

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 20589/05 STJ

SENTENCIA Nº: 42

PROCESADO: NAJUL ENRIQUE ALFREDO JULIO HÉCTOR

DELITO: LESIONES GRAVES

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 17-05-06

FIRMANTES: BALLADINI - SODERO NIEVAS – CERDERA (SUBROGANTE)

///MA, de mayo de 2006.

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Alberto Ítalo Balladini, Víctor Hugo Soderó Nievas y Francisco Antonio Cerdera -por subrogancia-, con la presidencia del segundo y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: “NAJUL, Enrique Alfredo Julio Héctor s/Lesiones graves s/Casación” (Expte.Nº 20589/05 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en conformidad con las prescripciones del art. 438 del C.P.P., con el planteo de la siguiente:-----

CUESTIÓN

----- ¿Es procedente el recurso deducido?-----

VOTACIÓN

El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:-----

-----1.- Mediante sentencia Nº 97, del 20 de septiembre de 2005, la Cámara Tercera en lo Criminal de la IIª Circunscripción Judicial resolvió –en lo pertinente- condenar a Enrique Alfredo Julio Héctor Najul a la pena de dos años de prisión de ejecución condicional y al pago de las costas del proceso, por considerarlo autor responsable de los delitos de lesiones graves agravadas por el uso de arma de fuego, en concurso real con el de perturbación del ejercicio de funciones públicas (arts. 45, 90, 41 bis, 55, 241 inc. 2º, 26 y 29 inc. 3º C.P).-----

-----2.- Contra lo decidido, el querellante particular Armando Silverio Brusain, con el patrocinio letrado del doctor Marcelo Eduardo Hertzriken Velasco, interpone recurso ///2.- de casación, declarado formalmente admisible por el tribunal a quo y por éste según auto interlocutorio N° 1/06. Se dispone entonces que el expediente quede por diez días en Oficina para su examen por parte de los interesados, término en el que la señora Procuradora General emite su dictamen, desfavorable al progreso del recurso. Realizada posteriormente la audiencia prevista por los arts. 434 y 437 del Código Procesal Penal, los autos quedan en condiciones para su tratamiento definitivo.- - - - -

-----3.- El querellante dice interponer el recurso por inobservancia del debido proceso formal adjetivo, por débito en la fundamentación de la sentencia (arts. 426 inc. 2º, 110, 158 y 370 inc. 3º C.P.P.) y por errónea aplicación del derecho sustantivo.- - - - -

----- En el apartado tercero –titulado “inobservancia del debido proceso formal adjetivo”- relata la forma en que se habrían producido los hechos. Afirma que el imputado confirma el propósito criminal de ultimar expresándolo ante el policía Medina y en su indagatoria a fs. 62 vta., aunque en esta última sin completar la frase de que quería matar. Agrega que Najul confesó que vio salir su camioneta con vidrios polarizados y pensaba que el querellante la tripulaba, y ésta recibió dos impactos de bala. También sostiene que se valoró el testimonio del hijo del imputado (“... mi padre experto tirador si hubiera querido matarlo lo hubiera hecho...”), cuando en rigor de verdad Medina y el recurrente declararon que Najul sólo depuso su cometido recién cuando fue herido por el policía e inclusive se retiró inclusive del lugar del hecho.- - -

- - - - - ///3.-- Relata además que es dable argüir que, si se determinó la existencia de tres impactos de bala en la camioneta que Najul pensaba que salía a su mando, la desincriminación del dolo homicida puede ser valorado en sentido contrario (indicio anfibológico). Agrega que la posibilidad de “vaciar” el cargador sobre el cuerpo del presentante presupone la existencia de proyectiles no aquilatada y que su cuerpo quedase tendido sin movimiento, cuando con Medina relataron una serie de sucesos caracterizados por su huida frente a la persecución de Najul. Astudillo –continúa- poco puede aportar cuando fue colocado fuera de la escena huyendo. Luego se pregunta cuántos tiros le quedaban al imputado en el rifle cuando él estaba caído, y si Najul podía vaciarle el cargador cuando Medina lo hirió y sin solución de continuidad se retiró de la escena. Afirma que Najul dispersó sus animales y continuó sus disparos hacia él. Luego se pregunta si no se han vulnerado las reglas de la sana crítica, entre otras cuestiones, si

no se ha incurrido en arbitrariedad al arribar a una conclusión equivocada y si el razonamiento no es al menos una falacia de ambigüedad anfibológica. - - - -

----- Asimismo, refiere que el tribunal de juicio adelantó opinión en tiempo impropio, comprometiendo sin duda el juicio sobre la extensión misma de la condena a imponer, conforme con el dictamen de fs. 314 y el precedente “MONGIARDINI” de este Superior Tribunal de Justicia (del 17-05-05). En tal sentido, continúa, ha adelantado opinión al considerar que el hecho merecía una condena inferior a tres años en suspenso, única hipótesis conjetural que habilitaba ///4.- a sustanciar la pretensión de la suspensión del juicio a prueba de acuerdo con el art. 76 bis del Código Penal. - - - - -

----- Posteriormente el recurrente se pregunta cómo se ha subsumido en la calificación de graves las lesiones sufridas, en particular la pérdida del órgano bazo, cuando lo que sufrió son lesiones gravísimas (art. 91 C.P.), y cita doctrina en apoyo de su postura. - - -

----- En el apartado cuarto (“Errónea aplicación del derecho sustantivo”) entiende que de la valoración de los hechos surge que la calificación que procedía es la de tentativa de homicidio y, subsidiariamente, la de lesiones gravísimas, la que ni siquiera fue considerada aun ante la pérdida de un órgano. Agrega que la condicionalidad de la pena impuesta no satisface las exigencias de fundamentación del art. 26 del Código Penal. - -

----- Por último, solicita la nulidad de la sentencia en examen y hace reserva del caso federal (art. 14 Ley 48). - -

-----4.- Sobre la crítica respecto de la forma en que fueron valorados los elementos probatorios, la señora Procuradora General sostiene que no advierten motivos suficientes tendientes a demostrar los vicios denunciados, máxime e se los considera en contraste con los fundamentos brindados por el sentenciante. - - - - -

----- Transcribe luego parte de la sentencia (fs. 385) y agrega que el Fiscal de Cámara en su alegato indicó que el “testimonio de Medina, utilizado para acreditar la tentativa es muy endeble” (fs. 376), con lo que descartó la aplicación al caso de la figura de tentativa de homicidio. De este ///5.- modo, cabe desechar el agravio referido a la errónea aplicación del derecho sustancial. - - - - -

----- También precisa que el recurrente no demuestra los desvíos denunciados y que con la declaración de nulidad de la decisión sólo pretende una distinta evaluación de los

elementos de cargo, sin abonar su relato con argumentos sólidos que acrediten la vulneración de las reglas de la sana crítica. Así, a todo evento, lo resuelto por el sentenciante queda dentro de la esfera de lo opinable.- - -

----- Al considerar lo atinente a la entidad de las lesiones sufridas por Brusain, la señora Procuradora entiende que la calificación de graves escogida por la Cámara resulta acertada, y cita jurisprudencia en igual sentido.- - - -

----- Finalmente, destaca que ha sido aplicado acertadamente el art. 41 bis del Código Penal y que se debe rechazar el recurso de casación impetrado.- - - - -

-----5.- En lo que aquí interesa, se le imputó a Enrique Alfredo Julio Héctor Najul: “a) haber disparado con el arma de fuego que portaba, un rifle calibre 22, el 4 de septiembre de 2001, alrededor de las 9,30 hs., en el interior del campo de su propiedad, sito en zona rural de la localidad de Cerro Policía (RN), al ciudadano Armando Silverio Brusain, quien a consecuencia del impacto sufrió daños en la zona abdominal, por perforación gástrica doble, herida penetrante en páncreas, perforación de colon, duodeno e hígado y hemotórax izquierdo, lesiones estas que pusieron en peligro su vida; y b) haber impedido, en las mismas circunstancias de tiempo y lugar, que el Oficial de justicia ad-hoc, Ricardo Ernesto Astudillo, cumpliera la orden///6.- emanada del Sr. Juez en lo Civil nro. 1 de esta ciudad, consistente en proceder al secuestro de 2.674 ovinos y 10 equinos pertenecientes al imputado (...)- Emerge de autos que al momento de estar llevando a cabo la diligencia de mención, el encartado materializó su comportamiento disvalioso valiéndose del uso del arma de fuego que portaba” (fs. 375).- - - - -

----- La Cámara resolvió en los siguientes términos: “queda demostrado de manera acabada que el imputado, en las circunstancias de tiempo, lugar y modo indicadas precedentemente, disparó con el arma de fuego que portaba contra Armando Silverio Brusain, causándole, de acuerdo a lo prescripto por los informes médicos..., herida en abdomen inferior... La inutilidad para el trabajo ha sido por un lapso de más de 30 días, a partir de la fecha de comisión del hecho; la curación ha sido con secuelas (debilitación de la función hemopoyética e inmunitaria por la pérdida del bazo), lesiones que pusieron en peligro su vida...” (fs. 384 vta.).- - - - -

-----6.- Atento a los planteos del querellante particular, se advierte que cabe tratar en primer lugar el agravio referido al prejuzgamiento del a quo sobre la extensión de la condena a imponer y en virtud de haber sustanciado oportunamente la suspensión del juicio a prueba, pues su eventual recepción puede acarrear la nulidad de la sentencia y

tornar abstracto el pronunciamiento sobre los restantes argumentos. Ello así sin perjuicio de resaltar que el planteo carece de una argumentación seria y un adecuado encuadramiento legal.- - - - - ///7.-- Comienzo por señalar que tradicionalmente se identifica el prejuzgamiento con la opinión emitida en forma intempestiva, fuera del momento procesal oportuno y al margen de las funciones propias del juez. Por lo tanto, “las opiniones vertidas por los magistrados en la debida oportunidad procesal, sobre los puntos sometidos a su consideración, de ningún modo autorizan la recusación por prejuzgamiento, toda vez que no se trata de opinión anticipada, sino directa y claramente del cumplimiento del deber de proveer a las cuestiones pendientes (TOPen. Econ. N° 1 Capital, ‘Sosa’, 26/11/92, LL 1993-E-567)” (Carlos Ríos, “Inhibición y recusación”, ed. Mediterránea, 2005, pág. 67).- - - - -

----- Sentado ello, destaco que el imputado solicitó la suspensión del juicio a prueba (fs. 293), tras lo cual, el 27 de agosto de 2004 (fs. 312 y vta.), la Cámara resolvió declarar razonable el ofrecimiento patrimonial efectuado en concepto de reparación económica a la víctima por el daño causado y le hizo saber a ésta que por la diferencia de dinero que reclamaba (conf. fs. 296 y vta.) tenía habilitada la vía civil correspondiente.- - - - -

----- A fs. 313 se corrió vista al Fiscal de Cámara para la procedencia del beneficio, quien motivadamente se opuso a su concesión (fs. 314), lo que el Tribunal inferior entendió vinculante para no hacer lugar a la probation.- - - - -

----- Ahora bien, el supuesto adelantamiento de opinión encuadraría en el art. 47 inc. 1° del código adjetivo y habría ocurrido el 27-08-04, por lo que su planteo deviene en absolutamente extemporáneo y en consecuencia inadmisibile ///8.- (arts. 51 y 52 segundo párrafo C.P.P.).- - - - -

----- En tal sentido, la oportunidad que tenía la querella para el planteamiento era dentro de las veinticuatro horas de notificado del auto de fs. 312, lo que evidentemente no sucedió, con lo que se incumple lo preceptuado por la normativa citada.- - - - -

----- “Vencida la oportunidad fijada para cada etapa, caduca la facultad para deducir recusación” (Norberto Juan Iturralde, “Inhibición y recusación en el Código Procesal Penal de la Nación”, LL 1994-D-819, Sec. Doctrina).- - - - -

----- Tampoco puedo dejar de mencionar que el a quo, en la sustanciación de la petición

de la probation, no valoró ni se expidió sobre la posibilidad de que recayera condena, ni sobre la clase de pena y aun menos acerca de su monto; por ello, cualquier alegación que en tiempo oportuno hubieran realizado las partes sobre prejuzgamiento carecería de sustento, ya que el argumento habría revestido carácter de hipotético o meramente conjetural, pues nada autorizaba a suponer el tenor de una futura sentencia que, en hipótesis, pudo incluso resultar absolutoria, cumplimentando los requerimientos de legalidad y justicia.-----

----- Entonces, por lo expuesto, el desarrollo realizado por la querella ni siquiera alcanza para demostrar su viabilidad.-----

----- “Por el contrario, la situación de autos no encuadra en ninguno de los supuestos previstos por el art. 47 del Código Procesal Penal ni en la restante normativa [...] No existió prejuzgamiento por parte del [... Tribunal de grado inferior], en tanto su actuación se limitó a intervenir en ///9.- un pronunciamiento propio de sus funciones. Al respecto, cabe destacar que la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico ha expresado que ‘... es reiterada la jurisprudencia, establecida, entre otros tribunales, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la que se concluyó que no pueden ser motivo de recusación las opiniones de los jueces vertidas en ocasión de sus sentencias (conf. CSJN Fallos: 240:123) o en sus resoluciones (conf. CSJN, Fallos 246:159). En este sentido se registran igualmente el pronunciamiento de esta Cámara (conf. fallo del 30/3/99, Sala A., reg. 229/99)’ (ver CNPenal Económico, Sala A., 2002/05/08, in re ‘MENEM’). La propia Corte ha sostenido en la causa ‘DUHALDE’ (del 07-05-99, en LL 1999-E, 48 - DJ 1999-3, 622) -entre otras- que ‘... la recusación es manifiestamente inadmisibles y debe ser desestimada ‘in limine’ [cuando se funda] en la intervención de los jueces del tribunal en un anterior pronunciamiento propio de sus funciones legales, que no constituye causal de recusación (Fallos: 314:415) en la medida en que las opiniones dadas como fundamentos de la atribución específica de dictar sentencia importa juzgamiento y no prejuzgamiento (Fallos: 244:294; 246:159; 318:289)...’ (AI 48/02 STJRNSP in re “GILIO”; en igual sentido, ver Carlos Ríos, ob. cit., pág. 68 y sus citas: Fallos 313:1277; CS en “NEUQUÉN”, del 29-11-90, ED 140-531; “CANTOS”, del 24-03-92, LL 1992-D-265; “EMBAJADA DE ISRAEL”, del 17-07-97, LL 1997-E-371; así como CNCP en “SALIAS”, del 15-03-95, y TOPenal Córdoba en “ALARCÓN”, del 04-04-97, LLC 1998-476).-----

----- Agrego también que el precedente “MONGIARDINI” de este ///10.- Superior Tribunal de Justicia (Se. 66/05) no guarda ninguna analogía con el presente caso para

los fines de resolver la cuestión. Así es que allí se sostuvo que como “... principal conclusión directa que cabe extraer de lo resuelto es que el Tribunal ha conculcado la garantía de juez imparcial debido a que en la última audiencia de debate, y ante el pedido de libertad de la defensa porque el Ministerio Público Fiscal no había acusado, se ha anticipado al pronunciarse a favor de la libertad de los imputados sin pasar a deliberar, cuando la querella había acusado -recalco que había pedido dieciocho años de prisión- y a pesar de reconocerle a esta parte tal facultad”.- - - - -

----- Las disímiles circunstancias esenciales y etapas procesales del precedente –en el cual se había producido toda la prueba en el debate y la decisión de libertad era una consecuencia de su valoración- y el subexamine –oportunidad en la que no había iniciado el debate oral ni se valoró ninguna prueba- me eximen de mayores comentarios.-

----- Por lo demás, se aprecia que la Cámara ajustó su conducta a las normas procesales vigentes y no se advierte en su actuación adelantamiento de opinión ni compromiso de su imparcialidad que pueda afectar el recto desenvolvimiento de esta causa, máxime cuando en este tipo de planteos debe seguirse un criterio restrictivo (conf. “PAULETICH”, Se. 73/02 y “MOLDES”, Se. 146/02, ambas de este Cuerpo).- - -

----- En consecuencia, se impone el rechazo del planteo formulado por la querella.- - -
- - - - -

-----7.- Esta parte también argumenta que se violaron las reglas de la sana crítica racional en virtud de que el ///11.- sentenciante incurrió en arbitrariedad al valorar la prueba y arribó así a una conclusión equivocada, porque debió condenar por tentativa de homicidio.- - - - -

----- Fundamenta su postura en un relato de cómo acaecieron los hechos a su entender y una crítica a los fundamentos que el a quo expuso para desechar el dolo homicida.- - -
- - -

----- Entonces, la discusión se circunscribe a la pretendida existencia de dolo en el obrar del imputado, esto es, la intención de matar al efectuar los disparos. En cuanto a esto, es de destacar que el sujeto activo negó tal posibilidad y –adelanto- de los hechos probados no es posible colegir lo contrario.- - - - -

----- Al respecto, este Cuerpo ha dicho que “la determinación del dolo es una cuestión de hecho... pues, por ser un acto de voluntad, debe ser deducible del comportamiento externo del sujeto activo. Así, ese comportamiento externo forma parte de los hechos imputados en la acusación, de los cuales es posible inteligir el elemento subjetivo”

(conf. Se. 172/03 y Se. 68/05, entre otras).- - - - -

----- En igual sentido, en su libro "La culpabilidad en el Código Penal" (pág. 119), Núñez señala que "los extremos del dolo son hechos, aunque sean de naturaleza psíquica, y como tales tienen que ser comprobados por el Juez" (citado en Se. Se. 139/03 STJRNSP).- - - - -

----- Recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "CASAL" (C. 1757. XL, causa N° 1681, Se. Del 20-09-05) ha sostenido la teoría del máximo rendimiento para asegurar el derecho a la revisión amplia de la sentencia ///12.- destinada a lograr el control integral de una resolución jurisdiccional, por medio de un examen que comprende las cuestiones de hecho y prueba conforme con los arts. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ver Se. 193/05, entre muchas otras). En este marco de interpretación del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación -equivalente a nuestro art. 426 en cuanto establece los motivos de procedencia del recurso de casación-, el Superior Tribunal de Justicia está autorizado a ir más allá del examen de razonabilidad y, por ende, a la metodología utilizada para examinar la prueba (conf. Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala I, "GUEKER", Se. Del 07-03-06).- - - - -

----- En este orden de ideas y sobre la cuestión objeto de agravio, la Cámara sostuvo "que de las constancias de la causa, y fundamentalmente de lo acontecido en el debate, arribo a la conclusión de que Najul no tuvo en la ocasión la intención de querer ejecutar un comportamiento más disvalioso, que dañar el cuerpo de la víctima.- Entiendo que si aquel hubiese sido su propósito, bien pudo haberlo consumado en la especie, pues nada se lo impedía; ello por cuanto hubiese bastado que 'vacíase' su cargador de proyectiles sobre el cuerpo de Brusain, y no desaprovechar varios de ellos hacia otros sectores, como aconteció; más aún cuando quedó constatado que es un excelente tirador.- -

----- "Es que necesariamente debemos tomar dos circunstancias que acaecieron y que no hacen más que reforzar mi razonamiento; éstos son que la camioneta 'Honda' ///13.- de la víctima registró tres impactos de bala (vid fotos de fs. 135/138), y lo señalado por el testigo Astudillo, cuando aseveró que '\... Najul empezó a disparar hacia distintos lugares; ... cuando se bajó con el arma y sintió los disparos, Brusain estaba ya al lado del dicente. No sabe para que lado iban los disparos, pero no se dirigían hacia el sitio donde estaban...\'. Por lo tanto, yerra la parte querellante al sostener que '\... Najul 'vació' del arma los diez proyectiles que tenía y que la única forma en que hubo

posibilidades de detener su conducta

fue a través de un disparo...\'.- - - - -

----- “A mayor ilustración, es contundente otro pasaje del testimonio de Astudillo, cuando explicitó que \'... en su impresión, Najul quería impedir que se llevaran los animales, no matar a gente...\' Aunado ello a lo aseverado en el párrafo anterior, se desmerece el testimonio del policía Medina, pues, como se ha visto, Najul \'no vació el cargador\' del rifle disparándole sólo a Brusain” (fs. 385).-

----- Contra dicha fundamentación, el recurrente expone como agravio concreto que, si se determinó la existencia de tres impactos de bala en la camioneta que Najul pensaba que salía a su mando –sin perjuicio de que en realidad iba el oficial de justicia ad hoc Astudillo-, la desincriminación del dolo homicida puede ser valorado en sentido contrario.- - - - -

----- En realidad, la hipótesis que se plantea no tiene sustento fáctico en virtud de que nada indica que los impactos en el vehículo ocurrieron en la oportunidad que salía conducido por Astudillo. Este último declaró que, una vez que se subió a la camioneta del abogado, observó que ///14.- había un impacto de bala en uno de los vidrios, que antes no estaba, y, además, sostuvo que cuando se subió al vehículo oyó decir a Brusain “ay, me dio”. Esto, relacionado con lo afirmado por el recurrente (“... me dispara, caído en el suelo... le grito a Medina quien justamente logra recién allí herirlo, cesando en esa oportunidad involuntariamente su accionar” -fs. 420-) y con el hecho de que Astudillo no mencionara haber oído algún impacto una vez a bordo (de lo que se infiere que en la emergencia no vio los otros que registraba la camioneta -cuatro en total según informe de fs. 132/133-), deja en evidencia que Najul disparó hacia el vehículo antes de que Astudillo se fuera en él, lo que, en el razonamiento del a quo, confirma el indicio de que el imputado no pudo tener intención homicida respecto de Brusain.- - - - -

- - - - -

----- Los agravios referidos a la posibilidad de vaciar el cargador sobre el cuerpo de Brusain carecen de eficacia. Tanto es así que la Cámara descartó la hipótesis en función de los disparos hacia la camioneta –que no estaban en la línea de tiro Najul/Brusain, según gráfico de fs. 2 y declaración de Astudillo a fs. 380 vta.- y de la declaración de Astudillo –el imputado disparó hacia distintos lugares-.-

----- El a quo consideró entonces que, con la acreditación de estos extremos fácticos, se desmerecía el testimonio de Medina –quien sostuvo lo contrario a fs. 382- y en consecuencia no lo valoró, situación que el casacionista no ha atacado de manera

concreta y eficaz.- - - - -

----- La circunstancia de que Astudillo se fuera del lugar del hecho en a la camioneta lejos está de permitir colocarlo ///15.- “fuera de la escena” como pretende la querella, toda vez que fue testigo de lo sucedido hasta el momento en que el recurrente fue herido –ver declaración de fs. 379 vta./380 vta.-, luego de lo cual –según el relato del casacionista- Najul realizó un disparo más hasta que fue alcanzado por una bala de Medina y por eso se retiró.- - -

----- De todo lo antedicho se desprende que el sentenciante valoró la prueba con sujeción a las reglas de la sana crítica racional y descartó con certeza el dolo requerido por el tipo penal de homicidio.- - - - -

----- Entonces, de la valoración conjunta –no individual- de los indicios en que se sustenta el razonamiento lógico y desecha la referida intención delictiva, no se induce la cuestión de hecho –elemento subjetivo- pretendida por el recurrente.- - - - -

- - - - -

----- Este Superior Tribunal de Justicia ha dicho que "la sentencia expone diferentes medios probatorios que revelan un importante grado de relación con [... la cuestión de hecho] que se pretende demostrar. Admito, sí, que tal vínculo es contingente -por oposición a necesario-; cada uno de ellos sólo torna meramente verosímil o probable el hecho indicado, pero es propio de la prueba de indicios que éstos no deben ser individualmente considerados, pues es su consideración conjunta la que impone una inferencia presuncional. \Para poder cuestionar la fundamentación de una sentencia sustentada en la prueba de indicios es necesario el análisis en conjunto de todos los indicios valorados y no en forma separada o fragmentaria ya que es probable que los indicios individualmente considerados sean ///16.- ambivalentes, imponiéndose su análisis en conjunto, a los efectos de verificar que no sean equívocos, esto es que todos reunidos no puedan conducir a conclusiones diversas" (Se. 98/03 STJRNSP).- - - - -

- - - - -

----- En este orden de ideas, el recurso de casación no ataca con eficacia la serie de datos externos que, en la merituación de la Cámara, no demuestran un obrar con dolo, extremo que ha sido establecido en conformidad con las exigencias de los arts. 110 y 369 del Código Procesal Penal.

----- Es decir, la discrepancia subjetiva con el mérito sobre la cuestión de hecho acerca de la pretendida existencia de dolo homicida en el sujeto activo -en quien se debe determinar, conforme con las circunstancias históricas antes mencionadas, un actuar con

conocimiento, voluntad y libertad- no se funda en una valoración probatoria que respete los parámetros de logicidad, experiencia y psicología (libres convicciones) ni expone un supuesto de arbitrariedad, en tanto la sentencia cuestionada explica las razones que demuestran la ausencia de intención de matar.- -

----- Así, sabido es que "el dolo de lesión es excluido por la intención de matar, que lleva el delito a la tentativa de homicidio. Es una cuestión de hecho establecer cuándo ocurre ese propósito" (Nuñez, "Derecho Penal Argentino. Parte Especial", T. III, pág. 26), pero para arribar a tal conclusión no existen normas preestablecidas pues "[l]as circunstancias del hecho son las únicas que pueden determinar la intención específica" (Eusebio Gómez, "Tratado de Derecho Penal", T. III, pág. 34; conf. Se. 11/02 STJRNSP).- - - - - ///17.-- Pues bien, el conjunto de indicios unívocos ponderados por el a quo permite concluir, con el grado de certeza exigida, que el imputado no tuvo intención homicida en el hecho que se le atribuye- - - - -

----- No obstante lo expuesto, y aun si hipotéticamente admitiera que el razonamiento del sentenciante tiene sustento en indicios anfibológicos –como parece afirmarlo el recurrente-, la ausencia de determinación del dolo debe resolverse conforme la regla in dubio pro reo, bajo sanción nulidad (conf. arts. 4 y 369 C.P.P.; ver Se. 115/05 de este Cuerpo).- - - - -

----- En similar sentido, "[s]eñala la doctrina, por imperio del artículo 42 del Código Penal que para hablar de la existencia de un delito tentado, se torna necesario que el comienzo de ejecución del hecho ilícito haya sido efectuado con el fin de cometer un delito determinado, no bastando que los elementos utilizados en el hecho o el tipo de actividad desplegada por el sujeto activo sean idóneos para ocasionar la muerte. Para la existencia de un homicidio consumado, el tipo penal es mucho menos exigente en lo que se refiere al elemento subjetivo, toda vez que el mismo se satisface con la presencia de lo eventual, cuando nos colocamos en el campo de una tentativa de un hecho de esta naturaleza, las exigencias son mayores, pues por aplicación del artículo 42 del Código Penal, se torna necesaria la concurrencia del dolo directo de matar. De dar pleno valor convictivo a las solas circunstancias objetivas para tener por configurada la tentativa de matar, desechando la necesidad de la admisión del ánimo necandi, se llegaría al absurdo de afirmar por ///18.- ejemplo, que todo disparo de arma de fuego dirigido contra una persona -lo que objetivamente implica el uso de arma letal en contra de alguien- tendría que ser calificado como tentativa de homicidio, perdiendo, de esta manera, toda

trascendencia el tipo del abuso de arma contemplado por el artículo 104 del Código Penal" (conf. CApelCrim., Concordia Entre Ríos, Sala 1, "SAUCEDO", Se. 421 del 18-02-91).- - -

----- De modo concordante, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (Se. del 21-12-78, en autos "LAHITTE") sostuvo: "Para que pueda mediar tentativa de homicidio, debe aparecer indudable y concreto el designio de matar, que no surge por sí solo de la cantidad de disparos efectuados, pues en esta materia no cabe el dolo eventual, debiendo estarse exclusivamente al resultado de las lesiones causadas, no mediando otros elementos de juicio asertivos".- - - - -

-

----- Por último, también aclaro que, como se advierte de los precedentes citados, la calificación jurídica de homicidio simple en grado de tentativa solicitada por la querella no admite el dolo eventual.- - - - -

----- La expresión "fin" del artículo 42 del código de fondo "... que el legislador ha impuesto como condición en la tentativa, es regularmente interpretada como un componente del tipo intencional que especializa al dolo, resultado incompatible con modalidades eventuales. En otros términos, el hecho de que el legislador estructure la tentativa como acción final, no significa admitir que todo tipo de dolo esté incluido, sino, justamente, la forma de dolo integrada con una finalidad específica. La razón apunta a una///19.- estructuración restrictiva de la tentativa, desde el punto de vista de la política criminal" (Jorge de la Rúa, "Código Penal Argentino", pág. 745, citado en Se. 94/04 STJRNSP in re "GARCÍA").- - - - -

-----8.- Ingresando en el agravio subsidiario de la calificación jurídica de las lesiones constatadas en la víctima como consecuencia

del disparo del imputado, y esencialmente –siguiendo la crítica del querellante- en cuanto a que la pérdida del bazo encuadra en la figura de lesiones gravísimas (art. 91 C.P.), de manera liminar advierto su improcedencia so riesgo de violar las garantías constitucionales del debido proceso legal y defensa en juicio.- - - - -

- - - - -

----- En este sentido, si bien observo que el informe del médico forense de fs. 237/238 dictamina que Armando Silverio Brusain –en lo que aquí interesa- “por presentar Herida de arma de fuego [... fue] interv[enido] quirúrgicamente... [y] la curación ha sido con secuelas (debilitación de la función hemopoyética e inmunitaria por la pérdida del bazo)”, es insoslayable que la extirpación del bazo (hecho que tipificaría las lesiones en

gravísimas) no consta expresamente en la intimación de la indagatoria (vid fs. 61/62 y 47/48) ni en la descripción de los hechos reprochados en el auto de procesamiento (fs. 141) ni en la resolución de la Cámara de apelaciones (fs. 191) y tampoco en la requisitoria de elevación a juicio (fs. 244).- - - -

----- En función de esta última, aquel hecho esencial para la calificación jurídica pretendida por el querellante tampoco integró la acusación en el juicio oral (fs. 356) y, ///20.- en consecuencia, la Cámara sentenció correctamente en virtud de que la pérdida del bazo no puede considerarse un tramo fáctico en el cual se sustente el tipo penal de condena (fs. 375 y 384 vta. y 386 vta.).- - - - -

----- En el caso, y dada la función que cumple el texto acusatorio en todo proceso, el requisito de informatividad y completud no se cumple por el hecho que el acusador privado recurre, puesto que no se realizó su oportuna descripción precisa y concreta para que pudiera ser negada o modificada por el imputado y juzgada por el magistrado.- - - - -

----- Dicho lo anterior, entiendo que la legal acusación consolidada en las sucesivas etapas procesales es incompleta para posibilitar una condena válida con sustento en el hecho que pretende el casacionista, porque es sabido que aquella—la acusación— debe contener una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos, en el sentido de que el "... juicio penal, en nuestro derecho, debe tener por base una acusación concreta, sin la cual el imputado no podría defenderse adecuadamente. La exigencia de acusación, como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable. Es por ello que la acusación debe describir con precisión el hecho imputado, a los efectos de que el enjuiciado pueda ejercer su derecho de defensa y producir prueba en su descargo así como hacer valer todos los medios conducentes a su defensa que prevén las leyes de procedimiento" (conf. CSJN, Fallos 290:293; 298:308 y 306:467, entre otros; ver in re "VELAZQUEZ", Se. 202/04 STJRNSP).- - - - -

----- Es que la "... hipótesis fáctica contenida en la ///21.- acusación, determina y circunscribe la actividad de los sujetos del proceso, de modo que sobre ella incide todo examen ulterior: la defensa del imputado, la prueba, la discusión y la decisión definitiva del tribunal acerca del fundamento de las pretensiones jurídicas deducidas. Para que pueda responder a la finalidad legal, el documento requirente debe contener una relación circunstanciada del hecho, la cual se obtiene mediante la mención detallada de todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que la conducta del imputado se

exteriorizó y cualquier otro dato de interés para el encuadramiento legal del hecho y de la selección y graduación de la pena..." (conf. TSJ de Córdoba, Sala Penal, in re "TORRES", del 08-04-92, en LLC 1992, 1090).- - - - -

----- Entonces, conforme lo reseñado, el hecho de la pérdida del bazo no fue introducido oportunamente en el reproche que se hizo al imputado y, en consecuencia, no puede ser sustento fáctico del tipo penal de condena.- - - - -

----- En síntesis, el rito exige el relato circunstanciado del hecho reprochado, por lo que no "... puede faltar el núcleo fáctico o hecho desnudo por cuanto él constituye el elemento objetivo de la imputación... (Jorge A. Clariá Olmedo, \Tratado de Derecho Procesal Penal\, T. IV, pág. 425)" (conf. in re "ZAZ", Se. 17/02 STJRNSP), exigencia que no puede tenerse por cumplida en relación con el hecho que en esta instancia resalta el acusador privado.- - - - -

----- De tal modo, acoger el agravio recursivo violentaría la garantía del debido proceso legal y del derecho de defensa en juicio (art. 18 C.N.), por lo que se incurriría ///22.- en una nulidad declarable de oficio (art. 160 C.P.P.).- - - - -

----- Lo dicho también deriva del principio acusatorio y del art. 8 segundo párrafo inciso b) de la Convención Americana de Derechos Humanos que declara su carácter fundamental: "... toda persona tiene derecho... a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada" (conf. Se. 174/05 STJRNSP in re "CREDEDIO").- - - - -
- - - - -

----- Así, la determinación de la acusación es el límite de la sentencia que establece en concreto los hechos que conformaron las lesiones de condena, marco al cual se ciñe toda posibilidad de control de la tarea de subsunción en el análisis de la legalidad del fallo por parte de este Superior Tribunal de Justicia, motivos por los cuales se debe rechazar el recurso de casación.- - - - -

----- Por último, es dable destacar que el informe del médico forense de fs. 237/238 supra citado consideró que las lesiones eran de carácter "grave", lo que no fue impugnado por el recurrente ni mencionado en los alegatos del juicio, oportunidad en la cual el Fiscal de Cámara lo refirió de forma genérica y también calificó las lesiones como "graves". La defensa nada dijo al respecto (vid fs. 371 vta./374).- - - - -
- - - - -

-----9.- Sin perjuicio de lo expuesto para el caso concreto, dejo sentada mi opinión sobre que la lesión con pérdida del bazo encuadra en la figura de lesiones gravísimas (art. 91 C.P.), con lo que me aparto de la postura sostenida por la señora Procuradora General.- -

----- En este sentido, recuerdo que el art. 91 del Código ///23.- Penal dice que se “impondrá reclusión o prisión de tres a diez años, si la lesión produjere... la pérdida... de un órgano”.-----

----- La pérdida de un órgano -o de su uso- “[i]mporta la pérdida funcional total, ya sea que se origine en una pérdida anatómica o pérdida de efectividad funcional (Creus)” (Oscar Alberto Estrella y Roberto Godoy Lemos, “Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular”, ed. Hammurabi, pág. 192). En este marco, se “entiende por órgano tanto la pieza anatómica que realiza autónomamente la función, como el conjunto de órganos que la cumplen (Creus)... el hígado, el bazo, que anatómicamente son órganos únicos, también cumplen una función” (Oscar Alberto Estrella y Roberto Godoy Lemos, ob. cit., pág. 187).

----- Cuando “son funciones cumplidas por órganos pares, la pérdida de uno de ellos sólo es debilitamiento (ej. pulmones o riñones), mientras que si se tratara de órganos unilaterales, que cumplen la función con otros con los que integra un sistema (ej. el bazo), su pérdida es una lesión gravísima, aunque la falta pueda ser suplida por otros órganos” (Justo Laje Anaya y Enrique Alberto Gavier, “Notas al Código Penal argentino. Parte Especial”, T. II, ed. Marcos Lerner, pág. 63).-----

----- Es decir, más que el órgano en sí, lo que importa es el desarrollo de la función orgánica. Esto es fundamental porque puede ser que varios órganos sirvan para una única función, de manera que la pérdida de uno de ellos implica debilitamiento (de conformidad Bonnet), “pero no cuando órganos ‘anatómicamente únicos’ (ej. el bazo o el hígado) ///24.- contribuyen a una función común con otros órganos distintos. En estos casos, la extirpación de la pieza o la eliminación total de su funcionamiento dan lugar a lesión gravísima (Creus... Núñez... Soler...)” (Edgardo Alberto Donna, “Derecho Penal. Parte Especial”, T. I, ed. Rubinzal Culzoni, pág. 166).-----

----- Por ello, “[l]a extirpación del bazo, consecutiva a la lesión causada por un disparo de arma de fuego, es lesión gravísima que encuadra en la previsión del art. 91 del Código Penal” (STJ Entre Ríos, 17-06-53, DJLL, VI-891 –conf. Oscar Alberto Estrella y Roberto Godoy Lemos, obra citada, pág. 193-; criterio que ha mantenido el citado STJ, sala Penal, in re “MÉNDEZ”, del 30-05-05 –conf. Lexis N° 35002599-).-----

----- “Si la ley indica como lesiones gravísimas por un lado la pérdida de un órgano y por otro del uso de un órgano, se está indicando dos tipos de afectaciones que no pueden

superponerse. El uso es funcional, la pérdida es anatómica aunque la función del órgano sea sustituida por otros. (T.S.J. Córdoba, Sala Penal, 13-VIII-1998, Foro de Córdoba, n° 47, año IX, 1998, pág. 226)” (Justo Laje Anaya y Cristóbal Laje Ros, “Código Penal Argentino. Datos de: doctrina – jurisprudencia - Legislación”, ed. Marcos Lerner, pág. 178).- - - - -

----- “El bazo concurre en sus funciones con otros órganos; pero anatómicamente es en sí mismo un órgano, y su extirpación es lesión gravísima. Esta afirmación se funda simplemente en el hecho de que la agravante del art. 91 de la pérdida de un órgano no puede referirse solamente al caso ///25.- de la pérdida total de la función, porque esto, generalmente determina la muerte, y entonces esa agravante nunca tendría aplicación” (Sebastián Soler, “Derecho Penal Argentino”,

T. III, ed. Tipog. Editora Argentina, 10ª reimpresión total de 1992, pág. 129).- - - - -

----- En igual sentido, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en autos S. 95 “LEAMOS” (Se. del 28-09-04), dijo: “Según se expresara en el precedente ‘Montivero’, S. n° 56, del 13 de agosto de 1998, luego ratificada y ampliada en ‘Sampo’, S. n° 104, 27/11/00, dictada por este Sala, se expuso los siguientes fundamentos: La ley penal castiga en el art. 91 con mayor severidad, entre otras situaciones, cuando la lesión infringida produce la pérdida del órgano o de su uso.- El cuestionamiento del recurrente en cuanto a que el concepto de órgano no es anatómico sino funcional y que por lo tanto, la extirpación del bazo implica una disminución y no una pérdida total de sus funciones, lo es con prescindencia de lo establecido por la ley (C.P., 91) que reprime tanto la pérdida de un órgano como su uso. ‘La ley no se refiere a la pérdida de una función sino a la pérdida de una estructura orgánica destinada a una función, aunque no sea la fuente exclusiva de ella’ (Núñez, Ricardo C., ‘Derecho Penal Argentino’, Pte. Especial III, 207, Ed. Bibliográfica Argentina, 1965). Así también lo entendió autorizada doctrina (Soler Sebastián, ‘Derecho Penal Argentino’, t. III, 129, Ed. Tea, 1970; Fontán Balestra, ‘Tratado de Derecho Penal’, T. IV, 280, Ed. Abeledo Perrot, 1968; Laje Anaya-Gavier, ‘Notas al Código Penal Argentino’, t. II, Pte. Especial, Ed. Lerner, 1995, ///26.- 63; Laje Anaya, Justo, ‘Comentarios al Código Penal’, Parte Especial, vol. III, 79 y 75; Creus, Carlos, ‘Derecho Penal’, P.E., t. I, 84, Ed. Astrea, 1983).- Si conforme se comenzara en estos considerandos, la ley indica como lesiones gravísimas tanto la ‘pérdida’ de un órgano, cuanto el ‘uso’ de un órgano, se están indicando dos tipos de afectación que no pueden superponerse. El uso

es funcional, la pérdida es anatómica, aunque la función del órgano sea sustituida por otros (en igual sentido, Cámara de Acusación de Córdoba, 16/9/88, 'Brandán'; Lucero Ofredi, 'Estudios de las figuras delictivas', dirigido por Daniel P. Carrera, Ed. Advocatus, Córdoba, 1994, págs. 128/129).- En la jurisprudencia, la solución adoptada es seguida por: C.C. Concepción del Uruguay, 30/11/61, L.L. 102-488; S.T. Entre Ríos, 17/6/53, L.L. 71-429, J.A. 1953.IV.369, citados por Rubianes, 'Código Penal', t. 2, 595, Depalma, 1974; C.C. Cap. s. 21/12/78, 'Lanitte', cit. por Rubianes, ob. cit. 3º actualización, Ed. Depalma, 1980, p. 198; C.N.Cr. y Corr., sala IV, diciembre 21-1978, 'Lahitte', L.L. 1979-A-447; S.C. Buenos Aires, 24/8/82, 'Suárez'; C.Cr. Sta. Fe, sala I, 18/4/80, citados por L.L., Digesto, t. VI, p. 737/738, Bs. As., 1996).- En tal entendimiento, agrego que, la privación puede originarse entonces, por dos causales: a) pérdida anatómica y b) ausencia de toda efectividad funcional (pérdida del uso), las que actúan en forma indistinta.- Por otra parte, la extensión del concepto legal de órgano atrapa tanto a la pieza anatómica que realiza autónomamente una función, como al conjunto de órganos que la cumplen. Este último supuesto debe entenderse sólo para los casos de ///27.- funciones que son cumplidas por órganos compuestos, que no son únicos. Contrariamente, en aquellos órganos anatómicamente únicos, como el bazo, que contribuye a una función común con otros distintos, la extirpación de esa pieza anatómica da lugar a la lesión gravísima (Cfr. CREUS CARLOS, 'Derecho Penal', Parte Especial, Tomo I, Ed. Astrea, 1983, pág. 84).- Ello es así, desde que según investigaciones médicas, se ha establecido que el bazo junto con los ganglios linfáticos y la médula ósea, desempeña un papel trascendente en el equilibrio del sistema inmunológico humano. En el momento actual se reconoce que el bazo cumple las siguientes funciones: 1) control inicial de la bacteriemia; 2) favorece la síntesis de inmunoglobulinas; 3) produce tuftsin; 4) colabora en la vía derivada del complemento y 5) ayuda a la formación de 'pocitos' (Cfr. RUBISTEIN SANTIAGO, 'Código de Tablas de Incapacidades Laborativas', 2ª edición ampliada, Ed. Librería jurídica La Plata, 1990, pág. 269; FARRERAS/ROZMAN, Medicina Interna, Ed. en CD-ROM de la empresa Mosby-Doyma Libros S.A., 1996; JAMES FRENCH, BRUCE M. CAMITTA, Nelson, 'Tratado de Pediatría', Vol. 2, Ed. Mc. Graw-Hill Interamericana, México, 1998, pág. 1796).- Surge así, que el órgano en cuestión concurre con los ganglios linfáticos y la médula ósea a sostener el sistema inmunológico y la extracción de esta pieza conlleva la pérdida de su función específica.- Por ello, la interpretación que propugna el recurrente llevaría a dejar vacío de contenido al delito de lesiones

gravísimas por pérdida anatómica de un órgano, pues si la función que éste cumple, no fuera asumida por otro órgano ///28.- del sistema, acaecería la muerte de la persona, lo que no es aceptable conforme los principios reguladores de una correcta interpretación de la ley (T.S.J., Sala Penal, 'Gobetto', S. n° 37, del 6/8/97, publ. 'S.J.', n° 1163)" (Citar: elDial - AA2AA0; también con similares argumentos, TSJ de Córdoba, Sala Penal, Se. del 27-11-00, publicado en LLC 2001, 272).- - - - -

-----10.- En síntesis, no advierto prejuzgamiento pues la Cámara resolvió la razonabilidad del ofrecimiento patrimonial que realizó el imputado en la petición de la suspensión del juicio a prueba, en tiempo oportuno y en ejercicio de sus atribuciones específicas, lo que importó un verdadero juzgamiento.- - - - -

----- Del mismo modo, tampoco se ha demostrado la violación a las reglas del razonamiento en la negativa de la intención de matar en el sujeto activo.- - - - -

- - - - -

----- Por último, no puede prosperar el agravio por medio del cual se invoca la violación de la ley sustantiva, pues para su configuración habría sido necesario que la acusación contuviera, como hecho, la extirpación del bazo. Esto último es efectivamente una lesión gravísima, mas esta interpretación sólo puede tener alcance declarativo en el sub examine.- - - - -

-----11.- Conforme con las razones que anteceden, propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto por el querellante particular Armando Silverio Brusain, con el patrocinio letrado del doctor Marcelo Eduardo Hertzriken Velasco, con costas.

MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Víctor Hugo Soderó Nievas dijo:- - - ///29.-- Adhiero al voto del señor juez preopinante por compartir el tratamiento de los planteos y la solución propuesta, y agrego lo siguiente.- - - - -

- - - - -

----- Corresponde una vez más señalar la necesidad de que los juicios comiencen y se resuelvan en un plazo razonable, atento a las garantías constitucionales en juego para la validez y eficacia de los pronunciamientos (conf. Se. 146/05; Se. 136/05; Se. 113/05; entre otros).- - - - -

----- En este orden de ideas, en el caso de autos se aprecia una eficiente tarea de instrucción –en sentido amplio- en virtud de que el hecho ocurrió el 11-01-01, el auto de procesamiento es del 21-09-01, la resolución de la Cámara de Apelaciones es de fecha 09-11-01, el requerimiento de elevación a juicio del 08-09-02 y la remisión al a quo del día 20-11-02.- - - - -

----- Ahora bien, no corresponde el mismo juicio respecto de la Cámara en lo Criminal, que insiste en la utilización de herramientas que desvirtúan el proceso oral y público.- -

-

----- Ello es evidente teniendo en cuenta que se provee la prueba el 10-11-04, donde se ordena la incorporación por lectura de los informes médicos de fs. 47/48, 88 y 237/238 - este último del 11-02-02-; que las audiencias de debate oral se iniciaron el 06-09-05 y que el acta de sentencia es del 20 de igual mes y año, con lo cual es fácil colegir que aquellos informes médicos merituados al resolver en definitiva tenían una antigüedad de aproximadamente tres años y siete meses (según la fecha del más reciente). Es decir, por el tipo de delito, las circunstancias del caso y las pruebas ponderadas, era necesario, conveniente y///30.- pertinente que las medidas de prueba fueran actuales y contemplaran las consecuencias del hecho contemporáneas a la sentencia.- - - - -

- - - - -

----- Esto no significa sino repetir la arcaica doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que exige que los fallos se atengan a las circunstancias actuales a la resolución (conf. ED 134-330; JA 2000-III-528; Se. 8/00; Se. 14/00; Se. 17/00).- - - - -

- - - - -

----- Además, dicha reiterada crítica no puede repetirse en orden a la admisibilidad de los recursos, porque la doctrina “CASAL” (Se. del 20-09-05, CSJN) invocada al concederlo no es la mejor forma de analizar los agravios planteados y tampoco un premio para el litigante que consintió actos en la etapa de juicio y, después, sobre las mismas circunstancias formales, expresa agravios tardíos que no pueden ser contemplados y salvados en esta instancia procesal porque se trata de cuestiones probatorias.- - - - -

----- En síntesis, no puedo dejar de señalar los siguientes extremos:- - - - -

- - - - -

-----a) La Cámara Primera de Apelaciones, al modificar parcialmente el auto de procesamiento por entender que se configuraba el delito de lesiones graves (art. 90 C.P.) en lugar de homicidio simple en grado de tentativa (arts. 42 y 79 ídem), ponderó sólo dos circunstancias: la existencia de riesgo de vida y la inutilización para el trabajo por más de un mes, pero no se expidió sobre los daños a órganos y otras secuelas y/o complicaciones, que remitió a la etapa del juicio, ya que sólo ponderó los informes de fs. 47/48 y 88 (del 05-09-01).- - - - -

- - - - - ///31.--b) A esta última se ingresó con dictámenes viejos. Así, el del doctor

Cabana (fs. 88), que calificaba a las lesiones como gravísimas, y el del Cuerpo Médico Forense, que aunque no omitió mencionar el hecho de la extirpación del bazo, las encuadró como graves (fs. 237/238).- - - - -

-----c) El ofrecimiento de prueba de las partes remitió a prueba desactualizada y el Tribunal así lo proveyó, sin reparar en que habían pasado años y meses y que la información más antigua y contradictoria requería ser dirimida en el juicio.- - - - -

- - - - -

-----d) Si a ello sumamos la confusión del requerimiento fiscal de elevación a juicio, que habla de bilateralidad del órgano extirpado a la víctima, el cuadro trepa a una gran incertidumbre.- - - - -

-----e) Ergo, en vez de trabajar sobre la prueba y sus aspectos, las partes y el Tribunal discuten sobre los tipos penales aplicables, pero, a ciencia cierta, al tiempo de dictar sentencia, ni los jueces ni las partes sabían cuales eran los daños a la salud realmente sufridos y las consecuencias en el tiempo.- - - - -

----- Como dije en otra oportunidad (Se. 22/06), cuando la causa es compleja, hay prueba contradictoria y o se requiere de prueba dirimente y especializada, no puede sujetarse el proceso a plazos perentorios, pues debe observarse que, estando garantizado el derecho de defensa, los jueces no pueden limitarlo, en virtud de que prevalece el norte de la verdad real, al que no pueden renunciar, ya que el Proceso Judicial constituye en todas sus fases un derecho de todas las partes comprometidas en el valor justicia y regidos por ///32.- un proceso justo (conf. Pedro J. Bertolino, “El Derecho al Proceso Judicial”, Temis, 2003, págs. 56/61).- -

----- El “objeto del procedimiento penal es la averiguación de la verdad real o histórica... [y] \A la verdad real –verdad formal no se arribó por una discordancia conceptual, acerca de lo que es o significa la verdad, sino antes bien, por contraposición entre forma jurídicas distintas del procedimiento judicial, gobernadas por principios diferentes. Sucede, en realidad, que en el procedimiento civil la verdad aparece múltiplemente condicionada, jurídicamente, en relación a la reglamentación prevista por el Derecho procesal penal. En general, el tribunal que juzga un caso de Derecho privado, cuyo principio superior reside en la autonomía de la voluntad particular representa, por principio, el papel de un árbitro imparcial, que carece de poderes de instrucción (Inquisición)... En cambio, el tribunal penal inquiere, para averiguar la verdad por sí mismo, en las oportunidades que la ley prefija y con los poderes específicos que la misma ley establece, regla cuyo fundamento político reside,

precisamente, en la naturaleza pública de la pena estatal\ (Maier, Derecho procesal penal, t. I, ps. 849 y siguientes)..” (Alberto Bovino, “Principios políticos del procedimiento penal”, Estudios del Puerto, 2005, págs. 60/62; las cursivas son del original). Ello, sin perjuicio de las posibilidades legales de la aplicación de “un mecanismo consensual” o “adopción de mecanismos alternativos a las respuestas represivas” (conf. autor y obra citados, pág. 63).- - - - -

----- En definitiva, no podemos avasallar la actividad ///33.- consentida por las partes, sus propios actos y la incuria del Tribunal, ni modificar el plexo fáctico normativo, pues el cambio de calificación legal supone que existe prueba que la sustente en vez de negligencia probatoria.- - - - -

----- Lo único que los jueces de casación no pueden valorar es aquello que surge directa y únicamente de la inmediación propia del juicio oral, es decir, se trata de una limitación fáctica puesto que no es posible valorar lo que no se conoce (ver el precedente “CASAL”, ya citado).- - - - -

----- La afirmación de certeza, allí donde sólo existe probabilidad -y, por lo tanto, un margen de error-, sirve de cómodo sillón a la pereza, que incita a descansar en él con el pretexto hipócrita de una buena conciencia (conf. Framarino dei Malatesta, “Lógica de las pruebas en materia criminal”. MI VOTO.- - - - - El señor Juez subrogante doctor Francisco Antonio Cerdera dijo:- - - - -

----- Adhiero al criterio sustentado y a la solución propuesta por los señores jueces preopinantes y VOTO EN IGUAL SENTIDO.- - - - -

----- Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E :

Primero: Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs.

----- 397/430 de las presentes actuaciones por el querellante Armando Silverio Brusain, con el patrocinio letrado del doctor Marcelo Eduardo Hertzriken Velasco, con costas.- - - - - ///34.-Segundo: Registrar, notificar y, oportunamente, devolver los

----- autos al origen.

Francisco Antonio Cerdera

Juez subrogante

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 4

SENTENCIA: 42

FOLIOS: 707/740

SECRETARÍA: 2