Avda. Hipólito Irigoyen N° X. de esta ciudad, en perjuicio de H. P.… II) IMPONER al nombrado la PENA DE 6 AÑOS Y 9 MESES DE PRISIÓN DE EFECTIVO CUMPLIMIENTO, ACCESORIAS LEGALES Y C.S…".

En la audiencia de impugnación celebrada el día 02/02/2021 en sede de este tribunal (art. 385 CPP) estuvo presente el imputado, representado en el acto por sus defensores A. M. y L. M. F. (esta última mediante sistema de teleconferencia)

EL Ministerio Público Fiscal, debidamente notificado del evento, no participó con ninguno de sus representantes.

Iniciada la audiencia tomó la palabra el imputado, quien por su voluntad y condición de letrado, asumió la tarea de explicar los fundamentos de la impugnación en curso, que en lo central, adelantó, rechazaba la tendenciosa valoración de la prueba y violación de los derechos constitucionales contenidos en la sentencia condenatoria.

Previo advertir que trataría por orden de relevancia los agravios, apartándose de la estructura del escrito impugnaticio, abordó su ataque a la valoración como prueba por parte del tribunal del maletín secuestrado, pese a no haberse ofrecido en tal carácter y siendo ello trascendente debido a que constituyó la base de la condena en ausencia de prueba directa que no fuera la del testimonio de P..

Explicó que sobre tal maletín junto a otros elementos se dispuso un peritaje de ADN, pero al no ser ofrecido al presentar la acusación por el Ministerio Público Fiscal y siendo el único de aquellos que esa parte desconocía haber tocado, se lo privó de la contraprueba conducente con posterioridad a tal acusación para evitar dispendios onerosos y riesgosamente innecesarios durante la etapa preparatoria. Así, hubiese podido corroborar, o en tal caso explicar la supuesta presencia de su ADN en ese objeto (desarrolló hipótesis de posible contaminación al recogerse los elementos con base en fotografías agregadas al legajo de pruebas).

Recordó que durante el juicio, la Fiscal M. intentó ofrecer el maletín en cuestión, oponiéndose la defensa, cual consta en el tramo inicial de la sentencia, siendo

acogida dicha oposición en relación a los secuestros N° 5 y N° 10 (maletín y tarjeta personal).

Esa defensa en el alegato de cierre resaltó la mención del maletín excluido, por ej. en el peritaje de ADN y el tribunal en su sentencia recordó que el Ministerio Público Fiscal no lo tuvo en cuenta como prueba.

Incluso y volviendo sobre lo acontecido en el debate, lo ocurrido provocó que la defensa no interrogara al Lic. B. para poner en crisis el peritaje que realizara, ya que no contaba con otra opinión experta, de la que se vio privado como mencionara. Asimismo no se le pudo exhibir el maletín al experto, impidiendo ello obtener certeza para establecer cuál fue el elemento objeto de su experticia

Afirmó el letrado luego de rememorar el protagonismo del maletín de marras en el peritaje de ADN y en diversos tramos de la sentencia que citó ante este cuerpo "*… Lo cierto es que se ha tomado esta pericia sobre un elemento que no fue ofrecido como prueba, como para, incluso desacreditar los dichos de los testigos de la defensa… Todas las juezas han valorado la presencia del maletín como elemento determinante de la condena,… O sea, se basan en cuanto a que yo llevé el arma en el maletín… como elemento determinante para acreditar que yo había llevado el arma y había intentado dar muerte al señor P.… no es una alegación de esta parte, sino las constancias objetivas donde el propio tribunal tuvo por no exhibido y no incorporado ese elemento… Sobre este punto concreto, las juezas, ninguna de ellas dijo nada…, es más, en la impugnación, en el punto B, bajo el título gravísima violación del Derecho a defensa y de las Garantías del debido proceso, mis defensores han desarrollado el tema del maletín. La Fiscal contestó la impugnación y en las 18 páginas de su responde no hace ninguna mención a esta objeción…*"

Concluyó el punto calificando lo actuado como gravísima violación del Derecho a defensa, al sorprender la sentencia a esa parte con la valoración de un elemento no ofrecido como prueba, de capital importancia para atribuir el delito por el que se condenara.

Continuó el Dr. R. con el segundo agravio, referido al rechazo de las nulidades que planteara acudiendo al expediente de ausencia de gravamen.

En primer término la referida al Acta Policial de fs. 3 sobre secuestro de prendas, vinculada al acta de fs. 20, nuevamente señalada como de secuestro de prendas. En referencia a ellas explicó una pluralidad de anomalías detectadas bajo el prisma del ritual, que impidieron corroboración de su versión de los hechos investigados (circunstancia declarada en torno a las bolsitas entregadas por P. a su persona), siendo minimizadas por las juzgadoras para proceder a su rechazo, en síntesis, por ser concordes con prácticas habituales en el marco del secuestro de objetos y remisión para su peritaje. (amplió y fundó in extenso conf. registro de Video filmación)

Prosiguiendo con las nulidades, el letrado se refirió a otra que adjetivó como de suma gravedad, la extracción de muestras de ADN a su respecto plasmada en el acta de fs. 59 del legajo de pruebas fiscal. Luego de la lectura de tramos pertinentes resaltó la ausencia de rúbrica y mención de identidad de funcionario alguno del Ministerio Público Fiscal, pese al señalamiento efectuado en el cuerpo de su texto "… ante este funcionario que suscribe…" Comparó el instrumento supra referido con sendas actas de extracción de muestras mediante hisopado bucal a los señores P. y O. y así puso de relieve la omisión apuntada, para resaltar que en juicio desconoció la firma

presuntamente de su autoría en el acta de fs 59, que no pudo certificarse debido a la irregularidad explicada.

Dijo que la sentencia señaló sobre el particular *"…en el sobre de las muestras constan la firma y sello de la Fiscal Carolina M.…" y aprecio que "…en lugar de esclarecer este asunto, esa constatación lo agrava aún más, porque la fiscal Carolina M. no estuvo cuando me hicieron el hisopado… y ella en ningún momento dice haber estado presenciando el acto. Cómo aparece la firma de ella en la muestra supuestamente mía de ADN?*

Todo esto, refirió desarrollando sus argumentaciones, habilitaba a sospechar de la correspondencia entre la muestra que se le extrajo y la analizada, con las consecuencias que por derivación ello ocasionaba (por Ej. nulidad de peritajes). Finalmente y a requerimiento de este cuerpo desconoció la existencia de su firma en el acta atacada.

Abordando el tratamiento de la siguiente nulidad dirigió su ataque *"… a los secuestros efectuados por no haberse exhibido y permitido el cotejo del formulario único de cadena de custodia, ya que no se ha podido seguir cuáles fueron los movimientos de esos secuestros…"*. Como indicio se valió de una constancia del legajo fiscal de fs. 44vta. de donde surgía la autorización a un chofer a retirar algunos de ellos sin que pudiera saberse a ciencia cierta de quien se trató. Aclaró que no planteó la nulidad de esa constancia indiciaria como parecen haber entendido las jueces, sino de los secuestros en función de las dudas que emergían en torno a su adecuada preservación (aclaró que entre ellos estaba el maletín referido al inicio de su postulación)

En referencia al arma secuestrada, reeditó su versión que explicaba la presencia de su ADN en función de la manipulación del elemento en medio de un forcejeo para desarmar a P., asombrado de que allí no se detectara también

ADN de P. pese a su reconocimiento de haber agarrado la pistola. Reflexionó luego que de ello no se hizo eco la sentencia.

Pasando a la nulidad del acta de denuncia receptada a P. de fs. 6 detalló las irregularidades observadas, a saber: a) falta de correspondencia del lugar real de recepción con el señalado en el instrumento; b) falta de espontaneidad en la intención de denunciar como se plasmó en el documento y c) ausencia del testigo civil necesario por tratarse de un acto llevado a cabo fuera de sede policial. Todo ello fue tratado como un simple error en la sentencia, sin analizar la invalidez requerida por la parte.

Agregó en referencia a la denuncia las sustanciales diferencias que en su contenido evidenciaba con una entrevista fílmica tomada también a P. en la misma fecha pero previamente, que no pudo cuestionar en cuanto a valor convictivo debido a la evidente falta de voluntad de declarar de la víctima en el juicio (Recordó la compulsa y pasajes de la deposición de P. que daban cuenta de su reticencia a declarar, por ejemplo porque aducía sentirse mal y no recordar el hecho ante el interrogatorio recurrente del Ministerio Público Fiscal)

En tal sentido y rememorando lo acontecido en el tramo final del juicio, señaló el letrado que P. afirmó que no se acordaba qué es lo que había declarado en aquella oportunidad y dijo en respuesta a la fiscal que los hechos podrían haber sido de forma diferente, mostrándose arrepentido y pidiendo a iniciativa propia la libertad del imputado (palabras que están transcriptas en la sentencia por la Dra. M.)

Concluyó R. su razonamiento sobre este pasaje de sus ataques a la sentencia de mérito afirmando que fue

condenado sin posibilidad de contra examen en juicio *"…por los primeros dichos que fueron sin promesa ni juramento de decir verdad en una entrevista policial, una denuncia en la que no acreditó la firma…"*, firma que P. dice solo *"… que puede ser suya…"*, sin ratificarla categóricamente por no recordar sobre el asunto.

En el cierre de su intervención aclaró que en honor a la brevedad remitía a la impugnación que contenía los agravios por escrito, los que ratificaba, peticionando en función de la grave afectación del Derecho a defensa explicada, se revoque en todas sus partes la sentencia cuestionada y se dicte su absolución como corresponde.

Cedida la palabra por el presidente de la Cámara en lo Penal al señor H. P., expresó, en lo central, que estaba de acuerdo en que se le otorgue la libertad a R., como así también su sentimiento de arrepentimiento.

Concluida la deliberación se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Roberto Adrián Barrios, A. G. Defranco y M. Montenovo.

El Juez de Cámara Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Superada las instancias procesales establecidas en la ley, corresponde fundar con votos de cada integrante de este Cuerpo, la decisión sobre la pretensión impugnativa presentada por el imputado que resultó condenado en la sentencia 1988/20 OfiJudTw.

Los antecedentes del caso se encuentran desarrollados en este fallo, por lo que omitiré reiterarlos.

Analizada la sentencia, sin perjuicio del orden de los mismos listados por el impugnante en el memorial escrito, he de comenzar con el agravio identificado en el acápite C del recurso escrito.

2. <u>De la violación del derecho de defensa, relativa a la valoración de las declaraciones de la presunta víctima</u>

efectuadas sin promesa ni juramento de decir verdad ante funcionarios policiales.

2.1 El imputado reclama que su defensa se vio privada de solicitar al testigo O. H. P. que aclare sus dichos, puesto que en el debate no pudo recordar nada de lo que ocurrió el día del hecho endilgado a R..

Además acusó a la fiscalía de haber hecho un popurrí de dos versiones prestadas en la instrucción, que incluso no fueron ratificadas en el debate; y a las juezas del Tribunal de juicio, de valerse de una versión armada a su gusto.

2.2 La fiscalía, ausente en la audiencia en donde se pretendió discutir el recurso que nos convoca, en su vista prestada por escrito, sostuvo que el Tribunal valoró la ratificación de la denuncia que hiciera P., como así también de la entrevista video filmada proyectada en la audiencia.

Afirmó que ante la reticencia del testigo, pese a su pretendido olvido, ratificó *"…su denuncia al momento que esta fiscal se la leyó, ratificando su firma y posteriormente su contenido…"*; y en cuanto a la entrevista fílmica realizada en el hospital, a la fiscal respondió que sí, que él (P.) esta filmado ahí, al decir *"…a no ser que sea un doble mio…"*. Recordó que cuando la fiscal le preguntó si ratificaba eso, que sucedió como manifestó en la entrevista, respondió que sí.

Luego de citar los votos de las juezas, dijo que la valoración de la prueba está delimitada por medio de las reglas de la sana critica, y que de modo alguno hubo un análisis caprichoso de la declaración de la víctima; que la defensa pudo controvertir y contra examinar al testigo, y que de hecho, lo hizo.

Veamos.

2.3.1 La queja de R. B. hizo pie en el testigo, recriminándole que con su mala memoria no pudo contra examinar, mas ello no sostiene su agravio.

Si realmente hubo olvido o poca predisposición de P. a recordar el hecho, no se advierte que el imputado, por esa circunstancia, haya estado impedido de controlar la prueba de cargo de quien lo acusó.R. tuvo frente a sí al testigo, y con ello, la oportunidad de efectuar las preguntas que deseare, por lo que por este fundamento, su planteo no puede prosperar.

2.3.2 Por otra parte, a poco de andar por la declaración de la presunta víctima ante el Tribunal de juicio, prestada en la audiencia del día 29 de septiembre de 2020, se constata lo detallado por las magistradas: su incomodidad en el debate, su pedido de ser eximido de prestar testimonio antes de ser interrogado, y su falta de memoria sobre el evento supuestamente padecido.

Tras el infructuoso intento de llevar a su memoria los detalles que la fiscal le requería, sin habérsele autorizado el tratamiento como testigo hostil, que pudo haberse solicitado y debió haberse concedido, la información que fue ingresando al juicio fue de boca de la titular de la acción penal publica, y no de P., como hubiera correspondido.

Ante una acertada objeción que efectuó el imputado respecto a la técnica de interrogación que estaba utilizando la fiscal (minuto 5 del soporte de la audiencia), la jueza que obró como presidente del Tribunal erró en denegarla, y toleró que la doctora M. formulara preguntas sugestivas, improcedentes en un examen directo. Pero, más allá de esta observación, lo cierto es que no

puede tenerse por incorporado como testimonio, lo declarado por P. en la etapa de la investigación.

En la primera de ellas, supuesta denuncia, o constancia de versión recibida en la sede del hospital, P. siquiera reconoció en forma cierta su firma. La fiscal le exhibió un documento (agregado en página 6 del legajo fiscal de prueba, en adelanta LPF), y preguntado por la firma, el testigo respondió "pareciera que sí", ¿*…pareciera…*?.

Aun considerando esa declaración en sentido confirmatorio, ese *reconocimiento* solo habilitaba a la fiscal a comenzar a preguntar al testigo sobre el hecho, ya que ese es uno de los fines del procedimiento llevado a cabo.

Para el desarrollo de este punto, se impone repasar algunos conceptos.

Sobre el carácter y la naturaleza de las distintas versiones que sobre un hecho una misma persona puede dar, y qué repercusión tiene cada una en un proceso penal, me valdré de mi voto en el caso "R., N. M. s/denuncia - Trelew" (Carpeta 6326 OJTw-Legajo X. OUMPF Tw).

Dije entonces que podemos conceptualizar como *declaración previa,* a cualquier exteriorización en palabras, de conocimientos o pensamientos que afloran del fuero interno de una persona, y que consten reservadas en cualquier tipo de soporte ante autoridad o no, y fundamentalmente, que fuera realizada con anterioridad al juicio. Técnicamente podríamos decir que no es una prueba, sino una *evidencia*: evidencia que sostiene presupuestos facticos de una teoría de un caso.

La *prueba testimonial*, es aquella exteriorización en palabras del conocimiento que tiene una persona sobre alguna circunstancia concreta, prestada en la instancia de

conocimiento, ante las partes y un juez que previo a todo, recibirá a esa persona juramento de decir verdad.

Y decimos *prueba*, porque es en esta etapa del proceso en donde se cumplen con todas y cada una de las reglas de producción probatoria de un sistema adversarial: oralidad, continuidad, publicidad y contradicción; las mismas que nuestra Corte Suprema de Justicia Nacional dejara bien definidos en Fallos 330:2658, entre otros.

La forma de producir en el juicio la prueba testimonial permite a las partes su control. Las reglas de cómo llevar el interrogatorio y la advertencia al testigo de lo que ocurrirá si no dice la verdad, garantizan la posibilidad de atacar la información obtenida del testimonio, ya sea cuestionando directamente la versión, o bien a la persona que lo prestó.

En cuanto a lo que puede hacerse en el juicio con las declaraciones previas brindadas sobre el mismo hecho por la misma persona, la regla de oro es que sólo pueden utilizarse excepcionalmente, para dos situaciones bien definidas: a) la primera (generalmente utilizada en el examen directo) para refrescar la memoria del testigo en extremos que posiblemente haya olvidado; b) la segunda (generalmente para los contraexamenes), para marcar alguna contradicción entre lo dicho por el testigo anteriormente y lo afirmado en el juicio. Esto está expresamente previsto en el sexto párrafo del artículo 325 del código de procedimientos penal de nuestra provincia.

Esto último lo ha destacado con acierto la jueza M. M. en su voto (ver página 90 del fallo, segundo párrafo).

Algo similar ocurrió cuando al testigo se le exhibió una video filmación que contenía su versión de los hechos, ya que cuando la fiscal dijo *"si declaró en ese momento esto, es porque usted dijo que fue así, ¿cierto?"*, en tono

casi inaudible, P. respondió que sí (escuchar a partir del minuto 14.23 del soporte de referencia).

La técnica de traer una declaración previa y confrontar la información en ella contenida con la producida en el debate, repercute trascendentemente en el juzgador (sea este un juez técnico o un jurado popular), que de acuerdo a esa confrontación y la posible justificación que se dé, podrá creer o no al testigo.

En tal sentido se ha dicho que: "*En el caso de que la lectura se haga para confrontar al testigo –de éste nos vamos a ocupar en más- con unas inconsistencias anteriores y pares que el tribunal pueda evaluar la credibilidad del testigo. ¿Cuál de las dos declaraciones es el medio de prueba? ¿La declaración anterior o la actual? No hay duda de que la prueba computable es la declaración rendida en el juicio oral, no la que se prestó fuera y antes del juicio. Esta es sólo un elemento para que el juez aprecie la credibilidad o precisión del testigo y no como fundamento de la decisión en la sentencia*." ("Prohibición de producir prueba testimonial y material por lectura en el juicio oral", de Carlos Alberto Carbone, publicado en Revista de Derecho Procesal Penal, 2016-1, El Juicio y La Litigación Oral –I, ed Rubinzal Culzoni, página 116).

2.4 El litigante tiene el deber de acreditar parte de las proposiciones fácticas de su teoría, en el tramo que, en el caso de testigos, una persona conozca.

Para ello, el testigo debe aparecer como confiable, y así su relato será creíble.

La exactitud del testimonio se relaciona con la credibilidad[1], puesto que esta depende de la exactitud del recuerdo. Si bien no solo la credibilidad descansa en la

---

[1] Conceptos desarrollados en **"Alvez, Leandro Martín s/ recurso de casación", CNCCC 58695/2015/TO1/CNC1, Sala 2, Reg. nro. 424/2018, resuelta el 26 de abril de 2018".**

exactitud, cierto es que para que un testimonio sea creíble debe tender a ser exacto, y el testimonio de P. (el del debate, el que importa) no lo es.

Pese a la actividad fiscal tendiente a refrescarle la memoria, en el juicio P. poco y nada del hecho ha dicho. Que pidió auxilio, que llegó una ambulancia, que la policía lo entrevistó en el hospital….

2.5 El juicio no es la instancia para teatralizar la evidencia obtenida en la investigación.

No es la lógica del juicio oral, en un sistema acusatorio que pretende ser puro y responda a las mandas constitucionales, la de incorporar las declaraciones previas al juicio para que el Tribunal las pondere y con ellas tome su decisión.

La credibilidad de un testimonio versa sobre dos horizontes: la del testigo en sí, personalmente, y la de lo declarado, como versión de un acontecimiento del pasado, sensorialmente percibido. A su vez, uno de los elementos de la credibilidad de lo testimoniado, tiene que ver con la exactitud de la declaración.

En el caso de diferentes afirmaciones sobre el mismo hecho efectuado por el testigo en distintas instancias del proceso, el juzgador debe considerar la de la declaración jurada, es decir la prestada en el juicio.

Esto último se relaciona con el punto que sigue.

3. <u>De la teoría del caso fiscal y la versión de descargo</u>.

Colocando como objeto de análisis los presupuestos fácticos de la teoría del caso de la acusadora, lo que sigue es verificar si en el fallo fueron consideradas otras pruebas distintas a la declaración de la víctima, que acrediten el caso; o bien si existen otras que acrediten la versión de descargo de R..

Como bien comenzara el acápite de materialidad y autoría en su voto la jueza M. P., "*…no ha sido controvertida la presencia y participación del imputado R. en una pelea con el señor P., solo que a través del ejercicio de su defensa material, ha diferido parcialmente sobre cómo sucedieron los hechos…*".

3.1 Con el control de los votos que componen el fallo, despejemos aquellos presupuestos que confluyen en coincidencias entre ambas versiones.

3.1.1 Surge como basal el relevamiento y preservación de evidencias que realizara el comisario C. C., y que fuera prolijamente ponderado por las juezas.

De allí puede corroborarse (y con ello confirmarse) que fueron utilizados en el incidente un arma de fuego tipo pistola semiautomática, con un dispositivo supresor de sonido, y numeración erradicada. También un destornillador plano de treinta centímetros, con manchas rojizas, que fuera hallado en el capot de una cupé Fuego que había en el terreno.

Dos vainas servidas, dos proyectiles de arma de fuego, encamisados y deformados también fueron encontrados y secuestrados.

3.1.2 Por otra parte, los protagonistas resultaron heridos, sin dudas.H. O. P. sufrió una herida de arma de fuego en la zona dorsal baja derecha, con orificio de entrada y salida y dirección horizontal.

La doctora N. A. E., médica de guardia del hospital de Trelew, llegó al lugar en ambulancia, y encontró a las dos personas heridas, una de las cuales le generó mayor preocupación, atento que tenía una herida en la zona dorsal. Dio cuenta que la doctora L. le comentó que el proyectil entro por el subcutáneo e hizo un *sisal*, entró,

giró y salió. Confirmaron y ampliaron el cuadro, tanto el doctor A. M., médico policial, como J. J., médico forense.

E. O. R. B. fue herido en la región fronto temporal izquierda, tenía escoriación en codo derecho, borde cubital de antebrazo izquierdo y muslo izquierdo; todo constatado por el doctor Diego Rodríguez Jacob, médico forense.

3.2 Ingresemos a los presupuestos controvertidos.

3.2.1 La teoría de la fiscalía es que R. B., munido de un arma de fuego tipo pistola semiautomática, completamente limada sin número de serie ni marca, con supresor de sonido adosado al caño y de fabricación casera, calibre 45, se hizo presente en el domicilio sito en Avenida Hipólito Irigoyen número X. de esta ciudad de Trelew, en donde ingresó y se dirigió hacia el fondo del predio, en el que se encontraba el taller de tapicería de P.. Allí, *"… conociendo el poder vulnerante del arma que portaba, a la voz de 'te voy a matar hijo de puta' le realizó al menos dos disparos de arma de fuego, alcanzando uno de ellos a la víctima,…"* momento éste en que P. giró hacia R., se trenzó en lucha con el mismo y para resguardar su integridad, con el destornillador que estaba utilizando en el arreglo de una silla, se defendió, dándole con el mismo en la cara a su agresor, mientras forcejeaba con éste a fin de evitar que continuara con su ataque y lograra darle muerte.

En definitiva, R. no logró su cometido por circunstancias ajenas a su voluntad, dado que la víctima ante gritos de auxilio advirtió a una transeúnte ocasional, la que de manera inmediata dio aviso a los empleados de la carnicería lindera a la tapicería.

3.2.2 R. dio una versión distinta de los hechos.

Dijo que a propósito de su labor profesional, aquel día llegó al lugar para entrevistarse con P., a fin de intentar una negociación y conciliar el conflicto que motivaba su intervención. Que la presunta víctima le entregó una bolsita de cocaína para que le entregara en pago a su cliente. R. la guardó en la billetera pero le dijo que no era suficiente, y entonces P. le cedió dos bolsas más, y ante la insistencia que no era suficiente, se originó la discusión. Dijo que fue P. quien sacó de un bolso un arma de considerable tamaño, y que se abalanzó contra su agresor, y comenzaron a forcejear con ella. Que recibió un golpe en la cabeza, y luego pudo quitarle el arma. En un momento tomó algo, que tenía en la mesa, y allí se accionó el arma, no recordando cuantas veces. Se le abalanzó con el destornillador, cayó fuera del taller, siguieron forcejeando, a los revolcones. Sintió que gente se acercaba, y en ese momento el arma la tenía agarrada R. y P. trataba de sacársela.

3.2.3 Si la prueba es aquello con lo que se pretende acercarnos a la verdad de un suceso histórico, tras la deliberación con los integrantes de esta Cámara, estimamos que pese a la ineficacia de la versión de P. en el juicio, han existido otras evidencias que han logrado aquel fin.

Así es, las juezas consideraron la declaración del oficial P., que fue quien recibió la denuncia a P., y al oficial principal M. G., quien realizó la entrevista fílmica en el hospital.

Estos funcionarios trajeron transitivamente la mecánica de los hechos, con lo que les fuera relatado por el mismo P.; por lo que aún si se suprimiera su propia

declaración ante el debate (pobre y esquiva por cierto), la información oportunamente aportada fue introducida igualmente en el juicio.

Es más, tanto los empleados del frigorífico que inmediatamente acudieron a la tapicería a propósito de un pedido de auxilio escuchado por una transeúnte, como los policías que intervinieron, convergen en el mismo sentido.

P. G. O. y E. D. D. fueron contestes en dar detalles del alerta, de la suposición que a su vecino lo había pasado algo con el perro, que entró primero O. y luego D., y que P. pedía auxilio. D. dijo que R. tenía el arma "grande"; O., que P. dijo que R. lo quiso matar.

El oficial G. A. M. llegó cuando las personas estaban lesionadas en el suelo, y tras llamar a la ambulancia para asistirlos, un carnicero le dio una versión que es la misma que se escuchó en el juicio. También ratificó aquello que P. había dicho, en cuanto a que R. amenazó con que lo mataría, y le efectuó disparos con el arma de fuego que portaba, y entonces se le abalanzó con un destornillador y lesionó en el rostro.

El cabo B. D. C., dijo que fueron los primeros en llegar, y en el fondo de la vivienda había dos personas tiradas en el piso, heridas. El comisario C. C. dijo lo mismo, y que un carnicero corrió el arma de fuego que tenía un silenciador.

A más abundar, el resultado de la actividad de los funcionarios de criminalística suma a la versión acusadora, conteste con lo declarado por los testigos.

En cuanto a los secuestros de los elementos utilizados para lesionar, como se mencionan en el acápite anterior de este voto, fueron de fundamental importancia para la pericia efectuada por F. M. C. y J. O. C..

En la experticia sobre la posible mecánica del hecho, los peritos no han hecho más que confirmar la versión de la teoría del caso fiscal.

No solo a través de la pericia balística se constató que las vainas servidas encontradas fueron disparadas por el arma de fuego secuestrada, sino que por su ubicación se pudo medir la distancia entre tirador y víctima, lo que sumado a la existencia de varios sistemas de seguridad anti-disparos que posee (detalladamente explicados en el juicio), descarta la posibilidad del disparo tras un forcejeo, como alegó el imputado.

R. reconoció haber tocado el arma en el forcejeo, lo que explica la existencia de su ADN, certificado por el licenciado N. B.; más si realmente hubiera ocurrido la secuencia que describió en su descargo, debería haber habido también ADN de P., y no lo hubo.

Como bien concluyó la doctora M. P. en su voto, dijo "…el perito C. que el encartado admitió manipular el arma en el forcejo, lo que justifica la presencia de su ADN en el supresor de sonido y cola de disparador. Pero para disparar el arma en la situación que explicó, no es necesario accionar el martillo y tampoco tocar el seguro, sin embargo había material genético del imputado en estos sectores. En consecuencia me permite presumir mediante evidencia-científica que R. accionó el martillo y destrabo el seguro del arma, es decir efectuó un disparo voluntario."

En cuanto al planteo de nulidad de esta pericia volveré más adelante.

De otra parte, la herida en la victima se encuentra en la zona baja de la espalda, tangencial a la capa de la piel, lo que supone que no estaba de frente, sino de lateral a su agresor.

Fue acaso la forma en cómo se efectuó el disparo, el nudo central del fallo condenatorio, lo que permitió a las juezas corroborar la fortaleza del caso de la fiscalía, y descartar la versión del encartado. Siquiera el dictamen de su perito de parte, que dijo que R. B. como experimentado en armas, si hubiera querido matar a P. lo habría hecho apuntando a otra parte del cuerpo, alcanza para imponer duda en la cronología de las acciones violentas que determinaron a las magistradas a condenar al encartado.

3.3 Sobre esto, debo destacar que las sentenciantes se encargaron de ponderar el descargo, analizar la prueba de esa parte producida al efecto, y con fundamentos plausibles descartarlos.

La jueza M. P. lo hizo a partir de la página 35 de la sentencia, P. R. a partir de la página 58, y M. M. a partir del último párrafo de la pagina 100.

La versión del imputado solo encuentra anclaje en su propia e interesada subjetividad, y no posee la entidad suficiente para competir con la teoría del caso fiscal.

3.4 Con todo lo analizado hasta ahora, entendemos que acertaron las magistradas al apreciar conglobadamente, el cuadro probatorio mediante una inducción lógica razonable. La prueba producida alcanza para acreditar aquellos presupuestos facticos que componen la teoría del caso de la fiscalía, que se impone por sobre las que componen el esquema de defensa del condenado.

El ataque que concretamente la defensa ha referido contra la versión de P., su falta de memoria e intención de conceder perdón, no desestabiliza de manera alguna la certeza en cuanto a los peldaños de materialidad y autoría del evento delictivo contra la vida, a la que ha arribado el Tribunal de condena.

4. De las nulidades.

El imputado ha encabezado sus agravios reiterando aquellas nulidades que el Tribunal de juicio rechazó.

No obstante, tras la revisión de la pieza jurisdiccional, se constata que las juezas analizaron con prudencia los planteos, y fundaron su decisión con sendos argumentos.

4.1 En el primero de ellos, referido al procedimiento documentado en el acta que se agregó en página 3, 4, acta de página 20, y la última de página 21 del LPF, el recurrente centró el ataque en la naturaleza del procedimiento.

Cual se expidió el Tribunal, no se advierte cual es el agravio concreto y real que la interpretación de la documental ha causado al imputado, máxime si se tiene en cuenta que no fueron las actas las que acreditaron el procedimiento, sino las personas que intervinieron en él, y en el presente caso, comparecieron a declarar los distintos funcionarios policiales que dieron cuenta de sus acciones. Fue allí en donde estuvieron expuestos a ser controlados por la defensa y por el mismo imputado.

Tampoco se constata esto que si las cosas habitualmente se hacen mal, el procedimiento es correcto.

Si acaso el agravio es que no fueron habidas entre las ropas secuestradas, dos bolsitas de polvo blanco (el imputado en la audiencia aclaró que eran de cocaína), el hecho que no se encontraran dichos elementos importa restar credibilidad a su descargo, como bien interpretaron las magistradas.

El Superior Tribunal de Justicia ha dicho: *"...Creo que es un error pensar que la mera alegación de una circunstancia por el imputado habilita a creerle sin más, cuando un todo sólido lo desmiente " (voto del Ministro J.*

Pfleger en el caso "C., H. F. s/Homicidio Simple"- expediente 20.802 - CH - 2007).

"...La prohibición de la autoincriminación abraza la capacidad de no hablar sin que ello apareje consecuencia negativa alguna. Pero cuando el imputado decide romper el mutismo, cuanto refiera puede ser sometido a zaranda procesal y se pueden construir inferencias imputativas al respecto...", (voto del Ministro J. Pfleger en el caso "PCIA. DEL CHUBUT c/ A., C. A.- M., D. s/ Robo calificado por el uso de armas y otros... s/impugnación Extraordinaria"- expediente N° 22857 - F°132 - Año 2012).

4.2 Que un subalterno firme *"de orden"* en nombre de otra persona, resulta una práctica errada que facilita confusiones, por lo que debe desterrarse su uso.

Sin embargo, y pese a estas desprolijidades, R. no ha desconocido la pertenencia de las ropas incorporadas al debate.

Como bien dijo la doctora M., *"…el mismo ha reconocido como propias las pertenencias, y en el ejercicio de su defensa material, ha hecho uso de los secuestros para dar su hipótesis de la ocurrencia de los hechos…" (*página 45 del fallo).

Con ello, ¿qué garantía concreta le fue vulnerada al encartado?, ¿eran sus ropas o no lo eran?.

Tampoco se advierte la trascendencia del perjuicio que ha causado en el recurrente, la desprolijidad que marcó.

La defensa ha tenido la oportunidad de contraexaminar al testigo, tanto para desacreditarlo como para desacreditar sus dichos, a fin de poner ante el Tribunal, en evidencia alguna irregularidad *insaneable*.

Y sobre esto último, el rito es claro en su artículo 162, cuando en el segundo párrafo establece que el acto se entenderá por saneado cuando, *"…no obstante la*

irregularidad, ha conseguido su fin respecto de todos los interesados.”

4.3 En cuanto a la falta de identificación del funcionario que actuó en la extracción de hisopado bucal, tampoco puede prosperar el pedido de nulidad ensayado.

Comparto junto al Tribunal, en lo llamativo que resulta que el imputado no haya desconocido la firma inserta en el acta como propia en las instancias previas al debate, incluso cuando estuvo detenido, y recién lo hiciera en el juicio. Mas, al igual que los planteos previos, no se reconoce el agravio concreto padecido por la circunstancia denunciada.

Es que al no haber un funcionario que certifique su propia firma, ¿esa firma es falsa?, ¿eso lo habilita a dudar del hisopado –diligencia de naturaleza reproducible- y con ello, de sus resultados?.

Al igual que las demás diligencias cuestionadas, es en los testimonios de los encargados de llevar a cabo los procedimientos en donde surgió la prueba que valoraron las juezas.

Es dable recordar que el artículo 130 del código de procedimiento penal, que específicamente se refiere a las actas, en dos incisos, ordena las formalidades que se asentarán en forma escrita. En sus prescripciones advierte que la omisión de esas formalidades solo priva de efectos “…cuando no puedan ser suplidas con certeza sobre la base de otros elementos de prueba.”

En esta ocasión, el enfermero A. J. compareció al debate, reconoció su firma en el soporte que contenía el hisopado, e incluso ilustró con detalles el momento de extracción de las muestras y la anuencia del encartado en hacerla.

4.4 En cuanto al planteo referido al oficial subinspector G. R. P., que salió de la comisaria a tO. declaración a la víctima en la sede del hospital, en donde estaba internado, mas no quedó esa circunstancia aclarada en el acta, no merece favorable acogida.

Que en el formulario utilizado se haya errado el lugar de recepción del testimonio no nulifica el acto. Una vez más recordemos que no fue el acta agregada en la página 6 del LPF, la prueba de cargo de la fiscalía, sino el testimonio, en este caso de P., la que incorporó la información que luego valoraran las juezas.

En cuanto al reconocimiento de firma de esta acta efectuado por P., ya fue analizado en el punto 2.3.2 de este voto.

4.5 En palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: *"…La procedencia de la nulidad por vicios de forma exige, como presupuesto, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho, ya que de otro modo la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, que va en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público…" (A 63 XXXIV; "AC., Leonardo y otros.04/05/2000T. 323, P. 929).*

Respetuosamente, considero que este es el caso que plantea la defensa, de incumplimiento de algunas formas que no lleva acreditada la vulneración al derecho de defensa del encartado. Incluyo en este punto, el agravio genérico a los secuestros por los cuales pidió se declare su nulidad, por no respetarse la cadena de custodia.

Con ello, les asiste razón a las sentenciantes que consideraron que en los planteos del encartado existía un

excesivo rigor formal, propio de los sistemas inquisitivos, opuesto a la libertad probatoria que pregona nuestro ritual provincial.

4.6 Por último, es dable reconocer que ninguna referencia específica han hecho las juezas, en cuanto al planteo que el imputado ha efectuado respecto del maletín secuestrado, y cuyo ofrecimiento para el juicio ha sido omitido por la fiscalía.

Se debe tener en cuenta que la nulidad es un instituto que constituye una suerte de último recurso, que se decide siempre y cuando la ley aplicable así lo prevea ante alguna vulneración de un derecho de raigambre constitucional. Esta vulneración debe ser concreta, al punto de variar el sentido de la decisión jurisdiccional (principio de trascendencia).

Es por ello que considero que, aun cuando se hiciera lugar al pedido de nulidad, los elementos cargosos existentes, listados y analizados en la sentencia, no se lograría desvirtuar la contundencia del resto del plexo considerado.

Y esto tiene que ver con el hecho que fue R. quien llegó al lugar con el arma de fuego, fue quien amenazó con matar a la víctima, y disparó contra ella sin lograr su designio homicida.

No coincido con el impugnante en cuanto a que la prueba fundamental de su condena sea la del maletín, a sus dichos, *incorrectamente* valorado por las juezas.

La sentencia detalla uno a uno, los elementos producidos en el juicio, y abstrayendo su contenido en el marco espacio temporal del delito, cual un rompecabezas, las piezas encajan.

4.7 Con las observaciones que se han venido efectuando, tengo para mí que la sentencia atacada resuelve

razonablemente las cuestiones venidas en impugnación, con adecuados fundamentos legales y facticos que determinan su confirmación.

La falta de "móvil" acreditado en el caso, si bien cierto, no incide en el estado de certeza arribado por el Tribunal.

5. De la calificación jurídica y de la pena.

5.1 De la revisión integral de la sentencia, ha surgido como punto de análisis, la calificación inserta en la condena, referida al delito de portación de arma de fuego, que fuera concursada en forma ideal con el homicidio agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa.

Pese a la ausencia de agravio al respecto, llama el análisis la problemática que se origina en casos en donde hay concurrencia de varias disposiciones penales, aparentemente aplicables a un hecho, cuando en realidad debe aplicarse sólo una.

Entendemos que ha existido un error en dicha calificación legal.

Las circunstancias acreditadas en el debate lograron sostener el caso fiscal en cuanto al delito contra la vida de las personas, por lo que la portación de armas que hasta el momento habría tenido quien resultara condenado, fue superada con los disparos que efectuara contra la víctima.

Tengamos en cuenta que el delito de portación prohíbe que una persona lleve consigo un arma de fuego en condiciones de su efectiva utilización, y en consideración al orden del código penal, está incluido entre los delitos de peligro contra la seguridad pública.

Recordemos que en el concurso ideal existe un único hecho con pluralidad típica, por lo que en este caso no es posible concursar de manera ideal ambas conductas, puesto

que históricamente corresponden a hechos distintos, mas compatibles con un concurso real que con uno ideal.

De otra parte, la interpretación de los eventos probados en clave a la teoría normativa del caso, hacerse de un arma de fuego y llevarla a un lugar para usarla contra una persona con intenciones de acabar con su vida, constituye verdaderos actos preparatorios del delito de homicidio con la agravante genérica del artículo 41 bis del código penal, no pasibles de reproche autónomo.

Recriminar la portación del arma, cuando la acción fue anterior a su utilización contra P., implica endilgar un delito de peligro abstracto, a una acción pasada y superada con la concreción del uso de la cosa, que es la conducta reprimida, justamente por ser en esencia peligrosa.

Así las cosas, corresponde excluir del reproche, la figura endilgada al imputado, votando en consecuencia por confirmar la declaración de autoría penalmente responsable de O. R. B. del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en grado de Tentativa, (arts. 79, 42, 45 y 41 bis. del CP.).

5.2 La norma del código de fondo prescribe que cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor; punibilidad que sabido es, se rige por el principio *de la absorción,* consistente en que se debe aplicar una única pena correspondiente al tipo que prevé pena mayor, y que absorbe las de las otras tipicidades menos gravosas.

Es por ello que aun con la sustracción de la calificación que esta Cámara Penal dispone realizar, un reenvío del caso para la aplicación de la pena deviene innecesaria.

La mensuración de la dosis se debe realizar con la escala prevista para el delito de homicidio agravado por

el uso de armas, con la sustracción prevista para el conato, que es lo que en definitiva ya hizo el A Quo.

Ello así, los fundamentos desarrollados por las juezas justifican acabadamente la pena que despega sensiblemente por encima del mínimo de la escala.

Las variables tenidas en cuenta para la graduación del reproche han sido correctamente tomadas del pedido de las partes, y se colige también que fueron descartadas algunas, como el uso de un arma de fuego en el hecho, cuando la calificación legal ya incluye esa circunstancia.

En coincidencia, las magistradas tuvieron en cuenta la naturaleza de la acción, el modo de llevarla a cabo, las condiciones personales del imputado, que incluyó la falta de antecedentes penales computables a modo de atenuante.

6. Todo ello me determina a confirmar la sentencia venida en impugnación, considerando que el Tribunal ha razonado correctamente las peticiones de las partes en merito a la prueba que le fuera producida por ellas, y ha fundado su sentencia, dando razones plausibles que justifican tanto la materialidad como la autoría, como así también la pena, pese a la modificación que en la calificación jurídica se resuelve.

La defensa no ha logrado imponer otra hipótesis que compita con la de la acusadora, al punto de desestabilizar cualquier instancia certera de conocimiento.

Parafraseando a nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 312:1332, disidencia de los jueces Caballero y Belluscio; 314:1898, disidencia de los jueces Cavagna M.ez y Moliné O'Connor; 316:2464), creo que la sentencia revisada no ha prescindido de la evaluación de pruebas esenciales para la solución del caso, sino que el pronunciamiento aparece como una derivación razonada de las pruebas de cargo producidas en el debate, lo que aleja la

posibilidad de considerar la pieza recurrida como arbitraria.

Mi voto es por la confirmación de la sentencia.

7. Honorarios y C.s.

Propongo al pleno imponer las costas del presente proceso al acusado (arts. 239, 240, 241 y concs. CPP) y regular los honorarios profesionales de la Defensa Particular a cargo de los co-defensores Dr. A. M. y Dra. L. M. F. en el monto de VEINTE (20) JUS, todo ello, en atención al mérito y extensión de su labor profesional desarrollada en esta etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13 y 44 de la ley XIII-N° 4, antes decreto ley 2.200).

Así voto.

El Juez de Cámara A. G. Defranco dijo:

1.- El pasado 14 de octubre, el Tribunal de Juicio integrado por las Sras. Juezas Penales P. R., M. P. y M. M., condenaron a **E. O. R. B.**, de sus demás datos filiatorios consignados en la pieza que se reseña, a la pena de seis años y nueve meses de prisión, accesorias legales y costas, por encontrarlo autor material y responsable de la comisión de los delitos de **Homicidio agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa en concurso ideal con Portación de arma de guerra sin la debida autorización legal**, invocando los arts. 79, 41 bis, 42, 45, 54 y 189 bis, inc. 2do, párrafo 4to. del Código Penal y art. 4 inc. 3 b) del Decreto 395/75), por el hecho ocurrido en fecha 16 de abril de 2019 a las 20.15 horas aproximadamente, en la Avenida Hipólito Irigoyen nro. 1015 de esta ciudad, en perjuicio de H. P..

2.- Contra dicho resolutorio se alza en impugnación ordinaria **L. M. F.**, en representación del condenado, quien solicita en definitiva se revoque la sentencia y se absuelva a su pupilo procesal.

Los agravios que le causa el fallo, en apretada síntesis, fincan en, por una parte, la desatención por parte de los jueces de las nulidades planteadas oportunamente sobre varios actos del procedimiento y, de otro lado, las presuntas violaciones al derecho de defensa al tenerse en cuenta para motivar el fallo evidencia no ofrecida y la declaración fuera del debate de la víctima.

3.- Respecto a lo primero, denuncia que el acta policial obrante a partir de la hoja 3, carece de las formalidades que el rito establece para secuestrar objetos y no se indica quién habría entregado las prendas incautadas al oficial actuante.

Pretende la nulidad del acta de fojas 20, confeccionada por la división de la Policía Científica *"sin que exista constancia de cómo fueron a parar allí los referidos elementos…"*, irregularidades todas que, alega, *"…tornó imposible averiguar qué pasó con las dos bolsitas conteniendo polvo blanco que en su descargo en la audiencia del control de detención, y reiterado luego en la audiencia de debate, nuestro defendido manifestó haber colocado en el bolsillo izquierdo de su pantalón luego de que le fueran entregadas por el Sr. H. P. en el encuentro que mantuvo con él el día 16 de abril de 2019…"*.

Reclama también la fulminación de la nota de remisión de prendas de vestir de fs. 21, desde la dependencia policial hacia las oficinas de la Fiscalía, por no poder identificarse la persona física que lo habría autorizado, ya que el sello estampado en la nota corresponde al Comisario C. quien en juicio declaró que no fue firmado por él sino por algún subalterno "de orden".

Ataca de nulidad el acta en que se recibe la denuncia de la víctima, obrante a fojas 6, la cual al ser materializada fuera de la dependencia (en el Hospital Zonal

donde estaba internado P.) debió contar con la firma de un testigo de actuación.

Se agravia, también, del tratamiento que se le dispensó por parte de las juezas al pedido de nulidad de la pericia genética, ello generado por la falta de firma del funcionario de fiscalía interviniente en el acta de extracción de material para peritar (acta de extracción de hisopado bucal de R. de fs.59).

Por último, en este rubro, solicita la nulidad de todos los secuestros porque, "*pese a haberse acreditado que en su momento se confeccionaran los respectivos formularios de cadena de custodia, los mismos no fueron ofrecidos como prueba por la fiscalía y mucho menos exhibidos en la audiencia de debate… y hay indicios más que suficientes para presumir que en el caso no se ha respetado la cadena de custodia de los elementos secuestrados…*".

4.- En el segundo lote de agravios se denuncian dos circunstancias puntuales.

Primero, la valoración por parte de los sentenciantes como prueba de cargo de un maletín negro que no fue ofrecido como evidencia por parte de la acusación, destacando, en un párrafo de difícil interpretación que "*…si el proceder de realizar una pericia genética sobre el maletín, y luego no ofrecer dicho objeto como prueba, fue realizado adrede por la fiscalía, cabe calificar de maniobra artera dicho comportamiento; puesto que así se cercenó la posibilidad de la contraprueba que por supuesto no podría recaer sobre un objeto no ofrecido para el juicio. Y si se trató de una negligencia del MPF, es a todas luces inadmisible que el tribunal de juicio supla o subsane las omisiones de una de las partes para favorecer su hipótesis del caso. Por lo tanto, debe descartarse toda consideración efectuada sobre*

el mentado maletín, en especial las referidas a corolarios periciales…".

5.- Por último, se agravia la defensa de que se hayan valorado como pruebas de cargo declaraciones que la presunta víctima habría hecho sin promesa ni juramento de decir la verdad ante funcionarios policiales y que luego no pudieron ser confutadas en el debate ante la insistente manifestación de P. de no recordar lo sucedido.

6.- Puesto a resolver en primer término las nulidades planteadas, lo cierto es que las juezas del caso han motivado, más que exhaustivamente, el rechazo de aquellas.

Respecto a la ausencia de individualización de la persona que habría recogido las prendas de vestir de víctima y victimario, han echado mano las sentenciantes a las declaraciones de la médica N. E., quien relató que trasladó en ambulancia tanto al imputado como a la víctima para la curación de sus heridas, que personal médico del nosocomio tomó las prendas de vestir de ambos y las guardaron en bolsas color rojas, las que fueron retiradas por El Of. Ppal G. S., junto con el Sgto. P. S., todo ello ante un testigo de actuación, A. C., tal cual han declarado en el debate los participantes del acto.

Tal como refiere la Jueza M. a partir de la hoja 78, no ha quedado claro quien fue la persona que guardó las prendas y pertenencias tanto de la víctima como del imputado, pero, sin embargo, ello no tilda de nulo el procedimiento llevado a cabo, ya que, sin dudas, esos objetos les pertenecían por que fueron ellos a quienes trasladó hasta el hospital la Dra. E. para ser asistidos por las lesiones que presentaban y ni ninguna otra u otras personas distintas a los nombrados se indicó por parte del imputado que pudieran hallarse en el mismo lugar como para confundir dichas pertenencias.

De otra parte, tal como funda la Jueza P. desde fojas 15 (al igual que sus colegas R. en la hoja 43 y M. a fojas 78), la norma que exige contar con un testigo de actuación, es a los efectos de no poder incorporarse por su lectura en caso de su ausencia, mas todos los intervinientes han declarado en debate sobre el punto, declaraciones que han sido valoradas correctamente, por cierto, por lo que la presunta afectación a garantía alguna debe ser rechazada.

7.- Respecto a la nulidad denunciada ante la falta de firma del Crio. C. C. (Acta fs. 21), tal como han resuelto las magistradas, el acto se relaciona con la remisión de los secuestros a las oficinas de la Fiscalía, escrito que es rubricado por otra persona sobre el sello del comisario.

Esta circunstancia fue explicada por el testigo al comparecer a debate, indicando que es de practica que algún oficial que de él depende puede redactar el acta y firmarla por orden suya por delegación, por lo que se consigna la expresión "D/O" ("de orden"), tratándose de un simple trámite administrativo que en nada puede poner en duda que los secuestros hubieran llegado a destino o que fueran adulterados o manipulados, situación ni siquiera insinuada por el apelante, por lo que se trata de la petición de una nulidad por la nulidad misma sin vislumbrarse afectación de derecho alguno que es lo que, en definitiva, las formas tratan de resguardar.

8.- El planteo de nulidad del acta en la que se documenta la denuncia recepcionada a P. (fojas 6), a pesar de los embates de la defensa, efectivamente ha sido resuelto, motivadamente, manifestando que se ha tratado de un error involuntario, habiendo suficientemente explicado en el debate por el funcionario actuante, el Oficial P., que el yerro pudo haberse debido a la cantidad de diligencias a las que se encontraba avocado.

De otra parte, no ha indicado el apelante, una vez más, cual es el agravio concreto que causa a su situación procesal el error en la consignación del lugar preciso donde se tomó la denuncia, máxime teniendo en cuenta que es un dato conocido que la víctima se encontraba internada y es ilógico que pudiera haber sido atendida en la seccional.

9.- Han rechazado también sólidamente las juezas de la especie la nulidad pretendida del acta que ilustró la extracción de hisopado bucal del imputado R., obrante a fs. 59.

Si bien es cierto que el documento no ha sido firmado por funcionario alguno, a través de la deposición del testigo **A. J.** (enfermero encargado de practicar la extracción), quien reconoció su firma en el acta y en los sobres que contienen la muestra, se pudo dar fe de la existencia misma del acto reflejado en el instrumento.

Además, si existe firma de la Fiscal interviniente en el sobre que contiene la muestra, junto a la del enfermero, protegidas dichas firmas con una cinta adhesiva transparente, sobre que ingreso debidamente a la Oficina de Secuestros y fue recibida por el perito N. B., tal cual se encargó de manifestar al reconocer su firma en acta de aceptación de cargo y recibo de material.

En resumen, la falta de firma por parte de la funcionaria de fiscalía no atenta contra la inalterabilidad de la muestra, habiéndose preservado en todo momento la cadena de custodia, no pudiendo tampoco darse relevancia al desconocimiento de la firma del imputado, toda vez que, a simple vista, es la misma con la que rubricó todos los actos que constan en el legajo y demandaron su intervención.

10.- Superados los planteos nulificantes que habían sido ya planteados en los alegatos de cierre, corresponde ahora expedirme acerca de los agravios denunciados en forma original en esta instancia: la valoración probatoria.

En ese sentido, en primer lugar, es necesario dejar sentado que, del modo que plantea la queja la defensa, a primera vista pareciera agraviarse del hecho que se valoró como prueba dirimente el maletín negro en sí mismo, como objeto de apreciación mediante los sentidos.

Más a poco de interpretar tanto el escrito recursivo como la alocución del letrado R. ante estos estrados, es posible comprender que el foco de su protesta es haberse visto impedido de refutar la pericia genética materializada por el doctor B..

El camino lógico trazado por el quejoso es el siguiente: dado que no se ofreció como prueba en la acusación el objeto incautado (maletín negro), se vio imposibilitado de solicitar nueva pericia genética para contradecir los resultados que arrojó la experticia.

Aunque ingenioso, no tendrá recibo tal planteo.

Adviértase, en primera instancia, que, como es lógico en la preparación de cualquier caso, la pericia sobre las moléculas que contienen información genética ya había sido encargada al perito antes de la acusación y el hecho que el objeto no se hubiera ofrecido para su exhibición en el debate no invalida en modo alguno las conclusiones a que el experto arribe sobre aquél.

De otra parte, si el incuso no hizo uso de su derecho de proponer nuevos puntos de pericia –para refutación, según denuncia-, o no designó otro experto de mejor idoneidad al momento de ser notificado, ni tampoco interrogó al doctor B. en la audiencia, han sido legítimas herramientas para abordar su estrategia del caso que no

pueden ahora hacerse valer para denostar las conclusiones periciales.

Nótese además que, como agravio concreto, aduce el impugnante que no le formuló al doctor B. la pregunta sobre la posibilidad de contaminación de la escena ante el temor que el perito conteste negativamente; ¿en qué cambiaría la estrategia de la defensa si la respuesta hubiera sido la contraria? ¿Era menester que otro perito se expida acerca de la potencialidad o no de que la escena del crimen se contamine? ¿La intervención de un perito de parte despejaría la duda acerca de la posibilidad de contaminación de las muestras?

Las respuestas evidentes a estos interrogantes hacen debilitar la fuerza del agravio, que debe ser rechazado de plano, habida cuenta, repito, la posibilidad cierta que tuvo el quejoso de proponer otros puntos de pericia (tanto sobre la técnica utilizada, tanto sobre preguntas concretas, etc.), proponer aún un perito de parte para la encomienda o, a posteriori, contra examinar al experto tanto en el método de la práctica encomendada, tanto sobre su experiencia e idoneidad o cualquier otro punto de interés.

Pero, además, en lo sustancial, en caso de extraer de cuajo las improntas que sobre el maletín quedaron, aun invalidando la experticia que afirmó la existencia de perfil genético de R. en él, hasta sustrayendo al objeto mismo de la centralidad del debate, en nada se vería afectada la mayor verosimilitud de la teoría del caso de la fiscalía y que fuera aceptada como verdadera por las juezas del caso, como se explicará luego.

11.- Me detendré ahora en la consideración del último de los agravios: el que gira sobre la valoración de los

dichos extrajudiciales de la víctima, el cual, como se verá, ofrece varias aristas para el análisis.

Recordemos someramente que, tal como denuncia el apelante, P., al momento de comparecer al juicio (necesidad de compulsa mediante), afirmó no recordar nada del asunto.

Ante tal extremo, aún con evidentes errores en la forma de conducir el interrogatorio, sobre todo en lo que hizo al procedimiento de "refrescar memoria", la representante del MPF leyó al testigo (debió ofrecer el documento al órgano de prueba para su propia lectura en voz baja) la denuncia obrante a fojas 6 y exhibió la entrevista filmada, todo lo que, a regañadientes, el testigo reconoció.

También es necesario resaltar que, ante la falta de memoria del testigo, ha hecho uso la Sra. Fiscal de preguntas sugestivas (expresamente prohibidas por el ritual para el examen directo, salvo la venia del Tribunal para que sea tratado como "testigo hostil"), todo ello con el beneplácito de la Presidencia del Tribunal que, a la sazón, no hizo lugar a las correctas objeciones planteadas por la defensa.

Amén de ello, lo cierto es que, de una parte, a pesar de la mala disposición del testigo para declarar lo vivenciado, más allá de su reticencia para declarar, no puede darse crédito al agravio consistente en la imposibilidad de interrogar que denuncia el imputado toda vez que no solo pudo hacerlo, sino que de hecho hasta logró hacerle decir, palabra más palabra menos, que "las cosas podrían haber sido de otra manera".

De otra parte, en lo que interesa, es necesario convenir que no puede afirmarse que hayan sido incorporadas las declaraciones previas de P. al debate.

Por el contrario, la denuncia recepcionada por P. fue leída íntegramente por la Fiscal, en vez de ofrecérsele al

testigo su lectura para recordar algún aspecto de relevancia, limitándose P. a reconocer su firma.

La entrevista contenida en video fue exhibida en su totalidad, limitándose a decir el órgano de prueba, cuando se le preguntó si lo que relató en ese momento fue de ese modo, lacónicamente y en forma casi inaudible, que "si".

En definitiva, sobre el evento histórico que se trató de recrear en el juicio nada ha aportado el testigo, por lo que resulta hasta superfluo ahondar en si es posible o no incorporar sus declaraciones extrajudiciales al acervo probatorio porque, repito, nada ha dicho y, como es sabido, nulos valores tienen aquellas al haberse recepcionado sin atravesar el tamiz de la contradicción.

12.- Ya he dicho sobre el punto, en autos "**"R., N. M. s/denuncia - Trelew"** (Carpeta 6326 OJTwLegajo X. OUMPF Tw), que "…es necesario compartir una idea medular del sistema acusatorio que nos rige en la provincia, a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal (ley...). En ese sentido se ha dicho que "*si se tiene en claro que la instrucción es una pesquisa dirigida a decidir si corresponde realizar un juicio oral y público para determinar allí la eventual responsabilidad de uno o más imputados, no debe hurgarse en la investigación preliminar las razones para fundar una condena. De esta manera, frente a la declaración prestada en el debate por E. (cfr. fs. 605 vta./609) ningún valor puede tener las preguntas que se le hicieron a E. en la etapa anterior para identificarla, pues sus respuestas no fueron rodeadas con las cautelas que brindan las garantías de la publicidad e inmediación..."* (causa 38.194/2013/TO1/ CNC1, caratulada "E., D. s/recurso de casación", C. Nac. Cas. Penal, sala 2, 18/6/15).

Ha explicado el profesor Alberto Binder en qué consiste la etapa preparatoria del proceso, poniendo especial

énfasis en el hecho que *"...cuando afirmamos que esta primera fase del proceso penal es "preparatoria", queremos decir, fundamentalmente, que los elementos de prueba que allí se reúnen no valen aún como "prueba". Hemos visto ya que existe una garantía básica que consiste en el juicio previo, es decir, que ninguna persona puede ser condenada sin un juicio en el que se presente la prueba que permitirá comprobar su culpabilidad o su inocencia. El juicio es, pues, el momento de la prueba, en un sentido sustancial. Lo anterior no es sino la recolección de los elementos que servirán para probar la imputación en el juicio; ése es, precisamente, el sentido de las palabras "preparatorio de la acusación", con las que calificamos al procedimiento previo al juicio..."* *(Introducción al Derecho Procesal Penal, Ad-Hoc, 1999, pag. 233 y ss.).*

Advirtiendo que *"...los sistemas procesales y la jurisprudencia deben ser muy cautos en permitir la incorporación de prueba producida durante la instrucción. La investigación preliminar tiene un carácter preparatorio (siempre proclamado, pero no siempre aceptado) y los elementos que se reúnen durante esa investigación no constituyen prueba sino hasta que sean producidas en el debate principal. Podrán existir casos excepcionales de anticipo de prueba, pero éste debe estar limitado a verdaderos casos-límite, en los que la prueba, por alguna imposibilidad, no se puede producir durante el juicio..."* (ob. cit., pág. 100 y ss.).

13.- También es cierto, a pesar de ello, que el rito chubutense admite excepciones a la producción de la prueba testifical en el debate, habilitando incorporar por lectura "declaraciones" del órgano de prueba durante la etapa preparatoria.

Así, el art. 314, en lo que interesa, permite *"ser incorporados al juicio por su lectura... 1) las pruebas recibidas conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba..."*.

Y, para los casos de la presencia del testigo en la audiencia, solo se permite confrontar sus dichos anteriores *"para poner de manifiesto las diferencias o requerir explicaciones..."* (Art. 325, sexto párrafo, CPP).

En el caso que nos ocupa, no se han aclarado diferencias, no se han requerido explicaciones, y ni siquiera se trata de un testigo que varía su versión, por lo que su aporte fue nulo y, como se colige de todo lo dicho, las declaraciones anteriores mal pueden incorporare válidamente.

14.- La cuestión entonces se traslada a otro andarivel. Soslayando la imposibilidad de tener por fuente de información las entrevistas a la víctima y su nulo aporte en el debate, ¿es posible tener por cierta la teoría del caso fiscal, tal como lo motivaron las juezas del caso? o ¿es atendible la versión del imputado que se halla en competencia?

A poco de recorrer la sentencia en crisis, la respuesta positiva al primer interrogante planteado asoma al final del carril y la confirmación de la pieza se impone.

Dos teorías acerca de lo sucedido esa noche del 16 de abril de 2019 se contraponen.

Por un lado, la Fiscalía propuso que *"E. O. B. R., munido de un arma de fuego tipo pistola semiautomática, completamente limada, sin número de serie ni marca, con supresor de sonido adosado al caño del arma de fabricación casera, calibre 45, se hizo presente en el domicilio sito en Avenida Hipólito Irigoyen número X. de esta ciudad de Trelew, ingresó al mismo, se dirigió hacia el fondo del*

predio, en el que se encontraba el taller de tapicería de P., H. y conociendo el poder vulnerante del arma que portaba, a la voz de "te voy a matar hijo de puta", le realizó al menos dos disparos de arma de fuego, alcanzando uno de ellos a la víctima con orificio de entrada y salida en la región dorsal baja derecha de la espalda, momento éste en que P. se gira hacia R. se trenza en lucha con el mismo y para resguardar su integridad, con el destornillador que estaba utilizando en el arreglo de una silla se defiende, dándole con el mismo en la cara a su agresor, mientras forcejeaba con éste a fin de evitar que continuara con su ataque y lograra darle muerte…" (textual de la acusación de 31 de octubre).

Por su parte, el traído a debate, propuso una hipótesis distinta. Dijo que concurrió donde P. para solucionar un conflicto dinerario de un cliente suyo, de apellido B., quien quería entablar una demanda contra el tapicero. Que éste, como forma de pago para saldar la deuda le entregó una bolsita de cocaína para que le entregara a su cliente. R. la guardó en la billetera y ante su reclamo por más dinero, P. le cedió dos bolsas más, pero, ante la insistencia de que no era suficiente para saldar la deuda, se originó la discusión.

Según R., fue P. quien sacó de un bolso un arma de considerable tamaño, que se abalanzó contra su agresor y comenzaron a forcejear por aquella; que recibió un golpe en la cabeza, pudo quitarle el arma y allí se accionó, no recordando cuantas veces.

Que el tapicero se le abalanzó con el destornillador, cayó fuera del taller, siguieron forcejeando, a los revolcones, hasta que comenzó a llegar gente.

15.- He dicho antes que el eje de la cuestión es determinar cuál de las dos teorías del caso en pugna es

digna de crédito, a la luz de la ponderación de la prueba producida.

Tal como han hecho las juezas del caso, no cabe duda que la hipótesis fiscal es la que más se apega a las probanzas puestas en el escenario propicio para ello: la sala de audiencias.

Convengamos que la hipótesis fiscal no es ni más ni menos que la primigenia versión brindada por P.; pero no serán sus dichos los que se evaluarán para dar crédito a la misma: sus palabras han sido acercadas al juicio por otros personajes.

Así, los empleados del Frigorífico que primero llegaron al lugar, O. y D., dieron cuenta de la escena que hallaron.

El primero ingreso al predio y vio que H. estaba "trenzado" con otra persona, ambos arrodillados, forcejeando; que al C.do de R. había un arma y de P. un destornillador; tomo el arma y la llevó a la entrada.

Recordó que su vecino le dijo "*este hijo de puta me quiso matar*" y le disparó en la espalda.

De su presencia en el lugar y la misma escena hallada da cuenta su compañero de trabajo, **E. D. D.**.

Además, las mismas manifestaciones de P. en las postrimerías del suceso son traídas al juicio de boca del Oficial **G. A. M.**, quien en la audiencia del día 29 de septiembre, a las 11.19 horas, dijo: *"…es en ese momento que P. manifiesta que él estaba trabajando en su tapicería, que se acerca R., que le manifiesta que lo iba a matar y le efectúa dos disparos de arma de fuego; y P. en ese momento se encontraba trabajando con un destornillador y se abalanza sobre el Dr. R. y le empieza a propinar golpes con el destornillador en el rostro…"*.

Preguntado por la Sra. Fiscal sobre si *"¿eso que usted manifiesta se lo dijo el Sr. P. a Usted?"*, contestó que *"si, antes de que llegue la ambulancia, y después me lo dijo el carnicero, porque primero estaban los dos tirados en el suelo, y no entendíamos nada, hasta que se acerca uno de los carniceros y manifiesta que le habían sacado un arma de fuego al Dr. R. y que la otra persona era aparentemente la víctima y ahí le preguntamos a P. qué había pasado y manifestó eso…".*

También ingresó legítimamente al escenario del juicio la versión de los hechos de la víctima a través de la declaración del Oficial **G. R. P.**, quien recepcionó la denuncia y la plasmó en el documento obrante a fojas 6 de legajo (reconociéndola en la audiencia) y de la mano del testimonio del Principal **M. G.**, quien entrevistó en el hospital a P., en la madrugada, que lo recuerda por su trascendencia, filmación que fue reconocida como tomada por él.

16.- Pero, lejos de haberse motivado la declaración de culpabilidad en la versión del damnificado exclusivamente, la prueba científica producida da pábulo a la hipótesis fiscal y descarta de plano la teoría en competencia ensayada por el imputado R..

En efecto, tal como acertadamente han motivado sus sufragios las juezas del debate, es de vital importancia la opinión experta del perito de la Fiscalía, Licenciado **F. M. C.**, quién ilustró sobre lo que se dio en llamar "mecánica del hecho".

Sus conclusiones, edificadas en la evidencia colectada en su momento y pasibles de controlar y contradecir en el plenario, permitieron conocer que las dos vainas servidas halladas en el lugar fueron disparadas por el arma secuestrada, a qué distancia se encontraba el

tirador, teniendo en cuenta la parábola que genera la eyección de las vainas en los disparos.

Pero, de trascendente información, resultaron ser sus opiniones científicas, primero, sobre la existencia de varios sistemas de seguridad, que llevan sin dudar a la conclusión acerca de la imposibilidad de que se produzcan dos disparos "accidentales".

Además, la existencia de material genético de R. en el supresor de sonido, en la cola de disparador, en el martillo y en el seguro, no se compadecen con la versión de que los disparos fueron mientras forcejeaban, ya que de haber sido así no habría accionado el martillo y tocado el sistema de seguridad; las lesiones padecidas por P. en su espalda, tampoco se compadecen –explicó el perito- con la versión de que R. disparó cuando la víctima avanzaba hacia él.

17.- En definitiva y como corolario de lo expuesto, entiendo con mis colegas de este Tribunal revisor que han motivado correctamente las *a quo* las razones por las cuales aceptaron la hipótesis fiscal como la verosímil, todo ello analizando a la luz de la sana critica el cuadro probatorio producido en su integridad, descartando fundadamente todos y cada uno de los planteos nulificantes efectuados y, sobre todo, dando razones por las que no se admite la teoría en competencia ensayada por el imputado.

18.- De la calificación jurídica.

Debe confirmarse sin duda alguna la subsunción del evento traído a revisión en las mandas de los art. 79 y 41 bis, haciendo uso del dispositivo amplificador de la tipicidad contenido en el art. 42.

El accionar de R., quien se constituyó en el lugar de trabajo de P., portando un arma de grueso calibre cargada, con un silenciador casero colocado, para disparar en dos oportunidades en la zona baja de la espalda, augurando a

viva voz que lo mataría, no puede ser de otro modo calificado como un homicidio en grado de conato, con la agravante correctamente seleccionada por el Ministerio Fiscal, no siendo menester, tal como lo reclama el impugnante, acreditar el motivo o móvil para tal emprendimiento criminal, siendo suficiente acreditar el conocimiento efectivo y la voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo para dar por presente el dolo requerido por la figura seleccionada.

Sin embargo, respecto del concurso de este delito con el de Portación de armas sin la respectiva autorización legal, es que, y a pesar de no ser motivo de agravio por parte de la defensa, junto con mis colegas, me apartaré de lo decidido por las juezas del caso.

Es sabido que los delitos de tenencia, por definición, son actos preparatorios impunes, salvo que el legislador los tipifique concretamente, adelantando así – en mucho- el comienzo de ejecución y, por ende, que el portador del elemento prohibido sea seleccionado por parte del aparato represivo.

Pero en este caso, violaría la prohibición de doble punición castigar el hecho de llevar consigo un arma utilizada precisamente para cometer el delito de mayor envergadura, a modo de instrumento, no siendo posible endilgarle la creación de algún peligro (abstracto, por cierto) al momento de trasladarla desde su estudio jurídico –lugar desde donde dijo R. partir- hasta el sitio teatro de los hechos, no solo por falta de precisión en la intimación sino, también, porque la creación del peligro exigido por el tipo se concretó efectivamente en el instante en que descerrajó los disparos contra P..

Por ello, corresponde confirmar la sentencia contra O. R. como autor del delito de Homicidio en grado de Tentativa,

agravado por el uso de arma de fuego (arts. 79, 42 y 41 bis. del CP.), excluyendo su concurso con el de Portación de armas.

19.- Excluida la concurrencia de delitos, tal como se explicó, se impondría en apariencia el reenvío de estos folios para la nueva determinación de la pena, más ello no será así.

Por el contrario, estimamos que la tarea de sopesar las condiciones personales del autor (incluso su profesión de abogado), el aprovechamiento del horario y la soledad del lugar en el que se encontraba P. y el hecho de llevar un arma de fuego lista para ser usada adosado un supresor de sonido con el fin de morigerar el ruido del estampido al disparar, con la falta de antecedentes penales computables a modo de atenuante y descartando el uso de un arma de fuego como agravante por integrar el tipo dicha circunstancia, han logrado el cometido de justipreciar la pena de manera adecuada, elevándose por encima del mínimo de manera proporcional a la magnitud del injusto y el grado de reprochabilidad, por lo que debe ser confirmada.

20.- Honorarios y C.s.

Respecto de C.s y regulación de honorarios profesionales propios de esta etapa, adhiero a la propuesta efectuada por el colega que me antecede en el presente acuerdo, haciendo propios sus argumentos.

Así voto.

El Juez de Cámara M. Montenovo dijo:

I.- No he de reiterar el detalle de los antecedentes del caso, de las posturas de las partes, descripción del hecho o términos de la Sentencia, salvo en lo estrictamente necesario a los fines expositivos, remitiendo a efecto de evitar repeticiones estériles, a lo consignado en tal sentido al comienzo de este acto.

II.- A modo introductorio, procede enunciar los paradigmas en los que hemos coincidido con los colegas que conforman este Tribunal de revisión, y que en definitiva han guiado la deliberación.

En primer término, el impugnante ha planteado una serie de peticiones dirigidas a la invalidación de determinados actos procesales, que aún si a título de eventualidad considerásemos que pudiesen prosperar, dicho resultado no alteraría en lo sustancial el cuadro de piezas del plexo de cargo que derivó en la condena que se cuestiona.

En segundo orden, tenemos postura (Sentencias nro. 17/19, 22/20, 28/20 y 1/21 de la Cámara Penal de Comodoro Rivadavia entre otras), respecto de las incumbencias, y límites, de la tarea de revisión de Sentencias a raíz de la impugnación ordinaria, la cual deriva de lo estipulado en el art. 369 del CPPCh., en tanto nos obliga lo decidido, que no debe ser modificado en perjuicio del recurrente, pero no el desarrollo argumental de, en este caso, las Sentenciadoras de grado, en la medida que sobre ello se hayan podido expresar las partes, específicamente la Defensa, lo cual aquí así ocurrió, tanto en el Debate como en esta instancia.

Nos obligan los agravios, no los argumentos, por lo cual podemos utilizar otros que permitan idéntica conclusión, si es que sobre ellos hubo chance de postular.

Por último, también en otros pronunciamientos (Sentencias nro. 5/20 y 3/20 de la Cámara Penal de Comodoro Rivadavia), siguiendo a autorizada Doctrina, hemos adherido a la interpretación del art. 165 del CPPPCh., en tanto rige el principio de libertad probatoria, es decir es posible acreditar la secuencia fáctica que se pretende consagrar de formas diversas, en la medida que se respeten

las pautas de ingreso al proceso de las evidencias, establecidas legalmente.

Cumplido ello, no se trata de validez de la o las piezas de cargo o descargo, sino de valoración de la prueba, un tema bien distinto.

Puntualmente, en lo referido a testimonios, hemos considerado (Sentencia nro. 13/18 entre otras), sin desconocer en lo absoluto el mandato ritual consistente en que estos se obtienen solo cuando se prestan en el Juicio Oral, con las excepciones previstas en el art. 279 del rito, que la versión, por ejemplo de la víctima, se compone también de todo lo que manifestó durante el hecho, antes o después, en tanto ello pueda ingresar al Debate, por caso, a través de otros testimonios, surgiendo desde allí la chance de evaluar su coherencia interna, uno de cuyos aspectos reside en el mantenimiento en el tiempo de una versión en líneas generales inalterada, y/o externa, respecto de si lo que se dice en Juicio coincide con lo que se dijo antes, que fuera percibido por otras personas, y con otros elementos de convicción.

En lo concreto, no se trata entonces de dirimir entre dos versiones del hecho atribuibles ambas al Sr. P., la del Debate, y una previa, diferentes entre sí, pues en ese supuesto si la del Juicio Oral hubiese significado un relato de tintes exculpatorios o reductores de reproche, deberíamos estar a ella; sino, de analizar la única versión que dio, reproducida en base a otros testimonios, coincidente con la denuncia y la entrevista video filmada mantenida en el Hospital donde convalecía, sobre lo que declararon en Debate los preventores P. y G., elementos utilizados en el contra examen al que fue sometido en Plenario por la Fiscal bajo la naturaleza de "testigo

hostil”, aunque no por decir algo distinto sino por no recordar nada de lo acaecido y expresado con anterioridad.

En definitiva, la víctima no pudo rememorar aquello que le escucharon decir otros testigos, y reiteró ante la Prevención. Se limitó a solicitar, al igual que en esta instancia, la libertad del imputado, a modo de demostrar una suerte de ánimo de superar el conflicto, y de “perdonar”.

Ello no posee aptitud para considerar que cambió su versión, pues no lo hizo, ni que la misma haya surgido de piezas sobre las que la Defensa no pudo postular o controlar, pues fueron incorporadas al Debate y tuvo ambas herramientas a disposición, ni mucho menos asignar a tal manifestación del damnificado algún efecto extintivo del reproche, que el carácter de delitos graves de acción pública de los ilícitos que aquí cabe analizar, impide.

A partir de tal concepto, podemos y debemos estar a la versión del Sr. P., y su correspondencia con otras pruebas, testimoniales, médicas y técnicas, que adelanto existe y ha sido el núcleo de la decisión que hemos adoptado.

III.- Un primer dato, relevante, sobre lo sucedido, reside en que el acusado concurrió a la Tapicería de la víctima, y que si lo hizo para propiciar un acuerdo para superar un conflicto entre esta y un cliente, no lo intentó pacíficamente, muy por el contrario.

Aquella noche de Abril de 2019 personas que circulaban por Avda. Irigoyen de Trelew escucharon gritos pidiendo auxilio, lo que motivó que dos empleados del Frigorífico cercano a la Tapicería del damnificado, O. y D., se dirigieran allí, en donde constataron que quién requería ayuda era P., que se hallaba trenzado en lucha, que los había extenuado, con el imputado, un arma de fuego a un C.do, un destornillador al otro lado de los contendientes,

por lo cual el primero ante la mirada del segundo, redujo a R., y separó el arma de fuego. Luego dieron aviso a la Policía, que arribó seguidamente. Tales entradas y salidas del local de la víctima fueron registradas por la cámara de seguridad del frigorífico.

Lo que escucharon los empleados de la carnicería fueron manifestaciones de P. afirmando que el imputado lo había querido matar, disparándole por la espalda. Lo propio afirmó el Oficial M., quién junto al Cabo C. fueron los primeros preventores en llegar al lugar, encontrando un cuadro similar al descripto por O. y D..

Los galenos que actuaron respecto de las heridas sufridas por P., en su totalidad, desde quién llegó al sitio en primer término (E.), quién lo atendió posteriormente (M.), y el forense (J.), coincidieron en que el proyectil ingresó por su espalda, en la parte baja, y que probablemente en virtud de la acumulación de grasa corporal en la zona abdominal, salió sin lesionar la columna vertebral o la médula espinal, lo cual hubiese acarreado otras consecuencias mucho más graves para el damnificado.

La actividad prevencional de inspección ocular también arrojó datos relevantes. Tanto los agentes C. (planimetría), O. (tomas fotográficas), y especialmente el Comisario C., además del testigo de actuación M. J., depusieron sobre su tarea afirmando, en lo sustancial, que el arma de fuego era calibre 45, numeración limada, apta para producir disparos, con tres proyectiles a bala y uno en recámara, además de poseer un silenciador colocado de modo artesanal, que evitaba la percepción visual y auditiva de la salida de la munición.

La mencionada actividad arrojó el hallazgo del destornillador, dos vainas servidas, otros tantos

proyectiles deformados, y un maletín con manchas hemáticas en la escena.

El Licenciado C., en una experticia sobre la posible mecánica del suceso, aportó otro dato sustancial, referido a la distancia entre tirador y víctima, superior a la vinculada a un forcejeo, como pretendió el acusado, que colocó posesión del arma de fuego y agresión ilegítima en cabeza de P. en su versión de defensa material. El consultor técnico por R. designado para tal tarea, C., objetó las conclusiones de C. solo en el sentido de sostener que un tirador experimentado como el encartado, a esa distancia, hubiese apuntado a otra parte del cuerpo de la víctima, de querer ultimarla.

Como es posible advertir de la reseña precedente de la prueba de cargo mencionada, su incorporación al Juicio fue absolutamente regular, la Defensa la pudo controlar, como postular sobre ella, interrogar testigos y designar profesionales para objetarla. Ninguna de las piezas indicadas mereció señalamiento respecto de su validez, además de conformar el núcleo que analizaron las Sentenciadoras para emitir el pronunciamiento impugnado.

También el imputado convocó testigos de descargo, Vistoso, B., P. y N., quienes sostuvieron que existía una disputa legal que involucraba a P., lo cual en nada lograba rebatir la concurrencia de R. esa noche a la Tapicería para solucionarla, o que salió de su estudio jurídico sin llevar maletín, aseveración desacreditada por la inspección ocular.

Tampoco cabe asignar mayor trascendencia a las lesiones sufridas por el Acusado, verificadas y compatibles con la utilización por la víctima de un destornillador, también hallado en la escena del hecho,

instrumento usado, como veremos a continuación, para defensa ante la agresión desplegada por el imputado.

IV.- Entonces, el encartado fue hacia el sitio donde estaba la víctima, por la noche, súbitamente ingresó manifestando pretender darle muerte, le disparó con un arma de fuego que no estaba autorizado a llevar, adaptada para no generar estruendo, a corta distancia, cuando estaba P. de espaldas, en dos ocasiones, no obstante recibir un impacto de bala el damnificado pudo enfrentarlo y pedir auxilio, contienda que fue la que observaron los testigos al llegar.

Así propuso la secuencia fáctica el Ministerio Fiscal, basándose en la prueba médica, las propias expresiones de P. reproducidas por empleados de la carnicería y policías, quienes lo escucharon de boca de la víctima, previamente a que en el Debate fuera asaltado por el olvido y el perdón.

Todo ello conformó un todo coherente, una explicación racional y acreditada de lo ocurrido, suficiente en términos de la verdad real a la que podemos aspirar en un sistema adversarial, para superar los alcances del estado de inocencia.

Incumbía por ende a la Defensa proponer otra hipótesis, contra fáctica, de tintes exculpatorios o reductores de reproche.

Claramente a la solución pacífica de un conflicto no se llega concurriendo hacia la contraparte con un arma de fuego de los caracteres enunciados, de la forma detallada. Más dificultoso aún resulta ponderar una versión de descargo que alude a un pretendido ejercicio profesional que contiene cobros en sustancias prohibidas, como derivación de episodios protagonizados por terceros, signados por la violencia, para concluir invocando la

reticencia de la víctima para decir en Juicio aquello que ya había expresado.

Las Juezas decidieron, correctamente, consagrar la explicación de los hechos de la Acusadora, de la cual surge en cabeza de quien y en qué términos cabía poner la agresión ilegítima, la del imputado, lo cual poseía notoria relevancia penal sobre la base de la significación jurídica que analizaremos a continuación.

El impacto en tal sentido del plexo de cargo referido no cede ante la existencia de ciertas irregularidades en determinadas actas policiales o labradas por el Ministerio Público, ausencia de ofrecimiento en carácter de evidencia de objetos, o de firmas identificatorias de Funcionarios que llevan a cabo diligencias, o de personas convocadas para someterse a extracción también de evidencia, que a lo sumo podrían derivar en la exclusión del examen genético realizado por el Dr. B. de las piezas a considerar.

Debemos regresar a esta altura al principio de libertad probatoria, y afirmar que si lo que se pretendió fue acreditar la existencia en la escena de un maletín, se logró con la inspección ocular y los testimonios, sin dejar de expresar que tal instrumento se asocia de mejor manera al ejercicio de la Abogacía que al oficio de Tapicero.

Pero aún si se entendiese que no hubo un maletín, ello no alcanzaría para desmerecer las conclusiones que arrojan las otras pruebas, ya detalladas.

Desde ya es recomendable que en la práctica investigativa las actuaciones sean labradas tanto con corrección desde lo formal, como respetando las normas de cadena de custodia vigentes. Pero las inobservancias apuntadas, aquí no han incidido en la potencia probatoria de la prueba de cargo.

Por último en cuanto al punto, el móvil de una conducta no reviste el carácter de elemento típico del art. 79 del CP.. Debido a ello, la imposibilidad de enunciar los motivos de la concurrencia del imputado a la tapicería esa noche, más allá de los por él invocados, no impide la atribución de responsabilidad penal.

A todo evento, explicar el porqué de los acontecimientos resulta útil al "caso" de cada una de las partes, aunque si se logra acreditar la conducta reprochada y sus alcances, como aquí, la ausencia de brindar su motivación deviene irrelevante al fin pretendido por la Defensa, como el resto de las nulidades planteadas.

V.- Concurrir al sitio donde se encuentra la víctima, con un arma de fuego cargada, silenciada ex profeso, disparar en dos ocasiones a corta distancia hacia su humanidad, manifestando la intención de darle muerte, no dejan demasiadas dudas en cuanto a la intención del sujeto activo, en términos de dolo directo.

Ahora bien, supongamos, como lo propuso C., que un tirador experto a esa distancia hubiera apuntado, y acertado, a otra zona del cuerpo, de las que lesionadas provocan el óbito inmediatamente, podríamos concluir que el imputado tuvo la intención de amedrentar al damnificado, por ejemplo, para obtener algún pago.

De haber sido esa su intención, los medios elegidos para concretarla lo colocan en la órbita al menos del dolo eventual, que la figuras de los arts. 79 CP. y 42 admiten, tal como consideramos, sin desconocer los arduos debates al respecto (Sentencia nro. 34/14 y 18/16 de la Cámara en lo Penal de Comodoro Rivadavia, la primera confirmada por el Excmo. Superior Tribunal de Justicia mediante Sentencia N° 30/16).

A tal efecto, la prueba médica ha sido dirimente, las consecuencias pudieron ser letales para P., sin perjuicio que quién despliega tal causalidad, lo hace admitiendo la factibilidad del resultado muerte, no obstante lo acepta y lo enfrenta, en definitiva el contenido de la mentada modalidad de dolo.

VI.- Los delitos de Tenencia y Portación de arma de fuego no son otra cosa que la tipificación de actos preparatorios, que como principio general son impunes, como manera, a título de iniciativa de política criminal, de disuadir el uso de dichos instrumentos, esencialmente riesgosos.

Una interpretación mínimamente racional y acorde al bloque de constitucionalidad obliga a asignar carácter restrictivo al alcance de tales figuras, a modo de requerir que la portación y/o la tenencia sean actuales y no pretéritas, caso contrario el ámbito de prohibición crecería exponencialmente, aún más que con la existencia de dichos tipos penales; y además tomar la conducta vedada, tener o portar, como vinculada a un peligro concreto y no meramente abstracto.

Desde ya que en el sub-judice tal peligro se concretó, pero más allá de que hemos sostenido que fue el imputado quién portaba esa noche el arma de fuego sin autorización legal, al menos en el instante de efectuar los disparos, tal extremo ya encuentra respuesta en la atribución de responsabilidad penal por el delito de Homicidio doloso tentado, por lo cual no procede asignarle otra consecuencia desfavorable a riesgo de violentar el principio que prohíbe la persecución penal múltiple.

Por ende, el tramo fáctico que hubiese podido habilitar la concurrencia fijada por el Tribunal de Juicio era el anterior, en el cual no se pudo verificar el elemento del

tipo objetivo requerido por el art. 189 bis del CP., es decir específicamente la portación del arma por R., por caso en el trayecto hacia la tapicería; o posterior, inviable pues arribaron testigos y la Prevención encontrando el instrumento en el piso al costado del forcejeo de los sujetos activo y pasivo.

En definitiva, corresponde excluir la concurrencia ideal definida y confirmar la declaración de O. R. como autor del delito de Homicidio en grado de Tentativa, agravado por el uso de arma de fuego (arts. 79, 42, 45 y 41 bis. del CP.), agravante genérica, la del art. 41 bis., cuya aplicación no fue cuestionada.

VII.- La exclusión de un delito que conformó la condena podría convertirse en un factor de reducción de la pena impuesta. Sin embargo al deliberar hemos coincidido en que tal alternativa debía ser descartada en este caso.

Siempre respetando el aludido principio del "ne bis in ídem", en tanto no asignar a un extremo fáctico el carácter de agravante cuando ya fue tenido en cuenta al dirimir la tipificación legal, por ejemplo el uso de un arma de fuego, desde lo que surge del hecho en sí, aspecto objetivo a tener en cuenta desde lo ordenado por el art. 41 del CP., la existencia de un mecanismo casero que oficie a modo de silenciador, la nocturnidad y la forma de irrumpir en el taller de P. permiten sostener la existencia de una intención de actuar evitando la llegada de ayuda para la víctima, y decididamente carente de toda clase de ánimo de diálogo. Desde lo subjetivo, el otro aspecto a considerar, se hallan las evidencias de mayor culpabilidad.

El acusado desempeña la profesión de Abogado, en cuya formación se enseña a dirimir los conflictos pacíficamente, en el marco de la Ley, es decir lo contrario de lo que intentó. Además, para poder ejercerla es usual que se

formulen juramentos donde se reafirma tal mandato. En dichas condiciones, si el desconocimiento del Derecho puede hasta generar la exclusión de la culpabilidad, su conocimiento minucioso opera en sentido exactamente inverso cuando se delinque, la intensifica, y con ello a la respuesta punitiva.

No hemos advertido la existencia de factores de atenuación en condiciones de contraponerse a los mencionados, por lo cual la determinación de la sanción debía alejarse notoriamente del mínimo de la escala aplicable.

Precisamente, en líneas generales, eso decidieron las Magistradas, sobre la base de dichos argumentos, edificando una respuesta contingente racional y respetuosa del imperativo "pro homIne".

En resumidas cuentas, la Sentencia debe ser íntegramente confirmada. En lo que respecta a costas, accesorias y honorarios, coincido con el criterio expuesto por mis colegas.

Así voto.-

De conformidad con los votos precedentes, esta Cámara en lo Penal por unanimidad

RESUELVE:

1. No hacer lugar a las pretensiones desarrolladas por el imputado, en la impugnación ordinaria presentada contra la sentencia registrada digitalmente bajo N° 1988/20 Ofijud Tw dictada el 14/10/20.
2. Modificar la calificación jurídica reprochada a O. E. R. B., por la de autor del delito de homicidio en grado de tentativa, agravado por el uso de arma de fuego, de los arts. 79, 42, 45 y 41 bis. del Código Penal, confirmando la pena impuesta por el A Quo.

3. Imponer las C.s del presente proceso al acusado (arts. 239, 240, 241 y concs. CPP) y regular los honorarios profesionales de la Defensa Particular a cargo de los co-defensores Dr. A. M. y Dra. L. M. F. en el monto de VEINTE (20) JUS, todo ello, en atención al mérito y extensión de su labor profesional desarrollada en esta etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13 y 44 de la ley XIII-N° 4, antes decreto ley 2.200).

Regístrese, protocolícese, notifíquese, y remítase a la Oficina Judicial a sus efectos.

Roberto Adrián Barrios

Juez de Cámara

Se hace constar que el Dr. M. Montenovo remitió su voto a esta sede mediante correo electrónico oficial. Asimismo, el Dr. A. G. Defranco no suscribe materialmente la presente por haberse retirado con posterioridad al acuerdo, habiendo remitido su voto su vía correo electrónico oficial (artículo 331 último párrafo del Código de Procedimiento Penal).

Registrada con el Nro. 06/2020 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.-

O. P. Bastos

Secretario de Cámara