

**SENTENCIA N° veintinueve /2019.-** En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los **nueve días del mes de mayo del año dos mil diecinueve**, se constituye la **Sala del Tribunal de Impugnación** integrada por los Señores Magistrados **Dres. Richard Trincheri, Alejandro Cabral y Federico Sommer**, presidido por el nombrado en segundo término, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación en el caso judicial denominado **"GALEANO, Norberto Oscar s/Homicidio Doloso agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa"** identificado bajo el **Legajo MPFNQ N° 54692 Año 2015**, seguido contra **Norberto Oscar Galeano**, titular del DNI N°27.705.675, nacido el 30 de enero de 1980 en Santa Fé -Pcia. de Santa Fé-, y domiciliado en Manzana P2- CASA 8- Barrio Petrolero de la ciudad de Rincón de los Sauces.

Intervinieron en la instancia de impugnación como partes acusadoras el Dr. Pablo Vignaroli y la Dra. Eloisa Lucciano Muller. En representación del imputado Norberto Oscar Galeano, presente en la audiencia, se desempeñaron los Dres. Fabián Flores y Julio Guillermo Oviedo.

**ANTECEDENTES/REFERENCIAS:**

I. Por sentencia datada el 4 de septiembre de dos mil dieciocho, los Jueces Penales Mauricio Zabala, Gustavo Ravizzoli y Florencia Martini

resolvieron: "I. **Declarar penalmente responsable a Norberto Oscar Galeano**, DNI 27.705.675, de demás condiciones personales obrantes en el legajo, por el hecho cometido el 22 de octubre de 2015, en perjuicio de Milton Henoch, en la localidad de Rincón de los Sauces, Provincia del Neuquén, en orden a la comisión del delito de lesiones graves, agravadas por la utilización de arma de fuego, en calidad de autor (arts. 90, 41 bis y 45 del C.P.)..."

El mismo Tribunal, el día 28 de marzo de 2019 resolvió: **I.- Suspender el proceso a prueba por el término de 3 años respecto de Norberto Oscar Galeano**, DNI 27.705.675, de demás condiciones personales obrantes en el legajo, por el hecho cometido el 22 de octubre de 2015, en perjuicio de Milton Henoch, en la localidad de Rincón de los Sauces, Provincia del Neuquén, en orden a la comisión del delito de **lesiones graves, agravadas por la utilización de arma de fuego, en calidad de autor (arts. 90, 41 bis y 45 del C.P.)**.

Impugnó el Dr. Pablo Vignaroli, fiscal jefe, expresando que resulta admisible su pretensión por cuanto se trata de una sentencia definitiva y la pena pretendida por su parte fue superior a la mitad de la considerada aplicable al caso por el Tribunal (un año y diez meses de prisión). En subsidio, el funcionario pidió que se considere a la concesión de la suspensión del juicio a prueba un auto procesal importante dada la consecuencia que tendría el cumplimiento de las obligaciones impuestas,

además de considerar que el Tribunal violentó la forma republicana de gobierno al crear una norma distinta al art.108 del CPP, con lo cual entiende que si no se ingresara al análisis del fondo planteado se vería imposibilitada su parte de acudir a la CSJN contrariando lo establecido en el precedente "Schvemer" de ese Alto Tribunal.

En cuanto a los agravios, el fiscal jefe comenzó recordando que "en todo momento" la Fiscalía sostuvo el dolo homicida y que el propósito del imputado no se cumplió porque no se activó el mecanismo de ignición del arma nuevamente, luego de efectuado el primer disparo. Crítica que el juez ponente afirme que la existencia de tales disparos solamente sea relatada por la víctima y sin corroboración por parte de los testigos "que se fueron sumando a la secuencia": Pacheco, Salazar y Arrieta. En este segmento, el acusador considera que el testimonio de Pacheco fue sesgado por el Tribunal en la sentencia debido a que en parte de aquella se escribe "...si bien Pacheco en un momento dijo haber escuchado que Galeano gatilló varias veces, posteriormente dijo que en realidad no vio nada...". Sin embargo, en la visión del impugnante, no es trascendente si Pacheco no lo vio pero lo sintió, lo importante es que percibió por alguno de sus sentidos que

alguien abrió la puerta y que Galeano disparó y luego gatilló más de una vez.

En referencia al testigo Arrieta, el fiscal jefe transcribe de la sentencia: "...Arrieta, por su lado, fue enfático al decir que no estuvo en el hecho y que ayudó cuando lo llamaron, pues recuérdese que su reacción inmediata fue ocultarse detrás del tráiler de YPF, porque no sabía lo que pasaba...". Seguidamente, el acusador remarca que del registro de audiencia surge que Arrieta dijo que estaba saliendo del tráiler cuando ve que Galeano se acerca, abre la puerta y se escucha el disparo resaltando la contradicción entre esto último y lo que dice la sentencia sobre que dicho testigo habría "enfaticado" no haber estado en el hecho.

Otro motivo de agravio es que la sentencia exige (para configurar el dolo homicida) la existencia del peligro de la vida de la víctima cuando la fiscalía entiende que hay otros datos objetivos, ajenos a la voluntad del imputado, que acreditan porqué su propósito no fue consumado: el arma dejó de funcionar y por ello golpeó a la víctima en la cabeza con la culata del arma, o porqué Henoch se defendió activamente, o porqué tres personas intervinieron inmediatamente para quitarle el arma. También crítica el Dr. Vignaroli la forma en que el Tribunal interpretó la secuencia de lo acontecido,

endilgando el impugnante a los magistrados- al apreciar la prueba producida- haber alongado la duración cuando en realidad duró menos de tres minutos para dejar establecido que si Galeano hubiera querido matar a Henoch tuvo tiempo y contó con circunstancias favorables para ello, lo cual conduce a la sentencia de responsabilidad en cuestión a escoger una calificación legal no fundada acabadamente. Por ejemplo, no se tuvo en cuenta que del audio grabado a través del celular de la víctima mientras se cometía el hecho, se desprende que el testigo Salazar (éste mismo lo reconoció en el debate) afirmó que el imputado le había dicho previamente que mataría a Henoch, que había ido varias veces a buscarlo pero no lo había encontrado.

En relación a la sentencia de imposición de pena, el fiscal jefe la tilda de arbitraria porque hubo extremos sobre los cuales la sentencia no se expidió y otros, que fueron tratados, no fueron fundados razonadamente, por ejemplo cuando se desechó el mayor riesgo por la circunstancia de haberse disparado un arma de fuego en una batería petrolera, cuando el sentido común indica y acredita la existencia del mayor riesgo alegado por la parte acusadora. También critica el razonamiento realizado por los magistrados cuando abordan el riesgo de vida corrido por la víctima y, también, la falta de una adecuada valoración respecto a la extensión del daño

causado, remarcando en su apoyo las declaraciones en el juicio de responsabilidad de los Dres. Cozzarín y Figueroa además de lo declarado por la propia víctima.

Seguidamente, el impugnante centra su crítica en la falta de explicación del Tribunal sobre el criterio para partir del mínimo de la escala penal escogida y no de la mitad como propuso la acusación. También que el Tribunal haya realizado una suerte de compensación entre la rebeldía dictada oportunamente en el proceso a Galeano y su posterior comportamiento a derecho para no valorar negativamente al mensurar la pena la rebeldía de mención. También resulta arbitraria la sentencia de cesura, a criterio del impugnante, porque no se expidió sobre lo peticionado por la fiscalía respecto a la edad del imputado y su nivel de educación. Igualmente en referencia a lo solicitado por su parte sobre la naturaleza de la acción y el medio empleado, resaltado que eligió un arma de fuego de gran calibre con la que disparó a la víctima y luego la golpeó en la cabeza, aprovechando que aquella estaba desprevenida e inmóvil en el interior de la camioneta, desplegando una violencia desmedida con el motivo de "querer asustar" o "marcar la cancha" o "porque las cosas en el campo se resuelven así".

En relación a la decisión del Tribunal de juicio de conceder al imputado la Suspensión del Juicio a

Prueba, el impugnante adujo que expuso seis razones oponiéndose pero solamente el Tribunal tomó en cuenta una, esto es, la posible imposición de una pena de efectivo cumplimiento. En cambio se ignoraron las restantes: que el juicio de responsabilidad ya se había realizado, que peticionó una pena de cuatro años y seis meses de prisión, que el artículo 76 bis CP aplicable al caso expresa que el consentimiento fiscal es vinculante para la aplicación del individuo y para ignorarlo debía anularlo por infundado o irrazonable, que la etapa para aplicar el instituto ya había precluido y no existe en el ordenamiento actual una norma similar a la del Código procesal anterior y, por último, que declarada la responsabilidad penal del imputado la única consecuencia legal era la determinación de la pena. Por último, el impugnante expresó que la sentencia de mención no fundó la aplicación de una condenación condicional como así tampoco la concesión de la Suspensión del Juicio a Prueba.

En la petición concreta, el fiscal jefe solicita que se revoquen ambas sentencias dictadas en relación a Norberto Oscar Galeano y, ejerciendo esta Sala competencia positiva, se califique la conducta del imputado por Homicidio simple agravado por la utilización de arma de fuego en grado de tentativa y se lo condene a la pena de ocho (8) años de prisión de cumplimiento efectivo. En

subsidio, peticiona que se revoque la Suspensión del Juicio a prueba concedida al imputado y se le aplique la pena que corresponda.

**II.** En función de lo dispuesto por el artículo 245 del C.P.P.N. se convocó a las partes el día 24 de abril del año a audiencia oral, en la que se escucharon los argumentos a favor y en contra de los agravios sostenidos por la parte impugnante.

El Dr. Pablo Vignaroli en general reiteró el lineamiento del escrito, por lo que me remito a lo detallado precedentemente.

Cedida la palabra a la Defensa, el Dr. Flores expresó que la impugnación de la contraparte debe ser declarada inadmisibile. Sostuvo que la Fiscalía presentó su recurso dentro de los cinco (5) días siendo que el CPP lo autoriza a hacerlo dentro de los diez (10) de notificada la sentencia. Esto es un reconocimiento o teoría de los actos propios. Agregó que el ordenamiento procesal vigente limita las chances de impugnación para el acusador, establece la taxatividad en materia recursiva y, además, la concesión de la Suspensión del Juicio a prueba no está prevista entre las resoluciones impugnables. Lo resuelto por el Tribunal de juicio no es impugnabile para la Fiscalía ni objetiva ni subjetivamente ni tampoco resulta aplicable lo establecido en el art.233 del CPP como "Acto procesal

importante", lo cual es graficado por el defensor como querer ingresar a la instancia de impugnación "por la ventana".

En relación a la cuestión de fondo, el defensor hizo una somera mención de los antecedentes del caso, originado por el disparo efectuado por Galeano a Henoch el 22/10/2015, lo cual fuera calificado legalmente por la Fiscalía en la formulación de cargo del 11/11/2017 como Lesiones graves calificadas por la utilización de arma de fuego, lo cual fuera modificado en una reformulación de cargos del 26/2/2018 por Homicidio simple en grado de tentativa calificado por el uso de arma de fuego, sin que esto último tenga fundamentos distintos al interés de la víctima, no exento de un componente económico, incluso el denunciante también estuvo presente en la primera de las audiencias referidas. La prueba de cargo de la que se valió el Ministerio Público era prácticamente la misma en una y otra formulación de cargo.

Manifestó el Dr. Flores que la Fiscalía informa de manera parcial sobre la prueba producida en el debate. Defiende la valoración que realizaron los jueces sobre lo declarado por los testigos Pacheco y Arrieta. Incluso cuando la contraparte se refiere al testimonio de Salazar no tiene en cuenta que en todo caso sería un acto preparatorio y estos no son punibles dentro del iter

criminis. Los tres testigos mencionados intervinieron después de efectuado el disparo por el imputado, por esta última razón es correcto lo decidido por el Tribunal en su relación. Pacheco es una persona casi octogenaria que no escucha bien, la Fiscalía tuvo que preguntarle lo mismo en tres ocasiones en la audiencia y en realidad lo que dijo es que quiso sacarle el arma a "los dos", al imputado y al denunciante. Sobre Arrieta, sostuvo que de la misma grabación, aportada por el denunciante, se desprende que el testigo de referencia se asustó y se tiró abajo, o sea, estuvo en el lugar pero no al lado de la agresión.

Sobre el arma utilizada, nunca se secuestró, ni arma ni vaina ni proyectil, y la víctima, quien declaró ser conocedor de armas por su condición de policía y dio algunos detalles sobre el calibre de las mismas, lo cierto es que cuando puntualmente se refirió al caso que protagonizó no supo dar seguridad si el calibre era 38. También relativiza la contraparte los motivos de disputa que existían previo al hecho entre su defendido y el denunciante. Incluso el descargo fue más amplio que lo que describe el fiscal jefe. Además, si bien no justifica el accionar de Galeano y este mismo está arrepentido por su agresión, igualmente también el denunciante desarrollaba actos provocadores hacia el imputado, como por ejemplo decía que vendía drogas en el yacimiento.

El letrado remarcó, respecto al tiempo en que el imputado permaneció en rebeldía, que en realidad Galeano volvió a su domicilio habitual luego de un período en el que permaneció en un hotel y debido a ello no se enteró de la citación judicial, tomando conocimiento de la declaración de rebeldía recién en oportunidad de elecciones en que se lo comunicaron. Igualmente, siempre vivió en Rincón de los Sauces, se cruzó en varias ocasiones con el denunciante porque es una localidad chica y nunca se produjo ningún inconveniente.

En relación a la Suspensión del Juicio a Prueba, asegura que desde el comienzo del caso siempre su parte postuló la aplicación de tal instituto, aunque siempre obstaculizado por la calificación legal forzada del acusador, igualmente siempre dejó asentado la Defensa que la calificación legal correcta era la que finalmente estableció el Tribunal de juicio, apareciendo entonces la concreta oportunidad de aplicación de la probation el momento en que dicho Tribunal cuantificó la pena que eventualmente correspondería aplicar. No obstante esto último, reitera que siempre la teoría del caso de su parte orientaba a la aplicación de tal instituto y así lo hizo saber en las distintas instancias judiciales.

Por su parte el Dr. Oviedo dijo que en cada intervención judicial de su parte, en representación

del imputado, puso de resalto que la calificación legal trató de una "aventura judicial" de la fiscalía que no se sostiene con la evidencia, lo cual obstaculizó la aplicación de salidas alternativas a la imposición de la pena, entre ellas la Suspensión del Juicio a Prueba. El móvil económico de parte del denunciante es claro y lo revela el hecho que pidió dos millones de pesos, dejando afuera de esto último a la Fiscalía.

En su réplica el fiscal jefe señaló que el CPP lo autoriza a presentar la impugnación entre el primero y el décimo día, por lo cual no tiene asidero la conjetura del defensor. En segundo término, entiende que no resultaba necesario ofrecer nuevamente en la audiencia de cesura la prueba que los jueces ya habían valorado en la declaración de responsabilidad, resultando un dispendio innecesario hacer concurrir otra vez a los mismos testigos si ya sus dichos habían sido percibidos por los magistrados y, por último, peticiona que los defensores aclaren la ajenidad de la Fiscalía con el supuesto interés económico que es atribuido por la contraparte a la víctima del caso (esto último había sido satisfecho por el Dr. Oviedo y lo remarcó el presidente de la Sala).

A distintas precisiones pedidas por esta Sala a las partes, el Dr. Flores repitió que siempre la Defensa dejó asentada la pretensión de aplicación de la

Suspensión del Juicio a Prueba, no solamente en las dos audiencias de formulación de cargos precitadas y en el control de acusación sino también previo al inicio del juicio de responsabilidad, en el alegato de apertura. Por su parte la Dra. Lucciano Muller expresó que la Fiscalía no meritó la aplicación del art.189 bis del CP respecto del accionar del imputado.

Dada la palabra al imputado dijo que no tiene nada para agregar.

**III.** Habiendo sido escuchadas las partes, este tribunal se encuentra en condiciones de dictar sentencia (art. 246 del C.P.P.N.), por lo que cumplido el proceso deliberativo y efectuado sorteo entre los magistrados resultó que los Sres. Jueces debían observar el siguiente orden de votación: En primer término el **Dr. Richard Trincheri**, en segundo lugar el **Dr. Alejandro Cabral** y, finalmente el **Dr. Federico Sommer**.

**CUESTIONES:** I.- ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto por la Fiscalía?, II.- ¿Qué decisión corresponde adoptar? III.- ¿corresponde la imposición de las costas?.

**VOTACIÓN:**

I.- A la **primera cuestión** el **Dr. Richard Trincheri**, expresó:

En lo que a la admisibilidad de la presente impugnación respecta, se advierte que la vía recursiva intentada satisface las exigencias de impugnabilidad, tanto en la faz objetiva como subjetiva.

El recurso, según la Fiscalía, fue presentado por parte legitimada dentro del término establecido normativamente (no está esto discutido más allá de la particular conjetura del Dr. Flores en la audiencia sobre el número de días escogido para la presentación), revistiendo los pronunciamientos censurados de carácter definitivo, pues las sentencias atacadas ponen fin al caso judicial. (Cfr. arts. 227, 233, 241 y 242 del C.P.P.N.). Ahora bien, lo "definitivo" de la sentencia condenatoria aparece ciertamente relativizado, debido a que finalmente se decidió conceder la aplicación del instituto de la Suspensión del Juicio a Prueba y, esto último (tal cual lo observó la Defensa en la audiencia ante esta Sala) no figura en el art. 233 como materia impugnabile y es discutible también que lo atendible al "Auto procesal importante" sea aplicable a favor de la facultad recursiva del acusador.

No obstante que la arbitrariedad que alega el fiscal jefe sea imposible de determinar si no se ingresa al análisis del fondo del asunto, hay que reconocer también cierta anomalía en la tramitación (concesión de

Suspensión del Juicio a Prueba con posterioridad a una declaración de responsabilidad) que aconsejaría el tratamiento para la completa dilucidación de lo planteado. Pero hay otro motivo más importante para establecer el pase airoso de la impugnación a la cuestión siguiente: La Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia (igual el Tribunal de Impugnación) no ha entregado una jurisprudencia definida en un solo sentido cuando ha tratado las quejas por denegatoria de impugnación ordinaria ante resoluciones que conceden la Suspensión del Juicio a Prueba, como así tampoco sobre lo que hace las veces de puerta de ingreso al tratamiento para adecuar lo aducido al art.233 CPP: la aplicación del Auto procesal importante también como facultad de la parte acusadora.

Ilustra sobre lo expuesto en el párrafo anterior: a) en el caso "Luchino Luciano Osmar s/homicidio culposo" del 24/11/2016 (Acuerdo 19/16) la mayoría de la Sala (Dres. Gennari-Moya) tuvo respuesta positiva sobre la cuestión, existiendo incluso pronunciamientos más antiguos en esa dirección. Así, la Resolución 85/2014 del 20/8/2014 "Jorge Ramiro Amaya s/queja por denegación de impugnación ordinaria" (en el caso "Lerga José Oscar s/Homicidio Culposo"); b) En cambio, es conocida la postura contraria de otro vocal del TSJ, el Dr. Alfredo Elosú Larumbe, y puede verse aplicada en el Acuerdo 20/16 del día 29/11/2016

en el caso "Sepúlveda Rebolledo Hernán Alvaro s/Homicidio Culposo", donde se establece que cuando el art.233 del CPP hace referencia a "Auto procesal importante" está dirigido solamente a favor del imputado.

Dada la situación descripta entiendo que la impugnación debe ser declarada admisible formalmente.

Es mi voto.

El **Dr. Alejandro Cabral**, manifestó: Comparto lo manifestado en el voto del vocal preopinante por coincidir con los argumentos. Mi voto.

El **Dr. Federico Sommer**, dijo: Hago propio lo expuesto por el colega que liderara el sufragio. Así voto.

**II.- A la segunda cuestión el Dr. Richard Trincheri**, expresó:

A fin de dar tratamiento a los agravios de la impugnación, quede claro de inicio que el fiscal jefe -sin perjuicio de los argumentos puntuales- aduce existencia de arbitrariedad en las dos sentencias referidas aunque son tres cuestiones las que critica: la calificación legal establecida en el juicio de responsabilidad, la pena que estableció como (eventualmente) aplicable el Tribunal de juicio luego de la audiencia de cesura y, finalmente, la aplicación al caso del instituto de la Suspensión del Juicio a Prueba.

Sobre lo argüido por la acusación en lo atinente a la calificación legal dada finalmente al caso, la sentencia de responsabilidad aborda la cuestión valorando la prueba producida en el debate, resultando los párrafos más significativos los siguientes (asentados con negrita para evitar confusiones): **"...Conforme a las proposiciones plasmadas en la teoría del caso, la Fiscalía reprochó puntualmente que Galeano gatilló varias veces contra Henoch sin que los disparos se concretaran por una falla mecánica del arma. Tal circunstancia, sólo fue relatada por la víctima sin que ninguno de los testigos que se fueron sumando a la secuencia, me refiero, a Pacheco primero, luego Salazar y finalmente Arrieta, corroboraran este extremo. Ello así, toda vez que si bien Pacheco en un momento dijo haber escuchado que Galeano gatilló varias veces, posteriormente dijo que en realidad no vio nada. Si, que sólo escuchó una estampida dentro del habitáculo de la camioneta, que todo fue muy rápido, que no supo quién abrió la puerta porque aún estaba estacionando marcha atrás, dando cuenta también que el disparo terminó en la zona de la pedalera del conductor. A su turno, tampoco Salazar aportó información relevante en tal sentido porque cuando él salió del tráiler ya Galeano, Henoch y Pacheco se encontraban forcejeando por el arma, testimoniando que en un determinado momento Pacheco logra agarrar el arma y él**

la toma y la arroja a unos metros. Arrieta, por su lado, fue enfático al decir que no estuvo en el hecho y que ayudó cuando lo llamaron, pues recuérdese que su reacción inmediata fue ocultarse detrás del tráiler de YPF, porque no sabía qué pasaba...".

"... Desde otro plano, tampoco se secuestró el arma de fuego en cuestión, circunstancia que, eventualmente, de haberse practicado la pericia pertinente, hubiera arrojado luz en cuanto al funcionamiento de la misma. A su vez, a estar a la lesiología y ubicación de los orificios en las prendas de vestir examinadas, jean y mameluco de Henocho, se concluye que la única lesión con arma de fuego se objetivó en el muslo izquierdo de la víctima y que si bien, podría haber comprometido alguna arteria principal, lo cierto es que de acuerdo al dato relevante, objetivo y desincriminante, aportado mediante el certificado médico (objeto de convención probatoria) no estuvo en peligro la vida de Milton Henocho. Claro está, entonces, que dicho contexto relativiza todo intento del Ministerio Fiscal de acreditar con grado de certeza el dolo homicida...".

"...Otro extremo que no logra abastecer el dolo homicida radica en la secuencia de lo acontecido. La agresión se concretó en un habitáculo reducido, la cabina de la camioneta donde se trasladaban Pacheco, que iba como

conductor, y Henoeh, como acompañante. En momentos en que estaban aún estacionando, según dichos de Pacheco, que estaba viendo por el espejo retrovisor, se abre la puerta y Galeano efectúa un disparo a una distancia que de acuerdo a la prueba producida en el debate fue a más de 70 cm de distancia del cuerpo de la víctima. Por otro lado, de la propia versión del damnificado, éste se encontraba con su cinturón de seguridad puesto y cubierto en parte por el parante del habitáculo de la Ranger. De inmediato a abrirse la puerta Galeano efectúa el disparo en la pierna de Henoeh que, evidentemente, por la trayectoria que tuvo el proyectil, que impactó primero en su muslo y luego en la zona de la pedalera (obviamente del conductor) debió girar hacia su derecha, lo cual resulta lógico porque se encontraba como acompañante. El tirador, entonces, se ubicó de pie, a más de 70 cm de la víctima. Eso explica la trayectoria del disparo, de arriba hacia abajo, de derecha a izquierda en el interior del rodado y levemente ascendente y de izquierda a derecha en el muslo izquierdo de Henoeh, quien estaba sentado. De tal modo, la víctima se encontraba a merced de Galeano quien, a diferencia de lo postulado por el acusador público, no efectuó un disparo al bulto sino a la pierna de Henoeh. En otros términos, si el imputado lo hubiera querido matar hubiera apuntado a zona vital, circunstancia que no ocurrió...".

"... En cuanto a la intervención de terceros en lo rápido del evento, quedó claro que a segundos se sumó Pacheco quien previo debió desabrochar su cinturón y dar la vuelta por delante o por detrás de la camioneta -no recordaba, dijo- para ir al encuentro de Henoch y Galeano quienes ya se encontraban forcejeando con el arma. Tras ello, intervino Salazar y finalmente Arrieta, pero todos lo hicieron con posterioridad al hecho, si bien con inmediatez. Otro aspecto resulta medular. De la valoración del audio que se reprodujo en debate, no surge sonido alguno que corresponda a una falla en el mecanismo de un arma de fuego. A ello sumo que el efectivo policial que compareció a juicio, desgrabó y transcribió el mismo no ingresó información relevante al respecto. Es decir que del elemento cargoso presentado por la Fiscalía, concretamente, de la grabación correspondiente al celular de Milton Henoch que activa el nombrado antes de estacionar junto a Pacheco en el predio, no se corrobora lo indicado por la víctima en cuanto al pasaje aludido de que el imputado le gatilló varias veces sin que salieran los disparos. En esa línea de análisis, además emerge claro del audio que los gritos proferidos por Galeano ("te voy a matar") son posteriores al disparo en cuestión...".

Al cotejar el contenido de la sentencia de responsabilidad transcripta en su parte pertinente, y el

contenido de la impugnación de la Fiscalía, adelanto que el acusador intenta ponerla en crisis sin lograrlo y que, al contrario, el razonamiento del juez que liderara la votación no evidencia arbitrariedad alguna cuando explica los motivos por los cuales rechaza la aplicación al caso del tipo legal establecido en el art.79 CP en grado de tentativa, agravado por la utilización de arma de fuego. Es difícil probar el dolo de homicidio, bien sabido es, pero además los elementos entregados por el impugnante prometiéndole materia que permitiría observar supuestos yerros inferenciales, de parte de los jueces al valorar la prueba producida en el debate, no registran la capacidad de rendimiento pretendido por el utilizador y, en verdad, sólo deja en claro su inconformismo con lo resuelto.

No es una buena carta de presentación, para reflejar un dolo homicida, que el sujeto que tiene a la víctima tan cerca, a su merced, sentado y, con un arma de fuego cargada, elija disparar en una pierna. Simplemente no lo es porque -pudiendo- no eligió precisamente un órgano vital como destino del disparo y, huelga decirlo, en general quien quiere y sabe que está agrediendo a otro (aunque sea con un arma de fuego) en una pierna se está representando que probablemente causará una herida aunque ignore la gravedad. El acusador omite explicar la incompatibilidad de esta exteriorización de la conducta de

Galeano con un dolo homicida pero, igualmente, postula su existencia diciendo que no logró consumar su designio debido a que el arma no funcionó, a la participación de los testigos y a la defensa activa de la víctima.

En relación al arma de fuego, debido a que no fue incautada, como asimismo tampoco se secuestraron proyectiles, tal ausencia del objeto impidió peritarlo con lo cual se ignora sobre su real funcionamiento. Tampoco se constató existencia de vainas o vestigios de más disparos que el que hirió al denunciante. Sostener que Galeano golpeó en la cabeza a Henoch con el arma porque aquella registraba una falla que no permitía la salida de más proyectiles es tan conjetural como afirmar que el arma funcionaba correctamente y Galeano no quiso seguir disparando (antes y durante la intervención de Pacheco). La sentencia valoró este segmento probatorio razonablemente y no existe un elemento objetivo que pudiera respaldar el aserto de la acusación.

En referencia a la intervención de los terceros presentes en la ocasión que, según el discurso del fiscal jefe, habrían con sus intervenciones contribuido a lo "ajeno a la voluntad" del imputado que le impidió matar a Henoch, tampoco se observan fisuras en el razonamiento expuesto por los magistrados en la sentencia de responsabilidad impugnada. Arrieta y Salazar, claramente,

no solamente no tuvieron ocasión material de evitar el desenlace fatal si realmente Galeano hubiera decidido concretar la finalidad que según la Fiscalía se proponía, sino que tampoco observaron los disparos que habría efectuado el imputado según la acusación, apoyada esta por la versión de la víctima.

La sentencia analizada tampoco ofrece flancos, frente a la crítica del impugnante, en relación a la activa resistencia que habría ofrecido Henoch ante Galeano lo cual habría obstaculizado la muerte dolosa del denunciante. Dos acotaciones sobre esto: la situación descripta más arriba sobre las posiciones de ambos previo a que el imputado accionara su arma contra la pierna de Henoch, con el agredido sentado y el imputado con inmejorables chances de elegir el destino de su disparo, y según aplicación de las máximas de la experiencia, permiten rechazar la postura del acusador porque el denunciante no estaba en condiciones reales de impedir nada si el imputado decidía gatillar apuntando a una zona de su cuerpo con afectación de órganos más vitales. En propias palabras utilizadas por el impugnante en su escrito: la víctima estaba "desprevenida e inmóvil". En segundo lugar, lo que sucedió después del disparo, con Pacheco también como protagonista, no respalda la idea consistente en que la resistencia de Henoch impidió su propia muerte debido a

que, principalmente, no se acreditó debidamente que el imputado quisiera matar tampoco en este segmento, al menos con una entidad relevante que condujera a tildar de arbitrario el razonamiento de los magistrados.

Por último Pacheco. Aun dando la derecha a la interpretación del fiscal jefe, suponiendo que el testigo "escuchó" (sintió) los disparos frustrados que Galeano habría realizado, igualmente hay una valla insuperable que permite considerar adecuada la valoración del Tribunal quitando el valor que a este testigo atribuye la acusación: hacia qué parte del cuerpo iban dirigidos los disparos "escuchados" o "sentidos" por Pacheco? Es ineludible responder tal pregunta porque si apuntó hacia zonas no vitales el dolo homicida seguiría brillando por su ausencia. Y teniendo en cuenta hacia donde dirigió el único disparo acreditado tampoco puede descartarse que si realmente accionó el gatillo apuntara hacia partes no vitales y, entonces, no resulta posible compartir la crítica realizada por el impugnante.

Corresponde ahora analizar el agravio vinculado con la imposición de pena. Igual a como se procedió con el punto anterior, se transcribirá a continuación lo surgido de la sentencia que dio finalmente solución al caso, resaltado con negrita: "... **En ese análisis, cabe señalar en primer término que el Tribunal no puede**

hacer mérito respecto del mayor riesgo que implica efectuar el disparo en la batería petrolera porque no se produjo prueba respecto del aumento del riesgo que puede derivarse de ello, no sabemos que material inflamable había, que protección podía tener, a que distancia, etc. Idéntica razonamiento corresponde hacer respecto del riesgo de muerte corrido por la víctima, sabemos que el proyectil atravesó la pierna de Henocho, y cualquier lesión en la pierna tiene el riesgo potencial de afectar la al arteria femoral, pero eliminado el dolo homicida -a partir de las consideraciones efectuadas en la sentencia de responsabilidad- el delito de lesiones justamente pena el riesgo de muerte corrido por la víctima, y en el caso la cercanía de la trayectoria de disparo con la arteria femoral es el riesgo de muerte de muerte que prevé el tipo penal. Valorar el riesgo de vida sin más, cuando el mismo constituye uno de los elementos del tipo penal, implica la doble ponderación de la agravante en perjuicio del imputado por afectación al principio de ne bis in ídem..”.

“...Idéntica valoración deviene del análisis de la utilización del arma, en tanto su uso -en el caso en concreto- no eleva el riesgo previsto en la norma penal, no puede ser valorado en perjuicio de Galeano. Tampoco es posible valorar como agravante de la pena el perjuicio ocasionado con la conducta en tanto no se produjo

prueba que acredite que Henoch dejó su trabajo en el petróleo a raíz de éste hecho, ni tampoco los síntomas de estrés post traumático se informan en el alegato final. En punto a la rebeldía que se señaló como pauta de agravamiento, es un dato objetivo de Galeano estuvo un largo período en situación de rebeldía, como lo es también que luego, a partir de ponerse a derecho, tuvo un buen comportamiento procesal, con lo cual, aun cuando debe valorarse ese tópico, debe también considerarse su posterior conducta procesal y la extensión temporal del proceso...".

"...Por último la culpabilidad por el hecho es una cuestión que surge de la descripción típica que si corresponde valorar como una agravante de la pena, la determinación delictiva de quien armado llegó al lugar con la firme decisión de producir el hecho si amerita escalar en las pautas de individualización de la pena. En base a tales consideraciones es claro que la pena no supone subir la pena mucho más que el mínimo legal previsto para la especie de pena -huelgan los comentarios en relación a la ya reiteradamente rechazada calcular la pena a partir de la mitad de la escala- y en ese sentido el Tribunal avaluó como justa la aplicación de una pena que rondaría en un año y diez meses, la cual a partir de la ausencia de

**antecedentes condenatorios, corresponde sea impuesta en ejecución condicional...".**

Este agravio es tal vez el que menos entidad reviste. Aun aceptando que los magistrados omitieron el tratamiento de algunas pautas señaladas por la acusación, igualmente no alcanza para dar por existida la arbitrariedad alegada. Podrá compartirse o no -pero no denota arbitrariedad- lo dispuesto en la sentencia sobre la valoración a dar al tiempo que estuvo el imputado en rebeldía o lo escrito sobre la naturaleza de la acción y el medio empleado como asimismo el criterio asentado sobre la falta de prueba por inacción de la Fiscalía en lo atinente al aducido mayor peligro por disparar un arma de fuego en una batería.

Tampoco asiste razón al impugnante cuando reclama motivación del Tribunal al descartar partir de la mitad de la escala penal aplicable (conforme su petición). Los jueces partieron del mínimo legal y tal temperamento es usual en esa instancia y también lo es entre los jueces del Tribunal de Impugnación. Entonces, de querer la inaplicabilidad de tan conteste criterio, corresponde a quien lo pide acreditar los extremos necesarios para hacer regir una excepción en este caso. No basta con echar mano a la instrucción de un superior jerárquico para fundamentar la aplicación de pautas agravantes y atenuantes a partir de

la mitad de la escala penal correspondiente y descartar la utilización del mínimo legal como surge de la sentencia. Sobre todo porque de aplicar la solución pretendida por la Fiscalía se incrementaría el mínimo en una instancia anterior a la verdadera acreditación de las pautas que supuestamente agravarán la medida de la pena.

En relación la queja del impugnante por la concesión del instituto de la Suspensión del Juicio a Prueba, resolución adoptada por el Tribunal de juicio, transcurrida la audiencia de cesura, lo que sigue es lo escrito en su relación por los magistrados: "... corresponde ahora sí, señalar que en base a la pena que en concreto podría ser impuesta a Galeano, corresponde que el Tribunal se aparte del dictamen Fiscal que propone rechazar la suspensión del proceso a prueba en tanto, porque la pena en concreto resulta ser la prevista por el cuarto párrafo del art. 76 bis. No fue objeto del contradictorio que esta es la primer ocasión que tiene la defensa de solicitar la suspensión del proceso a prueba, ni tampoco que Norberto Galeano carece de antecedentes condenatorios que obstan el otorgamiento de la suspensión del proceso a prueba; quedando como única pauta de oposición la posible imposición de una pena de efectivo cumplimiento. De ese razonamiento se deriva que, siendo evidente que en base a las pautas de individualización de la pena no resulta

ajustado a derecho imponer una pena de ejecución efectiva, corresponde hacer lugar a la suspensión del proceso a prueba. En punto a las condiciones de su otorgamiento, la imposición de tres años de suspensión se ajusta a la gravedad del hecho objeto del proceso, y en lo relativo a las reglas de conducta se considera adecuado imponerle que por el mismo tiempo se la prohíba mantener contacto por cualquier medio con Milton Henoch, como así presentarse ante los Gabinetes de Psicología Forense del Poder Judicial a los efectos de llevar adelante una entrevista que determine la necesidad de realizar un tratamiento relativo a la resolución no violentas de los conflictos...".

Tampoco tendrá favorable recepción este agravio y las razones son las siguientes. En principio y conforme ha sido el criterio que vengo sosteniendo desde inicio (por ejemplo en el legajo "Segundo Rubén Alejandro s/Robo Calificado" Nro.84.159 resuelto el 28/3/2018), la solicitud de aplicación de la Suspensión del Juicio a Prueba debe efectuarse "hasta la apertura del juicio" (art.108 tercer párrafo del CPP). Si bien la solución del conflicto es prioridad y la aplicación de la pena el último recurso(art.17 CPP) y hasta el Poder Judicial está obligado a promover, fomentar e impulsar la utilización de formas alternativas de resolución de conflictos (art.2 in fine Ley Orgánica de la Justicia Penal), no menos cierto es que la

estructura del Código describe con precisión cada etapa, y algunas de las cuales determinan expresamente el ejercicio de facultades y derechos y el art.108 tercer párrafo delimita uno de ellos, o sea, la instancia límite para solicitar la aplicación de la Suspensión del Juicio a Prueba. A diferencia del Código Procesal Penal y Correccional aplicado hasta el 14/1/2014, que reconocía expresamente que con la modificación de la calificación legal nacía la chance para petitionar la probation, la actual normativa no cuenta con ninguna norma de ese tipo.

Ahora bien, como lo remarqué en el precitado precedente "Segundo", la única excepción estaría dada cuando el defensor - dentro de su teoría sobre el caso- hubiera alegado la aplicación del instituto con rechazo o denegatoria como respuesta. Es decir, en otras palabras, que no se trate de una actitud de "pesca" de parte del defensor para mejorar la situación de su defendido debido a una cuestión circunstancial presentada en cualquier momento (ello sucedió en el caso "Segundo") sino una verdadera teoría del caso expuesta desde inicio. No ha quedado duda, porque no ha sido controvertido pero también porque ante esta Sala se interrogó a los defensores a fondo, que en este supuesto en particular asistimos a una excepción, dado que en las dos audiencias de formulación de cargos, en la del control de acusación y en el alegato de

apertura del juicio siempre la parte adoptó la misma postura: consideraba excesiva la calificación legal solicitada por la contraparte y peticionaba la aplicación de la Suspensión del Juicio a Prueba por cuanto, sin discutir el hecho en sí con el disparo del arma y las lesiones en el denunciante incluidas, sí en cambio negaba el dolo homicida.

Ante esta situación excepcional cede la previsión legal del art.108 del CPP por cuanto, de ser aplicado sin cortapisas también en este supuesto, la situación quedaría enmarcada como un rigorismo formal con indudable perjuicio para el imputado.

Superado el escollo de extemporaneidad, sin duda que tampoco puede ser óbice la oposición de la fiscalía a la aplicación del instituto precitado debido a que -dada la justeza del monto de pena que se estimó aplicable eventualmente- y que Galeano no registra antecedentes, dicha oposición de la parte acusadora no aparece como razonable.

Por todo lo expuesto hasta aquí corresponde rechazar la petición del impugnante y confirmar ambas sentencias todos sus términos.

Es mi voto.

El **Dr. Alejandro Cabral**, dijo: me pronuncio igual que el colega preopinante por coincidir con sus argumentos. Mi voto.

El **Dr. Federico Sommer**, dijo: adhiero a la solución propuesta por el vocal que principiara en la votación. Así voto.

**III.-** A la tercera cuestión el **Dr. Richard Trincheri**, dijo:

Sin costas. Sin perjuicio del resultado obtenido por la parte impugnante, la cuestión reúne aristas de novedosa y fue declarada admisible desde el punto de vista formal (cfr. art. 268, segundo párrafo in fine del C.P.P.N.). Es mi voto.

El **Dr. Alejandro Cabral**, manifestó: Adhiero a lo manifestado por mi colega precedentemente. Mi voto.

El **Dr. Federico Sommer**, expresó: Comparto lo expuesto en el primer vocal opinante. Así voto.

De lo que surge del Acuerdo, por **unanimidad** se

**RESUELVE:**

**I.- DECLARAR ADMISIBLE** desde el plano estrictamente formal la impugnación ordinaria deducida por el Ministerio Público Fiscal (arts. 233, 236, 241 y 242 del C.P.P.N.).

**II.- NO HACER LUGAR** a la impugnación ordinaria deducida por el Ministerio Público Fiscal y, en su consecuencia, **CONFIRMAR** en todos sus términos las **sentencias** dictadas en su relación los días 4 de septiembre de 2018 y 28 de marzo de 2019.

**III.- SIN COSTAS** en esta instancia (cfr. art. 268, segundo párrafo in fine del C.P.P.N.).

**IV.- El DR. FEDERICO SOMMER** no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia pero participó de la deliberación.

**V.- Regístrese y notifíquese** por medio de la oficina judicial en la forma de rigor.

**Reg. Sentencia N° 29 T° III Año 2019.-**