

En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 23 días del mes de Septiembre del año 2016, los miembros del Superior Tribunal de Justicia, ministros: Jorge Pflieger, Alejandro Javier Panizzi y Daniel Alejandro Rebagliati Russell, se reunieron en Acuerdo, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en la causa caratulada **“M., G. J. s/ inv. Homicidio en ocasión de robo s/Impugnación”** **Carpeta Judicial N° 7178** (Expediente 100.132-Año 2015).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 739: Pflieger, Rebagliati Russell y Panizzi.

El Juez **Jorge Pflieger** dijo:

I. Prólogo:

1. Breve descripción del asunto. Los recursos.

a. Varias vías de acceso tiene la Sala para penetrar en el conocimiento del caso.

Por un lado resulta de aplicación el instituto de la Consulta en función de la sanción aplicada; por el otro la habilita la impugnación extraordinaria deducida por la defensa pública; en tercer término está el recurso, también

///

extraordinario, de la persecución penal oficial.

b. La Consulta (arts. 179 de la Constitución Provincial y 377 del Código Procesal Penal) es consecuencia de la pena de diecisiete (17) años de prisión, accesorias legales y costas, impuesta a L. E. A. M. a quien se consideró autor material y responsable del delito de "...Homicidio ocurrido con motivo u ocasión de robo (art. 165 y 45 del C.P.) por el hecho ocurrido en esta ciudad el día 15 de Agosto de 2014, del cual resultaran víctimas A. B., A. S. y el fallecimiento de S. A. B...." (Ver el dispositivo 2 de la sentencia 27/2015 de la Cámara Penal de Comodoro Rivadavia, hojas 664/686)

c. El recurso extraordinario de la Defensora Pública, Viviana Barilari, se encaminó a la censura de la decisión de la Cámara Penal arriba comentada, y sus términos los contiene el escrito que está añadido entre las hojas 690/692 y vta.

d. El Ministerio Público Fiscal- en su oportunidad- dedujo recurso en desmedro de la sentencia de primera instancia, conforme las piezas que se encuentran adosadas entre las fojas 696 a 704.

///

2. Las sentencias recaídas.

a. La sentencia de primer grado fue emitida por un Tribunal de Jueces Penales el 22 de Junio de 2015, y registrada bajo el número 2303/2015 (ver las hojas 490/571).

En ella se falló, en primer término: “...
I.DECLARANDO PARCIALMENTE NULA la acusación pública presentada por la Señora Fiscal General Camila Banfi Saavedra en la presente carpeta judicial N° 7178 el día 05 de diciembre de 2014, en lo que respecta a la imputación concretada en contra de los encartados L. E. A. M., G. J. M. y M. C. M. por el delito de Robo Agravado por el Resultado de Lesiones Graves Causadas a las víctimas en carácter de coautores los primeros y de partícipe necesario la última (artículo 166 inciso primero del CP), en conformidad a lo dispuesto en los artículos 162 segundo párrafo, 164, 291 inciso segundo, 298 inciso segundo y concordantes del Código Procesal Penal)...”.

En el punto segundo se pronunció: “...**II.**- RECHAZANDO el planteo de nulidad formulado por la defensa técnica del acusado L. E. A. M., en lo que

///

respecta a la detención del nombrado en la Provincia de Mendoza, por los fundamentos expuestos en el considerando pertinente...”.

El tercero se emitió: “...**III.** DECLARANDO NULO el secuestro del arma de fuego de puño tipo pistola calibre nueve milímetros concretado en el depósito de la empresa A. en la provincia de Mendoza, y en consecuencia, DECLARANDO PARCIALMENTE NULA la pericia balística realizada sobre dicho armamento, únicamente respecto de las experticias practicadas sobre el mismo (artículo 164 CPP)...”.

El siguiente fue pronunciado de este modo:

“...**IV.-** CONDENANDO POR UNANIMIDAD a L. E.

A. M., de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la pena de DIECISIETE (17) AÑOS de prisión, accesorias legales y el pago de las costas del proceso, por hallarlo coautor penalmente responsable del delito de Robo Doblemente Agravado por el Uso de Arma de Fuego, y por el resultado de Homicidio ocurrido con motivo u ocasión del mismo (artículos 165, 166 inciso segundo párrafo, 54 y 45 del CP), en razón del hecho ocurrido en esta ciudad el día 05 de agosto de 2014 a las 21:30

///

horas aproximadamente, del cual resultaran víctimas A. B., A. Z. y el fallecimiento de S. A. B....”.

En el quinto y sexto ítem, los Jueces Penales se expidieron así: “...**V.-** CONDENANDO POR MAYORÍA a G. J. M., de las restantes condiciones personales obrantes en autos, a la pena de CUATRO (4) AÑOS Y SEIS (6) MESES de prisión, mas accesorias legales y el pago de las costas del proceso, por hallarlo coautor penalmente responsable del delito de Robo Agravado por el Uso de Arma de Fuego (artículos 166 inciso segundo párrafo segundo y 45 del CP), en razón del hecho ocurrido en esta ciudad el día 05 de agosto de 2014 a las 21,30 horas

aproximadamente, del cual resultaran víctimas A. B., A. S. y S. A. B.. **VI.-**ABSOLVIENDO LIBREMENTE POR UNANIMIDAD a M. C. M. de las restantes condiciones personales obrantes en autos, en relación al delito de Robo Doblemente Agravado por el Uso de Arma de Fuego y por el resultado de Homicidio ocurrido con motivo u ocasión del mismo en calidad de partícipe necesario (artículos 165, 166 inciso segundo, párrafo segundo, 54 y 45 del CP) por el que fuera requerida en la presente

///

carpeta judicial N° 7178 legado fiscal 62.816, por el hecho ocurrido en esta ciudad el día 05 de agosto de 2014 a las 21:30 horas aproximadamente, del cual resultaran víctimas A. B., A. Z. y el fallecimiento de S. A. B. (artículos 28 del CPP y 44 de la Constitución Provincial)..."

b. Habilitada por el recurso de la defensa en relación con la condena aplicada a A. M., la Cámara Penal de Comodoro Rivadavia, la del doble conforme, resolvió: "...1°) **HACER** lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado L. E. A. M., contra la sentencia de condena dictada en fecha 22 de junio del corriente año (arts. 374 y 382 y ss. del CPP), 2°) **CONFIRMAR** parcialmente la sentencia condenatoria 2303/15 dictada respecto de L. E. A. M., readecuando la calificación legal y condenándolo en definitiva a la pena de diecisiete (17) años de prisión accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inc. 3° del CP), por ser autor penalmente responsable del delito de Homicidio ocurrido con motivo u ocasión de robo (arts. 165 y 45 del CP), por el hecho

///

ocurrido en esta ciudad el día 5 de agosto de 2014, del cual resultaran víctimas A. B., A. Z. y el fallecimiento de S. A. B. (art. 239 y concordantes del C.P.P.)...”

Esto se dispuso en la sentencia número 27/2015 dada el 6 de Octubre de 2015 (Ver las hojas 664 a 686 del legajo)

3. El objeto del juicio.

El hecho base del debate enunciado por la Fiscalía y transcrito en la sentencia de primera instancia fue el siguiente: “... el día cinco de agosto de 2014 desde las 19:20 hs.

aproximadamente, G. J. M. junto a L. E. A. M. y M. M. se hicieron presentes en inmediaciones de las arterias X de esta ciudad a bordo de un utilitario marca V. C. dominio XXXXXX, y al observar que los moradores de la finca referida ingresaban sus dos vehículos al garaje que se ubica en la parte posterior del inmueble, ingresaron por la parte trasera a mismo contra la voluntad de sus ocupantes, llevando A. M. un arma de fuego, sorprendiendo en la cocina del inmueble a la Sra. A. Z., a quien le colocó el arma de fuego de puño sobre la sien, para luego propinarle patadas en el

cuerpo, mientras que G. M. se dirigió al living y le exigió al hijo de la nombrada, S. B., que se dirigiera al comedor y que se tirara al suelo, ello mientras le

preguntaban dónde estaba la chica y donde estaba el dinero. Que ante esta circunstancia la Sra. Z. comenzó a gritar, provocando que su marido A. B., que se encontraba durmiendo en su habitación se despertase, tomase un arma de fuego calibre .32 marca DV Serie Nº X que guardaba en su mesa de luz y con ella se dirigió al sector donde se desarrollaba el suceso; y al observar que su esposa y su hijo estaban siendo intimidados por los agresores del dio la voz de alto, provocando que A. M. comenzara a disparar al menos en cuatro oportunidades con el arma que llevaba en dirección a las víctimas, haciendo lo propio el Sr. B. hacia A. M. en una oportunidad, impactando los disparos del imputado en la humanidad de A. B., uno en su mano derecha y el restante en una de sus piernas, mientras que la Sra. Z. recibió un disparo en su pierna derecha. Luego de disparar contra la humanidad de A. B. y de A. Z. los autores comenzaron

///

la huida por el pasillo que une el comedor con la puerta que da a la calle, y mientras se desplazaba, A. M. efectuaba disparos hiriendo a S. B., disparo impactó a la altura de su abdomen (quien ya herido se desplazó al living lugar donde pidió ayuda al 101 registrando el llamado a las 21.21 hs.), situación que fue advertida por los autores del hecho, quienes ya casi desde la vía pública A. M. seguía efectuando disparos mientras se alejaban.- Que uno de esos disparos que efectuó A. M. en su huida impactó en la humanidad de G. M., en su zona abdominal; también al guardar el arma de fuego A. se autolesionó en la pierna, alejándose del lugar dejando los autores del hecho un rastro hemático hasta abortar en calle X el rodado C. dominio XXXXXX. Ambos heridos y con dificultades para salir del lugar iniciaron la huida del lugar con la ayuda de M. C. M., quien los esperaba para salir del lugar manejando la C. conduciéndola hasta el domicilio X, lugar donde dejaron la C. y abordaron una F. R. dominio XXXXXX, manejando en todo momento M. M., quien llevó a G. M. hasta la C. D. V., lugar en el que pretendieron internarlo sin

éxito para luego abandonarlo en el Hospital Regional, huyendo al día siguiente A. M. y M. M. con identidades apócrifas a la provincia de Mendoza, lugar donde fueron detenidos por personal policial, procediéndose al secuestro de su equipaje, en el que se encontraba un arma de fuego que según la evidencia balística del informe N° 254/14 fue la utilizada para perpetrar el hecho.- Que siendo aproximadamente las 20:30 hs. Del día 06 de Agosto de 2014 y producto de las lesiones causadas por el accionar de los coautores del hecho anteriormente

relatado, el Sr. S. B. perdió la vida en el Hospital Regional a raíz del shock séptico con fallo multi-orgánico, debido a perforación intestinal y hemoperitoneo causado por arma de fuego en abdomen. El trayecto intra-corporal fue de derecha a izquierda, de arriba hacia abajo y levemente de adelante hacia atrás, la distancia ha sido mayor al alcance de los elementos que constituyen el tatuaje.- Por su parte, la Sra. Z. resultó con herida de arma de fuego en región femoral de pierna derecha, con fractura expuesta

///

y compromiso de articulación, y el Sr. A. B. resultó con lesiones traumáticas y fracturas en ambas manos, y lesión en varios dedos...” (Ver las fojas 478/479 de este legajo).

4. Las impugnaciones

a. Posición del Ministerio Público Fiscal.

Luego de exponer los argumentos concernientes a la admisibilidad formal y exponer los antecedentes del caso, el órgano de la persecución penal expresó, en el escrito ya identificado, que la sentencia originaria era arbitraria pues los juzgadores no habían plasmado argumentos serios para intentar dar sostén mínimo a su conclusión.

Como primer agravio señaló que la disposición mediante la cual el Tribunal Colegiado declaró parcialmente nula la acusación pública presentada carecía de motivación suficiente. Esta situación se dio- expuso- en relación con la imputación concretada en perjuicio de L. E. A. M., G. J. M. y M. C. M., endilgados de la comisión del delito de “Robo agravado por el resultado de Lesiones graves” causadas “...a las víctimas en carácter de coautores

los primeros y de partícipe necesario la última...”(sic).

Con respecto a la insuficiente acreditación de la entidad de las lesiones que aquellas sufrieron, explicó que en la audiencia preliminar llevada a cabo el 26 de febrero de 2015 (art. 295 del C.P.P) las defensas realizaron los planteos pertinentes en el ejercicio de los derechos confiados. Ese acto procesal sucedió en el marco de la carpeta N° 7178, fue presidido por el juez penal Miguel Caviglia, y asistieron los defensores Donnet, Barillari y Sadino, narró.

Dijo que en su desarrollo fueron ofrecidos como prueba documental los certificados médicos extendidos por la doctora P. C. el 6 de Agosto de 2014; que ellos, acotó, daban cuenta de las lesiones presentadas por A. S. y A. B. y que la médica fue propuesta como testigo para declarar en la audiencia de debate.

Recalcó que en la oportunidad ninguno de los Defensores formuló objeción alguna a la incorporación esa prueba a debate, ni tampoco cuestionaron la calificación legal.

///

Sostuvo que, si bien en el relato del hecho transcripto en la pieza acusatoria no surgía si las lesiones que presentaron las víctimas se compadecían con una debilitación permanente de la salud, de un sentido o un órgano, o de un miembro, si se puso en peligro la vida de los ofendidos o si se les produjo la inutilización para el trabajo por más de un mes, esta última circunstancia se encontraba debidamente acreditada en los certificados médicos expedidos por la referida P. C., documentos que -insistió- estuvieron a disposición de los defensores desde el mismo momento en que la acusación se presentó en la Oficina Judicial.

Manifestó, asimismo, que la médica de marras prestó declaración en el debate y efectuó una acabada descripción de las lesiones producidas al señor A. B., destacando que las heridas sufridas le implicaron una recuperación de entre dos y tres meses; en punto a las padecidas por la señora Z.- prosiguió la recurrente- la doctora P. C. habló de una recuperación superior a los veinte días.

///

Resaltó que de ninguna manera se había vulnerado el derecho de defensa, ya que los coimputados y los defensores habían sido anoticiados- oportunamente- de la existencia de los certificados médicos y conocían el carácter de las lesiones sufridas por las víctimas, hallándose en plena posibilidad, durante el debate, de escuchar e interrogar a los emisores.

El órgano de la persecución arguyó, como segundo agravio, la absolución de M. C. M.. La consideró errónea e infundada, pues el Tribunal había fraccionado la prueba y no la había analizado como corresponde, integrando el plexo probatorio.

Afirmó que la colaboración de la señora M. fue esencial a los efectos de llevar a cabo el plan criminal de asaltar el domicilio particular de la familia B., y que eso quedó probado en el juicio pero no fue valorado por los jueces.

Al respecto, el Ministerio Fiscal dijo que:
"... la Sra. M. proveyó el vehículo utilitario C., que su ex pareja D. G. manifestó en el juicio que lo tenía ella al momento del hecho, situación que confirmó el testigo O. C., tío de la imputada,

///

quien destacó que la misma al momento del hecho se movilizaba en el utilitario V.; también se valoró pobremente a una testigo clave del suceso, la Sra. A. C., quien fue la única testigo que observó a M. M. manejando el vehículo involucrado en el hecho minutos después de producirse el mismo, y que además la testigo la conocía por ser vecinas, siendo su testimonio claro y coherente...” (Textual de la hoja 700/ 701).

Puso de relieve que M. M. mostró, desde las primeras horas del hecho, un comportamiento indicativo de su voluntad de fugarse (...claros indicios de fuga...”, dijo textualmente). En ese sentido expuso que, luego de abandonar en la “C. D. V.” a G. J. M., huyó a la ciudad de Mendoza con identidad apócrifa junto a L. A. M., llevando en su equipaje el arma de fuego utilizada para cometer el robo.

Denunció que al no existir testigos que la vieron en el escenario de los hechos, el Tribunal decidió no valorar todo el aporte que M. realizó dentro de los roles actuados por cada uno de los participantes (“...bien definidos...”, del texto); y que, si bien podría no ser un partícipe

primario, el análisis de la participación secundaria ni siquiera fue contemplado por el tribunal sentenciador, lo que consideró una errónea aplicación de la ley.

La impugnante denunció, bajo el rótulo “Tercer agravio”, la errónea aplicación de la ley penal y su administración arbitraria. Al respecto adjetivó equivocado el análisis realizado por el voto mayoritario respecto de la participación que le cupo a G. M. en la perpetración del hecho.

Por una parte, la Fiscalía advirtió que se había fragmentado la prueba ponderada al extremo de no analizar parte de la colectada.

Por la otra, llamó la atención sobre la actividad de análisis de la mayoría del Tribunal y expresó: *“... Al momento de la declaración de responsabilidad penal, el Tribunal notificó a esta parte que por mayoría se resolvió condenar a G. J. M. en orden a la figura de Robo Agravado por el uso de arma de fuego en calidad de Coautor prevista en el art. 166 inc. 2º párrafo segundo y 45 del Código Penal, y en razón de tal resolución, la*

///

Fiscalía en la cesura de juicio solicitó pena en función de esa figura penal consumada por un monto de 15 años de prisión. Luego, durante la cesura, los jueces analizaron imponer condena por una calificación distinta a la declaración de responsabilidad originaria, con un fundamento que a todas luces no justifica este desfase entre responsabilidad penal y calificación, pues finalmente se lo condenó a cuatro años y seis meses de prisión, presumiendo que el delito quedó en grado de conato, aunque claramente puede advertirse en el punto V de la resolución que la calificación fue la del art. 166 inc.2º párrafo segundo y 45 del Código Penal...”.

Manifestó que lo sorprendente e incomprensible del cambio de calificación en la cesura la llevaba a cuestionar la falta de correlación entre la declaración de responsabilidad y la calificación por la que finalmente fue condenado G. M., ya que a pesar de que hicieron mención de la tentativa invocada por la Defensora Sadino, al momento de condenar omitieron incluir el conato.

Luego, la recurrente realizó un análisis secuencial del hecho, para afirmar que era evidente que los encartados L. A. M. y G. M. eran coautores, porque ambos habían tomado parte en la ejecución del hecho, co-dominándolo.

Puso el acento en que ambos habían tenido el dominio del hecho con una división del trabajo a realizar, cada uno con una función específica en la ejecución, pero ambos quisieron como propio la obtención de un resultado típico.

Culminó calificando la sentencia en crisis como arbitraria por inmotivada, señalando las falencias en los votos que la formaban.

Al final peticionó que se deje sin efecto la resolución de responsabilidad de G. J. M. en orden al delito de “Robo agravado por el uso de arma de fuego” (art. 166 inc. segundo, párrafo segundo y 45 del CP) en grado de tentativa, en carácter de coautor y que, en consecuencia, se lo declare responsable en orden al delito de “Robo triplemente agravado por el uso de arma de fuego y por el resultado de

///

homicidio” y “Lesiones graves ocurrido con motivo u ocasión del mismo” (art. 165, 166 inc. 1° y 2°, párrafo segundo, 54 y 45 del CP).

También solicitó que se deje sin efecto la absolución de M. C. M. en relación al delito de “Robo doblemente agravado por el uso de arma de fuego y por el resultado de homicidio ocurrido con motivo u ocasión del mismo”, y se la declare penalmente responsable por la participación que le correspondió en el suceso.

b. La impugnación de la Defensora

La doctora Barillari, en su presentación ya referida, manifestó que la sentencia de la Cámara de control era arbitraria en razón de la calificación asignada a su asistido y a la pena impuesta, pues no se habían observado principios de raigambre constitucional, tales como los de equidad, de culpabilidad, de humanidad, de flexibilidad, de necesidad y suficiencia.

Sostuvo que la readecuación de la calificación legal debió incidir en la sanción aplicada estableciendo una pena menos gravosa.

///

Dijo que, como A. M. habría empleado el arma repeliendo los disparos que efectuara el señor A. B., no tuvo la intención de matar.

Sumó a esa inteligencia, el hecho de que también resultó herido G. M. y que los disparos efectuados por su asistido fueron realizados para cubrir la huida, pero que no se dirigieron hacia el cuerpo de S. B. pues la bala que lo ultimó había atravesado previamente el vidrio circular de la puerta

corrediza, alcanzando el abdomen de aquél, que se encontraba en el comedor.

También se quejó del monto de pena aplicado por considerarlo excesivo. Citó doctrina de varios autores.

En el final, luego de hacer reserva del caso federal, peticionó la readecuación de la calificación legal (art. 165 del CP), y que se imponga a L. E. A. M. la pena mínima de diez años.

II. La solución del asunto.

a. El tratamiento de los agravios sindicados por el Ministerio Público Fiscal.

///

1. Del universo de agravios planteados por la persecución, consideraré- en primer lugar- el atinente a la nulidad de la acusación decidido en la sentencia de grado en lo que atañe a la imputación por robo con resultados de lesiones graves (art. 166 inc. 1º del C. Penal).

2. Los Jueces al tratar el asunto concluyeron de esta manera:

El Juez Nicosia, después de repasar las exigencias que se imponen en la construcción de la imputación penal, expuso:”... *En el caso bajo examen, la imputación fáctica se ha limitado a enumerar datos médicos relacionados a la tipología de las heridas padecidas por las víctimas del caso, al menos aquellas que han sobrevivido al hecho objeto del proceso, pero sin que a ellos se agregue absolutamente ninguna especificación que permita conocer por qué razón tales padecimientos resultan encuadrables dentro del catálogo de padecimientos cuya causación dolosa el artículo 90 del Código Penal la clasifica como constitutiva del delito de lesiones graves, lo que tiene relevancia, desde luego, en la*

calificación que por causa de esos desenlaces lesivos se prevé para el delito de Robo en el artículo 166 inciso primero del mismo cuerpo legal...” (Ver la hoja 499 a la vuelta).

El segundo en el orden de votos, el doctor Odorisio, formuló un repaso de la opinión la Corte Suprema de Justicia de la Nación en punto a la estructura básica del juicio previo y, en ese sentido, evocó la opinión de Julio B. Maier y de Alberto Binder para concluir en que “...Lo antedicho hace ingresar la situación dentro de los alcances de los arts. 161 1er. Párrafo y 164, ambos del CPPCh, imponiéndose de tal modo la anulación de la pieza acusatoria, y de los actos consecutivos que son su consecuencia...”.

En ese tren, el Magistrado concluyó en que: “...Por lo tanto la omisión concreta de cada conducta en el hecho endilgado provoca un evidente perjuicio al derecho de defensa por lo corresponde (sic) declarar la nulidad parcial de la acusación pública presentada por la Fiscal General... (omissis)... como asimismo al auto de elevación a juicio (sic) dictado en fecha 03 de

///

Marzo de 2015, en lo que respecta a la imputación concretada en contra de los encartados L. E. A. M., G. J. M. y M. C. M. en relación al delito de lesiones graves causadas a las víctimas en carácter de co-autores los primeros y de partícipe necesario la segunda...” (Ver la hoja 503 vta.)

La Jueza Olavarría, luego de recorrer la figura del art. 166 inc. 1ero del Código Penal, adujo que cabe al Ministerio Público “... Formular el hecho de tal forma que sea fácilmente encuadrable en cualquiera de los supuestos previstos en la normativa mencionada...”; que tal “...Requisito no se cumple y se afecta el principio de Debido Proceso y Defensa en juicio, toda vez que no se le aporta información a la contraparte respecto de cuáles de los extremos y calidad de las lesiones debe construirse la hipótesis defensiva, si por razón de las lesiones graves prevista en el art. 90 o las lesiones gravísimas previstas en el art. 91...”. Más adelante en su voto afirmó: “...De esta manera el Fiscal omitió formular en el hecho, si tal lesión se compadecía con una debilitación

permanente en la salud, en un sentido, un órgano, de un miembro, si puso en peligro la vida de A. B. o A. S.. No especificó en el hecho la señora Fiscal si las lesiones implican la producción de una enfermedad cierta o probablemente incurable, o si las lesiones implicaron una inutilidad permanente para el trabajo de las víctimas, la pérdida de un sentido, un órgano, miembro o el uso de un órgano o miembro..." (Ver la hoja 510).

En suma, los Magistrados entendieron que, por causa de las fallas apuntadas, era procesalmente inválido el requerimiento acusatorio público al igual que el auto de elevación dictado en su consecuencia, por infracción a las reglas específicas establecidas en los artículos 291 inciso 2° y 298 inciso 2° del Código Procesal Penal.

De ello me ocuparé renglón seguido,

3. Dejo en claro mi profundo respeto por la honestidad intelectual de los Magistrados que emitieron la sentencia en estudio, pero me

///

permiso disentir con la solución dada al tema y, por cierto y ante todo, con los argumentos dados para sostenerla.

4. Pero antes de entrar en el concreto asunto, bien vale echar algunos párrafos generales sobre lo que, según creo, constituye el punto central: el sentido y alcance de la sanción de nulidad, tema sobre el que, según lo he repetido, debe andarse con cuidado.

Es que los Tribunales han expuesto reiteradamente que esta sanción procesal es último recurso y que se debe atender tanto a la letra de la ley aplicable en la materia cuanto a la efectiva vulneración del derecho que la irregularidad implica, pues si el vicio no priva a la parte de su ejercicio ni afecta la garantía en cuestión no resulta aceptable emplearla.

La nulidad, y con esto no expongo novedad alguna, está apareada a la expresa determinación de la norma y, fundamentalmente, al efecto pernicioso del acto sobre concretos derechos de quien o por quien se reclama, ya que no hay nulidades en solo beneficio de la ley o nulidad por la nulidad misma.

El principio de trascendencia, que de eso se trata, importa considerar que no hay correctivo si la desviación no tiene trascendencia sobre garantías esenciales de la defensa en juicio, ya que las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieren surgir de la desviación (ver al respecto STJ Misiones 12-122001, expte. 357/ 2000, res. 635 publicado en “Garantías Constitucionales y nulidades procesales- I” Edgardo Donna- Director, Ed.

Rubinzal- Culzoni)

Ha resuelto el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba que “...En materia de nulidades rige el principio del interés, por el cual no debe declararse la nulidad por la nulidad misma, es decir, sin que cause algún perjuicio. En cuanto a la afectación del orden público, la nulidad por vicios formales carece de existencia

autónoma, ya que el derecho procesal tiene carácter instrumental y, por ello, exige como presupuesto esencial que el acto impugnado tenga trascendencia sobre la garantía de defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún derecho...”

("MORISENGO, Osvaldo Iván p.s.a. homicidio simple,

///

etc. -Recurso de Casación-" (SAC 424629) del 11/02/2016)

5. Una vuelta más en el desarrollo del discurso que me propongo construir, conduce a analizar las normas que versan acerca de la validez del acto anulado: la acusación penal pública.

Entre sus requisitos- esenciales, por cierto- se encuentran: "...2 la relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que atribuye al imputado...", "...3 los fundamentos sintéticos de la imputación, con la expresión de los medios de prueba que propone para el juicio...", "... 4 la expresión precisa de los preceptos jurídicos aplicables..." y otros que refieren a la determinación de la pretensión punitiva concreta.

Ninguno de estos ingredientes opera de manera aislada sino que pueden entrecruzarse discursivamente para cumplir su propósito comunicativo y así: a. marcar el contenido del debate y b. asegurar el ejercicio del poder de excepción que compete a la defensa material y técnica.

De manera que, a mi pensar, existe un margen razonable que permite al acusador ensayar la

///

argumentación que mejor le cabe, con tal que el acto cumpla con sus fines regularmente.

6. La fórmula no es nueva. Con algunas variaciones se ha mantenido en los códigos antiguos y modernos.

Clariá Olmedo, con aquella proverbial precisión que es su legado, enseña que "...La concreción del elemento objetivo de la imputación se muestra en la relación del hecho por el cual se acusa. El relato debe ser claro, preciso, circunstanciado y específico. Esto significa que el relato debe entenderse sin dificultades por el hombre común: que debe ser completo sin desarrollos inútiles o superabundantes que puedan confundir, pero captando la totalidad del hecho con la expresión de todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que sean relevantes para la ejecución, participación, encuadramiento penal y graduación de la pena, y deben enunciarse por separado cada uno de los hechos imputados, en caso de complejidad objetiva. Deben distinguirse bien los distintos grados y formas de participaciones para cada imputado en caso de complejidad subjetiva...". Más adelante, añade: "...El núcleo fáctico de la imputación ha de ser congruente con

///

el contenido del procesamiento (o del fundamento de la prisión preventiva), pero pueden agregarse o variarse las circunstancias integradoras de ese núcleo mientras que no lo desvirtúen o alteren en grado de mostrar un hecho diverso. El elemento material de la acusación debe integrarse con el elemento jurídico. De aquí que los Códigos Modernos exijan la calificación legal del hecho imputado. Es la valoración jurídico-positiva del hecho resuelta en el encuadramiento penal de la conducta descrita, con cita de las normas referidas al tipo, sus calificaciones o privilegios, participación, concurso, etc.... (omissis)... El elemento lógico de la acusación se encuentra en los fundamentos que debe contener para llegar a la afirmación de los hechos y a las conclusiones jurídicas. Es el razonamiento del acusador, que debe hacerse en forma clara y precisa para valorar las pruebas y subsumir los hechos en las normas jurídicas correspondientes... (omissis)... El elemento volitivo se exhibe en la determinación acusatoria..." (Ver el autor en su "Derecho Procesal Penal"- Ed. Marcos Lerner- 1985, páginas 48 a 51).

///

7. Si el Ministerio Fiscal describió los hechos atinentes de modo natural, mentó las heridas recibidas por las víctimas en el contexto de tiempo y espacio en que fueron inferidas, hizo referencia al elemento productor, prodigó la atribución sin dejar resquicio alguno y ofreció la prueba que estribó su proposición jurídico penal del caso; y si esa evidencia fue zarandeada durante el debate, oída por los sentenciadores y confutada por la contraria- material y técnicamente-, no percibo con nitidez el porqué de la estrictez de los Magistrados que se atuvieron sólo a una porción del requerimiento (y del auto de elevación) soslayando lo demás. Obsérvese que nada se dijo en la sentencia respecto de la falta de acreditación de las lesiones, probadas, ni tampoco de la ausencia de descripción o inclusión de ellas en el relato del hecho objeto de atribución; sólo se alegó que en lo estrictamente natural no se incluyó uno de los elementos del tipo de las lesiones graves.

Esa tesis es, a mi parecer, insuficiente. La persecución ha cumplido de modo aceptable con los

///

estándares mínimos que hacen a la correcta comunicación integral de la incriminación, sin que pueda alcanzarse a vislumbrar en qué sentido o qué medida se puede haber sorprendido a la defensa cuando, y según surge de la causa, ya en la audiencia preliminar se acompañó la documental que ponía de manifiesto lo que los señores Jueces determinaron ausente.

Se encuentran así debidamente integrados los elementos esenciales que describíamos arriba, una trama que en su totalidad fue brindada a la consideración de las partes y del Tribunal de Juicio que supo, de partida, a qué atenerse.

Y si no hay sorpresa, no hay lesión del derecho de defensa; y si no hay lesión, no hay nulidad, al menos en el sentido planteado.

8. Si observamos el tema desde la óptica del principio de congruencia, tampoco capto la existencia de agravio relevante.

Respecto de la congruencia, sostuve y sostengo que el principio de correlación referido importa que el fallo se expida sobre el hecho y las circunstancias contenidas en la acusación que han sido debidamente intimadas y sobre las que -

///

básicamente- tuvo ocasión de ser oído el atribuido. Esto, mantengo, implica vedar que el fallo se extienda hacia hechos no contenidos en el proceso que garantiza el derecho a audiencia, sintetizado en la regla de identidad entre la acusación y la sentencia (claramente, al respecto, Julio B. Maier en su "Derecho Procesal Penal" T I. Pág. 568).

En el precedente "**L.**", de esta Sala, referí a la cita con la que Maier consignaba la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando expuso: "...La Corte Suprema Nacional, en sus sentencias, parece requerir, como condición para casar el fallo, no solo la indicación puntual del elemento sorpresivo que se incluye en él, sino también las defensas concretas que se hubieran opuesto de no mediar la sorpresa y, en especial, los medios de prueba omitidos por esa circunstancia...".

De modo entonces, y siendo las cosas como las describí en el punto anterior, la factibilidad de que la sentencia pudiera caminar sobre un sendero no conocido, no ventilado, no discutido, es imposible; pues no se encontraba cortada la

///

relación inescindible que debe existir entre los aspectos fácticos de la acusación, el objeto del debate y la sentencia, atadas por las circunstancias de tiempo, modo y lugar que aquella, la primera, establece.

Por lo expuesto, encuentro que la nulidad declarada es contraria a derecho y que debe revocarse el fallo al respecto, debiendo remitirse el caso para la realización de un nuevo juicio.

9. El segundo óbice que movilizó a la Fiscalía a articular el recurso extraordinario fue la absolución decidida en beneficio de M. C. M. pues, según su criterio, fue decidida de manera errada y sin fundamentos.

10. En términos generales, he de recordar que la posición que sostengo en lo que hace al recurso de la persecución penal en menoscabo de una sentencia absolutoria ha permanecido invariable.

Desde antaño he apuntado a que el marco del recurso extraordinario de aquella (la persecución oficial o privada) es, en esta hipótesis, estrecho, angosto. No puede ir más allá de los

estrictos límites de la Ley que, en nuestro caso, demarcan los arts. 373, 378 y 379 del C.P.P.

El adjetivo local, en línea con el modelo acusatorio- he marcado- tiende a limitar, cuando no a obturar, la vía recursiva del Ministerio Público y del Acusador particular, estableciendo específicos presupuestos que resultan de interpretación restrictiva, en lo que atañe.

Este criterio de hermenéutica, me permito reiterar, reposa en la posibilidad de acudir, como referencia, a la manera en que los problemas son abordados por los modelos constitucionales de cuño similar. Cobra así vigencia la jurisprudencia recalcada por la Corte Suprema de los Estado Unidos de Norteamérica que sentó, en el precedente "Green v. United States" U.S. 184 (1957) (355 U.S. 184) del 16 de Diciembre de 1957, algunos de cuyos párrafos fueron transcriptos en mi sufragio dado en **"Provincia del Chubut c/ K., D. E. (imputado) - Estado Provincial (agraviado) - Lago Puelo" (Expte. 21.165 - Folio 45 - T° II -Año 2007)**.

De allí que se considere exorbitante a esas fronteras el hecho de poner en juego el valor que los Magistrados asignaron a la prueba, pues aquellas se acotan a las cuestiones de derecho, sean de fondo o de forma, quedando excluidos los

///

hechos que han sido fijados por el "a quo", en la medida en que no exista demostrada arbitrariedad (Ver mi voto en "**PROVINCIA DEL CHUBUT c/ G., M. R. s/ Impugnación**" (Expediente N° 22570 - F° 83 - Año 2012)).

11. Cuando no se dan de modo evidente esos motivos, el recurso que se intenta por la acusación no es estimable.

Así sucede en el litigio que corre.

En efecto; tengo para mí que la crítica articulada carece de potencia para mudar la decisión de los Jueces de grado, pues ni la Acusadora acercó elementos aptos para retrucar exitosamente a la sentencia, ni tampoco se percibe con evidencia algún defecto que descalifique el pronunciamiento en lo que toca a la presencia de la incusa en el escenario de los hechos, negada.

Concretamente, no existe una indicación poderosa que sitúe a la acusada en el lugar durante del desarrollo del episodio de cargo; no se encontró en la C., vehículo usado en el asalto, rastros que la vinculen con aquél al tiempo de producirse, y el testimonio de A. C., erguido

///

como inculpante, fue desestimado fundadamente por el Tribunal que se encargó de desarrollar la crítica acerca de las contradicciones y la falta de precisión advertidas. Apunto, a la par, que hicieron bien los Magistrados en la tarea de ponderar el testimonio de O. C., ya que constituye un argumento plausible predicar de él que carece de fuerza determinante, en tanto alude a momentos concomitantes posteriores al hecho materia del proceso.

No percibo error en el devenir del discurso de los Jueces en lo que al endilgue a la mujer concierne, pues aprecio la contundente declaración de quien siguiera con el auto el derrotero de los acusados cuando, heridos, huían del teatro de los hechos y se introdujeron en el rodado C. por ambas puertas, lo que hace presumir- válidamente- que, contando ese vehículo con dos butacas, la imputada no se encontraba en él.

Otro elemento que le quita fuerza al reclamo de la recurrente, como ya lo he adelantado, es el resultado del levantamiento de rastros papilares en el coche, ya secuestrado. El vestigio tomado

///

desde el parante de la puerta del conductor- cotejo de por medio- correspondió a L. E. A. M. y el alzado en la ventanilla de la puerta del acompañante correspondió a G. J. M., sin percatarse ninguna impronta de la empapelada allí.

Por último, y sobre la base del respeto escrupuloso a la inmediación, no ha de desdeñarse a la testigo que impresionó al Tribunal: R. A., quien declaró que G. M., su novio a la sazón, le expuso, con detalles, cómo habían perpetrado el hecho junto con A. M.; solo ellos.

De modo entonces, esa pretensión debe ser rechazada.

12. Toca el turno, ahora, a la tercera censura sindicada por la Acusadora Fiscal. La que refiere a la calificación del hecho impuesta a G. M..

Ella sostuvo que el voto mayoritario de los jueces Odorisio y Olavarría era a todas luces infundado, por haber aplicado erróneamente y de manera arbitraria la ley penal.

Comparto esa posición toda vez que- a mi parecer- el criterio adoptado no es el correcto,

///

al menos desde la perspectiva en que iguales circunstancias han sido apreciadas por la Sala.

Brindaré razones de continuo.

13. Evocaré, en primer término, que la cuestión que ha suscitado controversia ha sido resuelta en los precedentes **“D. M., W. S. y Otros p.s.a. Homicidio doblemente calificado, 2 hechos, y tentativa de homicidio doblemente calificado, todo ello en concurso real con robo con armas”** (Expediente N° 21650 - T° II - F° 132 - Año 2009 - Letra “D”) y **“G., J. L. s/ Homicidio r/v s/ Impugnación”** (Expediente N° 23296 - Folio 8 - Año 2013 - Letra “G”).

En este último caso dejé apuntado que “...Cuando hay comunidad de personas orquestadas hacia un plan para cuya consumación hay división de roles que se cumplen antes, durante y después de la consumación, y todas tienen conciencia de que para ejecutarlo se llevarán armas, cada cual pone un ingrediente que es esencial a la construcción del delito que se comete; y si uno realiza la acción de matar, esa conducta

///

naturalmente considerada repercute jurídicamente expandiendo el concepto de autoría hacia los otros, por el co-dominio que todos tuvieron sobre el evento....”.

14. Enrique Bacigalupo, en su obra y con referencia al tema, apunta: “...Son coautores los que toman parte en el delito co-dominando el hecho...”, y agrega que la “...la coautoría es propiamente autoría. Por lo tanto los elementos de esta última deben ser compartidos por el autor. En este sentido el coautor debe tener el codominio del hecho (elemento general de la autoría) y también las calidades objetivas que lo constituyen en autor idóneo (delitos especiales) así como los elementos subjetivos de la autoría (o de lo injusto) requeridos por el delito. Coautoría en el sentido de co-ejecución de la acción típica, sólo es posible en los delitos dolosos de comisión...”

También enseña que “... el elemento esencial de la coautoría es el codominio del hecho. Este elemento ha sido caracterizado por Roxin como un dominio funcional del hecho, en el sentido de que

cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho a través de la parte que le corresponde en la división del trabajo... (omissis)... requiere una decisión conjunta del hecho. Mediante esta decisión común se vinculan funcionalmente los distintos aportes al mismo...” (Ver el autor en su “Derecho Penal”- Parte General- página 502 y ss. Ed 1999).

15. Aún desde una perspectiva levemente distinta, resulta interesante rescatar la enseñanza de Laje Anaya y Gavier en el sentido que: “...Aunque desde el punto de vista del idioma, autor es la persona que comete el delito, o fuerza o induce directamente a otras a ejecutarlo, o coopera a la ejecución de él por un acto sin el cual no se habría ejecutado, tal cual se presenta la fórmula del art. 45, es autor, el que ejecuta el hecho por sí, no el que toma parte en la ejecución del hecho, ni el que, al autor, le presta un auxilio o cooperación, sin los cuales el delito no habría podido cometerse. Tampoco es autor, el que determina directamente a otro a cometerlo. El autor es el que tienta o consuma el hecho representado por el verbo típico de la

///

correspondiente figura. La calidad de autor, entonces, viene de la parte especial. El partícipe del hecho, que por su calidad lo hace también suyo por tomar parte, vale decir que tiene su parte, es el coautor...” (Laje Anaya - Gavier en Notas al Código Penal Argentino-Tomo I Parte General. p.272 y 273-Edición Marcos Lerner año 1994).

16. En lo que el tema atañe, resulta también relevante atender a la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, órgano que, con cita de sus antecedentes “Montenegro”, S. n° 40, 21/08/1968 “Merlo”, S. n° 30, 2/5/2000, “Guevara”, S. n° 4, 22/2/2001, “González”, S. n° 14, 12/3/2001, “Oviedo”, S. n° 136, 28/12/2004, “Monje”, S. n° 46, 23/5/2006 y “Fonseca”, S. n° 128, 27/05/2013, entre otros, resolvió que: “... los coautores no son sólo quienes realizan la acción consumativa del delito (con actos parificados o heterogéneos significativos de la división de trabajo), sino también quienes toman parte en su ejecución a través de una acción no consumativa, pero coadyuvante y convergente con ella. El punto de inflexión entre la coautoría y la complicidad necesaria, entonces, está dado por

la asunción de conductas ejecutivas, aunque éstas no sean consumativas. Si bien en muchos casos esta separación no ofrece mayores dificultades, el problema se acentúa cuando se trata de dirimir límites entre la coautoría y el cómplice concomitante, esto es, el que despliega su aporte en forma simultánea a la ejecución del hecho, en coincidencia témporo-espacial con la conducta del autor o co-autores. En este aspecto y en base a una interpretación sistemática, se ha afirmado que un acto es ejecutivo "cuando, conforme al sistema del art. 42, ha habido al menos un comienzo de ejecución... En esos actos debe tomar parte el coautor..." (DE LA RUA, Jorge, Código Penal Argentino Parte General, Depalma, 2° edición, 1997, nota 184, pág. 855). Revisten tal naturaleza entonces, aquellos que "aunque no sean directa e inmediatamente consumativos de la acción punible, impliquen ya que el autor ha comenzado las acciones idóneas, que en el caso concreto significan el comienzo de la realización directa de sus miras..." (T.S.J., Sala Penal, "G.", cit. supra; "R.", S. n° 31, 7/5/2003, entre otros). Es el tipo penal del delito de que se trate, el que dirime la cuestión, ubicando a quien ejecuta actos idóneos para realizar la conducta allí descripta

///

en la categoría de coautor y relegando a la condición de partícipe a quien - actuando en modo concomitante- sólo efectúa un aporte a la ejecución típica llevada a cabo por otro. En este sentido, en cuanto al alcance de la intervención en la ejecución que determina la coautoría, con acierto se aclara que desde que la ley alude a "los que tomasen parte en la ejecución del hecho" (art. 45, C.P.), no es suficiente el "acuerdo" ni el mero "aporte" a actos ejecutivos cumplidos por otro: la conducta del coautor debe integrar la acción típica, concretarse en hechos que propendan a la realización del tipo, evaluación ésta que depende, en la generalidad de los casos, de una apreciación particular de las circunstancias de cada hecho (DE LA RUA, ob.cit., notas 184 a 186, págs. 855/856). En cuanto a las diferencias la complicidad primaria de la secundaria (art. 46, C.P.). es el precedente "C." (S. n° 48, 18/9/1997; cfr., "M.

N.", S. n° 109, 16/12/2002; "O.", S. n° 18, 3/4/2003; "B.", S. n° 105, 22/9/2005, por citar sólo los más recientes) el que sentó inicialmente la doctrina de la Sala: la complicidad primaria requiere de un aporte anterior o concomitante que resulte aprovechado por los autores o coautores en

///

el tramo estrictamente ejecutivo de acuerdo a la modalidad concreta llevada a cabo. En este concepto no sólo ingresan los aportes vinculados con la modalidad típica de ejecución (v.gr., el suministro del arma utilizada en el robo), sino también otros que hacen a la modalidad fáctica de la ejecución (v.gr., el suministro de información relacionada a la ausencia de moradores de la vivienda en la que ingresan los autores del robo, conociendo la ausencia de riesgos)..." (Ver STJCBA en el. "LUNA,

Juan Manuel p.s.a. extorsión en grado de tentativa -Recurso de Casación-" (SAC

1688231)

del 13 de Noviembre de 2015).

que Si bien excede el marco de lo se particularmente concierne al problema que ha procura resolver, la exposición sucedida lo sido con el propósito de exponer acabadamente este útil criterio.

17. Si conforme se ha comprobado durante el juicio, y resulta admitido en la sentencia, el hecho fue el resultado de un plan previo urdido por A. M. y G. M., y que este último conocía la existencia del arma en poder del primero al perpetrar el ilícito; sí ambos ingresaron a la

///

casa con el propósito de despojar a los moradores aceptando la idea de violentarlos y sí la reacción del dueño detonó la exacerbación del mecanismo reactivo que causó el resultado, M. es coautor del delito de robo con resultado de homicidio, como su consorte de

causa (arts. 45 y 165 del Código Penal)

Es que no puede afirmarse sino de manera categórica que M. debe responder por todas las consecuencias conjuntamente con A. M., toda vez que, como ya señalé, tomó parte, en igual medida, de un plan criminal que incluía en su desarrollo la utilización de un arma cargada con aptitud de disparo y realizó acciones coadyuvantes y convergentes a la ejecución.

Si bien se ha acreditado que quien portaba el arma utilizada y quien efectuó los disparos fue A. M., cierto es que M. al aceptar el rol en la empresa común debe afrontar sus consecuencias. En una sociedad de libertades, la autodeterminación de los sujetos tiene como contrapartida la responsabilidad por las consecuencias previsibles y planificables; en el

///

caso, el resultado letal por el eventual uso del arma que llevaba el consorte de causa, durante la ejecución del robo.

Tal responsabilidad emana de la convergencia surgida en la conjura, del conocimiento previo que existía en los agentes sobre la utilización del arma por alguno de ellos, ya que quien estuvo de acuerdo con su utilización durante el ilícito ideado, asiente los resultados que ello provoca.

18. De manera entonces que propiciaré declarar que la calificación legal correcta es la apuntada y, concorde con los antecedentes dados en "**Pcia. del Chubut c/ F. F. O. s/ Homicidio s/impugnación**" (Expediente N°22.575 - F° 84 - Año 2012) y "**M., N. F. s/ Homicidio R/ Víctima s/ impugnación**" (Expediente N° 22693 - F° 104 - Año 2012), estimularé que, en la sede, se condene al causante como coautor material y criminalmente responsable del delito de marras, reenviando la causa a efectos de que se produzca un debate sobre la pena.

b. La impugnación de la Defensora.

1. En lo que hace a la readecuación de la calificación legal impuesta por la Cámara Penal en relación con A. M., causa del primer agravio de la señora Defensora, estimo correcta

///

la solución y desdeñable la censura.

La escrupulosa manera en que cada uno de los sufragios ha desarrollado los motivos de la solución, mediando el análisis de los hechos y la figura penal seleccionada, avientan toda posibilidad del tilde negativo al respecto.

2. Y si bien podría discutirse la proporción de la pena derivada, tengo para mí que, en atención a la manera en que se ha zanjado el tema de la nulidad, las objeciones explicitadas por la Defensa a la sentencia del tribunal de control deviene insustancial, por lo que deberán rechazarse.

No obstante se propone revocar la sanción y reenviarla a la instancia para una nueva determinación luego del juicio sobreviniente a la revocación de la nulidad decretada.

c. La Consulta

En el plano de la Consulta, tengo para mí que la perspectiva de readecuación de la pena impuesta soslaya su tratamiento, pues, necesariamente, las consecuencias del trámite en

la instancia devolverán la causa a estos estrados, satisfaciendo las exigencias de los conformes ineludibles para la firmeza de la sentencia.

III. Conclusión

Por cuanto he desarrollado estimo que: **a.** debe ratificarse parcialmente la sentencia de la Cámara Penal en cuanto declara a L. E. A. M. como autor responsable del delito de “Homicidio ocurrido con motivo o en ocasión de robo” (art. 165 del Código Penal) por el hecho ocurrido en Comodoro Rivadavia el 5 de Agosto de 2014, conforme los considerandos precedentes, del que resultara la muerte de S. A. B. y víctimas A. S. y S. A. B.. **b.** debe revocarse parcialmente la

sentencia 2303 del año 2015 en su punto V emitida por un tribunal de Jueces Penales y condenarse a G. J. M., como coautor material y penalmente responsable del delito de “Homicidio con motivo u ocasión de robo” (art. 165 y 45 del Código Penal) del que resultara la muerte de S. A. B. y víctimas A. S. y S. A. B.. **c.** debe confirmarse la

absolución de M. C. M., dispuesta en el considerando **VI** de la sentencia 2303, por las razones dadas en los considerandos precedentes y

c.

///

debe revocarse parcialmente la sentencia 2303 del año 2015, punto **I**, en cuanto declara parcialmente nula la acusación pública presentada por la Fiscal General Camila Banfi Saavedra, en lo que respecta a la imputación concretada en contra de los encartados L. E. A. M., G. J. M. y M. C. M., en punto al delito de “Robo agravado por el resultado de lesiones graves” (art. 166 inc. 1° del C.P.) a A. B. y A. S. y reenviarse para la realización de un nuevo juicio e imposición de pena, debiendo tener en cuenta el Ministerio Fiscal la absolución ratificada respecto de la última nombrada. **d.** debe revocarse parcialmente la sentencia de la Cámara Penal en lo que a la pena a L. E. A. M. concierne y reenviarse el caso a primera instancia para que, juzgado el caso renovado a partir de la nulidad, se realice una nueva determinación, conforme la sentencia que se dicte. **e.** debe reenviarse el caso a la instancia para la determinación de la pena resultante de la condena aplicada a G. J. M..

Así voto.

El juez **Daniel Alejandro Rebagliati Russell** dijo:

I) En el voto emitido por mi colega de Sala han sido debidamente expuestos los antecedentes

///

del caso. Ellos están referidos a los recursos extraordinarios interpuestos por la Defensa y el Ministerio Fiscal, como así también el de la consulta por el monto de la pena impuesta al condenado L. E. A. M.. La exhaustiva exposición de los extremos antes referidos y la descripción de los agravios de los recurrentes, me obligan en honor a la brevedad, a abstenerme de hacer una ociosa repetición de los mismos.

II) Impugnación extraordinaria del Ministerio Fiscal. Agravios.

Seguiré el orden propuesto por el Dr. Pflieger y trataré la cuestión relativa a la nulidad parcial de la acusación que el tribunal de juicio acogió favorablemente.

a) El principal óbice que el tribunal halló en la pieza acusatoria fue una insuficiente descripción de la base fáctica del reproche, en lo relativo a la entidad de las lesiones que sufrieran dos de las víctimas como para tornar viable la tipificación de la acción dañosa dentro de los parámetros que especifica el art. 90 del CP.

En la acusación obrante a fs. 194/210 la Fiscalía señaló que A. Z. y A. B. sufrieron las

///

siguientes lesiones: “herida de arma de fuego en región femoral de pierna derecha, con fractura expuesta y compromiso de articulación” (Z.); y “lesiones traumáticas y fracturas en ambas manos y lesión en varios dedos” (B.).

La información antes destacada, según la pieza acusatoria, surge de los certificados que extendieron los facultativos médicos y de las copias de las historias clínicas del Hospital Regional de Comodoro Rivadavia. También consta que se adjuntaron al expediente fotografías que dan mayor precisión a esta prueba.

Por lo tanto, si la descripción de las lesiones se sostuvo con apoyo probatorio de las constancias de la causa, su reflejo en la acusación no merece reproche alguno, menos aún en la calificación legal que, provisoriamente, se escogió en esa etapa del proceso.

El tiempo de curación o agravamiento de una lesión es una cuestión contingente. Pero ello en nada afecta el derecho de defensa, ya que el acusado puede soportar, durante el proceso previo, un encuadramiento legal que sabe que es provisorio

///

y que va adquirir su real dimensión al tiempo del debate, cuando se ventilen todas las pruebas que aporten las partes.

Recientemente me expedí, en otro caso, que si el reproche fáctico no varía, el mayor ajuste que se produzca en él no incide en desmedro del imputado, pues la defensa no gira en torno a calificaciones legales sino a hechos.

El objeto de cada proceso es aquello de lo que se acusa en él a una persona y sobre lo que versa la actividad judicial y ha de pronunciarse la sentencia, es un hecho considerado como delito o falta y no una determinada figura delictiva ni una determinada consecuencia penal.

En tal sentido, esta Sala sostuvo en varias ocasiones que la calificación jurídica propuesta por las partes no vincula al juez a la hora de dictar sentencia.

En el proceso acusatorio que nos rige, es suficiente con que se respete el hecho esencial de la acusación en la sentencia. Es decir, no se vulnera el principio de congruencia cuando el Tribunal condena por el mismo hecho que fue objeto del proceso aunque cambie la calificación jurídica.

///

Justamente, el art 332 del CPP, permite inferir que lo que es fundamental es el hecho, no su calificación.

Hasta aquí acompaño a mi distinguido colega que guía el acuerdo, en que deberá atenderse a la nulidad parcial declarada por los jueces. No obstante, no lo acompañaré en la conclusión de la decisión, por el análisis que a continuación realizaré.

En primer término diré que esta solución resultaría atendible si nos atuviéramos a los votos de los jueces Nicosia y Odorisio, que han exigido el correcto encuadre en el tipo legal al tiempo de la acusación. Sin embargo, creo que debe otorgarse relevancia al voto de la tercer integrante del tribunal, quien avanza un paso más sobre la cuestión formal del asunto y se introduce en la prueba rendida en el debate.

Así, indica la Dra. Olavarria, que del testimonio de la médica P. C. surge un aspecto descriptivo de la lesión que sufriera A. B., pero al mismo tiempo advierte que no se interrogó a la facultativa respecto al resultado de las lesiones, es decir si implicaron un debilitamiento permanente en la mano; cuál fue el tiempo de

///

curación o su incapacidad laboral. Esta circunstancia impidió, a criterio de la jueza, encuadrar la conducta en el delito de lesiones graves o gravísimas (arts. 90 y 91 del CP).

Lo mismo dijo con relación a Z., que a mayor estimación de curación, no se indicó la incidencia en el aspecto de su incapacidad laboral.

La precisión sobre estos puntos era tarea del Ministerio Público Fiscal. Como dije antes, acepto la provisionalidad de la calificación, pero sólo hasta el debate. Iniciada esta etapa definitiva del proceso, la tipificación debía ser abordada de manera clara y precisa. Para ello, el acusador tenía a su alcance modos simples y sencillos para resolverlo, pero sin embargo omitió hacerlo.

Su falta de cuidado en la prueba rendida al tiempo del debate no puede ser soslayada. La pericial médica o el testimonio adecuado del médico interviniente, las constancias de la historia clínica, unido al testimonio de la víctima, hubieran permitido establecer con claridad y precisión la tipificación penal.

Entiendo que la jueza Olavarria, para ser consecuente con su análisis sobre el punto, debió

///

haber postulado la absolución por esos hechos, y no la nulidad que finalmente acuerda con sus colegas.

Por todo lo expuesto, y en orden a las objeciones probatorias señaladas por la magistrada, es que no puedo acoger el reenvío para un nuevo tratamiento.

Ello por cuanto, la Fiscalía trajo su queja a raíz de la nulidad impetrada respecto de la acusación. Pero ahora, cuenta con las observaciones dadas por uno de los jueces sobre la omisión probatoria en que incurrió, resultando el reenvío un modo apto para remediarlo.

Si no calificó correctamente el tipo penal, por falta de una actividad probatoria diligente, no puede el Ministerio Fiscal tener una nueva chance para salvar su omisión, menos aún por medio del reenvío.

Es por ello que entiendo que si es válida la acusación, el modo en que debe zanjarse el punto es dictando la absolución de G. J. M. en relación del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego.

///

b) El segundo agravio de la Fiscalía apunta contra la absolución dictada por el tribunal de juicio respecto de M. C. M..

Ya mi colega de primer voto señaló los puntos que desmerecen la queja que trae a esta instancia el impugnante y que consisten, fundamentalmente, en la ausencia de una crítica razonada a los argumentos dados por los jueces para arribar a la desvinculación de la acusada.

Sostengo, de igual modo, que no existen elementos de prueba que permitan situar a M. en el teatro de los hechos.

Así, el tribunal analizó: la ausencia de rastros en el vehículo utilizado para el atraco; la desestimación del testimonio de A. C. - por las razones que el tribunal de juicio dio al respecto; el testimonio de O. C., por su referencia a circunstancias posteriores al evento; el modo en que los restantes imputados se introdujeron al vehículo C. en el que huyeron; su ubicación y el número de butacas con que el rodado contaba.

Además, los rastros dactilares hallados en el rodado sólo se compadecieron con los de los imputados L. E. A. M. y G. J. M., motivos que entre

///

otros, llevaron al tribunal a dar crédito a los dichos de R. A., quien siempre sostuvo la existencia de sólo dos personas en el atraco.

Frente a este análisis probatorio no es posible traer una mera discrepancia valorativa, sino por el contrario, se debe demostrar, al menos, una ilogicidad en la apreciación que redunde en una palmaria violación a la sana crítica racional y por ende en una arbitrariedad manifiesta.

Este aspecto es reiteradamente sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al expresar que "...la doctrina de la arbitrariedad no cubre la disconformidad del apelante con las conclusiones del *a quo* ni tiene por objeto corregir sentencias equivocadas o que se reputen tales, sino que sólo atiende a la exigencia constitucional de que aquellas sean fundadas y constituyan una derivación del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa" (*Fallos*, 298:30; 302:836; 1030; 303:770 y otros, STJCh, SI N° 25/SRE/09).

Nuestro máximo Tribunal Nacional no ha dejado fuera de su control la forma en que se lleva a cabo esa valoración de la prueba, que se

///

entronca, además, con el deber de motivar las sentencias. La regla de la cual parte es que la apreciación y valoración de la fuerza de convicción de la prueba producida constituye una materia propia de los jueces de la causa y ajena, por principio, a la instancia extraordinaria. Sin embargo, esa libertad tiene un límite: la arbitrariedad (Augusto M. Morello, Ramiro Rosales Cuello, “Práctica del Recurso Extraordinario”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, pág. 204 y ssgts.; en igual sentido STJCh, SI N° 66/SRE/09).

La excepción se viabiliza cuando el quejoso logra demostrar el desvío lógico del razonamiento, aquel error palmario y fundamental constitutivo del absurdo; por cuanto “la ‘arbitrariedad’ -como género- o absurdo -como especie-, que autorizan a revisar la valoración de las pruebas, es el error grave y manifiesto, con quebrantamiento de las reglas que la gobiernan; y tal vicio lógico se configura cuando la apreciación no es coherente y lleva al juzgador a conclusiones claramente insostenibles o abiertamente contradictorias entre sí” (STJCh, SD N° 16/SRE/06, con cita de SD. N° 34/SRE/00),

///

extremo éste que no logra acreditar el recurrente.

Es por ello que voto por el rechazo de la pretensión así deducida por el Ministerio Fiscal.

c) El tercer agravio tiene que ver con la calificación legal que en el grave suceso se le impuso a G. M..

En este punto el tribunal de juicio dividió su apreciación y finalmente con el voto de los Dres. Odoriso y Olavarría adquirió mayoría para calificar la conducta sólo con el alcance del art. 166 inc. 2 y 45 del CP.

En mi criterio, el fundamento de la mayoría no esgrimió un sesudo juicio crítico al voto que en minoría elaboró el Dr. Nicosia. Allí se efectuó un meduloso análisis, no sólo de la prueba rendida, sino del modo correcto de calificar la acción en examen.

En esa tarea quedó suficientemente establecido en la sentencia de marras que la voluntad que primaba en los atracadores no era otro que el de despojar bienes de propiedad de la familia B., para cuyo cumplimiento urdieron un plan previo.

Este extremo permite ser inferido, entre otros elementos probatorios, a través del

///

testimonio de R. A., a quien uno de los imputados le manifestó que la sustracción obedecía a la necesidad de contar con dinero.

En cumplimiento de dicho plan es que irrumpen en el inmueble de los B. y uno de ellos, L. A. M., inmoviliza a la Sra. A. Z., colocándole en la sien el arma de fuego que portaba, y de este modo, al proferir amenazas de muerte contra ella, también logra coartar la voluntad de su hijo S..

La distribución de acciones surge clara, M. comienza a desarrollar todas aquellas conductas que un coautor debe cumplir mientras su compinche intimidada, esto es, exigir la entrega de elementos y eventualmente encargarse de la reducción de otro habitante de la casa.

La sorpresiva aparición de A. B., que también armado intenta impedir la conducta de los imputados, complica la consumación del asalto. La balacera que en este contexto se produce ocasiona heridas de muerte en S. B., y de otra entidad en A. y su madre. Los disparos que A. M. realiza contra la familia, especialmente contra S., posibilitaba la huida tanto de él como la de su consorte M., y esto lo une inescindiblemente con el resultado que tal accionar producía.

///

La huida a bordo de un automóvil confirma la unidad de voluntades que de principio a fin persiguieron en todo el interregno criminal.

Si uno de los imputados conoce y acepta la concurrencia al evento con un arma de grueso calibre, y lo hace porque entiende que es el medio apto para poder lograr el desapoderamiento, también acepta su eventual uso y el resultado que de él se produzca. Mucho más, cuando su consorte de causa realiza con ella disparos indiscriminados hacia quienes resultaron

víctimas, como modo de asegurar la impunidad y/o repeler el ataque armado de uno de los moradores. Este modo de posibilitar la huida es lo que, insisto, también aprovecha M. y finalmente consigue, aún cuando él también haya sufrido demérito en el curso de esta acción.

Asiste razón al juez que vota en primer grado cuando acude a la aplicación del art. 165 del CP, pues se ajusta a la doctrina sostenida por este Tribunal en reiterados precedentes. Cito en particular el caso "G." (Expte. 23296) por guardar estrecha similitud con el presente.

En el caso, el imputado M. cumplió el rol de coautor, pues su accionar estuvo precedido de un

///

acuerdo previo de voluntades y una común división de tareas con el otro sujeto que efectuó los disparos, lo que en la práctica les permitió tener una común coposesión del dominio del hecho íntegro.

En el ámbito de la coautoría funcional se atribuye a todos los coautores la obra común, aunque algunos de los tipos legales no se hayan cumplido íntegramente por la mano de cada uno de ellos en particular.

Sin embargo, decididos y ejecutados los hechos sobre la base de una conjunta resolución hacia los cuales convergen sus intenciones y conductas, no puede corresponderles por ello distintas calificaciones.

Va de suyo que la consumación del robo agravado quedó perfeccionado con la ocurrencia de la muerte de una de las víctimas, con independencia si lograron o no el cometido de desapoderar algún bien de propiedad de los moradores.

Se trata de una figura compuesta o compleja donde el legislador ha aunado dos delitos independientes, que conservan sus características propias dentro de la nueva unidad en una figura más grave a los efectos punitivos. Los delitos que se integran en el complejo son un ataque a la

///

propiedad mueble ajena y un atentado contra la vida humana.

El homicidio aquí es un suceso eventual que altera el designio del ladrón y que resulta, o de la violencia física ejercida por él para facilitar o cometer el robo o para preparar su impunidad; o de las violencias físicas que, sin ser propias del robo, son ejercidas a causa de éste por el ladrón; o, en fin, de las violencias desenvueltas por la víctima o terceros a raíz de las violencias del autor, pues la ley, a diferencia de lo que dispone respecto de las lesiones (Art. 166 inc. 1 CP), no requiere que el homicidio sea causado por las violencias ejercidas para realizar el robo, sino, lo que tiene mucho más amplitud, que el homicidio resulte del robo.

Como consecuencia y en base a lo antes expresado, voto por condenar en esta instancia a G. M. como coautor del delito de Robo agravado con resultado de muerte (Art. 165 CP), debiéndose reenviar los autos a los fines del juicio de cesura correspondiente.

III) Impugnación de la Defensa:

Se queja la Defensora Pública en representación de su asistido L. E. A. M.

///

en que la modificación de la calificación delictiva y la pena impuesta del modo en que lo resolvió la Cámara Penal, en sentencia que obra a fs. 664/686, implicó la violación a principios de raigambre constitucional, como lo son el principio de equidad, culpabilidad, humanidad, flexibilidad, necesidad y suficiencia.

Refiere que la Cámara Penal readeculó la calificación en la figura del art. 165 del CP, al entender que no concurría idealmente con el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego (art. 166 inc. 2, 2do párrafo CP) y que de esta manera obturó que se compute el mismo robo dos veces, lo cual “debe” incidir en la sanción aplicable (el entrecomillado me pertenece), estableciendo, en consecuencia una pena menos gravosa.

A pesar de la hipotética incidencia que la Defensora vislumbra en la readecuación de la figura delictiva, no trae a ésta instancia extraordinaria una explicación clara de la afectación que dicho extremo implicaría para su asistido.

El Tribunal ad quem, en el voto del Dr. Muller, encuentra suficiente razón en la decisión que

///

adopta. Allí consigna que entre el homicidio en ocasión de robo y el robo agravado por el uso de armas no existe un concurso formal de delitos sino un concurso aparente y que esta circunstancia no impacta en la dosis de la pena impuesta.

Luego, enumera una serie de fundamentos acerca del porqué acuerdan establecer el mismo monto punitivo que el fijado por el Tribunal de Juicio. Igual camino recorren sus colegas Pintos y Montenovó, quienes rechazan la posibilidad de imponer el mínimo de la pena y establecen motivadamente que la fijación realizada en la instancia anterior es la adecuada.

El concurso aparente fue correctamente resuelto, lo hay cuando el contenido íntegro de la ilicitud -objetivo y subjetivo- de uno de los delitos implicados ya se encuentra contenido en el otro y, por ello, causa una sola lesión a la ley penal; esa circunstancia ocurre cuando se da entre las figuras de que se trate una relación de especialidad, de consunción o de subsidiariedad (Corte Sup., 27/12/90 "Acosta Carlos" J. A. 1992I-34)

Aquí la modificación del concurso no modificó un ápice el reproche punitivo, dado que la no

///

constitución de otra figura penal, irrelevante por cierto por haber estado constituido en el reproche principal, pues la existencia del arma formaba parte inescindible de este último.

De modo que ninguna violación normativa aquí se ha producido en perjuicio del inculpado.

El alcance del art. 54 del CP remite siempre a la imposición de la pena mayor, en el caso la del Art. 165 del mismo ordenamiento, y ésta ha sido la figura sobre la que han hecho hincapié lo jueces para fijar el alcance punitivo de la condena. El reenvío a esos fines no era necesario en esa instancia y tampoco lo encuentro que lo sea en ésta.

Es por ello que voto por rechazar el recurso de la Defensa interpuesto.

IV) Consulta

Sin perjuicio de lo expuesto y, conforme al monto de la pena impuesta a A. M., pasaré a analizar los distintos aspectos de la sentencia (art. 179 de la Const. Provincial), y en lo que a él respecta.

Previo a desarrollar el contenido de la sentencia condenatoria, aclaro que ya fue confirmada por la Cámara en lo Penal,

///

cumplíéndose de esta forma con la garantía del doble conforme.

a) En primer término comenzaré con la materialidad y autoría del hecho investigado.

Para ello los jueces valoraron:

- Las declaraciones de los damnificados A. Z. y A. B., que se

encontraban en el lugar permitieron así, de la mejor manera posible, reconstruir el suceso.

- El testimonio de C. C., quien describió lo que observó cuando los autores

huyeron de la vivienda. También dio

características de los sujetos, indicó que poseían armas, que uno estaba herido y que escaparon en el vehículo finalmente secuestrado.

- La partida de defunción de S. A. B. y testimonio del médico que le practicó la autopsia (dr. O. A. L.).

- La declaración de V. P. C., médica policial que certificó las lesiones que padecieron los otros dos damnificados.

- El procedimiento policial llevado a cabo en el escenario del hecho.

///

- El testimonio de A. R. C., que se domicilia a escasos metros de la vivienda de los acusados. Así relató lo que observó el día del hecho, que fue cuando los imputados arribaron en el rodado C., al domicilio de M., luego de haber cometido el delito. Dijo que le solicitaron el número telefónico de una ambulancia ya que había una persona herida.

- Hallazgo y secuestro del vehículo utilizado en el atraco.

Esta breve síntesis tiene por finalidad demostrar que los jueces contaron con un amplio material probatorio que les permitió arribar cómodamente a la conclusión condenatoria. Esta construcción no merece objeción alguna.

b) En cuanto al encuadre jurídico del caso, también habré de confirmarlo.

El tribunal evaluó, para encuadrar el hecho, el desapoderamiento efectuado con violencia y la muerte acaecida.

Quedó acreditado que A. disparó para vencer la posible e hipotética resistencia que ofrecieran las víctimas.

///

Como lo indiqué cuando traté la impugnación Fiscal, estimo que se probó la existencia de un plan común para perpetrar el atraco, por lo que corresponde asignarle este tipo también a

M..

c) Por último entiendo que la pena aplicada se ajusta a las reglas de los artículos 40 y 41 del CP.

El a quo no sólo aplicó correctamente aquellas pautas mensurativas sino que también brindó argumentos para fundar la decisión.

v) Por todo lo expuesto propicio en definitiva: **a)** Revocar parcialmente la sentencia N° 2303 del año 2015 en su punto V y condenar a G. J. M., como co-autor material y penalmente responsable del delito de Homicidio con motivo u ocasión de robo (Art. 165 del C.P.); **b)** Confirmar la absolución dictada en favor de M. C. M. de los delitos por el que fuera acusada y enunciados en el punto VI del resolutorio N° 2303; **c)** Absolver a L. E. A. M., G. J. M. del delito de Robo agravado por el resultado de lesiones graves (Art. 166 inc. 1 del C.P.) por el que fueran acusados; **d)** Confirmar el punto 2) la sentencia

///

de la Cámara Penal en cuanto readecúa la calificación legal e impone en definitiva la pena de diecisiete años de prisión a L. E. A. M.; e) Reenviar los autos a la instancia de origen para la determinación de la pena de G. J. M. en orden al delito calificado en ésta instancia.

Así voto.

El juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. El doctor Pflieger realizó una reseña de las sentencias recurridas, la número 2303/2015 del Tribunal Colegiado de Comodoro Rivadavia, y la número 27/2015 de la Cámara en lo Penal de aquella ciudad.

Además, delineó un resumen de los agravios expuestos en las impugnaciones extraordinarias promovidas por la representante de la Fiscalía, (contra el fallo de los jueces del debate) y por la Defensora Pública -en desmedro del pronunciamiento del tribunal revisor.

II. Para facilitar la lectura y comprensión, seguiré el orden metodológico propuesto por el ministro Pflieger, comenzando por el remedio de la acusadora pública.

El primer embate está dirigido a controvertir la nulidad de la acusación decidida por los

///

magistrados del debate con relación a la imputación por robo agravado por el resultado de las lesiones causadas.

Los sentenciadores invalidaron parcialmente el hecho imputado por afectación al debido proceso y a la defensa en juicio, ya que detectaron omisiones en la intimación. Consideraron que la falta de especificación acerca de la entidad de los padecimientos verificados en dos de las víctimas, acarrearía su nulidad.

Discrepo de tal aseveración ya que no vislumbro la sorpresa alegada por la defensa y acogida por los magistrados.

En el requerimiento acusatorio la fiscalía mencionó las lesiones sufridas en la emergencia por A. S. y su esposo, A. B.. Describió que los disparos efectuados por A. M. impactaron en la humanidad de A. B., concretamente uno en su mano derecha y el restante, en una de sus piernas, provocándole lesiones traumáticas y fracturas en ambas manos y lesión de varios dedos. Agregó que, por su parte, S. resultó con una herida de arma de fuego en la región femoral de pierna derecha, con fractura expuesta y compromiso de articulación.

///

Las heridas mentadas fueron certificadas por la doctora P. C. y constan en la Historia Clínica de las víctimas.

De esta manera, la incriminación incluyó los detalles necesarios acerca del contexto en el que se produjeron las lesiones, cómo y quién las ocasionó y ofreció la documentación de los facultativos que apoyaba esos extremos. La defensa pudo confrontar los datos apuntados y examinar el testimonio de la doctora P. C..

No advierto, entonces, violación alguna al derecho de defensa ni ninguna situación de desconcierto. El hecho, desde los albores de la investigación, fue insimulado de manera circunstanciada y contó con respaldo documental. La omisión de estipularle al accionar un correcto encuadramiento legal, no apareja la nulidad de la imputación, desde que ésta versa sobre hechos, no sobre tipos o sanciones penales.

Sin embargo, propiciaré la misma solución del ministro Rebagliati Russell, quien reprodujo las falencias probatorias advertidas en la instancia anterior.

Es que para que la acusación hubiera sido eficaz, debió especificarse que se trató de un tipo de lesión de las previstas en los artículos

///

90 y 91 del Código Penal y, en su caso, debió determinarse a cuál de ellas se refería.

En el caso, permanece la incertidumbre acerca del tipo de lesión sufrida (por la falta de descripción), lo que puede conducir a creer que se trató de una lesión leve, lo que la excluiría del tipo del artículo 166, inciso 1° del ordenamiento sustantivo.

En mérito de lo expuesto, postularé, en sintonía con el ministro Rebagliati Russell, la absolución de G. J. M. y L. E. A. M., con relación al delito de robo agravado por el resultado de lesiones graves (artículo 166, inciso 1° del Código Penal).

Si bien, como anoté, la acusación es válida y no adolece de las imprecisiones descriptivas que causen estupor, no procederá el reenvío puesto que ello implicaría concederle una nueva oportunidad a la fiscalía de subsanar sus omisiones probatorias y mejorar la imputación, en desmedro de los imputados.

III. De continuo, trataré el segundo cuestionamiento de la acusadora pública, esto es, la absolución de M. C. M., decidida por los jueces de mérito.

///

En este sentido, señalaré que aun cuando la revisión pretendida se encuentra autorizada por el artículo 378, inciso 2° del Código Procesal Penal, se debe ser muy cauto y actuar con severidad cuando el recurso es impulsado por un acusador contra un decisorio que, como en el caso, desvincula a la atribuida.

En efecto, juzgo que no existen los condicionamientos que la Fiscalía denuncia, sino que los magistrados han proporcionado una exposición lógica para justificar su decisión.

Luego de analizar el material probatorio disponible, los jueces afirmaron que no existían elementos que situaran a la incusa en el lugar y momento de los hechos.

Así, ponderaron el testimonio de C. C. quien observó a G. M. y a L. A. M. subirse a la parte frontal de la camioneta C. blanca (del lado del conductor).

Luego, valoraron el resultado negativo de rastros de la mujer en el rodado. Sólo se hallaron los de G. M. y A. M..

R. A. afirmó que el hecho fue cometido únicamente por su exnovio M. y A. M. y que luego de perpetrarlo se dirigieron al domicilio de M.

///

M., quien los auxilió en la emergencia, llevando a M., que estaba herido, a la C. D. V..

A su turno, los magistrados señalaron las inconsistencias en el testimonio de A. C., a quien la fiscalía le asignó un valor incriminatorio importante.

En conclusión, advierto que los magistrados escrupulosamente cotejaron todo el material probatorio reunido, evaluando los testimonios y experticias. Luego de ese análisis, hallaron dudas para endilgarle en forma certera participación y responsabilidad en el evento.

Así las cosas, juzgo que la labor intelectual de los magistrados no puede ser conmovida por la impugnación extraordinaria deducida. Advierto en la sentencia un abordaje completo de la prueba ventilada en el debate y fundamentos lógicos en la decisión adoptada.

Por todo ello, concuerdo con los votos previos: deberá rechazarse este agravio de la titular del Ministerio Público Fiscal y confirmarse la absolución de la encartada.

IV. La última oposición de la acusadora versa sobre la significación jurídica del accionar de G. M..

El tribunal de juicio, por mayoría, encuadró la conducta de aquél en la figura del artículo 166, inciso 2º, párrafo segundo y 45 del Código Penal.

Juzgo, por los fundamentos que expondré más adelante, que la mayoría del Tribunal a quo plasmó un análisis parcial y sesgado de los distintos elementos del juicio, que lo llevó a seleccionar una calificación jurídica del hecho incorrecta.

Es que si tomamos en consideración los sucesos acreditados, no caben dudas de que correspondía subsumirlos en la figura prevista en el artículo 165 del Código Penal, con la agravante del 41 bis de ese mismo cuerpo normativo.

En el caso se comprobó que dos personas ingresaron a la vivienda de la familia B. con el fin de sustraer bienes. Cada uno de los consortes tenía asignada una función, encaminada a perpetrar el ilícito.

Así, luego de irrumpir en el domicilio, redujeron violentamente a A. S. y a su hijo S. A. B.. Una vez que los tuvieron inmovilizados en el suelo (A. S. era apuntada por A. M. con un arma de fuego), M. comenzó a exigirles la entrega de dinero y bienes.

La aparición sorpresiva de A., el padre de la familia, quien se hallaba descansando en otro sector de la vivienda, complicó el escenario del atraco, ya que éste disparó contra M. y A. M., a fin de detener el accionar de aquéllos. La

///

intervención de A. B. desencadenó una refriega armada, que acabó con las tres víctimas baleadas -una de ellas, S., con heridas de gravedad, que provocaron su fallecimiento a los pocos días- y uno de los asaltantes heridos.

Tras el tiroteo, los atracadores emprendieron la huida a bordo de la camioneta C., que se hallaba estacionada en cercanías al domicilio de los B..

De este breve relato de la secuencia del evento se desprende que el suceso fue único y que existió una decisión previa y común de cometer el atraco, independientemente de los diversos roles asumidos por cada uno de los que tomaron parte en la ejecución y tenían el dominio total del hecho.

M. y A. M. planearon el atraco a la familia B.. En ese derrotero, se distribuyeron tareas y roles. M. conocía la existencia del arma -cargada y con aptitud de disparo- que llevaba A. M. y aceptó, como integrante de esa empresa común, que ésta sería usada por su consorte para amedrentar y doblegar a los moradores o, como sucedió, para resistir un ataque sorpresivo y procurar el escape.

De esta manera, cabe responsabilizar a M. por las mismas consecuencias que a A. M., pues -

///

insisto- el hecho es uno solo y no pueden escindirse las derivaciones del accionar de los interventores.

Todos los que tomaron parte en el desapoderamiento quedan incurso aun cuando no hayan sido autores de la muerte, desde que el grado de participación debe analizarse respecto del delito base -el robo- y no con relación al resultado -el óbito.

Así las cosas, la muerte de alguna de las víctimas estaba inserta en el contexto perfectamente planeado y programado por los involucrados ya que M. actuó en conjunto y concertadamente en el evento, realizando una parte esencial del plan.

De lo anterior se deriva que ha habido un error en la interpretación de las normas penales que aplicaron los jueces del juicio. Éstos fragmentaron y menoscabaron el sentido unitario del accionar de los imputados, discriminando la actividad de cada uno de los sujetos, como si se tratara de conductas aisladas o hechos independientes.

M. desplegó la acción típica y dominó el hecho, es decir, actuó en conjunto y

///

concertadamente en el evento, realizando una parte esencial del plan.

Así las cosas, su accionar encuadra en la figura prevista en el artículo 165 del código sustantivo -robo con resultado de muerte-. Además, en el caso, el robo del que derivó un homicidio, fue ejecutado con un arma de fuego apta, de modo que el delito está agravado tal como lo dispone el artículo 41 bis del cuerpo legal citado. Por lo tanto, corresponde recalificarlo en ese sentido, propiciando el reenvío de las actuaciones a otro tribunal para fijar una nueva pena.

Aunque los jueces de la Cámara en lo Penal omitieron la agravante genérica para el caso de A. AM., en el trámite de esta impugnación no es materia discutida. El caso, con respecto a G. M., debe resolverse del modo en el que la ley manda, esto es, coautor del delito previsto en el artículo 165 del Código Penal con la agravante del artículo 41 bis de ese mismo cuerpo legal.

V. Seguidamente, trataré la queja introducida por la defensora pública del condenado L. A. M.. La abogada pretende la reducción de la sanción penal que fijó la Alzada, tras readecuar la calificación del delito enrostrado.

///

Rechazaré el cuestionamiento desde que los miembros de la Cámara en lo Penal brindaron fundamentos legales para sostener que no existía concurrencia entre el delito del artículo 165 del Código Penal y la tentativa de robo agravado por la utilización de un arma de fuego, como lo había sentenciado el tribunal a quo.

Esa modificación no trajo aparejada variaciones a la sanción impuesta por los jueces del debate. La Alzada explicó las razones por las cuales no se apartaba de aquel monto.

Convalidaré esta decisión ya que no advierto arbitrariedad alguna ni violación a ninguna garantía del incuso.

VI. Por último, en observancia del instituto de la Consulta, cabe que me pronuncie sobre la condena de L. E. A. M..

La labor de los jueces del debate ya fue fiscalizada por los de la Alzada, de manera que, se encuentra cumplido el derecho del incuso a obtener un doble conforme.

VII. La plataforma fáctica del evento se comprobó a partir del testimonio de los damnificados, A. S. y A. B.. Ellos describieron cómo se desarrollaron los sucesos, desde la

///

irrupción violenta de los asaltantes, hasta que éstos emprendieron la fuga.

C. C. brindó detalles acerca de la secuencia inmediatamente posterior a la salida de los autores de la morada de las víctimas. La vecina, que vio a dos muchachos corriendo, expresó que uno de ellos estaba armado y el otro herido -pues corría con dificultad-; que se subieron a una camioneta blanca que estaba estacionada en una esquina.

El óbito de S. A. B. se acreditó mediante el certificado de defunción. El médico forense O. A. L., quien efectuó la correspondiente autopsia, informó que la causa eficiente de la muerte fue un shock séptico con fallo multiorgánico, debido a la perforación intestinal y hemoperitoneo, causada por una herida de arma de fuego en el abdomen.

La médica policial V. E. P. C. describió las heridas de arma de fuego exhibidas por A. B. y A. S..

La existencia de rastros hemáticos en la escena del hecho e inmediaciones, así como el peritaje criminalístico, completaron el cuadro probatorio.

VIII. La autoría de A. M. fue correctamente construida.

En este tramo, los jueces acudieron nuevamente al testimonio de la vecina C., quien observó a los asaltantes cuando huían y abordaron el rodado marca C..

A su turno, el hallazgo de la camioneta empleada en la emergencia y el levantamiento de rastros papilares de A. M., en el parante de la puerta del conductor, también fueron ponderados por los sentenciadores.

IX. Discrepo de la calificación legal escogida por la Cámara en lo Penal como robo agravado por el resultado mortal (artículo 165), ya que, como dije al tratar la situación de G. M., el hecho del caso también es alcanzado por la agravante del artículo 41 bis, por haberse empleado un arma de fuego.

Ha quedado demostrado que la muerte de S. A. B. apareció como un resultado contingente de violencia armada -ejercida con un arma de puño- empleada por los incusos para cometer el desapoderamiento, el que no llegó a ser concretado.

X. La medida de la pena seleccionada se ciñe a las pautas legales que regulan el instituto, por lo que no hay argumento para adulterarla.

XI. En conclusión, de acuerdo a lo expuesto, corresponde: a) **admitir parcialmente** la impugnación extraordinaria de la representante de

///

la Fiscalía de Comodoro Rivadavia (fojas 696/704); b) **revocar** el punto V) de la sentencia N° 2303/2015 del Tribunal Colegiado de la ciudad petrolera, **condenar** a G. J. M. como coautor del delito previsto en el artículo 165 del Código Penal con la agravante del artículo 41 bis de ese mismo cuerpo legal y **disponer el reenvío** a la instancia previa para la realización del correspondiente juicio de cesura; c) **confirmar** la absolución de M. C. M. (punto VI. de la sentencia N° 2303/2015 antes mencionada); d) **absolver** a G. J. M. y L. E. A. M. del delito de Robo agravado por el resultado de lesiones graves (artículo 166, inc. 1 del Código Penal); e) **rechazar** la impugnación extraordinaria de la Defensora Pública de L. E. A. M. (fojas 690/692 y vuelta), con costas; y f) **confirmar** la sentencia N° 27/2015 de la Cámara en lo Penal de Comodoro Rivadavia en cuanto readecuó la calificación legal del accionar de L. E. A. M. y confirmó la pena de diecisiete años de prisión establecida oportunamente.

Así voto.

Con lo que finalizo el Acuerdo, pronunciándose la siguiente

///

----- S E N T E N C I A -----

- **1°) Declarar** parcialmente procedente la impugnación extraordinaria de la representante de la Fiscalía de Comodoro Rivadavia (fojas 696/704);

2°) Revocar el punto V) de la sentencia N° 2303/2015 del Tribunal Colegiado de Comodoro Rivadavia.

3°) Condenar a G. J. M. como coautor del delito de Robo con resultado de homicidio, previsto en el artículo 165 del Código Penal.

4°) Reenviar a la instancia correspondiente para la realización del juicio de cesura de G. J. M..

5°) Confirmar la absolución de M. C. M. (punto VI. de la sentencia N° 2303/2015 antes mencionada).

6°) Absolver a G. J. M. y L. E. A. M. del delito de Robo agravado por el resultado de lesiones graves (artículo 166, inc. 1 del Código Penal).

7°) Rechazar la impugnación extraordinaria de la Defensora Pública en beneficio de L. E. A. M., en lo que fue su materia (fojas 690/692 y vuelta), con costas.

8°) Confirmar la sentencia N° 27/2015 de la Cámara en lo Penal de Comodoro Rivadavia en cuanto

///

readecuó la calificación legal del accionar de L. E. A. M. y confirmó la pena de diecisiete años de prisión establecida oportunamente.

9°) Protocolícese y notifíquese.-

Fdo. Jorge Pflieger-Alejandro Javier
Panizzi Daniel A. Rebagliati Russell-Ante mi: José
A.

Ferreyra Secretario

///