

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 18468/03 STJ

SENTENCIA Nº: 94

PROCESADO: GARCÍA ROBERTO MARTÍN

DELITO: HOMICIDIO SIMPLE - TENENCIA DE ARMA DE GUERRA -
CONCURSO REAL

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 31-05-04

FIRMANTES: SODERO NIEVAS - LUTZ - MÁNTARAS (SUBROGANTE) EN
ABSTENCIÓN (NO FIRMA POR COMISIÓN DE SERVICIOS)

///MA, de mayo de 2004.-

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Víctor Hugo Sodero Nievas, Luis A. Lutz y Hugo Fernando Mántaras -por subrogancia-, con la presidencia del primero y la asistencia del señor Secretario doctor Francisco Antonio Cerdera, en las presentes actuaciones caratuladas: "GARCÍA, Roberto Martín s/Homicidio calif., Tenencia de arma de guerra, Homicidio simple en grado de ttva. en conc. ideal c/Homicidio culposo todo en conc. real s/Casación" (Expte.Nº 18468/03 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., planteándose la siguiente:-----

CUESTIÓN

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

VOTACIÓN

El señor Juez doctor Víctor Hugo Sodero Nievas dijo:-----

-----1.- Mediante sentencia Nº 28, del 21 de abril de 2003, la Cámara Primera en lo Criminal de General Roca resolvió

-en lo pertinente- condenar a Roberto Martín García a la pena de dieciocho años de prisión, por ser autor de los delitos de homicidio simple en perjuicio de Miryam G. Ruiz

y Vicente Avella (art. 79 C.P.) y tenencia de arma de guerra (art. 189 bis 4º párrafo C.P.), todo en concurso real (art. 55 C.P.).-----

----2.- Contra lo decidido, la defensa interpuso recurso de casación, que fue parcialmente admitido por el tribunal de grado inferior. En relación con los agravios denegados

///2.- interpuso recurso de queja, rechazado por este Superior Tribunal de Justicia.- - - -

----3.- Mediante auto interlocutorio N° 43, de fecha 10 de diciembre de 2003, este Superior Tribunal de Justicia resolvió declarar formalmente admisible el recurso de casación, sólo en cuanto a lo concedido por el a quo. Se dispuso que el expediente quedara por diez días en la Oficina para su examen por los interesados, período en el cual el señor Procurador General subrogante emitió su dictamen en sentido negativo al progreso del recurso. A la audiencia prevista en los artículos 434 y 437 del Código Procesal Penal compareció el señor defensor particular, quien se manifestó en los términos del recurso extraordinario interpuesto y pidió que también se consideraran los agravios denegados del recurso principal

-específicamente el tratamiento del estado de emoción violenta-. Tras dicha audiencia los autos quedaron en condiciones para el tratamiento definitivo.- - - - -

----4.- En la porción admitida, el casacionista sostiene la errónea aplicación del artículo 79 del Código Penal en el hecho que sufrió Vicente Avella. Luego de criticar la tarea de subsunción del a quo, alega que su pupilo debió resultar absuelto por la tentativa de homicidio respecto de Romero y condenado por el delito de homicidio culposo en relación con el primero de los nombrados. Rechaza también la ocurrencia de dolo eventual en el caso, toda vez que quien disparó hacia adentro de la oficina lo hacía sin ver. Dice además que tal oficina era amplia, con muebles varios y comunicada con otras dependencias de la vivienda, y que la víctima

///3.- murió por una bala que se desvió luego de impactar en una perforadora de hierro. Agrega que la tentativa de homicidio requiere dolo directo y que Vicente Avella fue muerto por accidente, ya que no se deseaba disparar contra él sino contra Romero. También sostiene que la sentencia incurre en nulidad toda vez que omite absolver a su pupilo por el delito endilgado, que tenía como víctima a Romero, omisión que posibilita se lo juzgue nuevamente por tal hecho. Argumenta asimismo que debieron imponerse costas al querellante, ya que el imputado fue absuelto por la tentativa de homicidio que tenía como víctima a su representado. Finalmente, sostiene que el cambio de

calificación sorprendió a la defensa, ya que "es muy claro que habiéndose limitado a afirmar que, en el momento en que disparó hacia el interior de la oficina de Romero veía, y que le apuntó a este último, hubiese sido condenado por tentativa de homicidio en concurso ideal con homicidio culposo y no por el homicidio doloso de Avella, lo cual tiene una receta punitiva mayor..." (ver fs. 702).- - - - -

-----5.- La jurisdicción devuelta:- - - - -

----- Atento al planteo de la defensa en el que solicita el tratamiento de cuestiones vedadas, dada la firmeza del rechazo de la queja mencionada, es necesario recordar "-no por desconocida- una constante doctrina del Superior Tribunal de Justicia que -en cumplimiento de elementales garantías constitucionales- asume su competencia funcional de control de legalidad (concepto inclusivo del de logicidad o juicio de existencia, arts. 110, 369 y 370 C.P.P.) de los fallos de la instancia ordinaria a los puntos resistidos del

///4.- decisorio condenatorio -tantum devolutum quantum appellatum-.- Nuestro código de rito dice, respecto de la jurisdicción del Tribunal de Alzada, que "[e]l recurso atribuirá al Tribunal de Alzada el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los agravios... Cuando hubiera sido recurrida solamente por el imputado, o a su favor, la resolución no podrá ser modificada en su perjuicio" (art. 415).- Así, esta instancia se encuentra "signada por el principio dispositivo, donde el ejercicio de la jurisdicción está limitado por el alcance de los medios impugnativos y por la motivación del agravio que afecta a la parte que resiste el pronunciamiento al que se atribuye injusticia o ilegalidad... No cabe dudar, entonces, que la competencia funcional del tribunal de alzada es restricta. La congruencia exige correspondencia entre la decisión y lo que es materia de la impugnación. El objeto se depura por los términos en que la impugnación se ha interpuesto y sustentado" (Norberto J. Iturralde, "Disposiciones sobre los recursos en el Código Procesal Penal de la Nación", LL T. 1995-C, Sec. doctrina, pág. 1256).- Este principio debe ser completado con el reconocimiento de las atribuciones de este Cuerpo -abierta su jurisdicción por el recurso- para ingresar al tratamiento de oficio ante el supuesto de nulidades absolutas en el proceso que culmina con la resolución en crisis, pero siempre en beneficio del reo que -de otro modo- vería conculcadas sus garantías constitucionales por la inacción de sus defensores, cuando -en rigor- debe pagar por lo que hizo y no por los errores de los letrados" (ver in re

///5.- "KIELMASZ", Se. 154/02).- - - - -

----- Entonces, la jurisdicción de este Cuerpo se encuentra limitada por los términos de la impugnación y el trámite propio de la casación, toda vez que este Acuerdo ha sido convocado a resolver la porción del recurso de casación concedida por el tribunal de grado inferior, puesto que respecto de lo restante el rechazo de la queja -con agravios independientes de los habilitados- ha quedado firme y consentido por la inacción del señor defensor.- - - - -

----- Además, es diferente la consecuencia procesal del rechazo de una queja por parte del Superior Tribunal que la de la declaración de admisibilidad del recurso de casación, toda vez que mientras el primero es un pronunciamiento definitivo, al que se le aplican las nociones de preclusión y progresividad y que es pasible de ser atacado mediante recurso extraordinario federal, el segundo es sólo una etapa del trámite del recurso principal, por lo que este Cuerpo no se vería constreñido por su decisión y podría contradecirla -ausencia de cosa juzgada.- - - - -

----- No obstante lo anterior, si el señor defensor pretendía una excepción a dicho principio general, debió extremar su argumentación en la audiencia de la casación para que se advirtiera prima facie la necesidad de apartarse de los ápices procesales limitantes del control de legalidad propio de este Superior Tribunal. Nada de ello ha ocurrido toda vez que el recurrente sólo reiteró lo previamente sostenido en el remedio principal y luego en la queja, sin lograr conmover los motivos para desechar la emoción violenta alegada o los vinculados con la imposición de la

///6.- pena, su monto y motivación, ni demostrar una violación de los arts. 200 de la Constitución Provincial y 1º del Código de Procedimientos. Así, no fueron advertidos graves desvíos procesales o de derecho sustantivo que impliquen la violación de garantías constitucionales.- - - -

----- En este orden de ideas, en breve síntesis, sumo que el homicidio emocional fue descartado de acuerdo con la secuencia fáctica establecida, que implicaba en el sujeto activo orientación espacio-temporal y capacidad verbal y asociativa, incompatibles con el "estado crepuscular" del trastorno mental mencionado. Por su parte, la temática vinculada con la pena impuesta ni siquiera es mencionada en el recurso de queja, sin perjuicio de lo cual se destaca que es propia de los poderes discrecionales del juzgador, se encuentra dentro de la escala penal prevista por el tipo seleccionado y tiene desarrollo en la cuarta cuestión tratada por el tribunal de grado inferior.- - - - -

----- Asimismo, respecto de la pena seleccionada, conforme lo desarrollaré en el voto y dado el principio de culpabilidad irrenunciable, adelanto que el señor defensor no ha

generado alternativas válidas para posibilitar otra imputación subjetiva o fundamentos distintos para la responsabilidad, por lo que se mantiene la proporcionalidad de la consecuencia jurídica impuesta (pena): "... conforme al mandato constitucional de igualdad, esta consecuencia jurídico-penal sólo será justa cuando trate desigualmente lo que es desigual..." (conf. Hassemer, "Alternativas al principio de culpabilidad", Revista Doctrina Penal, págs. 5, 82, 236 y 240).- - - - - //7.-- En el caso de autos, el recurrente pretende desplazar el dolo de saber y querer la realización del tipo (art. 79 C.P.) que el legislador sancionó gravemente, por un tipo culposo (art. 84 id.), cuando -como se verá- no es posible tal mutación ni la concesión de una indulgencia que el código no prevé.- - - - -

-----6.- La calificación de los hechos:- - - - -

----- La mejor comprensión de la crítica casatoria aconseja una breve explicación del trámite procesal.- - - - -

----- Así, en lo que interesa, se le reprocha al imputado haberse dirigido hasta la oficina de Rodolfo Romero, romper un vidrio y, a través de él, disparar el arma de fuego que portaba, intentando darle muerte, e impactar con una de las balas a Vicente Avella, quien se encontraba circunstancialmente en el lugar y falleció tiempo después.

----- También es necesario destacar que se encontraban en dicha oficina Romero, Barrientos y Avella, y que súbitamente apareció García, abrió la puerta y le apuntó a Romero, pero no alcanzó a entrar porque Avella lo empujó hacia afuera y Romero cerró la puerta con llave. Luego se sucedieron dos o tres disparos que venían desde una ventana fija cuadrada, de aproximadamente 0.30 m de lado, que estaba al lado de la puerta. Asimismo, se arribó a la conclusión de que García debió disparar levantando el brazo y sin poder mirar hacia adentro (ver fs. 631).- - - - -

----- De este modo, se estableció que el imputado llegó al inmueble con intención de matar a Romero, que cuando disparó en las circunstancias apuntadas sabía positivamente que en su interior se encontraba aquél con Avella y que los

//8.- disparos fueron indiscriminados, sin apuntar a nadie en especial.- - - - -

- - - - -

----- Tales hechos fueron calificados en la requisitoria de elevación a juicio como homicidio simple en grado de tentativa (cuyo sujeto pasivo era Romero) en concurso ideal con homicidio culposo (en el que la víctima es Avella). Esta subsunción fue modificada por la Cámara del Crimen, que finalizó condenándolo por homicidio simple respecto del segundo de los nombrados, delito cometido con dolo eventual y que

absorbió por consunción al otro tentado (ver fs. 661/662). El señor defensor entiende que dicha calificación es incorrecta y que la conclusión adecuada debió la de condenar a su pupilo por el delito de homicidio culposo y absolverlo respecto del requerido en grado de tentativa.-

-----7.- El homicidio en grado de tentativa que tiene como sujeto pasivo a Romero:- - -

----- El juzgador sostiene que, por la forma de disparar del imputado, era extremadamente claro "... que necesariamente se representó la probabilidad de herir o matar a alguno de los hombres, o a ambos, y que conociendo ese probable resultado persistió en su accionar. Estamos, pues, ante dolo eventual, por la indiferencia notoria ante el resultado que los disparos podían ocasionar..." (fs. 661).- - - - -

----- Entonces, el elemento intencional seleccionado fue el de dolo eventual -cuestión de hecho incensurable en casación-, por lo que el reproche de tentativa de homicidio respecto de Romero es atípico ya que no hay tentativa a título de dolo eventual.- - - - -

----- La expresión "fin" del artículo 42 del código de fondo

///9.- "... 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 estructuración restrictiva de la tentativa, desde el punto de vista de la política criminal" (Jorge de la Rúa, "Código Penal Argentino", pág. 745).- - - - -

----- De modo concordante, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (21-12-78, en "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", y agregó: "El dolo eventual no sirve para llegar al homicidio tentado".- - - - -

----- Así, "[n]o es posible atribuirle al procesado el delito de tentativa de homicidio, por la circunstancia de que su compañero haya hecho durante la comisión del ilícito, exhibición de la llamada '\ruleta rusa', al que éste permaneció ajeno, pues resulta

imposible atribuirle el propósito deliberado de matar. Por otra parte resulta improcedente la ubicación del hecho en el plano del dolo eventual, dado que el acto no produjo daño físico, quedando

///10.- en nivel conativo, lo cual le resta tipicidad penal, al no ser admisible aquel dolo en ese grado comisivo, ya que la intención de matar exige siempre la presencia del dolo directo" (CNACrim. y Corr. Capital Federal, Sala 4, en "ARGAÑARAZ", Int. 3.130 del 07-07-95).- - - - -

----- En similar sentido, se ha sentado: "Señala 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 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

///11.- Código Penal" (conf. CapelCrim., Concordia Entre Ríos-, Sala 1, "SAUCEDO", Se. 421 del 18-02-91).- - - - -

----- Por lo tanto, entre la tentativa de homicidio de Romero y el homicidio de Avella no existe un concurso aparente de delitos pues, si fuera imposible afirmar la comisión del segundo, el primero tampoco sería aplicable por la ausencia del elemento subjetivo propio del artículo 42 del Código Penal.- - - - -

----- Así, "[e]xiste concurso aparente de delitos cuando la calificación de un hecho como constitutivo de un delito implica, simultáneamente, la imposibilidad de afirmar la comisión de otro u otros que resultarían aplicables al caso si aquél no lo hubiera sido" (conf CNCPenal, sala IV, 17-09-99 in re "ROJO").- - - - -

----- De igual modo, se advierte concurso aparente de leyes penales "... cuando un hecho parece satisfacer las exigencias de dos o más tipos diversos, pero sólo será regulado por uno de ellos, mientras que los demás resultarán desplazados por causas lógicas o valorativas" (CNACrim. y Corr. Federal, sala I, 16-07-97 en "DADONE", LL 1997-D, 293).-----

-----8.- El homicidio simple de Avella:-----

----- Digamos, de modo breve, que el homicidio es un delito instantáneo, en el que se encuentran las tres formas del elemento subjetivo: el dolo, la culpa y la preterintención.

----- Además, "[e]l elemento subjetivo del delito de homicidio no sólo se satisface con la verificación del agente de una voluntad realizadora directamente encaminada a la producción del resultado mortal -dolo directo-, sino también cuando ese resultado es una consecuencia necesaria

///12.- de los medios elegidos -dolo indirecto-, o cuando la acción agresiva hacia la integridad física de la víctima -en el caso, los imputados adujeron que al efectuar los disparos no tenían la intención de matar a la víctima- se manifiesta en una intención de dañar en la medida que sea abarcativa de una voluntad realizadora de cualquier resultado: muerte o lesión o porque el resultado mortal al representársele como probable es aceptado con indiferencia por el autor al incluir esa probabilidad en la voluntad realizadora -dolo eventual-" (CPenal Rafaela, 11-04-02, en "SANDOVAL", con cita de Bacigalupo, "Manual de derecho penal", pág. 211, LL 2002-E, 517).-----

----- En este orden de ideas, luego de destacar como cuestión de derecho que el delito de homicidio admite su comisión por dolo eventual, se puede sostener que su determinación es, sí, un aspecto fáctico ajeno a la instancia extraordinaria: "... cabe expresar que el rechazo de la queja así cuestionada coincidió con el criterio de la denegatoria del recurso principal en que las materias propuestas a consideración eran ajenas a la instancia casatoria, por tratarse de cuestiones de hecho y prueba. Se sostuvo tal postura '\... en el entendimiento de que la crítica central de la sentencia condenatoria ponía de manifiesto la discrepancia de los señores defensores con la determinación de la intención de matar o el ánimo doloso en el hecho reprochado, a la que entendía ausente conforme su argumentación respecto de la dirección del proyectil letal...'\.- ... Dicha postura denegatoria coincide con aquella según la cual la existencia de tal ánimo doloso o '\intención

///13.- de matar configura, en principio, una cuestión de hecho reservada a la decisión de

los jueces comunes' (SCBA. Ac. y Se. 1978-III, págs. 661 y ss.). Así, '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). Por su parte, Eusebio Gómez ('Tratado de Derecho Penal', T. III, pág. 34) también colige que para arribar a tal conclusión no existen normas preestablecidas pues '[l]as circunstancias del hecho son las únicas que pueden determinar la intención específica'...".-----

----- En este orden de ideas -para avanzar en el argumento de la defensa y a contrario de lo expresado por ésta-, sostengo que aun si se desviara el impulso lesivo, toda vez que queriendo matar a Romero impacta con su disparo a Avella, no se modifica la tipicidad seleccionada, ya que el hecho continúa siendo cometido con dolo.-----

----- Así, en el caso de la alegada "aberratio ictus", no existe un homicidio doloso tentado y otro culposamente consumado, ya que "una sola acción no puede ser atribuida a dolo y culpa a la vez... Lo cierto es que, cuando se desvía el golpe, concurren todos los elementos del homicidio doloso: la intención, la acción dirigida a conseguir la muerte, y este mismo resultado" (Marco Antonio Terragni, "Delitos contra las personas", pág. 144).-----

----- Por su parte, Zaffaroni ("Tratado de Derecho Penal", T. III, 327/329) ubica a la "aberratio ictus" entre los errores en la causalidad y el resultado: es el supuesto de
///14.- una acción dolosamente dirigida contra un objeto, que resulta afectando a otro distinto; cuando el resultado efectivamente provocado está abarcado por la voluntad realizadora, habrá dolo respecto de él.-----

----- Ahora, en rigor, éste no es un caso verdadero de "aberratio ictus" toda vez que el imputado, al disparar más de una bala desde una ventana pequeña hacia el interior de una oficina, sabiendo que varias personas se encontraban dentro pero sin verlas, se representó la posibilidad de que el resultado disvalioso se produjera, pero se lo representó respecto de cada uno de los que se encontraban en dicho interior, aunque su motivo primigenio fuera dar muerte a alguien que terminó ileso.-----

----- Ello es así pues la "... 'aberratio ictus' debe circunscribirse a aquellos actos o actividades del autor, donde se ponga de manifiesto el propósito homicida en perjuicio de persona determinada..." (Sproviero, "Delitos de homicidio", pág. 83, el resaltado me pertenece).-----

----- En consecuencia, los disparos así efectuados serían sobre ambos, hacia sujetos pasivos distintos, con acciones diferentes: "Si el delito es una acción (o conducta),

típica, antijurídica y culpable, habrá un delito cuando estemos frente a una conducta que reúna esos caracteres, y a varios delitos, cuando sean varias las acciones típicas, antijurídicas y culpables... Entendemos la conducta como hecho humano voluntario que, aunque inescindible a nivel real, se integra a nivel analítico, con un aspecto externo u objetivo y uno interno o subjetivo. El aspecto externo u objetivo lo constituyen el o los movimientos corporales a través de los

///15.- cuales se manifiesta exteriormente la voluntad del hombre, con independencia del resultado, que acompaña a la acción y puede servir para identificarla, pero que no la integra. El aspecto interno o subjetivo es la voluntad final que dirige la adecuación externa. Cuando hablamos de voluntad final nos referimos a la voluntad de realizar el hecho externo concreto que se lleva a cabo, con independencia de los fines ulteriores que se proponga o persiga el sujeto" (Caramuti, "Concurso de Delitos", en "Código Penal", 2, págs. 318/319, dirección de Baigún-Zaffaroni).- - - - -

- - - -

----- De tal modo, aun si el fin ulterior del sujeto pasivo era dar muerte sólo a Romero, la serie de disparos -dos al menos- que dirige hacia el interior de la oficina donde sabía que también se encontraba Avella conforma más de una acción, completa en sus elementos objetivo y subjetivo.- - -

----- Dice Terragni ("Delitos contra las personas", págs. 147/148) que no es un caso de "aberratio ictus" aquél de la Suprema Corte de Buenos Aires que cita García Maañon, "... que decidió un hecho que, sintéticamente expuesto, fue el siguiente: Encontrándose el imputado en el interior de un local en el que tenía lugar un baile, efectuó tres disparos con arma de fuego contra su rival hiriéndolo con dos de ellos, de cuya consecuencia falleció en el mismo sitio. El otro proyectil mató a un parroquiano ajeno al incidente y lesionó a otro. Si esa tercera bala no desvió su curso por circunstancias ajenas al autor del disparo no se trata de un caso de aberratio ictus (por más que se cita esa expresión en el fallo) sino de resultados diversos del querido por el

///16.- autor, que le pueden ser imputados a título de dolo de consecuencias necesarias, de dolo eventual o de culpa, de acuerdo con las circunstancias del hecho" (la cita de García Maañon se encuentra en "Homicidio simple y homicidio agravado", Ed. Universidad, Buenos Aires, 1980, p. 31).- - -

----- Entonces, aunque fuera posible sostener que el impacto de bala que recibe Avella fue "no querido", el autor aceptó su producción, se lo representó como probable y aceptó con indiferencia al incluir esa probabilidad en la voluntad realizadora (dolo

eventual).- - - - -

----- Así, "[c]orresponde condenar como autor del delito de homicidio a título de dolo eventual, al policía que disparó su arma reglamentaria contra varios manifestantes sin que se haya demostrado que hubiera hecho puntería y disparado directamente contra la víctima, toda vez que el autor se representó la posibilidad que el resultado disvalioso se produjera" (C1ªCrim. Paraná, sala I, 16-05-03, "MARTINEZ", en LL Litoral 2003, 1213).- - - - -

----- En el sub examine no se observa circunstancia alguna que pudiera conllevar a otra valoración en orden a la realización del tipo y que a tenor de los hechos incriminados es un homicidio doloso. Su mejor demostración es la afirmación de un accionar a ciegas, disparando al lugar donde antes había constatado la presencia de personas distintas de quien se buscaba para dar muerte; es decir, con total indiferencia por la vida de cualquiera de ellos, aunque en su fuero interno o sentir prefiriera matar al presunto adúltero. Esto también lo ubica en condiciones de aceptar el resultado fatal y -de todos modos- actuar, con el

///17.- mismo medio (arma de fuego) con que minutos antes había ultimado a Miryam G. Ruiz.- - - - -

----- De esta manera, la muerte de Avella es propia de una causalidad adecuada y por ello ha de responderse por el delito doloso consumado. Las teorías invocadas por el recurrente ("aberratio ictus", desviación del curso causal) pueden analizarse y clasificarse, pero no se demuestra que estos juicios hipotéticos puedan desplazar la calificación primigenia, sin perjuicio de la crítica que se efectúa al concurso de leyes. Así, la solución a la que se arriba responde a los principios de la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y logicidad, y también es adecuada al Código Penal.- - - - -

----- Destaco que -por ser más perjudicial a la suerte del imputado, atento la prohibición de la "reformatio in pejus"- no ingreso al tratamiento de la otra variedad del dolo, el indirecto o de consecuencias necesarias (ni directo, ni eventual), que evitaría inacabadas discusiones doctrinarias y admitiría arribar a un concurso real, por la existencia de discontinuidad temporal y formación consciente de otra resolución criminosa.- - - - -

-----9.- A continuación recapitularé lo anterior:- - - - -

-----1) Le asiste razón al recurrente respecto de la inexistencia de un concurso aparente por consunción entre el homicidio cometido por dolo eventual, cuyo sujeto pasivo fue

Avella, y la tentativa de homicidio de Romero, por una de las razones que invoca: el homicidio tentado no puede ser cometido mediante dolo eventual (art. 42 C.P.).- - - - -

-----2) El agravio del recurrente que pretende que la muerte

///18.- de Avella debió ser subsumida en el tipo culposo debe ser rechazado, toda vez que dicho resultado se encontraba abarcado por la voluntad realizadora del disparo contra Romero.- - - - -

-----3) De todos modos el sub examine no es un supuesto de "aberratio ictus", ya que los disparos fueron dirigidos hacia ambos sujetos pasivos; no hay error en la causalidad; así nos encontraríamos ante un concurso real, en el que uno de los hechos independientes sería atípico por la razón antes expresada (la tentativa no admite dolo eventual).- -

-----10.- Por lo tanto, conforme con las razones que anteceden, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto y condenar a Roberto Martín García a la pena de dieciocho años de prisión, accesorias del art. 12 y costas por su orden, por ser autor de homicidio simple en perjuicio de Miryam G. Ruiz y Vicente Avella (art. 79 C.P.) y de tenencia de arma de guerra (art. 189 bis 4º párrafo C.P.), todo en concurso real (art. 55 C.P.), y absolverlo por el delito de homicidio simple en grado de tentativa respecto de Rodolfo Romero por el que vino reprochado.- - - - -

-----11.- Destaco que se advierte que el error de derecho señalado no ha tenido consecuencias más gravosas para el imputado toda vez que, en el concurso aparente seleccionado, la afirmación de una figura importaba la necesaria exclusión de la otra, por lo que el homicidio simple en grado de tentativa nunca fue valorado para los fines de la pena.- - -

-----12.- De todos modos, la decisión casatoria se justifica en la medida en que aclara lo resuelto respecto de la

///19.- acusación que tiene como sujeto pasivo a Rodolfo Romero, pues los hechos son atípicos conforme con la doctrina legal desarrollada y fueron decididos de modo implícito en la sentencia cuestionada aunque con fundamentos de derecho erróneos, dado que estima -cuestión no impugnada por la querrela ni por la acusación pública-, reitero, que forma parte de un concurso de leyes con el segundo homicidio en donde -por consiguiente- la afirmación de éste "importa la necesaria exclusión de la otra" (Soler, "Derecho Penal Argentino", 2, 209).- - - - -

----- Siguiendo con dicho autor, en los casos de consunción -como éste al que arriba el

tribunal de grado inferior- se entiende que el tipo seleccionado para la condena realiza cumplidamente "... la función punitiva no sólo por cuenta propia, sino por cuenta del otro tipo..." (op. cit., 2, 213), por lo que resultaría innecesaria la decisión expresa respecto de la acusación por la tentativa de homicidio -tipo penal excluido-. Entonces, no se advierte omisión de tratamiento y resolución de cuestión esencial.- - - - -

----- Así, "... la decisión expresa no es siempre necesaria y puede producirse por implicancia cuando la cuestión resulta excluida por la forma en que se resolvió otra también esencial que le era previa y fue tratada con anterioridad, quedando desplazada a raíz de la solución dada a ésta o por la solución dada al litigio o en virtud de la modalidad que adoptó el pronunciamiento..." (De la Rúa, "El Recurso de Casación", p. 344, bastardillas en el original).- - - - -

----- Por lo tanto, a todo evento, no se habría advertido omisión de tratamiento de cuestión esencial y la resolución

///20.- condenatoria que utiliza como fundamento la relación de consunción referida podría haber sido interpuesta como excepción de falta de acción -por cosa juzgada (art. 310, 2) C.P.P.)- en el hipotético agravio planteado por el señor defensor, si erróneamente se iniciara un nuevo proceso por tal hecho: aquél que involucra la tentativa de homicidio respecto de Romero. De todos modos, la resolución casatoria de este Cuerpo decide aquí expresamente la cuestión.- - -

----- Empero, sí considero que la aclaración es conveniente para los fines de las costas procesales, porque si la acusación respecto de Rodolfo Romero no puede prosperar por los motivos antes apuntados y García resulta absuelto por tal reproche, las costas deben imponerse por su orden. MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Luis A. Lutz dijo:- - - - - Comparto en un todo el criterio sustentado y la solución propuesta por el señor Juez preopinante, y VOTO EN IGUAL SENTIDO.- - - - - El señor Juez subrogante doctor Hugo Fernando Mántaras dijo:- - - - -

----- Atento a la coincidencia manifestada por los señores Jueces que me preceden en orden de votación, me abstengo de emitir opinión (art. 39 L.O.)- - - - -

----- Por ello, y dejando debida constancia de que el señor Juez subrogante doctor Hugo Fernando Mántaras, no obstante haber participado del Acuerdo y haber emitido opinión en el sentido expuesto en los considerandos, no firma la presente por encontrarse en comisión de servicios,

///21.-

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

RESUELVE:

Primero: Hacer lugar parcialmente al recurso de casación

----- interpuesto a fs. 669/711 de las presentes actuaciones por el doctor Oscar Raúl Pandolfi.- - - - - Segundo: Condenar a Roberto Martín García, cuyos datos

----- filiatorios obran en autos, a la pena de dieciocho (18) años de prisión, accesorias del art. 12 y costas por su orden, por ser autor de homicidio simple en perjuicio de Miryam G. Ruiz y Vicente Avella (art. 79 C.P.) y de tenencia de arma de guerra (art. 189 bis 4º párrafo C.P.), todo en concurso real (art. 55 C.P.).- - - - -

Tercero: Absolver a Roberto Martín García por el delito de

----- homicidio simple en grado de tentativa respecto de Rodolfo Romero por el que vino reprochado.- - - - - Cuarto: Imponer las costas por su orden.- - - - -

Quinto: Registrar, notificar y oportunamente devolver.-

ANTE MÍ: FRANCISCO A. CERDERA - SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 4

SENTENCIA Nº: 94

FOLIOS: 655/675

SECRETARÍA: 2