

Reg. n° 503/2018

///n la ciudad de Buenos Aires, a los 11 días del mes de mayo del año dos mil dieciocho, se reúne la sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Horacio L. Días, Luis M. García y Daniel Morin, asistidos por el secretario actuante, Santiago Alberto López, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 336/346 en la presente causa n° CCC 42/2014/TO1/CNC1, caratulada “**VERA ECHEVERRÍA, José Luis s/ recurso de casación**”, de la que **RESULTA:**

I. Por sentencia de 14 mayo del 2015, cuyos fundamentos fueron leídos el 21 de ese mes, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 13 de esta ciudad condenó a José Luis Vera Echeverría, (a) Luis Felipe Espinoza Pizzardi, como autor del delito de abuso de arma de fuego a la pena de dos años de prisión en suspenso y costas (arts. 45 y 104, párrafos primero y segundo, del Código Penal).

II. Contra esa sentencia, el Fiscal General Julio César Castro, que había actuado en el debate ante el Tribunal Oral, y acusado al imputado como autor del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en tentativa, requiriendo la imposición de una pena de seis años y seis meses de prisión, ha interpuesto recurso de casación (fs. 336/346), que ha sido concedido (fs. 347/348) y mantenido (fs. 352).

III. El representante del Ministerio Público Fiscal canalizó sus agravios tanto por la vía los incs. 1° y 2°, del art. 456 CPPN. Alegó inobservancia de las normas procesales previstas en el art. 123 CPPN bajo la alegación de arbitrariedad fáctica. Por otra parte, sostuvo que el *a quo* ha incurrido en errónea aplicación del art. 42 CP, al calificar el hecho atribuido a José Luis Vera Echeverría como abuso de arma de fuego, descartando la calificación de homicidio en grado de tentativa, que pretende de aplicación al caso.

IV. La Sala de Turno de esta Cámara dio a la impugnación el trámite del art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación (ver fs. 354).

En ocasión de la audiencia realizada a tenor de los arts. 465 y 468 del CPPN (cfr. fs. 374), el Fiscal General que había interpuesto el recurso lo sostuvo en todos sus términos.

Tras la deliberación que tuvo lugar después de aquélla, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer:

El juez **Luis M. García** dijo:

1. El recurso fiscal supera los límites previstos por el art. 458 CPPN, en la medida en que el Ministerio Público en su alegato acusatorio había requerido se impusiese a José Luis Vera Echeverría una pena de seis años y seis meses de prisión (confr. acta del debate, fs. 299), y ha resultado el imputado condenado a la pena de dos años de prisión en suspenso. Sus agravios se enmarcan *prima facie* en ambos incisos del art. 456 CPPN, en cuanto aduce arbitrariedad en la valoración de la prueba sobre el hecho y errónea aplicación del art. 42 CPPN, que ha descartado que el hecho probado constituyese homicidio en grado de tentativa.

Sin embargo, por lo que diré, bajo la alegación de arbitrariedad fáctica, pretende el Fiscal General que esta Cámara emprenda una nueva apreciación de la prueba producida en el debate, que excede el limitado campo que le abre el art. 456, inc. 2, CPPN.

2. En la sentencia que viene recurrida el Tribunal Oral tuvo por acreditado que “en horas de la noche del día 8 de noviembre de 2013, Jorge Luis Vargas Reyes se dirigió hasta el quiosco sito en la calle Agüero al 300 de esta ciudad, para buscar a su amigo Luis Alberto Novoa García. Que una vez en dicho lugar habría tenido una incidencia con el varón de una pareja que no conocía que se hallaba casualmente en el lugar, luego de lo que se dirigió –junto con Novoa García- hasta el taller de herrería contiguo, en donde se sumo un tercero. De igual manera que pasadas las 23.00 hs. de ese día, José Luis Vera Echeverría ingresó abruptamente en dicho lugar –el hombre que había insultado previamente a Vargas Reyes en el local aledaño-, portando un arma de fuego plateada. Que previo volver insultar al denunciante y en un estado de aparente ebriedad y ofuscación lo apuntó con ésta y le disparó, pese al

esfuerzo que hicieran los demás presentes para impedirlo, impactando la bala en el antebrazo izquierdo del damnificado, con la consiguiente pérdida de sangre [...]”.

El Tribunal declaró que el hecho era calificable como abuso de arma de fuego, y atribuible al acusado a título de autor (arts. 45 y 104 CP), y en consecuencia le impuso la pena de dos años de prisión en suspenso (dispositivo I de la sentencia).

Al valorar la prueba, el *a quo* relevó el testimonio de Jorge Luis Vargas Reyes (fs. 266/267), en particular que éste había declarado en la audiencia de debate, que ese día había concurrido al kiosco y que allí estaban el imputado que atendía el kiosco, de nombre José Luis, y su mujer. Dijo que saludó a esa mujer porque pensó que era la sobrina del imputado. En ese momento, aquel lo empezó a insultar. En la pelea, se involucraron esa mujer, su mujer y Luis Alberto Novoa García.

Indicó también que al lado del kiosco, hay un taller de herrería en el que se encontraba junto con Luis Alberto Novoa García. Agregó que luego cree que ingresó un señor llamado Eulogio Ramiro Pastor Novoa. Declaró que “...entró sorpresivamente Vera Echeverría con un arma y le dijo “te voy a matar”. Que el arma era larga, cree que tenía tambor y su color era plateado. Mencionó que los dos muchachos que estaban ahí lo empujaron contra un rincón y entonces Vargas Reyes se acercó y aquel le gatilló tres veces, saliendo sólo el último tiro. Indicó que los dos sujetos antes referidos, lo tenían del cuerpo y de sus manos, y que esta se encontraba a una distancia de no más de un metro. El disparo acertó en su brazo izquierdo, entró la bala y salió, él no sintió nada, sólo que al encontrarse con una remera, advirtió que de su brazo salía sangre... A preguntas del Sr. Presidente, respondió que luego que recibió el disparo, sabe que Vera Echeverría tiró el arma en el taller...”

También se valoró en la sentencia la declaración testifical de Luis Alberto Novoa García (fs. 296 vta./297), en cuanto había dicho que en su taller de herrería “...se apersonó un masculino y dijo “te crees vivo”, ante lo cual el dicente le corrió la mano y disparó, luego de lo cual se dio a la huida. Aclara que no vio cuando Vera Echeverría ingresó a la

herrería. En cuanto al arma, sabe “...que era plateada y que el agresor se lo llevó ...”.

En el capítulo de la sentencia que aborda la calificación legal del hecho afirmó el *a quo* que se apartaría de la calificación de homicidio calificado por el empleo de un arma de fuego, en grado de tentativa, sostenida por la fiscalía, “en razón de la subsistencia de algunos de los interrogantes, ya que al no haber sido satisfactoriamente develados, nos impiden estar a la posición más gravosa para el acusado, sino adoptar la que le sea más favorable a sus intereses”.

Partió de afirmar que “la doctrina y la jurisprudencia han exigido para la existencia del delito de homicidio –en grado de tentativa– que hubiera quedado demostrado el propósito del sujeto enderezado a cegar la vida del ofendido, pues el art. 42 CP reza «con el fin de cometer un delito determinado», circunstancia que debe acreditarse concretamente, ya sea por la propia manifestación del agente o por prueba eficaz e inequívoca que permita captar el verdadero designio de matar; quedando, en su defecto, como remanente sólo el delito de abuso de armas, previsto en el art. 104 del Código Penal (*cita de doctrina omitida*)”.

Agregó al respecto que “...la exclusiva circunstancia de tratarse de lesiones provocadas mediante un elemento idóneo para provocar la muerte no puede sustentar, por sí sola, la atribución de una motivación homicida ...”. Apoyó aquella tesitura en que “...en varias circunstancias fácticas que no han permitido esbozar la existencia de dicha intención [SIC], como ser la falta de secuestro del arma utilizada en el evento y la exposición de los testigos presenciales del episodio. Así, si bien su existencia es incuestionable (un proyectil impactó en el antebrazo izquierdo del denunciante) no sucede lo mismo con otras facetas, como ser si se trataba de un revólver o una pistola, cuál fue su calibre y, lo que más nos interesa, si el imputado la accionó varias veces –en un momento se habló de un total de tres– hasta que saliera la bala y, además, si estuvo en condiciones de repetir su accionamiento, lo que [*habría*] permitido tener una idea más cabal de lo sucedido. Sin estos elementos y por cuanto el estado de duda debe resolverse a favor del imputado,

corresponde adoptar la calificación que se presenta más favorable a sus intereses y que ha de conducir a una pena de menor intensidad que la exigida por el Sr. Fiscal General.”.

3. El Ministerio Público Fiscal promueve se reforme el dispositivo I de la sentencia, insistiendo en la pretensión de que el hecho de la acusación, que alega probado, es constitutivo del delito de homicidio en grado de tentativa, agravado por el uso de arma de fuego.

Alega en su recurso arbitrariedad en la apreciación de la prueba sobre el hecho y postula defecto de una evaluación razonada. Sostiene que de “... la simple lectura de la sentencia no permite conocer el razonamiento desarrollado por el Tribunal de juicio para concluir del modo en que lo hizo. Se limita a realizar una enumeración de las pruebas producidas en el debate, más carece de una explicación del modo en que esas pruebas pueden resistir la acusación dirigida por esta parte en torno a la figura de homicidio tentado agravado por el uso de arma de fuego...”. Argumenta que el defecto encuadra en la doctrina de las sentencias arbitrarias.

Insiste al respecto en que en la sentencia se ha incurrido en una “...violación o inobservancia de determinadas reglas exigidas en todo pronunciamiento judicial y que se refieren al entendimiento o sentido común, a la deducción y a la lógica con que deben desarrollarse los razonamientos extrayendo las conclusiones o premisas a las que cualquier persona razonable podía arribar ... la sentencia carece de fundamentación suficiente ... una sentencia que no tiene una correcta fundamentación deviene insanablemente nula...”.

Postula que “...No estamos ante un mero vicio procesal, sino ante una verdadera transgresión constitucional ... transcribir los fundamentos aparentes en que se ha basado la decisión, y cómo la carencia de respaldo argumentativo y lógico, en punto a la desvinculación del imputado respecto del hecho que se dio por probado, se nota con la sola lectura del apartado 3...”. Así argumenta que el *a quo* “... arriba a una conclusión arbitraria al analizar la prueba reunida respecto del hecho...”.

Aduce el fiscal que en la sentencia se vislumbra una “...falta de motivación para argumentar el beneficio de la duda ... en la causa consta prueba suficiente para demostrar el aspecto subjetivo del dolo...”. A ello, agregó que el disparo efectuado por José Luis Vera Echeverría tenía intención de causarle la muerte y que la sentencia lo agravia “...por la valoración arbitraria que efectuó el tribunal de la prueba incorporada durante el transcurso del debate y que ello lo llevó consecuentemente a una errónea interpretación de la ley sustantiva ...”

Destacó que el damnificado expuso que “...*entonces entró sorpresivamente Vera Echeverría con un arma y le dijo “te voy a matar”...los dos muchachos que estaban ahí lo empujaron contra un rincón y entonces Vargas Reyes se acercó y aquel le gatilló tres veces saliendo el último tiro ... los dos sujetos antes referidos, lo tenían del cuerpo y de sus manos, y que esta se encontraba a una distancia de no más de un metro. El disparo acertó en su brazo izquierdo, entro la bala y salió, él no sintió nada...*”. Arguyó que “...el repaso de las declaraciones testimoniales brindadas por el damnificado no me permiten desatender que la versión de Vargas Reyes fue clara, firme y se mantuvo incólume a lo largo del tiempo, se vio corroborada, en su totalidad y sin fisuras, no sólo en la audiencia de debate, sino también durante el transcurso de todo el proceso judicial (ver declaraciones fs. 3, 17/19 y 266/267).” También destacó el testimonio de Luis Alberto Novoa García en el fragmento de su declaración en la que sostuvo que “...*se apersonó un masculino y dijo “te crees vivo”, ante lo cual el dicente le corrió la mano y disparó, luego de lo cual se dio a la huida...*”.

Argumentó el recurrente que “...pudo aclararse de modo fehaciente que la intención del imputado fue precisamente la de terminar con la vida de Vargas Reyes, caso que se frustró por la participación de Luis Alberto Novoa García ...”. Indicó que el disparo efectuado por el imputado estaba dirigido al damnificado y que su propósito había sido siempre el de disparar contra una persona con ánimo de matar y así, dada la ubicación de los cuerpos –la escasa distancia de menos de un metro-, resultaba inevitable que, de hacer un disparo, el mismo impactase en la víctima.

Adujo que José Luis Vera Echeverría había accionado libre y voluntariamente el arma y que realizó el disparo conociendo y queriendo hacerlo. A ello le sumó que "... el imputado se desempeñó con absoluto conocimiento de la posibilidad de alcanzar la muerte del damnificado. No existe otra manera lógica de evaluar su accionar, pues actuó conociendo las consecuencias, aceptando, consintiendo el posible resultado –más allá del carácter de las lesiones ocasionadas–".

El fiscal en su presentación escrita se pregunta "...¿Cómo se puede pensar que una persona que dispara a escasa distancia contra otro no tiene posibilidades enormes de morir?... le dijo "te voy a matar" y disparó a escasa distancia. Además, resulta importante para el valorar la intención del imputado su conducta posterior al evento, consistente en su fuga sin asumir la responsabilidad de sus actos...". Por ello, entendió que "...la realización de tal comportamiento es claramente demostrativo de que la intención de Vera Echeverría era acabar con la vida de su víctima, pues de ser así no habría efectuado esa acción... Todos ellos, revelan que su intención estaba clara y directamente encaminada a terminar con la vida del damnificado". En apoyo de su tesis, citó una opinión de la doctrina extranjera sobre el dolo en la tentativa.

Adujo el recurrente también que "... párrafo aparte merece la idea que dejó entrever el Tribunal de que para demostrar el elemento subjetivo (dolo) se requiere la producción de un resultado ... es ilógico pensar que si no se produce el resultado no existe el dolo en el autor. Es incomprensible razonar que una persona que a apenas un metro de distancia y que dispara hacia otro sujeto no tenga la intención de matar...". Agregó que "...La víctima tuvo la fortuna de que de las tres veces que gatilló, sólo uno disparó e impactó en su cuerpo... dicha parte del cuerpo se encuentra muy cerca del tórax, es decir, existía la certera posibilidad de que dicho impacto se podía producir en cualquier órgano vital del damnificado".

Postuló que lo decisivo en el caso era inferir el contenido de la voluntad del autor y cómo había conducido concretamente su conducta. Al respecto, entendió que se debía valorar la intención del imputado y qué fue lo que éste hizo mientras su voluntad controlaba la

conducción del plan que quería llevar a cabo. También argumentó que el hecho de querer matar o no, no radicaba en que se produjera el resultado.

Explicó que “...la acción atribuida al imputado, constituye un conato de homicidio, pues el hecho puntual de gatillar un arma a una escasa distancia y que solo un disparo haya impactado en el antebrazo izquierdo –por fortuna del damnificado o por intervención de terceros-, me permite concluir que el accionar de Vera Echeverría quedó atrapado por la esfera de protección de la norma que prohíbe el delito de homicidio...se ha logrado precisar cada uno de los peligros creados por el imputado, y consecuentemente, se hallan alcanzados por la figura de homicidio...”.

Con cita de otra obra de doctrina –ahora de la doctrina local- sostuvo que “... allí donde uno identifique un peligro concreto a partir del cual la acción esté prohibida, habrá dolo ya por el solo hecho de representación: y a la inversa si el riesgo está por debajo de eso, no habrá dolo aunque el autor desee realmente que se produzca el resultado...”.

Arguyó que el art. 104 CP abarca riesgos de carácter remoto o menos concreto para la lesión al objeto de la acción que la figura de homicidio que comprende comportamientos que introducen riesgos concretos o próximos para la vida del sujeto pasivo. También que si el disparo, en lugar de haber ocasionado una lesión leve en su brazo, hubiera impactado sobre su torax, ocasionándole la muerte, nadie hubiera dudado que la conducta encuadraría en el delito de homicidio. Por esa razón es que consideró que en la sentencia no se observa ningún fundamento razonable para descartar la subsunción del hecho en la figura de homicidio.

Por último, respecto de la agravante genérica del art. 41 *bis* CP consideró que la violencia contra una persona y el empleo de un arma de fuego permiten sostener que se encuentran reunidos los elementos del tipo agravado y también que “...el aspecto subjetivo del tipo penal “dolo”, no puede depender del tipo de arma utilizada...”.

4. Entiendo que el recurso de casación de la fiscalía no puede ser de recibo en lo que concierne a la alegada errónea aplicación de la ley sustantiva. Aunque de ordinario el examen de una sentencia se emprende comenzando por las determinaciones fácticas, para después establecer la corrección de la aplicación de la ley a esos hechos, razones prácticas me persuaden de proceder aquí en el orden inverso.

Al respecto, entiendo pertinente evocar que antes de ahora he señalado una cuestión compleja común a todo juicio en el que se trata de determinar si una persona: 1) ha cometido un hecho, 2) que cae bajo el supuesto de hecho de una determinada figura legal. Mientras que en el campo de la realidad, en el momento de actuar, las conductas de las personas están rodeadas de multiplicidad de elementos y circunstancias objetivas y subjetivas, en el campo de la decisión judicial el modo en que se entiende el supuesto de hecho de una determinada figura legal y los elementos que lo componen –objetivos y subjetivos– recorta la multiplicidad de elementos y circunstancias sólo a las que –según el intérprete– se consideran suficientes para el juicio de la subsunción legal. Una determinada comprensión de la figura legal del homicidio doloso en grado de tentativa y una determinada identificación de los elementos subjetivos para la atribución del hecho como conato de homicidio, condiciona la selección de los elementos de hecho que se estiman relevantes según aquella determinada comprensión (cfr. mi voto como juez de la Sala 1 de esta Cámara, en el caso “*Abraham, Claudio Alejandro*”, causa n° 18449/2015, rta. el 1/12/2017, reg. n° 1258/2017).

De suerte que, en vistas de que el representante del Ministerio Público alega errónea interpretación del art. 42 CP, y presenta una discrepancia sobre su alcance, aparece adecuado examinar si ha fundado de modo nítido y suficiente ese agravio, y dado una explicación razonable sobre el alcance de la disposición legal, porque ese alcance define cuáles son los hechos relevantes, y en particular, si en la tentativa de homicidio punible según el art. 42 CP el dolo es idéntico al del delito consumado de homicidio doloso, o si el legislador ha hecho un recorte para la punibilidad de la tentativa, restringiéndolo, como afirmó el *a quo*, a las acciones emprendidas con la finalidad de causar la muerte.

Ahora bien, no puedo pasar por alto dos defectos en la fundamentación del motivo de errónea aplicación del art. 42 CP.

Por un lado, porque de manera confusa y promiscua el representante del Ministerio Público lejos de aclarar el alcance del art. 42 CP, ha realizado afirmaciones que sugieren distintas concepciones teóricas sobre el dolo de la tentativa de homicidio. Pues por un lado infiere “*intención* [de] acabar con la vida de su víctima” de las circunstancias concretas en que el imputado produjo el disparo, en particular de que lo produjo a escasa distancia contra otro y que este otro “tiene posibilidades enormes de morir”, y de que, según afirma, le dijo “te voy a matar”. E insiste en que esas circunstancias revelan que *su intención estaba clara y directamente encaminada a terminar con la vida del damnificado.*” En rigor, esta alegación, no presenta una discrepancia con el alcance que ha dado el *a quo* al art. 42 CP, al afirmar que este requiere «el fin de cometer un delito determinado», lo que para la punibilidad de homicidio en grado de tentativa es presupuesto “que hubiera quedado demostrado el propósito del sujeto enderezado a cegar la vida del ofendido, [...] circunstancia que debe acreditarse concretamente, ya sea por la propia manifestación del agente o por prueba eficaz e inequívoca que permita captar el verdadero designio de matar”. En la misma dirección argumenta el representante del Ministerio Público: “... párrafo aparte merece la idea que dejó entrever el Tribunal de que para demostrar el elemento subjetivo (dolo) se requiere la producción de un resultado...es ilógico pensar que si no se produce el resultado no existe el dolo en el autor. Es incomprensible razonar que una persona que a apenas un metro de distancia y que disparo hacía otro sujeto no tenga la intención de matar...”. Y agrega “el hecho de querer matar o no, no radicaba en que se produjera el resultado”. Sin perjuicio de destacar que en la sentencia no se afirma que la demostración del dolo de la tentativa de homicidio estuviese condicionada a la producción del resultado muerte, una afirmación de este tipo configuraría una contradicción lógica insalvable porque, en general, si la muerte fuese objetivamente atribuible a la agresión idónea del agente entonces la cuestión de la punición del hecho como homicidio en grado de tentativa no tendría ningún lugar, o,

para alguna doctrina minoritaria sólo alguna importancia marginal si se diesen otras circunstancias concomitantes o posteriores al hecho típico.

Este tipo de alegaciones remiten más bien al otro motivo de agravio, cual es si el *a quo* habría incurrido en arbitraria valoración de la prueba producida, para descartar la finalidad o designio de matar.

Otras afirmaciones del recurso de casación se orientan a una distinta comprensión del dolo en la tentativa de homicidio, que no requeriría ya la finalidad de causar la muerte, sino que se daría por configurado con la creación voluntaria de un peligro, con el conocimiento de la posibilidad, o de la alta probabilidad de producir la muerte, y con la aceptación o consentimiento de la producción de esa consecuencia. Así, adujo que “José Luis Vera Echeverría había accionado libre y voluntariamente el arma y que realizó el disparo conociendo y queriendo hacerlo” y que “... el imputado se desempeñó con absoluto conocimiento de la posibilidad de alcanzar la muerte del damnificado. No existe otra manera lógica de evaluar su accionar, pues actuó conociendo las consecuencias, aceptando, consintiendo el posible resultado –más allá del carácter de las lesiones ocasionadas-”. En cuanto al riesgo creado argumentó que “... La víctima tuvo la fortuna de que de las tres veces que gatilló, sólo uno disparó e impactó en su cuerpo...dicha parte del cuerpo se encuentra muy cerca del tórax, es decir, existía *la certera posibilidad* de que dicho impacto se podía producir en cualquier órgano vital del damnificado”.

En otros pasajes de las argumentaciones del recurrente, se infiere la tesis según la cual, la creación voluntaria de un riesgo para la vida, y la representación por el agente del peligro creado, bastarían para satisfacer el dolo del homicidio en grado de tentativa, en la que no se requeriría una finalidad de matar, ni tampoco una aceptación o asentimiento a la concreción del riesgo. En esta tercera dirección, distinta de las anteriores alega el recurrente que “...la acción atribuida al imputado, constituye un conato de homicidio, pues el hecho puntual de gatillar un arma a una escasa distancia y que solo un disparo haya impactado en el antebrazo izquierdo –por fortuna del damnificado o por intervención de terceros-, me permite concluir que el accionar de Vera

Echeverría quedó atrapado por la esfera de protección de la norma que prohíbe el delito de homicidio...se ha logrado precisar cada uno de los peligros creados por el imputado, y consecuentemente, se hallan alcanzados por la figura de homicidio...”. Continúa sosteniendo que el art. 104 CP abarca riesgos de carácter remoto o menos concreto para la lesión al objeto de la acción que la figura de homicidio que “comprende comportamientos que introducen riesgos concretos o próximos para la vida del sujeto pasivo”.

Esta tercera estrategia de argumentación pretende sostenerla el recurrente con variadas citas de la doctrina, en particular de una extranjera y otra local.

De la doctrina extranjera reproduce un pasaje de un autor que afirma que “Cuando un sujeto ha llevado a cabo una *conducta especialmente apta* para producir un resultado lesivo y lo ha hecho siendo conocedor de la peligrosidad genérica de tal conducta y contando además con un perfecto «*conocimiento situacional*», debe serle imputado el conocimiento de que su conducta era concretamente apta para producir dicho resultado y, por tanto, procede afirmar su dolo con respecto al resultado” (con cita de RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona 2001, p. 523)

De la doctrina local-, reproduce un pasaje de un autor que propone que “... allí donde uno identifique un peligro concreto a partir del cual la acción esté prohibida, *habrá dolo ya por el solo hecho de representación*: y a la inversa si el riesgo está por debajo de eso, no habrá dolo aunque el autor desee realmente que se produzca el resultado...” (con cita de SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del Delito y disvalor de la acción*, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1991, pág. 200).

En el plano teórico, he seguido antes de ahora una aproximación análoga sobre los elementos que configuran el dolo en el delito de homicidio consumado, que sintéticamente pueden resumirse en: 1) la conciencia del peligro concreto generado por la acción, cuando ese peligro concuerda con el peligro jurídicamente desaprobado, que está en la base de la prohibición que funda la figura legal, o, en otros términos, el conocimiento de los elementos y circunstancias de la acción

que fundan la imputación objetiva, esto es, el conocimiento de los elementos de la acción que la caracterizan como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta un determinado objeto protegido; 2) la voluntad de realización o dirección de la acción riesgosa, aunque no se persiga, se desee, o ni siquiera se acepte el resultado posible; hay dolo cuando el agente lleva adelante o mantiene voluntariamente la conducta que advierte como peligrosa en el caso concreto, esto es, en las circunstancias de su actuar, cuando reconoce la concreta capacidad de su conducta para producir el resultado típico fuera del marco del riesgo permitido, y cuando en el momento de la acción el autor juzga que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción, no obstante lo cual no detiene su obrar (confr. más exhasutivamente mi voto como ex juez subrogante en la Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa n° 8645, “Gerbolés, Arturo Aníbal”, rta. el 10/12/2009, reg. n° 15.667 y en la misma dirección causa n° 8180, Sala II, “Baez, Néstor Darío”, rta. el 30/3/2011, reg. n° 18240).

No se plantea, sin embargo aquí, cuáles son los elementos que configuran el dolo del homicidio consumado, sino una cuestión distinta. De lo que se trata es de determinar si en el caso de homicidio en grado de tentativa el dolo está constituido por los mismos elementos, o si, de adverso, en la tentativa se requiere de un elemento volitivo adicional para su configuración.

El *a quo* ha seguido esta segunda dirección, a partir de relevar que el art. 42 CP requiere que el agente obre “*con el fin de cometer un delito determinado*”, y de esa frase, con cita de doctrina local, ha inferido del lenguaje del texto legal que se requiere, además de la constatación de los elementos objetivos que fundan la imputación objetiva del riesgo mortal, la finalidad o intención de causar la muerte.

En su recurso, la fiscalía no aplica ningún esfuerzo razonado y puntual ni pertinente dirigido a esclarecer el error en la interpretación de la ley sustantiva en que alega habría incurrido el *a quo*, ni ofrece ninguna interpretación posible de cuál podría ser el sentido del

texto legal que se refiere “*el fin de cometer un delito determinado*” distinta de la que ha inferido el *a quo*.

A este respecto, son pertinentes las siguientes observaciones.

Primero, que puesto que el dolo es un concepto normativo, que no se infiere de la naturaleza, sino una construcción que se apoya en ciertos hechos y circunstancias de la actuación del agente, ha de admitirse que toda construcción normativa tiene que tener apoyo expreso en la ley, o al menos, que pueda ser inferida razonablemente de la ley. Segundo, que sin desconocer la exhaustividad del discurso académico que pregona que no han de reconocerse diferencias sustantivas entre los elementos que configuran el dolo del delito consumado de los elementos de su tentativa, la discusión de ese ámbito áulico sólo puede ser aplicada a la decisión de un caso judicial si se demuestra que la pregonada identidad tiene apoyo en la ley aplicable.

Esta segunda observación ha de tener en cuenta que en los delitos de resultado, la definición de su punibilidad y de los elementos objetivos y subjetivos del supuesto de hecho típico por lo regular se hace tomando como base la consumación, y que, para decidir la punición del hecho a título de tentativa –esto es, en defecto de consumación- se requieren reglas específicas que definan los presupuestos para la punibilidad de un hecho tentado, en defecto de las cuales el hecho no sería punible.

En otros términos, el legislador tiene una cierta discreción para decidir si toda tentativa de delito doloso ha de ser impune, si sólo en algunos delitos dolosos se castigará con pena su tentativa, y en su caso, si ha de restringirse la punibilidad a la tentativa de un delito doloso cuando se obre con finalidad de consumación, excluyendo la punibilidad en otros supuestos en los que el autor, no persigue, no desea o no acepta la eventualidad del resultado que consuma el delito.

Esta observación es relevante para poner en contexto las citas de doctrina que trae el recurrente, porque más allá de su valor en el marco del discurso académico, adolece el recurso del recurrente de una contextualización normativa que permita demostrar el error en que

habría incurrido el a quo al interpretar que, según el art. 42 CP, la punibilidad de la tentativa se restringe a los casos en los que el agente “obra con el fin de cometer un delito determinado”.

Por último, no debe omitirse analizar que el recurrente en su presentación pretende la recepción de una doctrina de derecho comparado, que ha elaborado su tesis sobre la base de la reconstrucción del concepto de dolo en el Código Penal español, sin atender a que en la legislación extranjera la disposición legal general que establece la punibilidad de la tentativa, define a ésta de un modo sensiblemente diverso al punto de que no se infiere de ella que se requiera la finalidad de cometer un delito determinado, En efecto, el art. 16.1 del Código Penal español define que “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, *practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado*, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor...”.

Análoga observación merecen otras construcciones normativas del derecho comparado, a cuya doctrina se recurre a veces sin observar sensibles diferencias del lenguaje normativo. Así, por ejemplo, en el § 22 del Código Penal alemán vigente, se define la tentativa del siguiente modo “*Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt*” (“Intenta un hecho punible quien, *según su representación del hecho* da comienzo a la realización del supuesto de hecho del tipo”). En la ley alemana, que distingue entre crímenes (Verbrechen) y delitos (Vergehen), la punibilidad de la tentativa se rige por el § 23 (1) StGB, que declara que toda tentativa de los primeros es punible, en cambio si se trata de los segundos, éstos sólo serán punibles cuando la ley expresamente lo determine en cada caso; según el § 23 (2) la pena de la tentativa no difiere de la conminada para el delito consumado, pero “la tentativa *puede* ser penada de manera menos grave que el delito consumado”. La ley alemana permite constatar la afirmación anterior en el sentido de que no hay un concepto de tentativa inferido de la naturaleza, sino normativo, que no toda tentativa es punible, y que el

legislador tiene cierta discreción para definir los presupuestos de su punibilidad y la medida de su punibilidad. Si el caso que aquí se trae a revisión hubiese tenido lugar en territorio alemán, podría probablemente un juez alemán dar la razón al recurrente en la medida en que, según una de las tres tesis que promiscuamente aborda, bastaría con que el agente, *según su representación del hecho* dé comienzo a la realización del supuesto de hecho del tipo. Pero se trata de un hecho cometido en territorio argentino, al que ha de aplicarse el Código Penal argentino (art. 1 CP), por los jueces de la República Argentina.

Pues la redacción del art. 42 CP argentino, es a tal punto diversa de la de la legislación comparada, al definir como presupuesto de la tentativa que se obre “con el fin de cometer un delito determinado”, que si el recurrente pretendía demostrar el error de interpretación de la ley aplicable, tenía a su cargo ofrecer razonadamente algún sentido a esa frase del texto legal. Ha prescindido sin embargo de cualquier consideración de esa frase, y por ende no ha satisfecho la carga de fundamentación exigible según el art. 463 CPPN.

De modo que, concluyo, que el recurrente no ha ofrecido ningún argumento sustancial para poner en crisis la interpretación del texto del art. 42 CP y por ende no ha demostrado la errónea aplicación de la ley sustantiva que en su impugnación alega.

5. Respondida la impugnación sobre el alcance que el *a quo* ha asignado al art. 42, en conexión con el art. 79 CP, declarando que para la punibilidad de la tentativa de homicidio se requiere demostrar que el agente obra con el fin o la intención de matar a otro, el otro motivo de casación alegado, en punto a la duda afirmada por el *a quo* sobre la existencia de tal finalidad en el caso, ha de ser abordado de modo restrictivo según la alegación de arbitrariedad.

Pues a diferencia del condenado, el Ministerio Público no tiene acceso a un recurso amplio para la revisión de la sentencia que es parcial o totalmente adversa a su pretensiones de condena, sino sólo en la estricta medida en que se sustancie fundadamente alguno de los dos motivos de casación enunciados en el art. 456 CPPN, o una cuestión

constitucional de las comprendidas en el art. 474 CPPN (confr. doctrina de Fallos: 320:145).

En particular no tiene habilitada una vía para promover el modo en que el tribunal de la causa ha realizado la apreciación de la prueba según la sana crítica, materia que queda fuera del art. 456, y sólo podría obtener un examen frente alegaciones de falta absoluta de fundamentación fáctica, u omisión de apreciación de pruebas dirimentes para la solución del caso, o de contradicciones insalvables en la síntesis valorativa, o la afirmación de hechos no apoyados en ningún elemento de prueba.

Adelanto que tampoco en este motivo la impugnación puede tener éxito, pues bajo la alegación de arbitrariedad por defecto de fundamentación de las conclusiones fácticas, lo que propone el recurrente es una apreciación distinta de los elementos de prueba producidos en la audiencia, y hace afirmaciones de hecho que no han sido tenidas por probadas en la sentencia.

Evoco que después de detallar los antecedentes de la agresión, el *a quo* tuvo por cierto que José Luis Vera Echeverría ingresó abruptamente en el taller donde estaba José Luis Vargas Reyes “[...] portando un arma de fuego plateada. Que previo volver insultar al denunciante y en un estado de aparente ebriedad y ofuscación lo apuntó con ésta y le disparó, pese al esfuerzo que hicieran los demás presentes para impedirlo, impactando la bala en el antebrazo izquierdo del damnificado, con la consiguiente pérdida de sangre”. Al examinar si el acusado disparó con la finalidad o designio de matar al segundo, el *a quo* afirmó que ciertos interrogantes no habían sido “satisfactoriamente develados”. Comenzó por señalar que “la exclusiva circunstancia de tratarse de lesiones provocadas mediante un elemento idóneo para provocar la muerte no puede sustentar *por sí sola* la atribución de una motivación homicida”. Expuso que su falta de certeza se apoyaba “en varias circunstancias fácticas que no han permitido esbozar la existencia de dicha intención [SIC], como ser la falta de secuestro del arma utilizada en el evento y la exposición de los testigos presenciales del episodio”. Declaró que la existencia del arma era incuestionable, pero que “lo que

más nos interesa [es] si el imputado la accionó varias veces –en un momento se habló de un total de tres- hasta que saliera la bala y, además, si estuvo en condiciones de repetir su accionamiento, lo que hiciera [*habría*] permitido tener una idea más cabal de lo sucedido”.

Me ceñiré a abordar la argumentación fáctica de la fiscalía está enfocada a sostener que el acusado actuó con finalidad homicida, que en su discurso identifica con el propósito de causar la muerte de Jorge Luis Vargas Reyes, y sólo de modo restringido para examinar si el *a quo* pudo haber omitido sopesar algún elemento de prueba dirimente.

Se refiere en este sentido a cuestiones tales como a la afirmación de circunstancias tales como la escasa distancia en la que se encontraba el imputado al momento de apuntarle y disparar y, por ende, las altas posibilidades de producir la muerte en la otra persona, la declaración de la víctima que atribuyó al imputado haber expresado la frase “te voy a matar” y su conducta posterior al evento, al fugarse “sin asumir la responsabilidad de lo que había hecho”. También afirma el Ministerio Público que el imputado habría accionado el arma por tres veces.

Ninguna de estas tres circunstancias ha sido tenida por demostrada en la sentencia, al describir el hecho probado.

El representante del Ministerio Público señala que el señor José Luis Vargas Reyes había expuesto en la audiencia lo siguiente: “...entonces entró sorpresivamente Vera Echeverría con un arma y le dijo “te voy a matar”...los dos muchachos que estaban ahí lo empujaron contra un rincón y entonces Vargas Reyes se acercó y aquel le gatilló tres veces saliendo el último tiro ... los dos sujetos antes referidos, lo tenían del cuerpo y de sus manos, y que esta se encontraba a una distancia de no más de un metro. El disparo acertó en su brazo izquierdo, entro la bala y salió, él no sintió nada...”. Alegó a continuación que “...el repaso de las declaraciones testimoniales brindadas por el damnificado no me permiten desatender que la versión de Vargas Reyes fue clara, firme y se mantuvo incólume a lo largo del tiempo, *se vio corroborada, en su totalidad y sin fisuras, no sólo en la audiencia de debate, sino también durante el transcurso de todo el proceso judicial*”. Sin embargo, no explica esa apreciación, lo que resultaba indispensable en vistas de que el

a quo expresó sus dudas sobre la reconstrucción de ciertas circunstancias del hecho.

En particular observo que el otro testigo presencial que concurrió al debate y prestó declaración, no corroboró ninguno de los aspectos de la declaración de la víctima que el Fiscal General afirma han sido corroborados. Una vez hecha la inspección del registro de audio y video de la audiencia concluyo que el testigo Luis Alberto Novoa García no ha corroborado que el imputado hubiese expresado la intención de matar al señor Vargas Reyes. El primero declaró que "...Llega un tipo y dice "te crees vivo" y yo veo que va a tirar...que saca así, de acá de la cintura y que va a tirar un disparo. Y yo le muevo la mano, pero al mover la mano ya salió el disparo...Y el tipo que disparó, se va corriendo..." (minuto 21.27). Tampoco corroboró que le hubiese apuntado al cuerpo al señor Vargas Reyes, sino que afirmó que sacó un arma, que vio que iba a disparar, y que él le movió la mano y que al mover la mano ya salió el disparo. En su declaración no hay ni tres disparos ni intentos fallidos de otros disparos. También observo del registro de la audiencia que el testigo hizo un ademán de cómo sacó el imputado el arma de fuego, y apuntó hacia arriba y la blandió. Ningún gesto de los realizados por el testigo es inequívoco en el sentido de que hubiese apuntado directamente hacia el cuerpo del señor Vargas Reyes (ver minutos 21.59 y 22.33). Aunque el testigo declaró que le levantó la mano al imputado, no explicó si apuntaba al cuerpo o a otro lado cuando la desvió.

A la luz de esta confrontación de las dos declaraciones testificales de la víctima y de este testigo, entiendo que el *a quo* ha realizado una apreciación de la prueba plausible, que no traduce arbitrariedad, sin abrir juicio sobre su acierto o error, porque la revisión de la sentencia habilitada por el recurso de la fiscalía está ceñida al estricto marco de la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias.

Una de las circunstancias a las que recurre el impugnante es darle sentido a la frase "te voy a matar" que había pronunciado el imputado previo a efectuar el disparo. El *a quo* no ha dado por probado que José Luis Vera Echeverría la hubiese pronunciado, expresión que no

había sido corroborada por el testigo Novoa García. A mayor abundamiento, si por hipótesis se admitiese que está probado que el imputado le hubiese dicho a su víctima “te voy a matar”, no puede alegarse arbitrariedad por el hecho de omitir tal expresión, pues según la experiencia común muchas graves amenazas se exponen sin el propósito de cumplir lo que se amenaza, y son los actos objetivos y sus circunstancias los dirimientes para distinguir entre la amenaza de muerte y el comienzo de ejecución de un homicidio. Aquí nuevamente relevo que el *a quo* no ha tenido por reconstruido el hecho con todas sus circunstancias, en particular hacia dónde apuntaba el imputado cuando el señor Novoa García lo sujetó y le desvió la mano, ni si disparó una o más veces, ni por qué razón se fue y no continuó disparando, y ha destacado que no se secuestró el arma.

Por el contrario, la fiscalía se ha concentrado en sostener el propósito o finalidad del imputado de darle muerte. No resulta necesario demostrar que efectivamente el imputado puso en riesgo la vida de Jorge Luis Vargas Reyes puesto que –por definición- la tentativa consiste en el comienzo de ejecución de un delito que no se consuma –sea por no poderse completar el plan o por frustrarse el resultado aun completando el plan-. Lo que sí es por cierto necesario es demostrar el plan: que el autor obraba con el fin de consumir un homicidio, y a ese respecto, con la voluntad de consumación, porque según el alcance que el *a quo* asignó al art. 42, la tentativa sólo es punible si se obra con la finalidad de dar muerte, y el hecho no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad. La insuficiente reconstrucción del hecho sobre cómo se produjo el disparo, hacia dónde apuntó, la intervención de los terceros que habrían empujado al imputado, y el hecho de que el Tribunal Oral no tuvo por probada la frase que el recurrente intenta hacer valer para fundamentar su posición, aunque controvertibles, no traducen arbitrariedad y la controversia se reduce a discrepancias con la apreciación de la prueba, materia ajena a la vía del art. 456 CPPN, lo que conduce al rechazo del recurso de casación interpuesto por la fiscalía.

Pues excluida la alegación de arbitrariedad, no corresponde emprender un examen más exhaustivo de los elementos de prueba

producidos en el juicio para confrontarlos con la sentencia que ha restringido la imputación a la calificación de abuso de armas, porque la fiscalía no tiene recurso para obtener la revisión del modo en que el tribunal ha valorado la prueba, sino, sólo, en caso de arbitrariedad que equivale a defecto de la fundamentación exigible según los arts. 123 y 404 CPPN.

6. Observo que, aunque sumariamente, también se hacen en el recurso ciertas apreciaciones sobre la aplicabilidad de la agravante del art. 41 *bis* CP, pero ello en conexión con la pretensión de la fiscalía de que el hecho probado constituiría homicidio en grado de tentativa, y sus argumentos están dirigidos a sostener que el intento de homicidio se agrava por el empleo de un arma de fuego, argumentación que no pretende se aplique también en el caso de abuso de armas del art. 104 CP, lo que sería inaceptable porque el supuesto de hecho de esa figura legal requiere que “se dispare un arma de fuego contra una persona”.

No queda pues materia por examinar una vez que se ha rechazado la pretensión de que el imputado debió haber sido condenado por homicidio en grado de tentativa.

7. Por las razones expuestas, propongo al acuerdo que se rechace el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público fiscal y se confirme la resolución recurrida (arts. 465, 470 y 471 CPPN, ambos a *contrario sensu*).

El juez **Horacio Días** dijo:

Adhiero al voto del Juez García en la inteligencia de que, en el caso, la fiscalía bajo un alegado error en la interpretación de la ley sustantiva, en rigor lo que hace es expresar su mera disconformidad con la valoración de la prueba realizada por el tribunal de mérito, cuya arbitrariedad no demuestra. Tal es mi voto.

En virtud del acuerdo que antecede, la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

RESUELVE:

RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público fiscal a fs. 336/346 y

CONFIRMAR la resolución recurrida de fs. 325/332 (arts. 465, 470 y 471 CPPN, ambos *a contrario sensu*).

Se deja constancia que el juez Daniel Morin no vota atento a que en el orden de deliberación los jueces García y Días han coincidido en los argumentos y solución que cabe dar a cada una de las cuestiones objeto del recurso de casación, y en vista de la naturaleza de esas cuestiones, estimó innecesario abordarlas y emitir voto, por aplicación de lo que establece el art. 23, último párrafo, CPPN (texto según ley 27.384, B.O. 02/10/2017, que ya ha entrado en vigencia según el art. 8).

Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N y lex 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

LUIS M. GARCIA

HORACIO DÍAS

Ante mí:

SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ
Secretario de Cámara