

PXS 559/9

En la ciudad de Corrientes, a los cuatro (4) días del mes de abril de dos mil once, estando constituido el Superior Tribunal de Justicia con sus miembros titulares Doctores Guillermo Horacio Semhan, Juan Carlos Codello, Fernando Augusto Niz y su miembro Subrogante Doctor Carlos Alfredo Benitez Meabe con la Presidencia del Doctor Carlos Rubín, asistidos del Secretario Jurisdiccional Doctor Juan Ramón Alegre, tomaron en consideración el **Expediente Nº PXS 559/9** caratulado: “**AYALA, ALDO EMILIANO P/TENT. DE HOMICIDIO - EMPEDRADO**”. Los Doctores Guillermo Horacio Semhan, Carlos Rubín y Juan Carlos Codello, dijeron:

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

SE PLANTEA LA SIGUIENTE

CUESTION:

¿QUÉ PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR EN AUTOS?

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR GUILLERMO HORACIO SEMHAN, dice:

I.- Contra la sentencia Nº 77 de fs. 516/529 vta., dictada por la Excm. Cámara en lo Criminal Nº 2 con asiento en la Ciudad de Corrientes, que condenó por mayoría a Aldo Emiliano Ayala, D.N.I. Nº 5.401.426 a la pena de CUATRO años de prisión, por el delito de HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA (art. 79 en función del art. 42, 40 y 41 del C.P.) en calidad de autor (art. 45 del C.P.), se interpuso recurso de casación a fs. 533/535 vta..

II.- El agravio del recurrente se funda en primer lugar en razón de que en la sentencia no se encuentra probado que hubo dolo directo o indirecto, es decir no se ha podido determinar la intencionalidad del encartado en cometer un delito de homicidio o siquiera una tentativa de ello.

En segundo lugar que se tenga solamente en cuenta los dichos de la víctima, quien ha caído en contradicciones respecto de su denuncia, en esta misma línea, -sostiene el defensor- que el tribunal no puede tener en consideración la testimonial de una persona (González) quien actuó como testigo de cargo para el allanamiento y secuestro del arma.

En tercer lugar, se agravia la defensa porque se encuentra demostrado científicamente que ante la presencia de nitratos y nitritos por deflagración de pólvora, en la ropa de la víctima, hace que la misma se haya producido por una distancia corta (menos de un metro) y no coincide con la declaración de la víctima quien nunca pudo determinar a que distancia estaba el agresor. Además no se tuvo en cuenta el examen médico practicado al

encartado.

Por último cita jurisprudencia la defensa respecto al caso, sosteniendo que el Ministerio Público no ha encontrado la intención suficiente para provocar una excitación en todos los hechos traídos a debate como para acusar de un delito de tentativa de homicidio, sin embargo coincide con la defensa, que hubo un delito, que el encartado asume responsabilidad y admite asimismo que nunca tuvo intención de matar o herir, que la única herida recibida por la víctima, es de carácter leve, que el lugar donde recibió el impacto (zona inguinal) dista mucho de los dichos de la víctima (“me apunto a la cabeza”).

III.- A la vista corrida se expide el Sr. Fiscal General a fs. 545/546, dictaminando que se deben recepcionar los agravios del recurso de casación en cuanto a la disminución de la sanción aplicada y al delito imputado, tal como lo solicitara el Sr. Fiscal de Cámara en ocasión de concretar su alegato acusatorio.

IV.- En primer lugar, debo decir que si bien la defensa esgrime varios agravios contra la sentencia, los mismos se pueden agrupar en dos grupos, el primero constituido por los dos agravios que refieren a pruebas producidas sobre el hecho y el segundo grupo, referido al dolo de matar; por lo que, los trataré en ese orden.

Y siguiendo criterio sentado en reiterados fallos de éste STJ, se impone revisar la causa a tenor de la doctrina emanada en el fallo de la CSJN, “Casal”, criterio reiterado en “Martinez de Areco”: 328:3741; “Salto”:329:530; “Tranamil”: 330: 518, correspondiendo analizar si el tribunal de juicio, merituó las probanzas objetivas o subjetivas que se haya arrimado al Debate, y las evaluó conforme al criterio de la crítica racional, cuya violación según la CSJN, se produce cuando “[...] directamente el Juez no la aplica en la fundamentación de la sentencia [...] Cuando no puede reconocerse en la sentencia la aplicación del método histórico en la forma en que lo condicionan la Constitución y la ley procesal, [...]” (Cf., Fallo “Casal”, punto 31 del voto mayoritario).

Así, la defensa se agravia de los testimonios de Medina y González sin explicitar porque, sin motivación alguna, a los que –según la defensa- se les debería restar credibilidad, pero no expone las razones por las que éste tribunal debería restarle fe. Por lo que, al carecer de fundamentación el agravio, no analizare tal apreciación de la defensa.

En segundo término, se agravia la defensa porque se encuentra demostrado científicamente que ante la presencia de nitratos y nitritos por

Expte. Nº PXS 559/9.-

deflagración de pólvora, en la ropa de la víctima, hace que la misma se haya producido por una distancia corta (menos de un metro) y no coincide con la declaración de la víctima quien nunca pudo determinar a que distancia estaba el agresor, lo expresado por el defensor fue tratado y aclarado en la primer cuestión por el a quo (ver fs. 520) coincidiendo éste con el motivo de agravio expuesto por la defensa, por lo tanto al no aparecer clara la exposición impugnante es que debo rechazar.

En igual sentido, también lo hizo el tribunal al referirse al examen médico practicado al encartado, haciendo referencia al exceso en la legítima defensa, al no expresar la defensa los motivos de su agravio, me remito a ello (Ver fs. 526).

V.- Ahora en el segundo grupo de agravios el recurrente ingresa al tema del dolo del autor, y sostiene que el Ministerio Público no ha encontrado la intención suficiente para provocar una excitación en el hecho traído a debate como para acusar de un delito de tentativa de homicidio, acusando solo por abuso de arma, lo que, para una clara comprensión del caso traído a estudio es conveniente hacer una breve reseña, comprendiendo ello desde el requerimiento de elevación a juicio de la causa que se produce en fecha 19/10/09 (ver fs. 366/368) en el que el Fiscal de Instrucción expone en el párrafo de la relación de los hechos lo siguiente: “[...] surge la comisión de un ilícito punitivo llevado a cabo por el imputado Aldo Emiliano Ayala el día 31 de diciembre de 2008 en contra del ciudadano Eusebio Medina, víctima de autos. Es así que alrededor de las 07:30 hs. de ese día, éste último circulaba en su ciclomotor por la Ruta Nacional Nº 12 y llegando a proximidades de la entrada a la localidad de Empedrado, Ctes., unos tres o cuatro kilómetros antes, vio por el retrovisor de su motovehículo que se le acercaba a corta distancia el automotor conducido por el imputado de autos, el cual se le venía encima con la clara finalidad de atropellarlo, razón por la cual Eusebio Medina maniobró rápidamente y se detuvo en la banquina; el auto guiado por Ayala paró unos metros más adelante, también sobre la banquina y bajándose del mismo se dirigió a Medina, mientras sacaba un revólver de su cintura, apuntándole a la cabeza le decía: *“te voy a matar a vos y a toda tu familia...”* efectuando en ese instante un disparo de arma de fuego que lo hirió en la región inguinal izquierda, cerca de su cintura. Al verse herido, Eusebio Medina se subió a su moto y arrancó raudamente yéndose del lugar mientras Ayala continuaba disparándole, en tres ocasiones más, sin lograr herirlo nuevamente ya que un disparo le rozó

y los otros dos fallaron al ser percutidos. [...]” y así, con esta descripción fáctica el Fiscal de Instrucción califica el acontecimiento como homicidio en grado de tentativa –art. 79 en función del art. 42 del Código Penal.

Con éstos hechos y calificación legal se produce la apertura del debate, finalizado el mismo, al momento de los alegatos el Sr. Fiscal de Cámara dice: “[...] Este Ministerio público no puede tener por acreditado el hecho haciendo jugar el dolo en homicidio no tengo elementos para acreditar la intención de Ayala de querer matar a Medina, tengo la duda sobre ello, ante la duda conforme al Art. 4 del C.P.P. voy a tener que considerar que debe encuadrar el hecho el dolo de homicidio dentro del delito de abuso con arma de fuego conforme al art. 104 del C.P. [...]” (Ver fs. 513).

A su turno el tribunal de juicio condenó por mayoría a Aldo Emiliano Ayala por el delito de homicidio en grado de tentativa a la pena de cuatro años de prisión en calidad de autor material (art. 79 en función del art. 42, y arts. 40, 41 y 45 del Cód. Penal)

VI.- Ahora bien, fijado correctamente el “thema decidendum” sobre el que me voy a expedir, en tal sentido tengo que decir que en años anteriores ya éste superior tribunal se pronunció en una sentencia en consonancia con la jurisprudencia sentada por el caso Tarifeño" (Fallos: 325:2019) de fecha 28/12/1989, “[...] 3º) Que esta Corte tiene dicho reiteradamente que en materia criminal la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales (Fallos:125:10; 127:36; 189:34; 308:155 7, entre muchos otros). 4º) Que en el sub lite no han sido respetadas esas formas, en la medida en que se ha dictado sentencia condenatoria sin que mediase acusación. En efecto, dispuesta la elevación a juicio (fs. 414/416 del principal), durante el debate el fiscal solicitó la libre absolución del sujeto pasivo del proceso (fs. 507/508 del mismo cuerpo), y, pese a ello, el tribunal de juicio emitió la sentencia recurrida, por lo que corresponde decretar su nulidad y la de las actuaciones posteriores que son consecuencia de ese acto inválido.[...]”, declaró la nulidad de la sentencia condenatoria, puesto que el representante del Ministerio Público había solicitado la absolución del imputado y en ese sentido, se sucedieron los casos "García" (Fallos:317:2043), "Cattonar" (Fallos: 318:1234), "Montero" (Fallos:318:1788) y "Cáseres" (Fallos: 320:1891), entre otros.

Y tal como lo adelanté, en esa línea jurisprudencial se dictó la sentencia N° 81 de fecha 10/08/04 el caso “Arroyo”, en el que se verifica el retiro de la acusación fiscal al momento de los alegatos y el tribunal de

Expte. Nº PXS 559/9.-

sentencia dicta la condena de igual modo, por lo que éste tribunal casa la sentencia y absuelve al imputado, dejando claramente plasmado en dicha sentencia el respeto de los roles de que deban desempeñar los actores del proceso, derivado del principio de separación de funciones, de acusar y de juzgar, que resulta el corolario lógico de la interpretación armónica de la norma establecida en el art. 18 de la Constitución Nacional, esa línea se siguió en las sentencias Nº 10 en expte. Nº 23.529/04, Nº 106 en expte. Nº 24.105 anulada por la Corte por la situación de coimputado, pero que fuera reafirmado tal criterio en sentencia Nº 6 en fecha 12/02/2008.

Aquella jurisprudencia (Tarifeño) se mantuvo hasta la causa "Marcilese", oportunidad en que el máximo tribunal nacional—modificando su criterio— confirmó la sentencia condenatoria no obstante el pedido de absolución del fiscal de la acusación en los alegatos (Fallos: 325:2005), criterio que mas tarde fuera modificado en el fallo "Mostaccio" (17/02/2004) en el que el máximo tribunal regresa a la doctrina Tarifeño.

En este orden de ideas, éste tribunal se aparta de la decisión adoptada en el caso "Arroyo" en la causa "Barrios" en expte. Nº 23.943/04 sentencia Nº 162/05 al plantearse una situación no contemplada en la decisión de la corte siguiendo la conocida jurisprudencia del alto tribunal, "[...] según la cual sus fallos, si bien sólo deciden y obligan a la causa en la que fueron dictados, merecen acatamiento por los tribunales inferiores. Sin embargo, el mismo tribunal ha reconocido que los jueces pueden apartarse en sus decisiones cuando introducen nuevos argumentos no considerados en la decisión de la Corte [...]" (Cf. Fallo del TOC Nº 9, citado por BREGLIA ARIAS-GAUNA, "CODIGO PENAL Y LEYES..", T. 1, Astrea, 2003, p. 398) (in re sentencia Nº 162/05).

De la sentencia mencionada se puede extractar lo que constituyó el fundamento central del cambio de criterio "[...] Sin embargo, la condena dictada en ausencia de sostenimiento de la acusación, podría ser válida, según que se considere materia de imputación. Así, si el contenido de la acusación es la imputación de un hecho y el Ministerio Público Fiscal mantiene esa imputación, pero solicita absolución fundado en que el hecho carece de relevancia jurídico-penal o no encuadra en norma legal, dado que respecto de la imputación pudo ejercerse en plenitud el derecho de defensa y, por ende, el principio de contradicción, el tribunal, en virtud del principio "iura novit curia" podría sustentar consideraciones jurídicas distintas y dictar una sentencia.

Incluso condenatoria” sentencia N° 106/05, expte. N° 24.105 [...]” (ver sentencia N° 162/05).

Entonces en ése caso en particular el Ministerio Público mantiene la imputación pero solicita la absolución por que el hecho carece de relevancia jurídico- penal o no encuadra en una norma legal, que dista de la situación cuando el fiscal no mantiene la acusación y pide absolución al momento de realizar sus alegatos.

Por lo que sostengo, que mis votos se aferraron a seguir una línea argumental conforme a los presupuestos con que se daban en cada caso concreto, entiéndase que ante falta o retiro de la acusación fiscal solicitando la absolución, el tribunal dictaba sentencia condenatoria de todos modos, en ese caso se aplicaría el criterio sentado en el caso “Arroyo”. Pero si por el contrario, éstas respondían a casos en que el tribunal de juicio aplicaba mayor pena que la solicitada por el Ministerio Público en su rol de “acusador público” sin cambio de calificación legal, era otro el criterio a seguir, y así se sucedieron las sentencias N° 67/07 en expte. N° 26.949 “Gimenez”, N° 136/07 en expte. 27.197, N° 09/08 en expte. N° 27.319 entre otros.

Ello no significa otorgarle al Ministerio Público Fiscal una concentración de poder que le permite poner el límite hasta donde puede fallar el tribunal, sino que por el contrario, permite una correcta coexistencia entre ambos, desempeñando cada uno el rol que le corresponde dentro del proceso, pues de lo contrario sería desconocer que el “ius puniendi” no pertenece al Ministerio Público Fiscal, pero indudablemente ello acarrea la enorme responsabilidad –en representación del Estado- de fundar suficientemente sus peticiones ante el tribunal, llámese en éste caso que nos convoca al momento de producir sus alegatos como conclusión final, el fiscal debe exponer todo lo que pudo extractar del juicio oral, en la inmediatez con el desarrollo de las pruebas, ya que se encuentra en cabeza del tribunal decisor, quien va a juzgar la motivación lógica y material de la actuación de los fiscales.

Así lo sostuve en la sentencia N° 223 del 08/11/2005, “[...] de tales alegatos, resulta patente que hubo acusación para un procesado y que para los otros, la absolución no estuvo basada en que no se probó el hecho o en que las pruebas introducidas son insuficientes, sino que respondió a un estado de no convicción acusatoria por parte del Sr. Fiscal, a una apreciación sin fundamentos respecto del nexo de causalidad entre el hecho hacia una figura cuya pena se encontraría prescripta, todo lo cual no conmina ciertamente al Tribunal de juicio, quien ante tales alegatos dubitativos, conserva intacto su poder jurisdiccional sobre la decisión conclusiva del proceso, encontrándose

Expte. Nº PXS 559/9.-

habilitado para condenar si así lo considera que corresponde, como en definitiva, lo hizo. [...]”, por lo que, concluyo que el pedido fiscal de absolución no puede dejar de estar debidamente fundado.

Ahora bien, en el presente caso el fiscal de juicio no retiró la acusación sino que más bien acusó pero por un delito distinto y de pena menor, -sostuvo en sus alegatos que no se pudo probar en el desarrollo del debate el dolo homicida, aspecto subjetivo de la plataforma fáctica,- ni tampoco hay una aplicación mayor de la pena –sin producirse cambios en la calificación- de la solicitada por el fiscal, ello amerita un nuevo tratamiento de la cuestión a fin de salvaguardar principio básico de la existencia de nuestras instituciones.

“[...] Es así, que la implementación del Ministerio Público como órgano independiente de los distintos poderes del Estado contenido en la reforma constitucional del año 1994 implicó el otorgamiento de una función clara a los miembros de ese departamento estatal. Forma parte de la incumbencia constitucional de los fiscales la defensa de los intereses generales de la sociedad mediante la promoción de la jurisdicción de los jueces ante los que le toque actuar, según el mecanismo dado por el otorgamiento procesal que corresponda. [...]” (El fallo “Mostaccio”, la reposición de la doctrina “Tarifeño”, Luis R. Salas, L.L. suplemento de jurisprudencia penal y procesal penal, 26/03/2004, pág. 21)

Por ello corresponde, delimitar la función que a ellos le compete, más allá de las razones de oportunidad histórica que me movilizan por el momento de transición que los tribunales están atravesando, desde ya, que, nuestra provincia se encuentra inmersa en un proceso de transición que pretende una reforma estructural del proceso, sino que más bien es preciso sostener cuales son las razones lógico-argumentativa por la cual se arriba a la decisión.

Por lo que, sosteniendo el criterio sustentado en el caso “Arroyo” pero en éste caso en particular haciendo extensivo a la situación que se plantea en autos, en el que como lo dije anteriormente, el fiscal de juicio en los alegatos solicita un cambio de calificación por un delito de pena menor, pero independientemente de ello y retornando un poco lo expuesto “ut supra” respecto a los roles que desempeñan unos y otros, es indudable y se encuentra fuera de discusión que los jueces no pueden subrogar la voluntad de los acusadores públicos, encargados de llevar adelante la acción pública, de lo contrario se perjudicaría la ajeneidad que deben guardar con relación al

contencioso que les toca decidir en franco detrimento del principio de imparcialidad.

“[...] Si el acusador declina la prosecución del proceso, el juzgador no puede suplantarle en su rol, sin romper el juego de equilibrio entre partes, resignando la imparcialidad y afectando las garantías que la Constitución Nacional y la ley consideran vigentes desde la imputación. Ello es así, por cuanto la acusación constituye un bloque indisoluble que se perfecciona en dos momentos procesales distintos: el requerimiento de elevación a juicio, que habilita la jurisdicción del tribunal para abrir el debate y el alegato fiscal solicitando condena, que habilita la jurisdicción del tribunal a fallar. [...] (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni) (Q.162. XXXVIII. Recurso de hecho. “Quiroga, Edgardo oscar s/causa N° 4302)

Sin embargo, si no podemos diferenciar la existencia de roles y capacidades distintas en los órganos de juzgamiento y de acusación, deberíamos aceptar que el principio procesal de *nullum iudicium sine accusatione* y de la prohibición *ne procedat iudex ex officio* asentado en el derecho constitucional a la inviolabilidad de la defensa en juicio y al debido proceso (arts. 18 y 33 C. N.) son meras afirmaciones dogmáticas.

Por lo tanto, corresponde acoger favorablemente el agravio respecto a la acusación fiscal en los alegatos, que se encuentran debidamente fundado, pues, que el tribunal encargado de dirimir el pleito se entrometa en la función oficiosa, que se ubica en cabeza del ministerio público fiscal, se llega a la pérdida de toda posibilidad de garantizarle al imputado un proceso donde sea juzgado por un órgano imparcial que se encuentre totalmente ajeno a la imputación, violándose la garantía de imparcialidad y defensa en juicio. Entender de otro modo, significaría que el imputado no sólo debe defenderse de la acusación fiscal sino también de quien decide su situación, tal como se planteo en autos.

Pues el plenario es por excelencia el lugar donde se desarrolla la acusación fiscal con su consiguiente contraposición por parte de la defensa y el tribunal que debe decidir sobre lo peticionado y todo lo que sucede en el debate, [...] De esto último, se colige que el juez no puede actuar sino a pedido de parte, convirtiéndose en cierto modo en un espectador de la contienda que tiene el deber de dirimir. La excepción a esta regla (*ne procedat iudex ex officio*), constituida por el principio *iura novit curia*, no puede ser ilimitada, porque violaría el principio de congruencia como derivación del derecho de defensa en juicio. La calificación optada por el Tribunal imposibilitó al imputado de defenderse de esa nueva calificación legal y se excedieron en la aplicación

Expte. Nº PXS 559/9.-

del principio iura novit curia. Circunstancia que a mi entender vulneró, como dije, el principio de contradicción y de defensa en juicio [...] (Voto de la Dra. Angela Ledesma. Voces: ACTO A TITULO GRATUITO ~ ACTO A TITULO ONEROSO ~ ACUSACION FISCAL ~ COMERCIALIZACION DE ESTUPEFACIENTES ~ DEFENSA EN JUICIO ~ DETERMINACION DE LA PENA ~ DOLO ~ ESTUPEFACIENTES ~ FACULTADES DE LOS JUECES ~ MINISTERIO PUBLICO FISCAL ~ NULIDAD ~ PENA ~ PRINCIPIO DE CONGRUENCIA ~ PROCEDIMIENTO PENAL ~ SENTENCIA ~ SENTENCIA CONDENATORIA. Tribunal: Cámara Nacional de Casación Penal, sala III(CNCasacionPenal)(SalalII). Fecha: 06/06/2008. Partes: Oliva, Rubén Matías. Publicado en: La Ley Online; Cita Online: AR/JUR/3251/2008)

En otro punto de la sentencia se puso de relieve que el fiscal de cámara en su alegato “[...] no puede tener por acreditado el hecho haciendo jugar el dolo en homicidio no tengo elementos para acreditar la intención de Ayala de querer matar a Medina, [...]” lo que nos lleva a analizar necesariamente la plataforma fáctica que se encuentra integrada por el dolo o sea el aspecto subjetivo. Y es allí en el plenario, donde residen los principios de oralidad e inmediatez, el contradictorio por naturaleza, con la producción de pruebas y ante la presencia de los distintos actores en el proceso, en él caso, el fiscal no hizo mas que realizar una petición conforme a lo que vio y escuchó, los hechos y las circunstancias que se pudieron probar o no, a lo que se contrapone la defensa (que en éste caso en particular manifiesta su conformidad con lo peticionado por el fiscal) y es el juez quien va a definir la cuestión entre la acusación, defensa, la prueba y va a dictar la correspondiente sentencia. Por lo que el principio de congruencia no se ve afectado, ya que sin lugar a dudas el requerimiento de elevación a juicio es el acto que produce la apertura del debate y sobre esos hechos y calificación legal otorgada por el fiscal va a desarrollarse el debate pero sucede que en el plenario el fiscal no puede sostener la misma acusación con la que arribo al debate, por que debe retirar la acusación, o hacerlo por una calificación distinta si así lo considera, para luego realizar su alegato defensivo el representante del imputado, así que por lo tanto, se ve conjugado en el contencioso el principio del debido proceso y la defensa en juicio. [...] La vulneración del mentado principio no sólo se limita a la imposibilidad de alterar la base fáctica del suceso, también se encuentra presente al cambiar la calificación legal, tal como sucedió en el caso de autos. Ello es así, pues corresponde a los jueces calificar jurídicamente las

circunstancias fácticas, con independencia del derecho que hubieren invocado las partes, en tanto y en cuanto, no se alteren los hechos o se tergiversen la naturaleza de la acción deducida. Así lo establece el artículo 401 del Código Procesal Penal de la Nación. La sentencia, debe basarse en los actos del debate que directa o indirectamente se conecten con el ámbito fáctico de la acusación. El objeto procesal, una vez determinado, domina el ámbito de la decisión [...]; [...] En síntesis, el principio del *ne procedat iudex ex officio* constituye un límite al ejercicio de la función jurisdiccional en razón de que supone que el proceso puede ser iniciado únicamente si hay acusación del Fiscal extraña al Tribunal de juicio (cfr., en tal sentido, Fallos 325:2005 voto del Dr. Fayt). Como consecuencia de ello, el Tribunal no puede expedirse más allá de lo pedido. La sentencia no puede ser "plus petita", ni tampoco está facultado para fallar fuera de la pedida "extra petita". Ello es así, en razón de que la acusación es la que fija el límite de su conocimiento. (Voto de la Dra. Angela Ledesma en sentencia citada ut supra)

VII.- En conclusión, conforme a la evaluación de las probanzas reunidas en autos, aprecio que el fundamento por el cual el a quo condeno, extralimitándose a lo solicitado por el acusador público, debe ser revocado en el punto 1º de la sentencia N° 77 de fecha 11 de agosto de 2010.

En efecto, conforme al análisis probatorio surge demostrado en autos, que el hecho ocurrió el día 31 de diciembre de 2008, a las 7.30 hs. aproximadamente, Eusebio Medina y Aldo Ayala circulaban por ruta Nacional N° 12, Medina en motocicleta y Ayala en un vehículo automotor, a unos 3 ó 4 kms de la localidad de Empedrado (Corrientes) el imputado detuvo a Medina para recriminarles sucesos anteriores, ambos rodados se estacionaron en la banquina, Ayala bajó de su auto y tras una discusión, sacó su revólver que tenía en la cintura y efectuó disparos, uno de los cuales impactó en Medina, causando a éste una lesión de carácter leve en la región inguinal izquierda, producida por un disparo de arma de fuego efectuado a corta distancia. Las circunstancias de tiempo y de lugar, surgen claramente del acta circunstanciada de fs. 28, de las declaraciones prestadas en juicio por Eusebio Medina y Hugo Osvaldo Godoy, de la testimonial de Sergio Orlando Gómez que se incorporó por lectura y de la declaración que el imputado realizó en el debate.

Medina dijo que Ayala le apuntó a la cabeza pero el disparo impacto en la zona inguinal, también dijo que había sido agredido por la mujer de Ayala con un palo, pero no presentaba lesiones que lo corroboren. En otro parte de su declaración también dijo que recibió el disparo de una distancia de 5 mts., pero el informe médico revela la existencia de una herida contuso cortante

Expte. Nº PXS 559/9.-

en la región frontal de 0,5 cm (fs. 85) y se hallaron en el pantalón de la víctima partículas metálicas que dieron positivo para plomo, bario y antimonio (fs. 194/195) lo que demuestra que el disparo se efectuó a muy corta distancia. En orden a la autoría, aunque la prueba de dermatostest realizada en las manos de Ayala dio resultado negativo (fs. 126) las testimoniales de Medina, González y Godoy, el acta de secuestro y la declaración prestada por el imputado en el juicio, demuestran que este ha sido el autor del disparo.

Continuando ahora con el encuadre, corresponde destacar que el fiscal de acusación modifica la calificación legal, la que deviene del material probatorio incorporado legalmente al debate, del que no resulta posible extraer la existencia del dolo de matar (en ninguna de sus modalidades –dolo directo, indirecto ni eventual) requerido para la configuración del delito de homicidio en grado de tentativa.

El hecho atribuido a Aldo Emiliano Ayala, encuadra en la figura de abuso de arma prevista en el art. 104, 2do párrafo del Código Penal, toda vez que Ayala disparo un arma de fuego contra Eusebio Medina, causándole heridas de carácter leve. “[...] El tipo objetivo del delito esta constituido por la acción de disparar un arma contra una persona, y por el peligro efectivamente causado con esa acción, a la integridad física de la víctima. [...]; [...] el tipo subjetivo incluye, por parte del autor, el conocimiento del tipo objetivo, la voluntad de llevarlo a cabo y la puesta en acción de dicha voluntad, esto es, la voluntad de efectuar el disparo dirigido a una persona, y la ejecución de dicha intención [...]” (Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal, parte especial, Tomo I, 3ra edic. act. Reimp., Santa Fé, Rubinzal Culzoni, 2008, págs. 365/366, 370), absorbiendo esta figura del abuso de armas las lesiones leves causadas a la víctima, por expresa disposición de la norma legal aplicada (art. 104, 2 do. Párrafo del código penal). El examen psiquiátrico agregado a fs. 46, da cuenta de que Ayala es una persona capaz de comprender la criminalidad del acto y de dirigir sus acciones, y no se advierten en el caso causales de justificación, ni de inculpabilidad del acusado, a quien considero plenamente responsable en calidad de autor material (Art. 45 del Código Penal).

En cuanto a la pena solicitada por el Fiscal, debo decir que para fundar la misma, encuentro como circunstancias agravantes, en primer lugar el encuentro de ambas personas en la ruta sin presencia de otras personas mas que los ocasionales conductores, la enemistad entre víctima y victimario evidenciada en el debate, la intolerancia por parte del autor, portar arma con

fundamento en la endeblez de su salud, y como circunstancias atenuante la falta de antecedentes computables, por lo que encuentro debidamente justificado la imposición de la pena de dos años requerida por la fiscalía.

En consecuencia propongo hacer lugar al recurso parcialmente, por los motivos expuestos, casando el punto primero de la sentencia N° 77 y en los términos del art. 505, asumiendo competencia positiva y condenar a Aldo Emiliano Ayala, a la pena de dos años de prisión por el delito de abuso de armas (art. 104 segundo párrafo, 40 y 41 del C.P.) en calidad de autor (art. 45 del C.P.).

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR

CARLOS RUBIN, dice:

Que adhiero al voto del Doctor Guillermo Horacio Semhan, por compartir sus fundamentos.

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR

JUAN CARLOS CODELLO, dice:

Que adhiero al voto del Doctor Guillermo Horacio Semhan, por compartir sus fundamentos.

En mérito al precedente Acuerdo, el Superior Tribunal de Justicia dicta la siguiente:

SENTENCIA N° 20

1º) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto a favor de Aldo Emiliano Ayala a fs. 533/535 vta. revocando el punto primero de la sentencia N° 77. **2º)** Condenar a Aldo Emiliano Ayala, a la pena de dos años de prisión por el delito de abuso de armas (art. 104 segundo párrafo, 40 y 41 del C.P.) en calidad de autor (art. 45 del C.P.). **3º)** Insértese y notifíquese.

Fdo: Dres. Semhan-Rubin-Codello.