En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 03 días del mes de julio del año dos mil ocho, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, integrada por los doctores Jorge Pfleger, Alejandro Javier Panizzi y Juan Pedro Cortelezzi, con la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados **"C. H. E. y otro p.s.a. Homicidio Calificado – Puerto Madryn"** (Expte. 20.950 – F° 5 - T° II – C – Año 2007).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 1122: Pfleger, Panizzi y Cortelezzi.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. Ha venido a consideración de esta Sala la sentencia emitida por la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Puerto Madryn, que el día 9 de mayo del año 2007 condenó **W. F. G.** como autor material y penalmente responsable de los delitos de robo en concurso real con homicidio doblemente agravado por ensañamiento y conexidad en carácter de coautor (arts. 164, 80 inciso 2 y 7, 45, 54, y 55 del Código Penal) a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas (arts. 12, 29 inc. 3ro. del Código Penal), por los hechos ocurridos en la ciudad de Puerto Madryn el día veinticuatro de mayo de 2006, siendo alrededor de las 2,30 horas, en perjuicio de M. R, de E.; y a **H. E. C.**, como autor material y penalmente

responsable de los delitos de robo en grado de tentativa en concurso real con robo en concurso real con homicidio doblemente agravado por ensañamiento y conexidad en concurso real con el delito de incendio en concurso real con violación de domicilio (arts. 164, 42, 54, 55, 80 inciso 2° y 7°, 186 inciso 1° y 45 del Código Penal), a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas (arts. 12, 29 inc. 3° del Código Penal) y declaración de primera reincidencia (art. 50 del C.P.), por los hechos ocurridos en esa ciudad de Puerto Madryn el día 24 de enero de 2006 alrededor de las 05.00 horas, en perjuicio de G. M. G., y el día 24 de mayo de 2006 alrededor de las 02,30 horas en perjuicio de M. R. M. de E. y de la seguridad común y el mismo día alrededor de las 03,00 hs. en perjuicio de J. L. F. .

Los hechos contenidos en la requisitoria de elevación a juicio, sobre los que versó el debate, son los que de continuo se escriben:

En causa N° 18/07:

Primer Hecho: "*... El día 24 de enero de 2006, alrededor de las 05,00 horas en el Centro Kinesiológico ubicado sobre la calle Marcos A. Zar entre Irigoyen y R.S. Peña, perteneciente al Sr. G. M. G., ingresó el Sr. C. violentando la cerradura de la puerta de acceso; luego en el interior siguiendo un pasillo llega al fondo del inmueble donde hay una escalera que da al techo de la vivienda y junto a éste se encuentra la*

ventana por la cual ingresó al interior de la misma el caco, rompiendo el vidrio de la ventana. Una vez en el interior sustrajo una computadora completa (monitor, un protector de pantalla, un CPU, un teclado, un mouse) y un enchufe tipo zapatilla todo envolviéndolo en una cortina. C. fue interceptado por la policía sobre la calle San Martín, cargando los elementos sustraídos..." (textual del acto procesal mentado).

En causa N° 11/07:

Primer hecho: "*... El día 24 de mayo del año 2006, aproximadamente a las 02,30 hs. H. E. C. y W. F. G., ingresaron al departamento N° 7 del inmueble sito en calle Aarón Yenkins N° **** de esta ciudad* (Puerto Madryn)*, en el que se domiciliaba M. R. M. de E. , con intenciones de apropiarse de elementos varios que había en el lugar. Los nombrados redujeron a la nombrada y al verse en un momento determinado reconocidos por ésta comenzaron a asestarle puñaladas y golpes en distintas partes del cuerpo, provocándole lesiones diversas irreversibles que momentos más tarde produjeron su deceso, tales como lesiones vasculares múltiples por acción de armas blancas y múltiples heridas contusas que consumieron tejidos hemáticos, trauma cráneo-encefálico con lesiones contusas y hemorragias del encéfalo, acción traumática violenta sobre estructuras del cuello con improntas en la piel y fractura del cartílago tiroideo compatible con maniobras de*

*mecanismo de estrangulamiento y/o elementos flexibles (tela, género, etc.) coadyuvado por compresión de la zona reflexógena del seno carotideo que pudo generar un componente de inmovilización transitoria, siendo finalmente la causal de la muerte un shock hipovolémico por hemorragias pluriorgánicas, sometiendo así a la víctima a un sufrimiento innecesario dado que basta tener en cuenta la contextura física y edad de la misma para apreciar que su eventual resistencia era fácilmente vencible por los imputados, surgiendo claramente que la muerte fue provocada intencionalmente, fuera del contexto del robo ya consumado, en forma innecesaria y no accidental, con el propósito de asegurar la disposición de lo robado y lograr la impunidad, esto es, no ser descubiertos por la autoridad, puesto que conforme se asentara, la víctima llegó a verlos cuando ejecutaban el atraco. Cabe señalar que H. C. sustrajo una cámara fotográfica marca "Pentax", modelo Espío 150 SW, serie N° *******, y W. G. un gorro playero de color azul. Luego de concretar el hecho H. C., antes de retirarse comenzó a prender fuego el inmueble eligiendo como punto de inicio la habitación y el living, en razón de los elementos altamente inflamables que había en dichos sectores del departamento, lo que motivó la intervención del personal de Bomberos para evitar que el fuego consumiera el inmueble..."*

Segundo hecho: *"... El día 24 de mayo del año 2006, aproximadamente a las 03,00 horas de la madrugada H. C. produce roturas en la cerradura de la reja del domicilio sito en Roca N° **** de esta ciudad (*Puerto Madryn), *propiedad de J. L. F. , viola el domicilio de éste porque ingresa al patio del mismo, intentando acceder a otras dependencias por una escalera, cuestión que no pudo lograr, como para retirarse del lugar, y posteriormente ser detenido, resistiéndose a la autoridad policial que patrullaba el lugar..."* (ambos textos se toman de las transcripciones de la sentencia, y conciernen a los hechos por los que los sujetos fueron condenados y se omite repetir las consideraciones de la querella por no existir variantes).

II. A fs. 1008/1047 vta. luce recurso de casación presentado por G. M. Del B. , Defensora Jefe, y L. H. B. , Abogado Adjunto, ambos de la Oficina de la Defensa Pública de la ciudad de Puerto Madryn, en representación de H. E. C. y de W. F. G..

II. a. Con relación a la causa N° 18/07, los recurrentes sostuvieron la nulidad de la detención y posterior secuestro de los efectos que había sucedido, que trajeron a instancia invocando la causal contenida en el art. 415 inc. 2 del C.P.P. pues sostuvieron que había sucedido violación del art. 18 de la Constitución Nacional y 7° de la Convención Americana de

Derechos Humanos.

Como lo hicieron en los alegatos finales, cuestionaron la legalidad de la detención de H. C. en la madrugada del día 24 de enero de 2006, ocurrida por obra del empleado policial G. A. y de otros agentes, y consecuentemente, el posterior secuestro de un equipo de computación (acta de fs. 1/2 que fuera incorporada por lectura al debate), porque entendieron que no se daban en el caso ninguno de los supuestos en que el Código Procesal Penal faculta a la policía para proceder a la detención de una persona sin orden judicial.

Afirmaron, también, que el hecho escapaba a las previsiones de la ley Provincial 4123, modificatoria del Art. 10 de la ley 815, por las que se establece una autorización a la policía para demorar a las personas en la vía pública.

Al respecto aludieron a que: *"... a la exigencia de las "circunstancias que lo justifiquen" se deben sumar cumulativamente la necesidad de conocer los antecedentes de la persona y que ésta se niegue a identificarse o no lo haga de modo suficiente o fehaciente. Debiendo en los casos de darse los requisitos fijados, provenir la orden del personal superior de la institución..."* y que, si bien los policías pudieron tener una sospecha razonable de la existencia de una actividad delictiva indeterminada con base en el hecho objetivo de

ver transitar a las cinco de la mañana una persona por la vía pública llevando consigo una cortina anudada en sus extremos con elementos en su interior, ante la falta de identificación de un delito determinado -que imposibilitaba la imputación de un delito concreto- la actividad policial debió culminar con la identificación del sospechoso.

Sostuvieron que el traslado de C. a la comisaría en esas circunstancias no estaba legalmente autorizado, resultando de ello una detención ilegítima que inficionó –por añadidura- la incorporación todas las probanzas que podían tener su origen o derivación en ella.

Criticaron el razonamiento de la Jueza del primer voto porque entendieron que la libertad física o de locomoción o ambulatoria de todos los habitantes está expresamente consagrada en los arts. 14 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional que trae al plexo el art. 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Afirmaron que ella –la sentenciante- incurrió en error cuando sostuvo que la policía procedió legalmente a la detención por aplicación del art. 253 del C.P.P, puesto que en el caso, y al momento de la detención, la vinculación entre un ilícito penal y C., como presunto culpable, no existía.

El acta misma de fs. 1/2 –dijeron- puso de manifiesto que Antenao detuvo a C., lo trasladó a la comisaría e inició luego el rastrillaje en las inmediaciones por otros policías, en procura de determinar la procedencia de los elementos.

Resaltaron que, contrariamente a lo sostenido por la Jueza del primer voto, sí hubo solución de continuidad entre el momento de la detención de C. y el posterior rastrillaje que permitió conocer el lugar saqueado.

Fueron críticos de la aplicación del artículo 165 inciso 2° del C.P.P. que realizó la Magistrada porque resultaba al margen del texto legal que refiere a las atribuciones y facultades que nacen a partir de la existencia de circunstancias suficientes para la identificación de un delito.

Indicaron el error en que en su voto había incurrido el otro Juez, esta vez por encuadrar el caso -en defensa de la legalidad de la detención- en el ámbito del artículo 253 del C.P.P. pues la norma trata de supuestos que habilitan la imputación penal de un delito concreto, y la sospecha por más razonable que se presente a través de una actividad relativamente indeterminada, como en el caso, solo habilitaba a la prevención a adecuar su accionar a la ley 4123 modificatoria del art. 10 de la ley 815.

En subsidio plantearon la nulidad de la sentencia por falta de fundamentación suficiente

(arts. 415 inc. 2 y 363 inc. 3 del C.P.P., Ley 3155; afectación l derecho del defensa y debido proceso (art. 18 C.N. 44 y 45 C. Provincial)

Bajo ese título sostuvieron que los Jueces no dieron razones de cómo llegaron los objetos secuestrados a poder del imputado, y que la sola tenencia de los elementos sustraídos en cercanía del lugar del hecho son motivos insuficientes para genera la certeza positiva que debe alcanzar el juzgador a fin de derribar la presunción de inocencia.

Llamaron la atención respecto de las pruebas producidas en el debate y a las incorporadas por lectura, afirmando que bien podrían conducir a conclusiones diferentes a las que arribaron los sentenciantes, ya que C. pudo haber encontrado en la vía pública las cosas que se decidió a transportar, pudo no haber sido quien ingresó al lugar y aun, haber participado secundariamente del hecho.

Con cita de jurisprudencia de este Tribunal afirmaron que la sentencia en crisis viola el principio lógico de razón suficiente y por ello debe ser casada absolviéndose a su asistido C..

II. b En torno al expediente numerado 11/07, desarrollaron la crítica en torno a los siguientes puntos:

a) Inobservancia de las formas previstas en la ley bajo sanción de nulidad e inadmisibilidad. Violación al debido proceso y la defensa en

juicio (Art. 18 C.N.; Arts. 44, 45 y 46 C.P.; 149 inc. 3, 150 in fine, 363 inc. 3 y 415 inc. 2 C.P.P.)

Con este título indicaron distintas hipótesis de nulidad del procedimiento, a saber:

a.1 Nulidad de los actos procesales plasmados en el acta de fs. 17/20. Actos definitivos e irreproducibles llevados a cabo sin notificación a la defensa. Nulidad de las pericias de fs. 252/260; de fs. 233/250 y parcialmente de la pericia de fs. 490/493. Violación de los artículos 6, 7, 89, 177 y 149 inc. 3 del C.P.P. Afectación al derecho de la defensa en juicio y debido proceso.

Criticaron las soluciones generadas por los Jueces de Mérito transcribiendo lo consignado en el art. 45 de la C.P. y 7 del C.P.P., con citas de E. M. Jauchen en su obra "Derechos del Imputado".

Concluyeron en que la imputación a C. tuvo lugar bastante tiempo antes de la realización de las diligencias de carácter definitivo e irreproducible plasmado en el acta de fs. 17/20.

Aclararon que la "urgencia" en la que se fundamentó la decisión, fue inexistente ya que del acta de fs. 2/3, situada a las 3.20 hs. de la madrugada del día 24 de Mayo, surgía que dada la insuficiente iluminación se decidió cerrar el departamento, preservar el lugar y efectuar la inspección ocular y el levantamiento de

evidencias a primeras horas de la mañana, surgiendo del acta de fs. 17/20 que el procedimiento se inició a las 9,40 hs. del día 24 de Mayo.

Al respecto, se manifestaron en desacuerdo con la invocación del art. 165 incisos 2 y 4 que realizaron los Jueces, pues entendieron que no se dieron ninguno de los supuestos a que se refieren los incisos mencionados. Pensaron así, tal lo afirmaron, por cuanto el inciso 2° del adjetivo refiere a la facultad policial de proceder "... hasta que llegue el juez..." y afirmaron que estaba demostrado con el acta de fs. 2/4 que el Juez llegó en lo inmediato. Asimismo, que el inciso 4 refiere al "... peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación...", y la investigación se postergó por ausencia de iluminación (fs. 2/4).

Sostuvieron que considerar la presencia del Fiscal en un procedimiento como garantía de legalidad implicó desconocer los alcances del derecho de defensa en juicio e ignorar la clara disposición del art. 172 del C.P.P. que expresamente prevé bajo sanción de nulidad la notificación, no solo al Fiscal de los actos a los que alude, sino también a los defensores del imputado.

1.2. Nulidad de la requisa y secuestro de la máquina fotográfica marca Pentax. Modelo Espio, por afectarse la garantía del debido proceso

Art. 18 C.N.; 44 C. Prov. (Arts. 199, 165 inc. 5, 149 inc. 2 y 363 inc. 3 C.P.P.).

Este abanico de crítica fue formulado en la medida en que consideraron que se debió contar con una orden judicial de requisa para secuestrar el objeto la de manos de C., lo que no había sucedido.

1.3. Nulidad de la pericia de ADN de fs. 490/493 por falta de adecuada preservación del material sobre el cual se realizó.

En esta porción de los agravios, los recurrentes hicieron hincapié en que el traslado de las prendas desde el hospital hasta la comisaría por la autoridad policial, lo fue sin respetar los preceptos rituales (ensobrado de las prendas y firma de testigos) afectándose su seguro resguardo, lo que a su criterio de ellos redujo el traslado de esos elementos a la condición de ilegal con menoscabo del constitucional derecho al debido proceso, extendiéndose la nulidad por imperio del art. 46 de la C.P.P a la pericia de ADN de fs. 490/493.

2. Nulidad de la sentencia por arbitraria valoración de la prueba vinculada a la determinación de la capacidad de culpabilidad del imputado C.. Afectación al derecho de defensa por denegación arbitraria de prueba esencial ofrecida. Violación a las garantías de debido proceso y la defensa en juicio.

Previo aclarar que en los alegatos finales

la Defensa sostuvo que del análisis crítico de la prueba producida surgía una duda razonable sobre la imputabilidad de H. C. en el hecho investigado, formularon una extensa crítica de los votos de la mayoría.

Sostuvieron que el informe pericial que tomaron en cuenta (fs. 21/22) era una opinión puramente arbitraria constituida por aserciones sin fundamento racional que lo privaron por ello de toda fuerza acreditante, ya que los peritos no dieron razón de las operaciones técnicas que se practicaron, ni de los razonamientos que los llevaron a las conclusiones efectuadas. Porque -aseguraron- tampoco hay detalle alguno de las prácticas o técnicas semiológicas de la psiquiatría forense que dijeron haber desplegado.

Remarcaron que: *"... si se tiene en cuenta que del dictamen se desprende que "al confrontarlo (al imputado) con contradicciones u ocultamiento que contradicen las conductas objetivas que se infieren del análisis del lugar del hecho y de sus afirmaciones, comienza con un pormenorizado relato que confirma que tuvo dominio de sus acciones y comprensión de la criminalidad del acto", queda claro cual fue el método inconstitucional aplicado..."*

Sostuvieron que la sentenciante basó su fallo en aquellas conclusiones arribadas por métodos vedados adoptándolas cual dogma.

Consideraron que conocer, entender y

comprender son conceptos que deben ser distinguidos con claridad: Conocer es un acto sensoperceptivo de índole natural, entender se encuentra íntimamente relacionado con la esfera plenamente intelectual, con la razón y, comprender es valorar, función que emana de la esfera afectiva.

Señalaron que el mismo dictamen al que se aferró la Magistrado señalaba que C. "no demuestra mayor afectación de tipo ético-moral por el accionar que le es imputado", preguntándose al respecto cómo supieron y probaron los médicos forenses que C. al momento del hecho podía comprender la criminalidad del acto, si admitieron que poseía condiciones limitadas para vivenciar los valores.

Citándolo a Frías Caballero pusieron de relieve las diferencias que existen entre un saber o entender puramente intelectual y la participación emocional volitiva en la valoración ético-social de una situación, afirmando expresamente: "... *Sin la comprensión el valor no es otra cosa que una masa inerte fría de representaciones, sin posible gravitación afectiva sobre la dirección espiritual de la conducta. Quien no siente el valor no lo comprende por lo tanto no lo conoce; el incapaz de comprenderlo es a la vez incapaz de valorar y en consecuencia incapaz de actuar conforme al valor...*"

Hicieron mención de la abiotrofia cortinal frontal no acorde a su edad, que se constató en C., llamando la atención sobre el hecho de que el área prefrontal se relaciona con la valoración de las conductas, ya que la función más importante de los lóbulos prefrontales es valorar, tal como fuera reconocido en el debate por el médico forense N. y por el médico neurocirujano C. A. .

Resaltaron que el principio lógico de razón suficiente por el cual todo juicio para ser realmente verdadero, necesita, precisamente, de una razón suficiente que justifique lo que en el juicio se afirma o niega con la pretensión de que sea verdad, no fue respetado.

Sostuvieron que el Magistrado adoptó la vieja concepción patologista elaborada por R., dejando la total problemática de la imputabilidad-inimputabilidad, sin resquicios, a la competencia de los peritos, quedando la función jurisdiccional reducida a la homologación lisa y llana del dictamen.

Denunciaron la exclusión del doctor M. C.,como medio de prueba, porque entendieron que con ella se violó el derecho de defensa del imputado.

Con relación a los agravios al imputado W. F. G., indicaron los siguientes:

1. Nulidad del secuestro del gorro por tratarse de un acto definitivo e irreproducible practicado sin notificación a la defensa del

imputado. Afectación del derecho de defensa en juicio y del debido proceso (art. 18 C.N.; 45 y 46 C.Prov.; arts. 176, 177, 149 inc. 3 y 150 C.P.P.)

Sostuvieron que la realización de tal acto procesal sin la notificación previa a la defensa técnica de G., conforme lo exigían los artículos 176 y 177 del C.P.P., por haber sido un acto definitivo e irreproducible, lo convierte en nulo.

Asimismo explicaron cómo, a su criterio de ellos, la pretendida razón de preservación de un testigo de identidad reservada era falsa.

Manifestaron que la doctora M. A. L. , Defensora Pública Penal, había asumido con anterioridad al 10 de agosto de 2006 la defensa técnica de Leandro I. en la causa caratulada: "I., Leandro y otro p.s.a. Robo en grado de tentativa" y tenía conocimiento concreto que era I. el mismo que, alojado en una celda en sede tribunalicia, revestía la calidad de testigo de identidad reservada en esta causa.

Sumado a ello, recalcaron que, por otra parte, surgía que la presencia del testigo I. en el acto llevado a cabo el día 10 de agosto de 2006 en el ex camping (acta de fs. 375), era absolutamente inútil e innecesaria, desde que el día 9 de agosto de 2006 el Juez de instrucción, el Actuario, el Fiscal Jefe y el testigo aludido, se habían hecho presentes en el predio del

camping y luego de una recorrida, I. manifestó que no podía precisar el lugar ya que en dicha oportunidad le fue señalado por otro sujeto que según sus dichos fue la persona que lo había enterrado.

Entendieron que por esa razón correspondía extirpar del proceso el acto nulo de secuestro del gorro documentado en el acta de fs. 375, el posterior reconocimiento del gorro (acta de fs.441) por constituir una consecuencia derivada del secuestro y la sentencia misma por basarse en prueba ilegítima (arts. 149 inc. 3°, 154 y 363 inc. 3° del C.P.P. y 46 del C.P.)

2. Nulidad de la sentencia por arbitrariedad en la valoración de la prueba realizada por los Magistrados. Inversión del principio de inocencia por apartamiento del in dubbio pro reo. Violación de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso (Arts. 18 C.N. 8.2 apartado 1 CADH; 14.2 PIDCyP; 43 C.P.; 107, 149 inc. 3, 150 in fine, 357, 358, 363 inc. 3, 415 inc. 2 y 429 C.P.P.).

En este apartado, los impugnantes atacaron la ponderación que la "a-quo" efectuó del testigo Leandro I., a quien consideraron que se caracterizaba por su falta de sinceridad y de veracidad.

Cuestionaron la credibilidad personal del nombrado sobre la base de lo manifestado en la audiencia por los testigos Y., P., G. y F., por

sus antecedentes de internación y por su vinculación con el hecho.

Sostuvieron que los Magistrados no tuvieron en cuenta la capacidad de percepción y personal del testigo, poniendo el acento en que es un sujeto que padece de graves adicciones tanto al alcohol como a los psicofármacos y otras sustancias tóxicas, circunstancias que fueron corroboradas por la testigo Y. quien refirió en la audiencia de debate que "... Leo estaba siempre perdido o empastillado..."

Afirmaron que tampoco se tuvo en cuenta en el análisis crítico de su testimonio el informe de la Licenciada S. S. , Directora de C. , quien afirmó que el nombrado I. "... *mantiene mecanismos de tipo psicopático tergiversado situaciones a través de su discurso e inculpando y depositando constantemente en otros, la responsabilidad de sus propios actos...",* ni la denuncia de su madre, agregada al mismo expediente de internación, en la cual el 20 de febrero de 2006 manifestó el estado de ebriedad e intoxicación de su hijo que lo llevó a agredir a su propia hermana embarazada para luego incendiar la habitación.

Brindaron un pormenorizado recuento de las situaciones en las que consideraban se habían producido contradicciones que desbarataban la versión de I. como creíble, y sin embargo no habían sido tomadas en cuenta por la sentencia y,

por ello, sostuvieron que adolecía de falta de motivación, habiendo sido construida guardando sólo una apariencia de decisión fundada, descalificándola como acto jurisdiccional.

3. Bajo el subtítulo: "*… Agravios en relación a los imputados H. E. C. y W. F. G....*" denunciaron errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 415 inc. 1° del C.P.P.).

Atacaron, en un primer punto, el encuadramiento legal en ensañamiento (art. 80 inciso 2 del C.P.) porque consideraron que no se había acreditado los elementos objetivos y subjetivos que la figura exige.

En esa inteligencia dijeron que del informe de la Autopsia realizado por los Médicos Forenses (fs. 203/207, 452) surge que en los tres grupos del cuadro de lesionología descripto, se hizo referencia a una víctima inconciente, y el hecho de que estuviera con vida no es suficiente para tener por probado el elemento objetivo si no se ha acreditado que poseía capacidad de sufrir y sentir, con el grado de certeza que exigía una eventual sentencia condenatoria.

Afirmaron que tampoco se comprobó en grado de certeza la concurrencia en el hecho, del elemento subjetivo, es decir que el autor haya realizado el hecho típico con una determinada intención o tendencia interna trascendente. No se acreditó la finalidad del agente orientada a la producción de sufrimiento en la víctima mayor que

el necesario para llegar al resultado muerte, circunstancia que no se puede inferir de la sola multiplicidad de heridas sufridas por la occisa.

En otro apartado de la casación tacharon el encuadre legal en el homicidio críminis causae por ausencia del elemento subjetivo del tipo.

Reclamando la aplicación de máxima taxatividad legal e interpretativa sostuvieron que siempre debe recurrirse a la interpretación más limitativa de la criminalización. Con cita del Juez Schiffrin sostuvieron que la rigurosísima sanción del art. 80 inciso 3 (el ahora inciso 7) debe reservarse exclusivamente para los casos de extrema peligrosidad: para aquellos en que el agente revelando un profundo desprecio por la vida humana decide por anticipado, fría y reflexivamente la eliminación de un semejante con miras a la realización de otra delincuencia futura. Distinto a la situación de un homicidio que, aunque vinculado o conexo a un robo, se produce ocasionalmente durante el curso de éste, como su resultado eventual o instantáneo que no entraba en los planes primitivos del autor.

Fueron luego, críticos en lo que consideraron la errónea aplicación de las reglas del concurso en la especie.

Entendieron que conforme a la descripción de los hechos, por tratarse de actos individuales producto de una voluntad unitaria en un contexto

temporal y espacial estrecho, no era posible afirmar que aquellos respondieron a una "decisión de acción" tan diversa que permitiera afirmar la presencia de una pluralidad de acciones, debiéndose calificar como un concurso ideal a la relación entre los delitos de robo y homicidio.

En otro pasaje de su extenso escrito, los impugnantes reclamaron la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua.

Sostuvieron que, en atención al límite máximo estipulado para la pena privativa de libertad por la ley 25.928 la sanción era de cumplimiento imposible, dado que en casi todos los casos supera la media de vida de la población del país, cuando más en condiciones carcelarias, generando una lesión al principio de legalidad estricta.

Esta circunstancia, acotaron, hace a la inconstitucionalidad denunciada por incompatibilidad con el artículo 18 de la Constitución Nacional (prohibición de penas crueles) ya que en el marco particular señalado, entendieron, la pena podía asimilarse con el tormento psíquico (art. 1 de la Convención contra la tortura y otros tratos y penas cueles inhumanos y degradantes; 5 de la DUDH; 7 PIDCyP; 5 inciso 2 CADH y 26 último párrafo DADyDH; 75 inc. 22 C.N.).

Consideraron, al respecto, que también resultaba aplicable en el supuesto que ocupa el art. 5.6 de la CADH y el art. 1 de la Ley 24.660,

desde que el censurado contravenía la finalidad de reinserción social.

Respecto de G. hicieron las mismas reflexiones que les condujeron a predicar la inconstitucionalidad, en el caso, de la pena perpetua aplicada. Aludieron a que por imperio del art. 56 bis de la ley 25.948 le serían vedados los beneficios comprendidos en el período de prueba de la ley 24.660, lo mismo que la libertad condicional.

Por último apuntaron a la errónea aplicación del art. 50 C.P. y denunciaron la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia decretada en perjuicio del imputado H. C. (art. 415 inc. 1° del C.P.P).

Para sostener este concepto se basaron en que el instituto de marras viola el principio de culpabilidad y el principio de legalidad del art. 18 C.N. en el plano de la tipicidad.

Indicaron que, de aplicarse la norma examinada, el juzgamiento no se estaría limitando a las acciones concretas del autor en un tiempo determinado, sino que se lo estaría juzgando también por acciones anteriores como lo son las sentencias condenatorias.

Previa reserva del caso federal concluyeron solicitando a este Tribunal que absolviera a sus defendidos de ellos ejerciendo la casación positiva, por razones de economía procesal, en virtud de las razones invocadas en cada uno de

los agravios. Supletoriamente, postularon que se redujera la culpabilidad de C. readecuando la pena, se declarara inaplicable al caso las agravantes estatuidas en los incisos 2 y 7 del artículo 80 del C.P. ajustando la respuesta punitiva y que se resolviera la inconstitucionalidad de la reincidencia y para el caso de mantenerse las calificantes, se aceptara la inconstitucionalidad de la pena perpetua decretada.

III. Concluida esta longa relación de las constancias causídicas necesarias de exponer para la solución de asunto he de echar algunas palabras para sembrar el sendero que luego transitaré en el proceso de análisis.

En primer término -y una vez más- diré que el caso, desde la perspectiva de la consulta que exige el adjetivo por razón de la pena aplicada y como derivación del mandato constitucional, debe ser atendido por el pleno del Tribunal.

He dado de manera pertinaz razones a ello, que no han sido atendidas por la mayoría. No obstante, quiero dejar en claro ahora, como lo he hecho antes, cuál es mi posición al respecto pues, la densidad del tema exige que aquella sea dejada a salvo en cada caso.

Dicho esto, una segunda aclaración. La sentencia será revisada bajo el prisma de la tesis del "máximo rendimiento" o del "máximo esfuerzo de revisión", acorde al tono que el

precedente “Casal” y otros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación le ha brindado a la casación en supuestos de condena, sin perder de vista las limitaciones naturales y jurídicas que apareja la ausencia de inmediación.

En tercer lugar deseo evocar el criterio de examen con el que construiré mi ponencia pues, sometidas a escrutinio cuestiones que envuelven la apreciación de la prueba y la manera de formular el discurso de justificación de una condena fundada en la certeza de los jueces, cobran virtualidad los juicios que vertiera en otros casos, a los que me remito en honor a la brevedad (ver mi voto en autos).

IV. Concluida la faena que me propuse a modo de proemio, penetraré en el examen de la sentencia y, al respecto y para despejar incógnitas, anunciaré mi disidencia con los planteos de los recurrentes todos, en toda su línea.

V. Causa 18/ 07.

V. a. La nulidad de la detención y posterior secuestro que surge del acta de fs. 1/2

Pese al empeño de la defensa por descalificar la sentencia en este particular tema, expongo mi disenso en relación con la posición que levanta al respecto.

Creo, y no con ello menoscabo, que se han puesto afanes infructuosos en escindir los hechos

de los enunciados teóricos, de los postulados dogmáticos.

Y esto lo digo así, de esta manera, porque no desconozco el principio constitucional erguido que, para bienes, tiene antecedentes muy antiguos en la legislación argentina y un contenido preciso que, en el caso, no se ha menoscabado.

Ya enunciaba el "Decreto de Seguridad Individual" sancionado por el Primer Triunvirato el 23 de Noviembre de 1811 en sus consideraciones que "... Si la existencia civil de los ciudadanos se abandonase a los ataques de la arbitrariedad, la libertad de imprenta publicada en 26 de Octubre del presente año, no sería más que un lazo contra los incautos, y un medio indirecto para consolidar las bases del despotismo. Todo ciudadano tiene un derecho sagrado a la protección de su vida, de su honor, de su libertad y de sus propiedades. La posesión de ese derecho, centro de la libertad civil, y principio de todas las instituciones sociales, es lo que se llama seguridad individual...".

Y así mandaba, artículo 2 en cuanto nos interesa que: "... Ningún ciudadano puede ser arrestado sin prueba, al menos semiplena, o indicios vehementes de crimen, que se hará constar en proceso informativo dentro de tres días perentorios. En el mismo término se hará saber al reo la causa de su detención..."; y así persistió en el Estatuto Provisional de 1815

(art. IX, Capítulo I de la Sección Séptima), en el Estatuto Provisional de 1816 (arts. 15, 16 y 17 del Capítulo 3°), en la Constitución de 1819 (arts. CXVI y ss) y en la Constitución de 1826 (art. 167) (ver al respecto "Estatutos, Reglamentos y Constituciones Argentinas" Librería Platero, Editorial- Buenos Aires, Biblioteca del autor de voto)

Ese fue el cuño liberal de nuestro artículo 18 de la Constitución Nacional y ese el espíritu de la regulación reglamentaria que consagran los Códigos de Procedimiento y las leyes que el Congreso o las Legislaturas locales sancionan en ejercicio del poder de policía, que dan fuente a las restricciones razonables de los derechos individuales (arts. 14 y 28 de la C.N.).

De modo entonces que, en el Estado configurado en el deber de abstención frente al ejercicio de la libertad de las personas, sólo se ejecuta la potencia vulneradora en los específicos casos previstos por la ley.

"... La libertad implica la ausencia de restricción arbitraria..." ha dicho la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica, pero "... no la inmunidad de regulaciones y prohibiciones razonables impuestas en interés de la comunidad..." (ver la cita a Samuel P. Weaver y su referencia en Linares Quintana, "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", Editorial Alfa, página 113)

La pertinencia de cuanto se ha dicho radica en que no toda limitación es "per se" un desmadre o desquicio del poder estatal, sino que resulta menester verificar en el caso concreto si algún aspecto de la libertad civil se encuentra menoscabado por la acción del poder público, para de ello derivar en la legalidad de los actos cumplidos por éste y su validez en el proceso penal. El cartabón, la regla de medida, lo constituirá esa idea acerca del poder y la manera de concebirlo en el Estado de Derecho.

Aquí, nos encontramos frente a la actividad policial que obtura la libre ambulación de una persona que camina por la vía pública, de madrugada, llevando consigo una computadora y otros elementos en una cortina de baño y que precipita la actividad de pesquisa de la policía y remata en la determinación de que se cometió un delito y en el encausamiento del sujeto de marras por sospecharse su vínculo.

La sentencia, por vía del primer votante, expresó al respecto: "... *Las circunstancias de tiempo, modo y lugar señaladas, a mi entender no sólo habilitaban el procedimiento, sino que obligaban al efectivo a realizarlo tal y como lo hizo, y adelanto, no observo en modo alguno extralimitación en el accionar ...(omissis)...Los efectivos policiales tienen la falcultad y el deber de realizar actividades de prevención, y así lo establece el art. 165 C.P.P. que instaura*

los supuestos en los cuales se puede y debe proceder sin orden judicial, aplicándose al caso el inciso 2do. de dicha norma. La existencia de un equipo de computación dentro de una cortina color crema resultaba ostensible; tanto, que ni siquiera se necesitó revisar el envoltorio para establecer de qué se trataba, y mucho menos, poder afirmar que hubiera existido una requisa en el caso. Asimismo, es dable destacar, a guisa de lo narrado, que C. no ingresó en averiguación de antecedentes, ni en el marco de la ley provincial N° 815, con su modificatoria ley N° 4123 como lo predica la defensa, sino como imputado de un hecho delictivo y así se consigna expresamente a fs. 2, cuando se lo registra en averiguación del presunto delito de robo en grado de tentativa, todo ello desde el inicio de las actuaciones. Asimismo, cierra definitivamente toda discusión acerca de la legalidad de procedimiento, lo prescripto por el art. 253 del C.P.P. cuando carga en cabeza de la prevención la detención de persona contra la cual hubiese indicios vehementes de haber participado en un hecho punible. Esta última norma, es de toda evidencia, alude a casos como el presente, en el que se interviene frente a un individuo llevando un voluminoso e inusitado envoltorio, por la calidad y dimensión del objeto, y a esas horas de la madrugada, al tiempo que se verifica la existencia de un presunto hecho contra la

propiedad en una vivienda vecina. Las circunstancias reseñadas y las manda procesales, no daban al personal policial otra opción que proceder a la detención y al secuestro...". Esta opinión fue compartida por su par del segundo voto.

No pierdo de vista la polémica que despiertan temas como el presente ya lo decía Morello en su artículo: "La actitud sospechosa como causal de detención de personas" (LL 1999-B-282) cuando expuso "... no cabe fiarse de las apariencias cuando se imponen fórmulas simples y directas, habida cuenta que si la reflexión profundiza las diversas capas de la cuestión no se tarda en advertir que el que nos convoca es uno de esos tipos de asuntos duros de pelar, en donde la clave (envuelta en particulares riesgos de diverso carácter históricos, culturales, de mudanzas de valores, de ausencia de reaseguros interiores eficaces, etc.) porfía por una búsqueda constante de criterios de razonabilidad y la necesidad de preservar, nada menos que en el coto de la libertad física, un espacio o reducto intangible a decisiones públicas determinantes de un avasallamiento sin "adecuada compensación" lo que se hace cada vez más difícil...".

Y ese autor, crítico como era de la decisión mayoritaria de la Corte Suprema en el caso "F. Prieto" en el que se cohonestó la detención de una persona sobre la base de la

"actitud sospechosa", no dejó de marcar la opinión de la minoría en cuanto a que esa circunstancia podía validar la actuación del poder público en la medida en que poseyera "causa razonable", esto es una concreta situación que permitiera verificar el proceder del que actuó.

En ese sentido tengo para mí que el contexto descrito en las líneas que han precedido a estos párrafos constituye un supuesto en que resulta razonable la actividad policial.

Debe de convenirse que la ronda policial con experiencia, aún mínima, en la detección de ilícitos no pudo dejar de verificar a ese sujeto que andaba con esos líos a cuesta a una hora más que extraña; tampoco que se haya administrado su aprehensión en el marco de las facultades que el rito (vigente a la época) brindaba a la Policía.

Obvio es que quien toma decisiones en el campo mismo de una tarea como la que se estudia, realiza operaciones intelectuales de menor calibre que aquellas que pueden formularse en el ámbito sereno de un despacho, y ese es un dato a tener en cuenta a la hora de ponderar los presupuestos fácticos que conducen a la actividad en relación con la norma que la permite.

Porque la racionalidad de la restricción será juzgada luego de asociar la percepción del agente público, la impresión que el cuadro le causa, las diversas opciones que pueda

representarse, las motivaciones y la autoridad de la que está investido.

Con la debida licencia, comenzaré por el final.

Aún cuando la sentencia hubiera tomado en cuenta las prescripciones del C.P.P, no desdeñaré comenzar el análisis desde otros ángulos para demostrar que, aún si la policía hubiera aplicado sus facultades propias como policía de seguridad del Estado, el resultado hubiera sido también la validez de lo actuado.

La Ley Provincial 815 (texto según las modificatoria 4123)regula, prolijamente, su función en este aspecto y le brinda el marco para la realización de la preservación del orden y de la seguridad pública.

En ese sentido la fuerza local posee capacidad para identificar personas, realizar operativos de prevención del delito y aún privar temporalmente de la libertad a las personas por un lapso determinado y por las razones que expresa, minuciosamente, el artículo 10.

No aparece, en el texto del acta, que la policía hubiera actuado bajo estas premisas, es verdad, como verdad es que los jueces -ya lo dije- no miraron el episodio desde esa perspectiva. Pero si acaso lo hubiese hecho, no me parece incorrecto y mucho menos ilegal que personas y petates hubieran sido conducidas a la policía, al menos para verificar adecuadamente la

identidad de la persona y tomar nota de los objetos que llevaba consigo. Y si en el curso de ese lapso se sospechó que los bienes eran mal-habidos y que la persona los había sustraído, tampoco me parece equivocado adoptar el criterio de aprehenderlo y consignarlo a disposición del Juez secuestrando, a la par, los objetos.

Si prevenir implica evitar y el término "seguridad" connota la manda de proteger la vida, el honor, la libertad de las personas, una restricción como la padecida, en el marco en que se produjo, halla causa.

Pero en el esquema actual de cosas la policía cumple (y la propia norma que se acaba de citar así lo estatuye, del mismo modo que los Códigos Procesales) la función anexa de policía judicial o de auxiliar del Poder judicial, como quiera llamársele.

En ese sentido el art. 164 del C.P.P. (Ley 3155) consigna que, por iniciativa propia, y me sustraigo ex professo de los otros supuestos, la policía investiga los delitos de acción pública, impide que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualiza a los culpables y recoge la prueba útil para el caso.

Específicamente esta norma de procedimiento autoriza a la policía a aprehender al supuesto culpable (art. 165 inc. 8°) y efectuar las requisas urgentes que la situación amerite (art. 165 inc. 5°).

Por fin, el art. 253 del ritual hoy derogado, pero que rige para el caso, autoriza la detención sin orden judicial, entre otras hipótesis, "...de la persona contra la cual existen indicios vehementes de haber participado en un hecho punible...".

Si como aparece en los folios la policía encontró a C. en la calle cerca de las cinco de la mañana con una cortina de baño anudada en sus extremos llevando consigo las cosas descriptas en el acta, y (uso de las palabras del acta) lo interceptó y trasladó a la Comisaría, procedió a verificar mínimamente y cayó en cuenta del delito, puede decirse que, objetivamente, operó el "sistema de seguridad" descrito y que operó con causa visible, lo que determina la legalidad de la conducta estatal.

V. b. Nulidad de la sentencia por ausencia de fundamentación y por afectación del derecho de defensa.

Tampoco habré de coincidir con los Defensores, respecto de la nulidad que plantearon en subsidio cuando consideraron que la sentencia carecía de fundamentos suficientes y que por ello se afectaba el derecho de defensa y el debido proceso.

En este punto, y ya se han reproducido los votos emitidos por la Cámara, las motivaciones que llevaron a los jueces a adoptar el criterio triunfante han sido producto de la

valoración razonada de lo fáctico y su adecuado confronte con la norma, siendo el pronunciamiento una derivación razonada del derecho vigente con apego a las circunstancias del proceso.

Y si la revisión de las piezas en que se basó la condena toma en cuenta la particular circunstancia en la que fue interceptado el incuso, los elementos que trasportaba, la hora en que lo hacía y la forma en que los llevaba (con la cortina a modo de bolsa, que es casi caricaturesco), y se le suma el develamiento que operó nomás desandar el derrotero posible del sujeto, marcado por quienes lo habían interceptado, no menos que certeza es el estado al que se arriba en lo que al tema atañe.

Obviamente que una reflexión crítica siempre construye opciones posibles. La certeza, esa convicción fundada de estar en posesión de la verdad, es el puerto al que se arriba cuando una de aquellas predomina de una sobre otras, basada, naturalmente en las pruebas.

Aquí el cuadro que se descubre, rayano con la flagrancia, tiene la capacidad de imprimir, en el espíritu de quien juzga, la relevancia de la opción de la sentencia, traducida en la relación entre el autor del hecho considerado delito con quien portaba los elementos hallados por la Policía.

Es de Perogrullo que las personas sustraen las cosas para disponer de ellas; por ello

resulta capital fuente de presunción de cargo el indicio de posesión de los bienes sustraídos. Es imposible pensar que otra pueda ser la hipótesis prevaleciente a poco que se atienda a la manera en que, armado el bártulo, las llevaba consigo.

Se une el indicio de presencia dada la proximidad entre el lugar del evento y el sitio de la interceptación y, luego, que no medió demasiado tiempo entre el momento del despojo y el descubrimiento, sin que se vislumbre de la prueba rendida en el debate ningún elemento que interfiera en el razonamiento imputativo con fuerza suficiente como para trasegarlo.

Cierra el plexo de hechos indicativos, la mala justificación del bajo proceso.

En lo que constituyó su defensa material C. sostuvo que fue detenido luego de salir de un cabaret, que lo tiraron al piso, lo golpearon, y se lo llevaron, desconociendo cualquier vinculación con el robo de la computadora.

Esta posición, aplicando las reglas de la crítica sana, puede ser rebatida cómodamente a partir de las evidencias de cargo que confluyen unívocamente hacia una recreación como la realizada por la sentencia.

Todas estas cuestiones fueron tenidas en cuenta por el Tribunal de Mérito y justifican la conclusión condenatoria sobre el ese hecho, pues correcta ha sido, por otro lado, la calificación jurídica escogida.

VI. Causa "C. E. y otro p.s.a. de Homicidio calificado" (Expte. N° 11/07 CCPM).

VI. a. La impugnación que estriba en la inobservancia de las formas previstas en la ley bajo sanción de nulidad e inadmisibilidad, y violación a debido proceso de defensa en juicio.

Esta tópica concierne, más precisamente, a los actos procesales plasmados en el acta adunada a fs. 17/20 y los consecutivos actos de ella dependientes.

Un examen del acta de referencia lleva a la conclusión de que ella ha sido realizada con respeto de las formas previstas por el Código Adjetivo para su legítima incorporación al cuerpo de pruebas de cargo, y en lo que hace al aspecto atacado por los impugnantes diré que tampoco les asiste razón.

A poco de andar en la verificación de lo acontecido aquella trajinada noche del evento, surge de manera incontrastable que en un escueto marco temporal se sucedieron diversas actividades policiales en espacios diferentes, sin que ellas estuvieran conectadas.

Es que, en honor a la verdad hay que decirlo, no existió una verdadera vinculación de C. con el hecho de homicidio en el momento inicial de la investigación.

Ello surge de manera evidente porque los elementos que presentaba aquel en el tiempo de su aprehensión: una mancha presumiblemente de sangre

en el pantalón que vestía, por si sola, no constituía mas que un indicio anfibológico que sólo permitía alentar -en el personal policial a cargo de la investigación- un afán de verificar la existencia de algún otro elemento que lo pusiera al imputado en el teatro de los hechos en tiempo de ocurridos.

Quiero significar que la verificación que estimularon la hubiesen realizado también respecto de cualquier otro individuo que se encontrara en esas condiciones; como simple recurso para poder de ese modo ceñir la pesquisa que debían realizar en los días venideros.

Visto de otro lado, se hace patente que, si se le hubiese imputado el homicidio en el corto lapso transcurrido entre su detención y la Inspección ocular que consta en el acta de fs. 17/20 (apenas cuatro o cinco horas), con los elementos arriba señalados, hubiera sido visto, cuanto menos, como un acto de arrojo de los investigadores por lo prematuro, lo que- sin dudar- hubiera alimentado otras suspicacias.

Por ello creo que la policía actuó correctamente cuando, sin descartar la posibilidad que fuera el autor del crimen, continuó con la colección de elementos en la vivienda siniestrada y en el cuerpo del occiso con los recaudos que la ley consagra.

Sin perjuicio de lo expresado, aceptar el planteo de la defensa técnica -en este punto-

sin atender a las urgencias que presentaba el caso, sumado a la concomitancia de los esfuerzos de la investigación para delimitar el real horizonte de la causa que debían escudriñar, atentaría contra el sentido común porque representaría una desmesura de celo exigido en el cumplimiento del deber, que mal podría achacársele a los operadores en cuestión.

Considero acertados, entonces, los argumentos brindados en la motivación de la sentencia cuando la autora del primer voto expresó: *"...Al margen del juego que hace la defensa de los horarios en las distintas intervenciones, de la correlación de las actuaciones surge claramente que a partir de la conexión –como ella misma indica como plasmada a fs. 13 de C. como presunto autor del hecho- se comienza a trabajar en forma paralela. Interviene el Juez den la expedición de las ordenes que requieren necesariamente su suscripción, mientras que el personal policial y de criminalística realizaba las pesquisas indispensables y urgentes de investigación con la dirección de la fiscalía, con la presencia de testigos de actuación conforme lo prescribe el código adjetivo, procediéndose a realizar las tareas urgentes de indagación, en el caso la inspección del lugar y el secuestro de los rastros del delito. Insistiré una vez más sobre la correcta aplicación de la sistemática del Código que rige este expediente;*

en el art. 165 del C.P.P., en sus incisos 2 y 4 se prescribe la facultad-obligación de la prevención de obrar como lo hizo, constituyendo una diligencia de las que corrientemente realiza la policía científica en el lugar del hecho, y que no se prevé en el caso la obligación de dar intervención a la defensa. Fundaba razonablemente la urgencia en la recolección del material, la gravedad del hecho, la permanencia del cadáver en el lugar y el deterioro ocasionado por la intervensión del accionar de los bomberos que obligaban a efectuar la pesquisas en forma inmediata como se hizo, dando intervención a la defensa oficial a fs. 92 en forma provisoria el Magistrado el mismo día 24 al recibir las actuaciones, designación que es ratificada a fs. 93. Por los argumentos vertidos no habiéndose violado derecho alguno y por ende garantías constitucionales, propongo también el rechazo de dicho planteo...".

El discurso de justificación de la sentencia no es irracional, no resulta por añadidura arbitrario y la ponderación del plexo de normas aplicado se compadece con una recta interpretación del adjetivo en relación con el comportamiento de quienes estuvieran a cargo de la faena de develamiento, de allí la posición que se anunciara al principio.

VI. b. La nulidad de la requisa y secuestro de la máquina fotográfica marca Pentax, modelo

Espío De nuevo mi opinión y mi propuesta son adversas a los intereses de la defensa.

La situación cuestionada es clara y resiste sin conmoverse el ataque intelectual a la que fue sometida.

La Cámara del Crimen acertó con la solución del pedido de nulidad del secuestro, por parte de los Defensores, cuando expresó: "...*Respecto a la nulidad del secuestro de la cámara fotográfica en sede policial, también esta situación fue resuelta y rechazada por este tribunal en incidente respectivo que obra por cuerda. Sumo a los argumentos allí volcados, que el Decreto Nro. 1568/82 regulatorio de la situación de las personas que se encuentren detenidas, enuncia en su capítulo 1, artículo 12, que le serán retirados los objetos que traigan consigo, cuya tenencia no se encuentra autorizada. Se observa en consecuencia con lo establecido en la manda reglamentaria que el empleado policial recibe los efectos y bajo recibo correspondiente –ver fs. 27- detalla su incautación provisoria. Las manifestaciones del Agente T. en el debate, en cuanto dijera que requisó al detenido, tal como lo afirmara la Fiscalía, se trata de un equivalente al acta que prevé la norma reglamentaria. Pero no a aquella que establece el artículo 199 del C.P.P. Adviértase que cuando es detenido en orden al delito de Violación de Domicilio y Resistencia a*

la Autoridad, sobre el particular los Oficiales de Policía M. y U. afirmaron en la audiencia que "a simple vista se veía el cordoncito, que tenía una cámara fotográfica -primero- y "que andaba trayendo una maquina de fotos" dijo el segundo de los nombrados; coincidiendo que ésta se hallaba en el bolsillo exterior de la campera -señalándose la parte superior delantera. El agente T.corrobora esta situación por cuanto, al momento de efectuarse la incautación provisoria de los objetos del imputado previo a ingresar a la celda, es él quien indica que sea cuidadoso al colocar esta cámara junto a los otros objetos de su propiedad. Hasta ese momento, esa cámara no era reclamada como sustraída dentro del ámbito del delito que se investigaba y cuyo damnificado era J. L. F.. Finalmente, orden judicial mediante, se procede al secuestro del elemento, conforme estrictas normas procesales..." (Del voto del Juez Pitcovsky).

La meridiana justeza del sufragio eximiría de realizar otras consideraciones si acaso no lo exigiera una revisión máxima, lo más ajustada posible al criterio sentado por el Máximo Tribunal Argentino.

En ese sentido pongo de resalto que me parece una verdadera desmesura la "apuesta" que hizo la Defensa Técnica cuando expresó que la sospecha policial respecto al origen ilícito de la cámara fotográfica basada en la comunicación

radial previa a la detención, imponía a los funcionarios policiales la obligación de solicitar al Juez una orden para requisar.

Y no fue feliz el argumento que censuró la actitud demostrada por la policía cuando entrevistó al vecino F. y le preguntó sobre si nada le faltaba porque contaban con una máquina fotográfica dorada.

Es justamente esa actividad la que demuestra que, hasta ese momento, los pesquisantes no conocían el origen ilícito de la mencionada máquina y que su proceder fue legítimo, porque obrar de la manera que exige la Defensa hubiera sido a todas luces resultado de un prejuicio (la sospecha basada en la "portación de rostro", como se lo conoce en la jerga forense)

El distingo que la sentencia hizo de la "requisa" en clave de lo que el reglamento manda cuando se da ingreso a una persona en la dependencia policial y la "requisa" regulada en las normas adjetivas es correcto, tanto y más cuando, a la luz de la sentencia, los protagonistas explicitaron en la audiencia lo acontecido.

La una opera como una precaución administrativa para evitar la auto o heterolesión o la introducción de elementos peligrosos en el recinto. La otra emerge de la necesidad de revisión del cuerpo del sospechoso para verificar si lleva cosas vinculadas al delito.

En nada perjudica las consecuencias si de la primera situación se descubre, como en el caso, un objeto relevante a la hora de la determinación de autoría.

VI. c La nulidad de la pericia de ADN de fs. 490/493 por falta de adecuada preservación del material sobre el cual se realizó. Violación al derecho de defensa en juicio y debido proceso.

En este planteo, los impugnantes se limitaron a criticar la falta de preservación de las prendas de vestir pertenecientes a C., porque entendieron que la falta del ensobrado con las firmas de testigos, conforme lo establece el artículo 200 del código de rito, redujo la prueba a la condición de "ilegal" y nunca debió ser soporte de las pericias de ADN que se practicaron sobre las mismas.

Dejando de lado la correspondencia entre el pantalón secuestrado y el utilizado como soporte de las pericias, que bien fueron puestas de manifiesto por el Tribunal de Mérito, afirmaron que se había desconocido la vigencia de las normas procedimientales remplazándolas por criterios de confiabilidad, produciéndose así la inversión del "onus probandi" con afectación del estado jurídico de inocencia.

Veremos de continuo esta ocurrencia.

En el caso, se puede verificar mediante la lectura de fs. 13 vta. que, desde el momento mismo en que las autoridades encargadas de la

prevención advirtieron los puntos de vinculación espacio-temporales que existían entre el homicidio y la aprehensión de C., esto es encontrarse en proximidades del lugar del hecho poco tiempo después de ocurrido éste, y teniendo noticia que en el pantalón que vestía cuando fue reducido poseía una mancha de sangre, se dispuso que personal de esa repartición se constituyera en el hospital donde aquél estaba internado con el propósito de preservar el estado en que se encontraba la totalidad de las prendas en cuestión, mientras se gestionaba una orden de requisa y secuestro.

Fue así que ese mismo día 24 de Enero de 2006, a la hora 7.30, el Oficial Ayudante N. S. D. , mediante confección de acta de fs. 14 /vta, dejó expresa constancia ante testigos de actuación del lugar y estado en que se encontró la ropa del incuso, con una detallada descripción de las prendas exteriores e interiores, de sus características de diseño y fabricación como así también de las improntas que presentaban, dejando las mismas bajo custodia hasta recibir la orden de requisa y secuestro.

Posteriormente, habiendo transcurrido sólo tres horas desde que G. procedió a preservar la ropa aludida, se procedió a secuestrarla con orden del Juez actuante en la Comisaria Distrito Tercera de la ciudad de Puerto Madryn, en

presencia de testigos, con obtención de fotografías de esos elementos.

En todo lo reseñado se advierte un celo sano en la conducción del procedimiento, desde que permitió asegurar los soportes para una posterior pericia y para evitar que una eventual fuga de C. del sitio adonde se encontraba internado aventara las cosas o simplemente que alguien las hiciera desaparecer.

Entiendo, en consonancia con lo puesto de manifiesto por el Tribunal "a-quo", que la circunstancia de haberse realizado el secuestro en la Comisaría no conlleva necesariamente una sospecha sobre el origen de los elementos objeto del procedimiento, máxime cuando, como ocurrió en esa oportunidad, se procedió a registrar a través de placas fotografías, todas las prendas aludidas.

He dicho en causas anteriores, que en materia de nulidades debe andarse con cuidado.

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.

En otras palabras. La nulidad está apareada a la expresa determinación de la norma y, fundamentalmente, al efecto pernicioso del acto sobre concretos derechos de quién o por quién 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 12-12-2001, expte. 357/ 2000, res. 635 publicado en "Garantías Constitucionales y nulidades procesales- I" Edgardo Donna- Director, Ed. Rubinzal- Culzoni, pág. 569).

En el mismo sentido debe exponerse que es deber irrenunciable de quien invoca la nulidad de un acto- y de modo fundamental de la sentencia que pone fin al proceso, luego del debate oral y público- demostrar que la eventual exclusión habrá de conducir de modo decisivo y eficaz a una solución distinta y que "...de otro modo (la) impugnación carece de justificación que la sustente. Toda nulidad se vincula con la idea de defensa; si el vicio no priva a la parte de su ejercicio ni afecta la garantía en cuestión, la nulidad debe rechazarse.." (STJ Santa Cruz, 14-03-2001 "Haro, Víctor Manuel s/ robo calificado por el uso de armas en la obra citada precedentemente tomo II. pág 498).

No se ha denunciado aquí, o negado, que la ropa hubiera pertenecido al causante, ni que alguna extraña mano hubiera manipulado las cosas en desmedro de su posición de él.

Tampoco que la sangre con la que se realizó el examen de ADN hubiera sido diferente de la que se tomó desde la prenda que había impregnado.

La "cadena de seguridad" o "cadena de custodia" no es un concepto vacío o formal. Está constituido por una serie de resguardos que permiten que el estado de los objetos no sufra mutaciones entre el instante de su adquisición procesal y el momento del debate, salvo aquellas que resulten de su propia naturaleza o de los actos que sobre ellos se ejecuten. O acaso que las transformaciones que padezca queden debidamente asentadas en los registros del proceso.

No significa descalibrar la carga de la prueba exigir que quien postula, al menos, exponga con claridad la concreta vulneración de los resguardos y no que, simplemente, se construya un discurso pródigo en palabras que, precisas en lo dogmático, no poseen la misma cualidad en relación con las constancias procesales a las que refieren.

Por lo expuesto, estimo que deben rechazarse estos planteos cuyo análisis ha ocupado este ítem.

VI. d. El agravio consistente en la nulidad de la sentencia por arbitraria valoración de la prueba vinculada a la determinación de la capacidad de culpabilidad del imputado C.. Afectación al derecho de defensa por denegación arbitraria prueba esencial ofrecida. Violación a las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio.

Adelanto que, sobre este especial punto, habré de adherir a la lucubración realizada por los Jueces de la mayoría en el desarrollo de la motivación de la pieza en crisis.

Para explicitar mi posición iré al meollo del ataque formulado por los Abogados Defensores.

Partiendo de adherir, como dije, a la solución de la "a-quo", dos cuestiones quedarían por resolver por novedosas y estas son: el estado de imputabilidad penal de C. y el pretendido estado de indefensión en que fue colocado por cuanto se rechazó el testimonio del doctor M. N. C. , ofrecido por la parte perseguida.

Analizaré estas tópicas.

En la tarea de determinación de la imputabilidad penal del encausado, y sobre la base de lo expuesto por la Defensa Técnica acerca de la comprensión de la criminalidad del acto, vale descartar en atención a lo ventilado en el juicio la concurrencia de algún error que desplazara la posibilidad de comprensión en el accionar del prevenido.

Solo se ha invocado en desmedro del fallo la "presunta" o "posible" alteración o disminución en la capacidad de valoración de C., basándose en la abiotrofia cortical frontal que –según se constató- padecía. Aparece con claridad, por lo demás, que los impugnantes no se refirieron a una alteración morbosa de sus facultades sino a un estado *de "... duda razonable sobre la imputabilidad de C. que debió ser considerada..."* aludiendo en apoyo de su pedido a la presencia de un trastorno de personalidad asocial sostenido por el hecho de que el imputado era tratado como un verdadero "paciente" y medicado en consecuencia con antipsicóticos, ansiolíticos y antidepresivos.

Como bien lo admiten los impugnantes con cita de Frías Caballero: "...*la imputabilidad penal es un concepto jurídico, cuya valoración corresponde únicamente al Juez, a que el perito solo ilustra con los datos de su saber..."*

Yo mismo he señalado que (causas "***Quintoman***" y "***R.B.E***" de esta Sala) que quien yergue una circunstancia o estado eximente debe acompañar la prueba de que intenta valerse, no siendo suficiente su mera enunciación cuando no fluye nítido del contenido de las piezas tenidas en cuenta por la sentencia de condena.

También he sostenido, en la misma ocasión, que la fórmula mixta biológica- psicológica incluida en el art. 34 inc. 1° del Código Penal

exige, para considerar inimputable a un sujeto activo, no sólo que en el momento del hecho padezca una insuficiencia de sus facultades, una alteración morbosa de las mismas, o se halle en un estado de inconciencia, sino que, además, que cualquiera de esas situaciones en las que se encontrare, debieron impedirle comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones (ver al respecto TCASBSAS. II c. 4676, A, R.E. 04/12/2003 en JPBA t. 124 F. 55 pág. 29)

Y por fin que la inimputabilidad es un concepto jurídico y que la apreciación de esas circunstancias es propia de los jueces que han de tener en especial consideración a las circunstancias del caso, con particular atención en lo que denota la conducta que se pondera antes, durante y después de ejecutada la acción ilícita (de mi voto en causa "Quintoman").

Luego de lo dicho, estimo que fueron acertados los caminos de razonamientos cursados por los Jueces de la mayoría, y legales sus conclusiones al respecto.

Es así que en consonancia con la información colectada desde los profesionales intervinientes y mediante un confronte de los dictámenes entre si y con la información obtenida del suceso, teniendo por cierta la participación de C. en el episodio, arribaron a la conclusión de que era conciente, entendía su obrar y podía dirigir sus acciones en el sentido en que lo hizo.

En ese derrotero intelectual tuvieron en cuenta el informe pericial de fs. 21/22 vta. realizado por el médico Forense H. G. , especialista en psiquiatría, quien concluyó: "... *La verificación del estado y desarrollo de las facultades mentales de este individuo mediante las técnicas semiológicas de la Psiquiatría Forense, (Art. 70 C.P.P.); ha demostrado la inexistencia de patologías deteriorantes y/o debilitantes de las mismas. Tiene capacidad para delinquir y respecto al hecho cuya responsabilidad se investiga, de acuerdo a los elementos que aporta durante el mismo actuó con discernimiento y libre albedrío...".*

La Juez del primer voto advirtió, a tenor de lo informado por el perito, la existencia -en C.- de una personalidad de orden ansioso, depresivo reactivo y la conciencia de la necesidad de tratamiento y que, sin perjuicio de ello, no se habían detectado rasgos psicóticos ni productividad careopática, apuntando a que el atribuido poseía razonamiento abstracto, capacidad de síntesis, discernimiento, inteligencia y judicación sin problemas. Asimismo, tuvo en cuenta que el imputado había sido declarado con un coeficiente intelectual bajo en su niñez.

Ponderó también las conclusiones del Psicólogo, Licenciado G. y sus hipótesis sobre el estudio de personalidad del prevenido,

considerando que poco aportaba en cuanto a la capacidad respecto del hecho cometido.

Finalmente afirmó su estado de certeza respecto de la condición de C., explicando suficientemente los elementos que la determinaron en ese sentido.

Así, señaló, textualmente que: "... *tomando en consideración todos los parámetros tanto médicos como psicológicos, diré que concretamente en el hecho, C. obró con total discernimiento y valoración de lo que realizó antes, durante y después. El robo no fue producto de un impulso irracional, sino meditado en más o en menos por ambos individuos que ingresaron en el predio de quien sabían, podía tener elementos para sustraer, ya que tenían ese dato por I.. Que accedieron saltando por un balcón luego de subir una larga escalera. Que ya en el lugar, obraron conforme indica el objetivo de buscar efectos para su sustracción, no se observan en el obrar actitudes extrañas al hecho típico de un robo, cual es revolver los ambientes y producir los desordenes que pueden conducir al descubrimiento de elementos de valor. Ya con relación al acometimiento de la víctima, conforme he tenido por probado, se le colocó un almohadón en la cara para evitar ser observados, maniobra también racional y normal para el caso y al desplazarse el mismo, lo que permitía que fueran observados acometieron contra ella...*"

Veo en el trabajo de la "a quo" una valoración concreta y racional de la conducta desplegada por el acusado en la emergencia. Y esa valoración en concreto, valga la reiteración de palabras, es acertada pues la conducta desarrollada denota, claramente, la capacidad del sujeto actuante de resultar reprochable. Las particulares características que tuvo el hecho, relacionadas con los coordinados movimientos de los incusos para reducir a la víctima, para proveerse de los cuchillos que utilizaron y debieron traer desde otra parte de la casa y la cantidad de heridas inferidas, pinta un cuadro de situación que traduce un acometimiento frío, previo haberse armado para llevar a cabo esas acciones; son elocuentes de una determinación precisa y de la realización de lo querido, que dista de los cuadros que excluyen la aplicación de la pena.

Esa conducta, como bien lo entendieron los miembros de la "a-quo", permitía descartar la posibilidad de la existencia de un obrar inmediato, automático, irracional o tiznado de la ausencia de compresión, sobre todo porque, además, después de ultimar a la víctima intentaron borrar los efectos de su proceder prendiéndole fuego al lugar antes de retirarse del mismo.

Pero vuelvo a insistir, las previsiones del Código Penal en la materia (artículo 34 inciso

1°) refieren a que la anormalidad de la psiquis posea una intensidad tal que impidan la capacidad de inteligencia acerca de la propia conducta. No basta la anomalía de la personalidad que no cuadra a aquella situación, ya que no están previstos los supuestos, por ejemplo, de "imputabilidad disminuida", situación que, de darse, sólo repica al momento de la graduación de la pena.

Carlos A. Tozzini, al referirse a este tema expresa: "...*No cabe duda que esta reprochabilidad disminuida es heredera directa de los "estados de semialienación", en los cuales el positivismo englobaba, como perfectamente imputables pero peligrosos y dignos de medidas aseguративas, a las "constituciones" psicopáticas y a toda la inmensa gama de los llamados subnormales. Lo cierto es que con los imprecisos límites con que aún hoy se puede determinar el paso de lo humanamente normal a lo patológico, debe aceptarse el principio de que la enfermedad psíquica no tan grave afectará únicamente la extensión de la reprochabilidad y, por tanto deberá resolverse en un plano de graduación de la pena, como cualquier otro caso de disminución de culpabilidad, mientras que la más grave ha de penetrar decididamente en el campo de la inimputabilidad. Y, por sobre todas las cosas, habrá de ser el juez, suficientemente capacitado, quien resuelva en cada caso si el sistema de*

prevención penal se ha de cumplir adecuadamente con una pena o, en vez, con una medida de seguridad..." (Código Penal y Normas Complementarias. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, Tomo 1, p. 507, Edición Hammurabi, Año 1997)

Luego, del análisis de los votos de la mayoría encuentro, contrariamente a lo sostenido por la Defensa Técnica, que los Jueces han respetado el principio de razón suficiente, pues han otorgado, en la factura de la motivación, una batería de razones que apuntalaron la conclusión sobre la imputabilidad del acusado C..

Acerca del alegado cercenamiento del derecho de defensa y debido proceso que - entiende la Defensa- significó la negación de la producción de prueba de descargo, al rechazarse el testimonio del doctor M. C. (tildada esa decisión de arbitraria) habré de exponer, de nuevo, mi disenso.

Surge de autos que la Cámara "a-quo" dispuso el rebote del solicitado testimonio en virtud de las facultades conferidas por el ordenamiento ritual en su artículo 315, segundo párrafo, que textualmente citó en su resolución de fs. 854/vta.

En la motivación del auto interlocutorio aludido los Jueces dejaron aclarado que la pretensión de añadir al debate una nueva alocución sobre cuestiones técnicas y científicas

que ya habían sido instruidas e ilustradas en la sustanciación del proceso por otros profesionales, y la calidad del nuevo testigo que no había intervenido en los presentes autos de ninguna manera, justificaba su rechazo.

Este argumento, es válido y no vulnera en modo alguno derechos que conciernen al debido proceso.

La reivindicación (o de adverso la denuncia de cercenamiento) de un derecho ha de acompañarse con la expresa y concreta alusión al interés de que se trata.

No es el caso de enunciar un menoscabo si acaso no se explicita la causa y el efecto concreto, pues de otro modo la discusión gira alrededor de dogmas que, como tales, resultan etéreos en relación con las particulares circunstancias del caso.

VI. e . Acerca de los agravios relacionados con el imputado W. F. G., indicados con el punto 1.”...*Nulidad del secuestro del gorro por tratarse de un acto definitivo e irreproducible practicado sin notificación a la defensa del imputado. Afectación del derecho de defensa en juicio y del debito proceso...”*.

No encuentro razón, en este particular ítem, a los argumentos traídos por los Defensores Públicos.

Pese a los importantes esfuerzos desplegados por la Defensa Técnica, (suspicacias incluidas),

estimo que reviste relevancia, no descuidar cuestiones procesales que, por pasadas, no dejan de tener incidencia en la solución del problema planteado.

Me refiero, en primer lugar, al tratamiento de la cuestión ya otorgado por el Tribunal en la etapa de la instrucción y a su control por parte de la Cámara de Apelaciones generado por la idéntica protesta de la parte perseguida, resolución registrada con el número 138/06 SIP en la cual se rechazó el planteo.

El tema, a mi criterio, quedó cerrado al pronunciarse órganos jurisdiccionales que, por una mano, efectuaron el control de legalidad respectivo y transitaron la vía de la doble instancia al abrirse la revisión de esa instancia.

Si el proceso preparatorio, en el sistema mixto, se nutre de autorreflexiones (las del Juez) y de controles (por la revisión) cuyo sentido es la incorporación al debate de prueba sana, no me parece que operado el sistema de esa manera, vuelva a plantearse el mismo punto durante el episodio de debate.

Sin perjuicio de ello es oportuno destacar, como bien lo sindicaron los Jueces de la mayoría en la sentencia en crisis, que el hallazgo del elemento se produjo a raíz de un rastrillaje realizado en una inspección ocular y no en el marco de un registro que prevé el artículo 192

del C.P.P.; debiéndose tener en cuenta que el artículo 184 del mismo cuerpo legal no prescribe para la realización de una inspección ocular la notificación del imputado ni de la defensa y no establece sanción alguna expresa para el caso de omisión.

Remarco especialmente el hecho de que resulta relevante que la diligencia aludida fue ordenada y practicada por Juez actuante, quien actuó en el sitio y bajo las formas establecidas, dejando asentado lo sucedido.

En cuanto a la valoración que los Jueces realizaron del testimonio de Leandro I. diré que lo fue en el marco referencial que le otorgaba un contexto determinado.

Los miembros del Tribunal colegiado son libres de ponderar los elementos y de interrelacionarlos para validar o no su aporte.

Desde ese punto de vista, el estado en el que comúnmente se encontraba I., conforme lo sostuvo la defensa según su interpretación de las pruebas acercadas a proceso, fue tenido en cuenta por los Jueces y utilizado con el grado de seguridad que consideraron poseía, sumado a ello, han de computarse los restantes puntos de apoyo con que contaron en el curso del juicio, que explicaron suficientemente. El planteo debe rechazarse.

VI. f. La denuncia de errónea aplicación de la ley sustantiva, a raíz del encuadramiento del

hecho en el delito de homicidio con ensañamiento (art. 80 inciso 2 del C.P.).

Al respecto, señalo que no surge de la presentación realizada por los recurrentes una línea argumental diferente de aquella esgrimida en el alegato final, con capacidad para conmover las razones vertidas por el Tribunal "a quo" en la motivación de su fallo.

Es que la Cámara sentenciante dio explicaciones que aparecen contundentes para fundamentar la subsunción efectuada.

Observemos los argumentos. Dice la sentencia: "*... No surgen dudas entonces, respecto de que objetivamente la entidad y cantidad de lesiones vitales infringidas tuvieron la potencialidad de producir ese martirio al que aluden los forenses. También por su misma entidad, puedo afirmar sin dudas que los imputados eran concientes de la realización de ese tormento y por último, entiendo que la víctima efectivamente las sufrió. Doy razones de esto último. La Defensa sostuvo que la víctima pudo encontrarse inconsciente durante el acomentimiento, sin embargo no es lo que los médicos probaron con las respuestas a las numerosas preguntas realizadas. Para comenzar diré que quedó plasmado que hasta el final de* la *agresión, M. R. M. estaba con vida. Ello pues, el último tramo que sin dudas fue el intento de incendio originado entre sus tobillos, le causó*

en los miembros ampollas que dan cuenta de la existencia de circulación y por ende de vida. Que los golpes pudieron conmocionarla, esto fue admitido por los forenses, lo que no quiere decir que no estuviera conciente de lo que estaba sufriendo. Así también fue contundente la respuesta del Dr. G. en cuanto a que las lesiones punzo cortantes de la cara, tenían una trayectoria que evidenciaba el movimiento defensivo de la víctima, y aún más diré, que hay lesiones en ambos flancos de la cara de la víctima, lo que abunda sobre la prueba de la existencia de movimientos de tipo evasivo. Asimismo, si hubiera estado inconsciente, a qué responden las maniobras que le causaran la rotura del humero? Sobre esta fractura, dijo el forense que produce un dolor intensísimo y sin dudas, tal fractura se ocasiona por las fuerzas contrarias ejecutadas por el atacante y la resistencia de la víctima, de lo que se deduce su estado de conciencia y que evidentemente surge del shock producido por ese intenso dolor y que a su vez alza la presión arterial evidenciada por los chorros de sangre que salieron de las heridas. Por último me persuaden de su situación de conciencia, que sobre la muestra del corte profundo del cuello, dijo el forense que la persona se había movido, por la diferencia entre el trayecto de entrada y salida del arma, descartando de plano la posibilidad de existencia

de movimientos reflejos. Termina concretando el cuadro el médico, que las heridas vitales del rostro -por representar este más de la mitad de la imagen total y corporal- aglutinan toda la sensibilidad y le produce gran daño, siendo ellas muy dolorosas..." (del primer voto)

Si se toman en consideración las piezas incorporadas en el debate, que ponen de manifiesto el estado de cosas al momento de determinarse el hecho y se añaden las constancias de autopsia, anudando luego las explicaciones forenses que se han relatado en la decisión que se inspecciona no puede caber otra consecuencia que validar el juicio vertido por su rigor encontrar lógico en punto al proceso de construcción de la hipótesis legal escogida, en relación con los hechos que consideró probados.

La claridad expositiva exime de mayor desarrollo y mueven a rechazar las manifestaciones de los impugnantes por considerarlas inadecuadas. desacertadas.

VI. g. La denuncia que versa acerca de la ausencia del elemento subjetivo del tipo del homicidio criminis causae.

De la forma comisiva del óbito y de las circunstancias concomitantes surge de modo patente la conexión final en lo que atañe al propósito administrado por los causantes: la decisión de matar y el intento de asegurarse la impunidad.

La multiplicidad de acciones llevadas a cabo por aquellos en desmedro de la víctima incluido el hecho de poner en fuego a la vivienda para destruir toda evidencia, muestran que poseían en sus cabezas, ambas, una decisión de acabar con la vida de cualquier manera, para salir indemnes del delito.

Con la simplicidad del sabio, enseña el maestro Ricardo Nuñez que: "...*no es necesaria, sin embargo, una preordenación anticipada, deliberada y resuelta de antemano. La Ley sólo exige que, en el ánimo del autor, en el momento del hecho, el fin delictuoso o la malquerencia producida por el desengaño sufrido en su anterior empeño delictuoso, funcionen como motivos específicamente determinantes del homicidio. Esto no requiere, indefectiblemente, premeditación o reflexión, sino sólo decisión, la que puede producirse incluso de improviso en la ejecución del hecho mismo...*" (ver el autor en su "Derecho Penal Argentino-Parte Especial III", Editorial Bibliográfica Argentina, año 1961, p. 54/5).

La adecuación legal de los hechos realizada por los Jueces de Mérito ha sido correcta, por lo que corresponde rechazar las lucubraciones sobre la aludida "taxatividad", cuya aplicación como la predicaron, no se vislumbra en el caso que nos ocupa.

VI. h. El agravio que se plantea respecto de lo que se considera "...Errónea aplicación de las reglas del concurso..."

Como he dicho en otras causas, arduo si lo hay, es el tema que ha traído la defensa y que es nada menos que dirimir el problema que se plantea cuando- con las palabras de Santiago Mir Puig en su "Derecho Penal Parte Especial" pág. 660- es necesario "...esclarecer el tratamiento de los casos en que un mismo sujeto es condenado por varios delitos..., y por otra parte plantear y resolver la problemática que suscita la concurrencia de varias disposiciones penales aparentemente aplicables a un hecho cuando, sin embargo, sólo una debe aplicarse..." y por consecuencia "... decidir previamente cuándo concurre unidad y cuando pluralidad de delitos, y a distinguir las dos clases de pluralidad de delitos: el concurso ideal de delitos y el concurso real de delitos..." amén de "...plantear el tema del concurso de leyes...".

Sin ninguna pretensión como no fuera la señalada en el primer párrafo diré que existe concurso de delitos cuando varios hechos cometidos por un sujeto infringen varias normas penales (concurso real) o cuando un hecho trasiega varias normas punitivas (concurso ideal, homogéneo u heterogéneo) mientras que concurso de leyes significa que uno o varios hechos son posibles de incluir en varios preceptos penales

de los que solo uno podría aplicarse, puesto que su estimación conjunta supondría bis in idem pues sucede siempre que uno de los preceptos basta por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho o de los hechos concurrentes.

Cobra interés el tema atinente a definir "hecho", concepto que está en nuestro derecho positivo dando la solución normativa al problema (Mir Puig prefiere el vocablo a "acción" pues a su juicio abarca una superficie más extensa; Zaffaroni, en cambio adopta un punto de vista que identifica hecho con conducta – acción, (ver el autor en "Manuel de Derecho Penal- Parte Especial- pág. 667, Ed. Ediar)

Y digo así pues lo que primero se plantea deslindar en autos – por causa de la base que ha demarcado la recurrente- es la existencia de uno o más hechos que permitan dirimir los demás aspectos del problema (obviamente que ese es el primero pero no el último de los interrogantes que el caso apareja).

Por "unidad de hecho" se entenderá entonces la existencia de movimientos voluntarios que responden a un plan común "...y que son típicos de un tipo que admite una pluralidad eventual de movimientos..."; cuando el tipo "... requiera expresamente una pluralidad de movimientos..."; cuando "...la realización de otro delito aparece como elemento subjetivo del primero..."; cuando "...el segundo tipo se cumple como una forma de

agotamiento del primero..."; en el "...delito permanente o continuo..."; cuando se trata de "...tipos que admiten o requieren el cumplimiento por un medio simbólico..." y entonces se considera de modo unitario "...todos los movimientos que tienen unidad simbólica..."; la omisión de evitar varios resultados en los delitos de omisión; en los delitos de realización progresiva; en el delito continuado (ver sobre el particular Zaffaroni en la obra citada, páginas 670/ 671).

Mir Puig, por su parte, se inclina por pensar en que el criterio para determinar cuándo existe uno o más hechos es jurídico, pues, a su juicio, es el derecho penal el que elige qué criterio escoger para decidir lo que socialmente se considera un solo hecho; esto es que la unidad de hecho depende de la unidad típica. Así existirá un hecho cuando la conducta realice un tipo, con independencia de que además realice otros, debiéndose tomar para verificar ello el resultado material típico; de allí que constituirá un solo hecho la lesión ideal de varios bienes jurídicos mediante un solo comportamiento.

Por fin considero atinado traer a colación el tema del concurso de leyes o concurso aparente de tipos leyes o concurrencia impropia, en el lenguaje de los autores que se han venido tratando, para definirlo como el supuesto en el

que parece que concurren varios tipos penales, pero que un examen más cuidadoso nos hace percatar que el fenómeno es aparente, por que en la interpretación adecuada de los tipos la concurrencia resulta descartada (Zaffaroni) o el caso en que uno o varios hechos son incluible en varios preceptos penales de los que sólo uno podría aplicarse, puesto que su estimación conjunta importaría bis in idem, pues uno de los preceptos basta por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes (Mir Puig), ya citado antes.

En el sub-exámine se puede distinguir sin esfuerzo la decisión postrera de acabar con la vida de la moradora de la vivienda saqueada y cuando ya se estaba ejecutando la decisión de robar, la misma que fue motivada en la posibilidad que tuvo aquella de visualizar a los imputados e identificarlos.

A ello habrá de sumarse la forma en que se la ultimó, mediante conductas compuestas de lesiones que significaron una multiplicidad de acciones dirigidas a un mismo fin, el de matar.

No cabe duda entonces que el obrar de los incusos constituyó, como bien lo resaltaron los jueces de la mayoría, dos acciones distintas con dos tipos finales distintos, las que concursaron realmente, conforme a la previsión legal, ya que el precepto legal que consagra el delito que nos ocupa dice expresamente: "...*Se impondrá*

reclusión perpetua o prisión perpetua... ... al que matare: ...7º Para preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otros..."

Sin perjuicio de lo dicho, en atención a la escala penal prevista para los delitos en cuestión, la variación en la naturaleza del concurso, carecería de relevancia para el cuantum de pena impuesta, circunstancia que se traduce en una falta de interés y autoriza el rechazo de la pretensión.

VI.i. La tacha de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua.

Mal que le pese a la parte recurrente, la escala penal prevista para los delitos endilgados que establece la pena de prisión perpetua, habilita su aplicación por parte del Tribunal competente en una investigación como la que nos ocupa, e independientemente de la edad que tenga al momento de la condena -el incuso-, la aplicación de aquella deviene legítima por resultar a todas luces legal.

La prohibición consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional referida a las penas crueles, a la que se hace alusión en el escrito casatorio, no colisiona con la pena prevista para los delitos que nos ocupa toda vez que constituye la proporción en que el Estado puede hacer penar

al condenado según la gravedad del delito cometido.

Tampoco se puede aceptar la mentada imposibilidad de gozar en el futuro de los beneficios comprendidos en el período de prueba establecidos en la ejecución penitenciaria N° 24.660, como parámetro para determinar la ilegitimidad de este instituto.

La interpretación sana que se impone por simple lógica, es que los beneficios aludidos operan cuando se dan los presupuestos que los habilitan, y en el caso del mentado beneficio carcelario lo será cuando la pena que se esta purgando lo permita.

Cuando el legislador impone las penas, lo hace en ejercicio de las capacidades que le otorga el art. 75 inc. 12 de la C.N.

Este es un primer principio que nos ubica frente a la cautela de manejar, prudentemente, la declaración de inconstitucionalidad de una ley pues, el ejercicio contramayoritario del control que el sistema autoriza, ha de ser ponderado con suma precaución.

En causa “Pallalaf” de esta Sala he dicho que una de las condiciones para la declaración de inconstitucionalidad de una ley –según mi juicio- es que se haya denunciado en el caso concreto el particular perjuicio que irroga la aplicación de la cuestionada y la ausencia de posibilidad de

zanjar la controversia a partir de la aplicación de la propia ley o de otra.

Traigo a colación las llamadas reglas de "Brandeis" elaboradas por aquel Juez de la Corte de los Estados Unidos de América (Louis D. Brandeis) quien señaló que: 1. la Corte Suprema no puede declarar la inconstitucionalidad en un proceso voluntario sino contencioso. 2. No se puede anticipar una declaración de inconstitucionalidad a la necesidad de decidirla 3. No se puede formular una regla de constitucionalidad más amplia que la requerida por los hechos precisos a los cuales ha de aplicarse 4. Si el caso puede ser resuelto de dos formas diferentes: la primera, involucrando una cuestión constitucional, y la segunda, involucrando una cuestión meramente legal, debe optarse por la segunda solución 5. No se puede apreciar la constitucionalidad de una ley a instancia de una parte que no ha podido probar que la aplicación de esta le ocasionaba perjuicio. 6. La Corte no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley a instancia de una parte que se ha beneficiado con ésta. 7. Una Ley siempre debe ser interpretada de manera tal que se evite, en lo posible, su declaración de inconstitucionalidad.

Y en este punto, la demandante no ha demostrado la concreta afectación padecida, ni

tampoco la revisión del caso autoriza a fundar una decisión de tanta entidad.

En nuestro sistema, la pena de prisión perpetua, no obstante su rigurosidad, no pueden ser consideradas inhumanas o degradantes.

En primer término no son vitalicias, no duran de por vida; en segundo término no obturan la libertad anticipada, la libertad condicional, sólo condicionan el tiempo a partir del cuál se ha de computar el término; no difiere el régimen carcelario que se aplica de aquél que concierne al resto de las penas.

Por fin, no trasiega los fines de la ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad N° 24.660.

Al respecto he señalado algunos aspectos de esta norma en autos "Quevedo", a los que me remito, y que en lo pertinente con relación al caso de autos, prevé específicamente que, para la concesión de las salidas transitorias o la incorporación al régimen de la semilibertad, el tiempo mínimo de ejecución de las penas perpetuas sin la accesoria del art. 52 del Código Penal es de 15 años (art. 17, I, b).

Se ve así, claramente, que lo expuesto, que es sólo una diferenciación dentro del mismo marco, priva de eficacia al argumento basado en que la perpetuidad de la pena contradice la finalidad de reforma y readaptación del condenado invocado por la defensa.

En todo caso la cuestión en examen se relaciona directamente con el principio de "racionalidad de la pena", que exige que ésta guarde cierta proporcionalidad con el delito cometido. Y en las concretas circunstancias de esta causa, la pena propuesta guarda correlación con los injustos que se dieron por probados y las agravantes valoradas, por lo que no se constata ninguna violación de la normativa constitucional

VI.j. Errónea aplicación del art. 50 del C.P. y su inconstitucionalidad.

La doctrina legal sentada por este Superior Tribunal de Justicia en la materia objeto del agravio (vide expediente: **"B. , V. A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real"** (Expediente N° 20387-B-2006) es argumento suficiente para repeler la posición argumentada. En el caso de marras he dicho que la declaración de reincidencia opera con abstracción de si fue o no ponderada por el Ministerio Fiscal al tiempo de la proposición de una pena, pues se trata de un estado que se asume con el hecho que motiva la condena y la sentencia sólo se limita a reconocerlo. Basta que conste en el expediente y se haya incorporado al debate (con conocimiento de la defensa) el dato que refleja el encierro con fuente en una pena, que pudo el condenado haber cumplido total o parcialmente.

En cuanto a la inconstitucionalidad pedida,

tema que importa la última ratio del orden jurídico, considero que debe también ser desestimada.

El principio que proscribe el doble juzgamiento por un mismo hecho se extiende a la determinación de la pena no pudiendo realizarse una doble valoración de iguales circunstancias, pero no impide que se pueda tomar como dato la anterior condena, entendida ésta como lo que es: un elemento objetivo y formal que genera, como ya lo dije, un estado que se reconoce y declara en la sentencia

En este aspecto también la resolución que se analiza debe ser confirmada.

VII. Luego del examen que ha pretendido ser exhaustivo, tengo para mí que desde la perspectiva de la consulta, el acto de sentencia debe ser validado. La declaración de hechos en ella contenido es adecuado a las pruebas en que se funda, y las normas en juego han sido correctamente aplicadas.

VIII. Propicio, entonces, que se declare improcedente la casación, confirmándose la sentencia atacada, en un todo con imposición de costas procesales.

IX. Por último, considero que deben regularse los honorarios profesionales de los Defensa Pública, en la suma de seiscientos veinticinco pesos ($ 625.-), no incluye I.V.A. (Ley 2200, art. 14 y 4920,art. 59)

Así me expido y voto.

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I) Los antecedentes del caso, la relación de los hechos que son objeto del proceso y la reseña de los agravios –promovidos por la señora Defensora Jefa de la Defensa Pública de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn, doctora G. del B. y el Abogado Adjunto, doctor L. H. B. – han sido sentados con prolija minuciosidad por el doctor Pfleger en el primer voto.

II) Con respecto a los miembros de este Cuerpo de deben conocer para dictar sentencia en la revisión constitucional denominada consulta (artículo 179, inc. 2°) por razón de la pena aplicada, me remito a lo sentenciado por este Superior Tribunal de Justicia en la causa "Leiva, Edgardo Fabián - Leiva, Edgar Rodrigo - Cayuleo Javier Darío - Lauquen, Diego Alejandro s/ Homicidio Calificado por alevosía - Esquel" (Expte. 20.373-Folio 199-L-2006, sentencia N° 29/2006, del 24/08/06).

III) Como se anotó en el primer voto, el fallo dictado por la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Puerto Madryn —el 9 de mayo de 2007— condenó a W. F. G. y a H. E. C., a la pena de prisión perpetua (y declaración de primera reincidencia, al segundo de ellos), accesorias legales y costas (arts. 12, 29 inc. 3° del Código Penal), por los hechos ocurridos en esa ciudad

los días 24 de enero de 2006 y 24 de mayo del mismo año, contra M. R. M. de E. , la seguridad común, G. M. G. y J. L. F..

IV) Las razones que ha dado el doctor Pfleger para rechazar la nulidad de la detención de H. E. C. y posterior secuestro de elementos –de los que dan cuenta el acta de fs. 1/2–, son contundentes y concuerdo con ellas en su totalidad (en la causa N° 18/07 CCPM, caratulada "C. E. y otro p.s.a. robo en grado de tentativa").

Sólo anotaré que luego de cometido el primer hecho que se imputó a C. (24 de enero de 2006) en la causa citada, éste fue sorprendido por la policía en la calle San Martín, alrededor de las 5,00 hs. de la madrugada. El detenido llevaba consigo una computadora completa (monitor, un protector de pantalla, un CPU, un teclado y un ratón —mouse—) y un enchufe de los denominados "zapatilla", dentro de una cortina de baño. Ello despertó la fundada sospecha policial, lo que puso en acto su iniciativa, que derivó en la detención del nombrado y el ulterior secuestro de los efectos que portaba.

Para determinar si es legítimo el acto público de prevención generado en la existencia de un estado de sospecha (en la creencia del agente de policía de la presunta comisión de un hecho punible), deben explorarse las circunstancias en que se llevó a cabo dicho acto. He aquí que tales circunstancias —las que

precedieron a su arresto— se traducían en un serio estado de sospecha. El que despierta un hombre que, en plena madrugada porta objetos en una bolsa improvisada con una cortina de baño.

La facultad estatal para restringir la libertad de un ciudadano —que consagran el art. 18 de la Constitución Nacional y 49 de la Provincial—, únicamente puede provenir de un expreso mandato legislativo y debe, además, ejercerse en las formas y condiciones fijadas por tales normas. La competencia a la que se refiere el artículo de la Carta Magna Nacional citado surge, precisamente, de la ley. Así, el artículo 253 del Código Procesal Penal, que regula los supuestos para proceder a la detención sin orden judicial confiere el deber —a los funcionarios y auxiliares de la Policía— de detener, aún sin orden judicial, "a la persona contra la cual hubiere indicios vehementes de haber participado en un hecho punible" (inc. 3°). El caso —inmediato a la flagrancia— se ajusta al artículo; tanto, que es digno de ser propuesto como modelo.

Esta norma procesal reglamenta el artículo 18 constitucional al establecer el deber de la policía de detener a quienes, como en el caso, sean sorprendidos en flagrante delito y a aquellos contra quienes haya indicios sólidos de culpabilidad, debiendo ponerlos de inmediato a disposición del Juez competente.

El más alto tribunal argentino ha fallado que

“Carece de razonabilidad el argumento basado en que la detención y requisa sin orden judicial únicamente puede prosperar en los casos en que existan actuaciones sumariales previas”. (Corte Suprema de Justicia de la Nación, “F. P. , C. A. y otro”, 12/11/1998; JA 1999-II-563. Fallos 321:2947).

En las circunstancias en que se produjeron la detención y el secuestro de los elementos que llevaba, no hay duda (ni la más remota) de que hubo fundados motivos para que la policía desconfiara de que C. estaba lesionando bienes jurídicos. Para proceder como lo hizo, el funcionario policial se basó en las apariencias, con sólidos visos de verdad, de que el imputado era sospechoso de cometer un delito.

De allí que el agravio será rechazado.

V) En la misma causa se promovió la nulidad esgrimida contra la sentencia, por falta de fundamentos y por menoscabo del derecho de defensa y del debido proceso. Con respecto a este punto, también apruebo la conclusión a la que ha arribado el doctor Pfleger en el voto precedente.

En éste, se transcribieron los argumentos que llevaron a los señores Jueces de Cámara a juzgar como lo hicieron. Allí constan la ponderación de los hechos y la relación de éstos (razonada y con fundamentos) con el derecho aplicable.

Hago míos los argumentos vertidos por el doctor Pfleger con respecto a la aprehensión de

C. y las circunstancias que la rodearon —ya expresadas—. Para no ser tedioso con el lector, me remito a lo escrito acerca del modo en que eran transportados los bienes sustraídos, por el imputado, durante las postrimerías del hecho. He allí el esencial origen de la presunción de cargo, la que fue correctamente valorada por los Jueces de grado.

Las particularidades del acto de detención y la posesión del imputado de los elementos sustraídos, fueron enlazadas por los Jueces con otros indicios, como el de presencia en un lugar cercano al del hecho y el de mala justificación (como se explicó con detalle en el voto antecedente). Eso basta para reflexionar que —visto con el prisma de las reglas de la sana crítica— es acertado el modo en que los sentenciadores lo juzgaron, tanto en lo que atañe a la condena, como a la calificación legal seleccionada.

Este agravio, pues, también será desoído.

VI) Tampoco tendrá acogida la queja sustentada en la infracción a las formas impuestas por ley bajo sanción de nulidad, violación al debido proceso y a la defensa en juicio, con respecto al imputado H. E. C. (en el expediente "C. E. y otro p.s.a. de homicidio calificado"; N° 11/07 CCPM).

El primer ataque de este ítem apunta contra el rechazo —de parte de la Cámara en lo Criminal—

del planteo de nulidad de los actos descriptos en el acta cosida a fs. 17/20 (inspección ocular y obtención de rastros y evidencias) y los que ulteriormente derivaron de ellos.

En el copioso escrito cosido a fs. 1008/1047 (luego ratificado por el señor Defensor General, en las cartulinas de fs. 1091/1099) cimentó su argumento la defensa, en la omisión de nombramiento de defensor a quien ya estaba imputado del hecho que se investigaba.

Los actos transcriptos en el acta reconvenida incumben a los funcionarios de la policía por razón de las atribuciones y deberes que les confiere el artículo 165, inc. 4° del Código Procesal Penal. Es decir, la policía ejerció la competencia a la que estaba obligada por ley, de acuerdo a los indicios con los que contaba en el caso concreto. Lo hizo teniendo frente a sí la contingencia de que el imputado hubiera participado en el crimen que investigaba y procedió a la recopilación de elementos relacionados, con los recaudos que manda el Código Procesal Penal. Es obvio que se trató de una actuación preliminar, en el umbral del proceso y que, por ello, ha servido de introducción para tratar sólidamente la pesquisa que sucedió a esa actuación. De manera que la participación de la defensa en tales actos es inocua si el resultado de esa trabajo

preparatorio puede ser sometido a su control ulterior.

Por otro lado, si bien es verdad que la mera tenencia del imputado de los objetos sustraídos y su presencia en un lugar cercano al del hecho no llevan a la convicción de los jueces, son indicios eficaces para obtener la certeza, como ellos lo hicieron.

Para confirmar el rechazo del planteo, sólo haré notar que la norma citada se refiere a situaciones en que haya peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación. La gravedad del hecho de marras justifica la urgencia, de modo que el acto carece de vicios, como lo pusieron de manifiesto los señores Jueces Mallo y Pitcovsky. Ellos hicieron una correcta interpretación del reglamento del juicio. Lo ratificó el doctor Pfleger y yo, lo hago ahora.

Es decir que concuerdo con el juicio vertido en el voto anterior: el acta impugnada por la defensa se confeccionó de acuerdo con la ley, para ser eficaz como prueba de cargo y el agravio será rechazado.

VII) La misma suerte recaerá sobre el planteo de nulidad de la requisa y secuestro de la máquina fotográfica Pentax, modelo "Espío" (en la causa citada en el punto anterior).

Otra vez coincido con el primer voto. De acuerdo con él, la solución a la que arribó la Cámara del Crimen es incuestionable.

La crítica sobre el punto describe cómo fallaron los jueces y cómo actuaron los funcionarios de la policía y el modo en que éstos debieron hacerlo. Pero nada dice la defensa acerca del perjuicio que le habría ocasionado a su parte el acto atacado, por lo que debe rechazarse sin más. El planteo parece menos una objeción fundamentada que una porfía contra la sentencia, que compite con ella con el propósito de desbaratarla a toda costa.

VIII) En la causa citada en el considerando IV, primer párrafo de este voto, también se esbozó la nulidad del informe científico de ADN (fs. 490/493) por inadecuada conservación del material peritado, alegándose infracciones al derecho de defensa y al debido proceso legal.

En el recurso, en lo que atañe a este asunto, se relató el modo en que fueron obtenida por el Estado la ropa de C.. Se afirmó que la policía custodió las prendas en el Hospital Sub-zonal local, donde él estaba internado, que ulteriormente fueron secuestradas por orden judicial.

No hubo transgresión alguna al debido proceso legal, ya que los policías actuaron –del modo en que se relató en el recurso– con apego no sólo a la ley sino también al sentido común.

Los reflexivos fundamentos anotados por el doctor Pfleger acerca de este punto, me eximen de mayores comentarios. El tema es simple: la

sucesión de actos que componen la diligencia del secuestro de las prendas peritadas carece de complicaciones y la impugnación puede resolverse sin dificultades, como lo ha hecho el doctor Pfleger.

Se transcribió en la expresión de agravios defensivos que –según el acta de fojas 13– C. se encontraba en el hospital; el comisario de la Seccional Tercera dispuso que se constituyera personal de Policía para custodiar las prendas ulteriormente secuestradas. En el instrumento público de fojas 14 consta la presencia del Oficial Ayudante D. y, en el de la hoja contigua, figura el pedido al Juez de la orden del secuestro puesto en efecto según el acta de fojas 24. Ello, conforme la defensa transgredió el artículo 200, en función del 167 del Código Procesal Penal.

Pero no es así. Como quedó dicho, la policía tenía motivos para presumir que las prendas de C. –merced a las circunstancias del caso– guardaban relación con el delito que se presentó. Puso esas prendas bajo custodia hasta obtener la orden judicial escrita del secuestro. El Juez –en el ejercicio de sus facultades legales– delegó la diligencia en funcionarios de la policía.

Tampoco debe perderse de vista que el artículo 199 del Código Procesal Penal (texto según ley N° 4198), ante la posible comisión de un delito confiere a los funcionarios policiales,

la facultad de proceder a la requisa de una persona para el secuestro de las cosas que llevare consigo. La policía, en lugar de ejercerla directamente, pidió la orden judicial.

Es decir, que se actuó de acuerdo con la ley, por lo que el agravio será rechazado.

IX) Con respecto a la nulidad impetrada por arbitraria valoración de la prueba esencial ofrecida, concerniente a la determinación de la capacidad de culpabilidad del imputado C., tampoco prosperará la expresión de disenso de la defensa.

Los Jueces de la mayoría desecharon razonablemente el alegado aspecto de imputabilidad penal de C. y el estado de indefensión derivado del rechazo del testimonio, ofrecido por su parte, del doctor M. N. C. .

Además dotaron a la resolución de una retahíla de argumentos que consolida el rechazo de la inimputabilidad de C..

Los jueces –de conformidad con los dictámenes– fundamentaron el rechazo porque consideraron que no hubo razones que le impidieran comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones –es decir, que las comprendía y podía dirigirlas.

La Cámara juzgó adecuadamente que el comportamiento de C. –durante las particulares características del hecho–, reveló claramente –como lo explicó el doctor Pfleger– su aptitud de

reproche. Ello descarta la contingencia de una conducta de quien carece de compresión.

Para rechazar el planteo defensivo, los magistrados contradijeron la intención de reeditar aspectos técnicos que ya habían sido resueltos durante el proceso por los peritos (artículo 315 del Código Procesal Penal).

No hubo transgresión al debido proceso legal ni fue arbitraria la decisión de rechazar el testimonio del doctor M. C. . La posición de la defensa que ahora se trata, se asienta menos en una transgresión que en una aserto y como principio innegable de un propósito.

Por lo demás, concuerdo con todo lo escrito en el voto que antecede acerca de esta materia: los impugnantes no aludieron a una alteración morbosa de sus facultades sino a un mero estado de *"... duda razonable sobre la imputabilidad de C...."*. Duda que, por otra parte, fue despejada por los peritos. Poner en crisis esta conclusión, o alegar que los expertos no se pronunciaron categóricamente sobre la culpa, es incurrir en un error.

De modo que no podrá progresar el argumento de la defensa (artículo 34, inciso 1° del Código Penal).

X) El agravio sustentado (con respecto al imputado W. F. G., apuntado con el N° 1, a fojas 1030 vta.) en la nulidad del secuestro del gorro (acta de fojas 375) practicado sin notificación a

la defensa es inadmisible.

Se argumentó en el recurso que, por tratarse de un acto definitivo e irreproducible, se afectó el derecho de defensa en juicio y el debido proceso. Más allá de esa expresión genérica, nada se dijo acerca de cuál era el perjuicio preciso para la parte.

En acatamiento del principio de que no hay nulidad por la nulidad misma (*"pas de nullité sans grief"*), sin un perjuicio concreto y por la mera infracción procedimental, para la admisión de un planteo de nulidad –en el caso la falta de notificación a la defensa de una inspección y secuestro de un gorro–, debe manifestarse con claridad cuál sería el perjuicio derivado de la transgresión legal invocada, ya que, en caso contrario, el reclamo se convierte en un pedido en beneficio de la formalidad.

Lo aprendimos de Alsina, las formas procesales no tienen un fin en sí mismas, y su sentido es asegurar a las partes la libre defensa de sus derechos y una sentencia justa. De este modo, el principio opera así: "Donde hay indefensión, hay nulidad; y si no hay indefensión, no hay nulidad" (Hugo Alsina, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, tomo I, segunda edición, Ediar S.A. Editores, Buenos Aires, 1963, p. 652).

Por lo tanto, aunque exista un defecto en el acto, la declaración de invalidez es improcedente

si no surge un atentado contra el debido proceso, causante de indefensión. Su aplicación no puede hacerse, pues, en forma automática, correspondiéndole al Juez apreciar las circunstancias y establecer si, no obstante el vicio, el propósito de fondo, previsto en la normativa, ha sido cumplido.

El hecho de que no se hubiera preservado eficazmente la identidad del testigo L. I., en nada afecta el acto procesal cuestionado.

Por lo demás, como expresó el doctor Pfleger, la cuestión quedó dirimida mediante la resolución que se dictó en la instancia oportuna y el planteo será nuevamente rechazado.

XI) El agravio individualizado con el N° 2 del recurso (con respecto al imputado W. F. G., a fojas 1034) se refiere a la inobservancia del principio de inocencia por elusión del principio "in dubio, pro reo". Con él se propició la nulidad de la sentencia por arbitraria valoración de la prueba efectuada por los jueces.

Concuerdo una vez más con el voto que precede.

Se anotó en el recurso que los magistrados omitieron valorar las capacidades de percepción y personal del testigo L. I. y señalaron contradicciones que doy por reproducidas.

Pero los jueces que integraron la mayoría han determinado el valor que concedieron al testimonio de I., como elemento acreditativo,

según el relativo peso de persuasión que le asignaron. Eso es lo correcto, porque, en definitiva, son los Jueces de grado los que deben establecer adecuadamente el valor de cada testimonio y conjugarlo con el resto de la prueba. Así, la declaración cuestionada debe computarse como prueba útil, en los términos aquí definidos, ya que no existen obstáculos para valorarlo.

El recurso será rechazado.

XII) Asimismo, coincido con el rechazo de la denuncia de errónea aplicación de la ley sustantiva, a raíz del encuadramiento del hecho en el delito de homicidio con ensañamiento (art. 80 inciso 2 del C.P.), que hizo del doctor Pfleger (considerando VI. "f" del voto anterior).

Lo señaló el juez que votó antes y lo repito: en la presentación de la defensa no hay argumentos diversos de los que se expusieron en el alegato final, que permitan revertir la sentencia de la Cámara. La cual, como quedó dicho, expresó explicaciones contundentes para fundamentar la figura legal seleccionada.

El fallo se basó en la entidad y cantidad de lesiones mortales –infligidas por los autores a la víctima– examinadas por los médicos forenses.

Además, como quedó manifestado en el voto antecedente, los Jueces dieron las razones por las que consideraron que los imputados eran concientes de la realización del tormento

padecido por M. R. M. de E. . Al contrario, la Defensa barajó la hipótesis de que la víctima pudo encontrarse inconsciente durante el acometimiento, pero no es eso lo que se probó en el juicio.

Quedó acreditado que hasta el final del ataque, la interfecta permaneció con vida. Las ampollas en sus miembros, ocasionadas por el incendio, prueban que por sus venas aún corría sangre en ese momento y, por ende, estaba viva.

El médico forense, doctor H. G. afirmó que las lesiones punzo cortantes de la cara, tenían una trayectoria que demostraba el movimiento defensivo de la víctima.

En el caso en estudio, el homicidio fue el producto de la acción directa y deliberada de los acusados, quienes utilizando los elementos punzo-cortantes descriptos en la causa, y orientados por la evidente finalidad de acabar con la vida de una persona, infligieron reiteradas estocadas hacia zonas vitales de su cuerpo. Esa acción tuvo en miras –además de la ya señalada intención de causar sufrimiento– procurar el padecimiento previo a la muerte de la víctima.

La minuciosa exposición del voto anterior me sustrae de decir más. Como se aprecia en éste, el hecho que fue tenido por acreditado por el tribunal a quo, satisface también la totalidad de los requisitos objetivos y subjetivos del tipo

penal escogido por la Cámara (artículo 80, inc. 2°, primer supuesto del Código Penal).

Adhiero en todo a él.

XIII) El recurso también ataca la falta del elemento subjetivo del tipo del homicidio criminis causae, figura por la que fueron condenados los imputados.

Concuerdo con el voto del doctor Pfleger, por cuanto tuvo en cuenta el modo de comisión de la muerte de la víctima y demás circunstancias –aun la idea de incendiar el domicilio asaltado para destruir evidencias– que se tuvieron por acreditadas; en particular, la decisión de matar y el intento de asegurarse la impunidad.

El subjetivismo del artículo 80 inc. 7° del Código Penal concierne al propósito externo al homicidio en sí. Se representa como un medio, por lo que no se necesita una disposición anterior, deliberada y decidida previamente. Es decir, una mera preordenación resuelta del autor es suficiente. Esto ocurre cuando el agente –aun espontáneamente– se ha decidido a matar para o por uno de los motivos señalados por la ley.

Es a partir del hecho cierto y probado –la muerte violenta– que la Cámara admitió el móvil: procurar la impunidad de los autores. De modo que debe confirmarse el fallo en este punto, si ahora se advierte con claridad el significado del contenido de esa decisión de la a quo.

De modo que el hecho subsume en la figura de la norma citada, por cuanto surge del fallo la presencia del elemento subjetivo exigido por esa norma.

Este agravio no prosperará.

XIV) Con el propósito de contradecir el modo en que se aplicaron en la sentencia las reglas del concurso de delitos, la defensa adujo que por tratarse de una voluntad unitaria, en un contexto temporal y espacial estrecho, no es posible afirmar que respondan a la decisión de acción tan diversa como para que haya pluralidad de acciones. Según los abogados, el concurso material implicaría reprochar dos veces el dolo de robar.

Concuerdo con los argumentos vertidos por el doctor Pfleger. Tal como lo expresaron los señores Jueces en la sentencia atacada, fueron ejecutadas "... dos conductas que se traducen en un concurso material... dos acciones distintas con dos tipos finales distintos".

Es decir, por un lado hubo un delito contra la propiedad, el robo. Por el otro, la acción de matar a la moradora víctima, que como quedó demostrado fue ocasionada por la posibilidad de identificar a los imputados.

Si las múltiples lesiones que causaron la muerte de la víctima (ver el protocolo de autopsia de fojas 206) por los sujetos activos del desapoderamiento fueron guiadas por el

propósito de no ser vistos, la conducta debe calificarse como homicidio conectado con otro delito (criminis causae) en concurso real con robo.

Será rechazado el agravio que trato.

XV) Con respecto al planteo de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua repetiré lo escrito por el notable colega que votó antes: en el régimen argentino punitivo esta sanción, no obstante su rigurosidad, no puede ser considerada inhumana ni degradante.

Naturalmente, toda pena de encierro implica una lesión a los derechos de la persona condenada, a sus lazos afectivos y aun alcanza a otras personas, pero no por ello es inconstitucional.

Por otra parte, de los Tratados Internacionales incluidos en la Constitución argentina –en virtud de lo dispuesto por el artículo 75, inc. 22– no surge ni puede inferirse que sus previsiones resulten incompatibles con la aplicación de la pena de prisión perpetua, en la medida en que se acate la integridad del penado.

Por lo tanto, adhiero a las razones expuestas en el voto anterior y el planteo de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua será rechazado.

XVI) Por último, los defensores de los imputados, alegaron una errónea aplicación del

artículo 50 del Código Penal y promovieron la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia.

Este tema ya ha sido tratado y resuelto por este Superior Tribunal de Justicia en los autos "Bonina, Víctor A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real" (Expediente N° 20387-B-2006, sentencia N° 45/2006, del 10 de octubre de 2006), en los que se rechazó idéntico planteo acerca de la declaración de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia. De manera que, por brevedad, me remito a los fundamentos anotados en la cita y el pedido será rechazado.

XVII) En resolución, el pronunciamiento dictado por la a quo, obrante a fojas 941/988, es una decisión motivada, correctamente razonada. Ha establecido con certeza la existencia de los hechos insimulados y la participación en ellos de los acusados. Juzgo adecuada la calificación legal efectuada en el fallo y justa la pena que se aplicó en él. En definitiva, la sentencia me ha convencido de que la decisión de la Cámara debe ser confirmada en todos sus términos (con costas) porque se adecua a derecho.

XVIII) Adhiero también a la regulación de honorarios de los esmerados defensores que efectuó previamente el doctor Pfleger (Ley 2200, art. 14 y concordantes; Ley 4920, art. 59 y concordantes).

Así voto.

El Juez **Cortelezzi** dijo:

Con los sufragios coincidentes de los doctores Jorge Pfleger y Alejandro Panizzi, existe mayoría de votos para conformar la voluntad del Superior Tribunal de Justicia; de modo que haré uso de la facultad que prevé el C.P.P., art. 357 -texto según ley 4550, art. 7.

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente

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

1°) Declarar improcedente la casación interpuesta a fs. 1008/1047 vta., con costas (arts. 385,386, 388 y concordantes del Código Procesal Penal-Ley 3155)

2°) Confirmar la sentencia número 18 de fs. 941/988.

3°) Regular los honorarios profesionales de los Defensa Pública, en la suma de seiscientos veinticinco pesos ($ 625.-), no incluye I.V.A. (Ley 2200, art. 14 y 4920, art. 59)

4°) Protocolícese y notifíquese.

Fdo: Pfleger, Panizzi, Cortelezzi.-