En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 21 días del mes de abril del año de dos mil diez, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los señores Ministros Jorge Pfleger, Alejandro Javier Panizzi y José Luis Pasutti, presidida por el primero de los nombrados para dictar sentencia en la causa caratulada ***"Comisaría Distrito Tercera s/Investigación homicidio agravado en ocasión de Robo en poblado y en banda r/víctima N. J. M.- Tw."*** (Expte. N° 21.537 - Folio 112-Letra "C" – Año 2008).

El orden para la emisión de los votos que resulto del sorteo es el siguiente: Pfleger, Panizzi y Pasutti.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. La cuestión traída a esta Sala concierne a la impugnación ordinaria de la sentencia número 624 del año 2008, que emitida por Cámara Primera en lo Criminal de la ciudad de Trelew el 15 de octubre de 2008 condenó a **C. M. M.** y a **J. A. M.**, a padecer la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, por el hecho cometido en fecha 6 de febrero de 2008 del que resultara la muerte de N. J. M..

Ambos fueron declarados autores material y criminalmente responsables en orden al delito de homicidio calificado por haber sido cometido para

lograr la impunidad del delito precedente (art. 80, inciso 7° del C.P.).

II. En función de la pena impuesta le cabe al Tribunal intervenir en los términos de la consulta.

III. Los hechos que fueron materia de debate, reseñados en la acusación fiscal -copiada en la sentencia- resultaron los que de continuo se describen: "*... en el día 6 de febrero de 2008, alrededor de las 19:30 horas, cuando M. C., A. S. y C. A. se encontraban en el interior del obrador sito en la intersección de las calles R. N. y G. C. del Barrio L. P. de Trelew, fueron sorprendidos por J. M., C. M. y J. O. M. quienes portando armas de fuego en sus manos, amenazando e intimidando, las redujeron con el fin de sustraerles dinero y bienes de su propiedad, instante este en que ingresa N. A. al predio del obrador para luego hacerlo M., C. A. le avisa a su hermano que eran víctimas de un robo y que fuera a buscar a la policía, momento en que los imputados comienzan a disparar para evitar la alerta y para lograr su impunidad, recibiendo un disparo M. provocándole la muerte por shock hipovolémico tal como informa el informe forense, todo lo que permitió darse a la fuga ...*"

IV. La Defensora Penal de la Oficina de la Defensa Pública, doctora María Ángela Gómez Lozano, interpuso impugnación con el objeto de que esta Corte resolviera el caso dictando la

absolución de los imputados; supletoriamente, pidió que se los condenara según el encuadre que se propone, imponiéndoles una pena razonable (el mínimo legal). Para el hipotético caso de no fallar de conformidad a lo solicitado, solicitó que se declare la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua dictada y se permita alegar sobre una pena razonable, proporcional y justa.

Veremos de continuo el desarrollo de los agravios.

En el punto atinente a la motivación señaló tres tópicos:

1. El cauce de la investigación que llevó a la detención de los encausados es nulo y por lo tanto aquellos – según entiende- deben ser absueltos.

2. La calificación de los hechos (homicidio crímінis causa) resulta infundada y no es la que legalmente corresponde.

3. La pena que se impuso no es una pena razonable.

En su escrito, glosado entre las hojas 127 a 140, motivó extensamente la razón de sus proposiciones que serán parafraseadas en los renglones que siguen.

| El punto **1. del ítem IV lo tituló "En cuanto a la nulidad".**

En él abordó, de entrada, el tema de las nulidades haciendo mentas de la doctrina que consideró la más moderna, refiriendo a las normas

constitucionales en juego y a los casos "Rayford" y "Daray" resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde lo que derivó que el problema central del caso concernía a la existencia de una fuente independiente de investigación.

Explicó, en el desarrollo de su alegato, que se había llegado a los hermanos M. a través de una fuente espuria pues relató "...En un primer momento el Cabo C. y el Sargento S. van al lugar del hecho y, según mencionan en sendas actas, una menor no identificada les dice que los autores son unos que viven cerca del mercado "T.". Ambos se dirigen a la cercanías del mercado en cuestión y a partir de allí es el Cabo C. quien vincula a J. M. con la entrega de una riñonera con armas a unos menores de edad que son inmediatamente detenidos, secuestrándose además la riñonera con armas a unos menores de edad que son inmediatamente detenidos, secuestrándose además la riñonera con dos armas (que no pudo vinculárselas con el hecho) y un DNI perteneciente a J. M.. El Sargento S. se entera de esos acontecimientos por C. y así lo deja plasmado en el acta suscripta por él mismo..." apareciendo así la sospecha contra J. pues "...aparentemente C. lo ve entregando una riñonera en la cual se hallan dos armas de fuego que podrían haber estado vinculadas con el hecho...".

Fustigó la ausencia de datos que pudieron haber concurrido a detener a los hermanos M. en relación con el hecho investigado, pues la única fuente existente hasta el momento era el acta del Cabo C., pues un testigo, V. le había dicho al Oficial C. que los había visto antes del hecho y en otro lugar.

Así concluyó en que "...el primer justificativo de detención de los hermanos M. es un acto nulo..."

Más adelante sostuvo que la prisión preventiva se declaró tomando como elemento de cargo la declaración de la testigo Ledesma, declaración que –afirmó- era nula porque fue obtenida bajo coacción, en la medida en que fue obtenida bajo coacción pues, la mujer, había sido hostigada por la Fiscalía, so pretexto de brindar información sonsacada a su hijo, un menor atribuido de encubrimiento, sin imponérsele de la facultad constitucional de abstención por el vínculo filial.

Destacó que los jueces del debate no resolvieron el problema pues, aún no tomándola en cuenta, sus dichos resultaron relevantes para el dictado de la prisión preventiva-

Refiriéndose a las fuentes de investigación puso en duda el accionar policial relacionado con los dichos de una menor de edad que nunca fue identificada. Sostuvo que pese a que aquella se había entrevistado con varios agentes: C., S.,

F., C. y P., con la intervención del Comisario a cargo de la Seccional Tercera y los representantes del MPF, doctor M. y el doctor M., era sumamente significativo que no fuera identificada y nadie se hubiera molestado en pedirle sus datos.

En base a ello, afirmó que el dato brindado por la menor no identificada y que no pudo ser objeto de contradicción por parte de la defensa, tampoco pudo ser acreditado en ningún momento del proceso, llevó a una bifurcación en la investigación, por un lado el acta del Cabo C. que se dirigía a los menores y a J. M. y que fuera declarada nula acarreando esa nulidad las detenciones de los menores, el secuestro de las armas y la posible persecución de J. M..

Manifestó que los aportes del menor T. quien habría visto a dos personas, cree que con armas, a quienes describe, nada aportó en relación con los hermanos M..

Habló sobre una tercer fuente, V., quien no declaró nunca "...pero vio movimientos sospechosos en el obrador, y que, por ese motivo inconsistente realiza un reconocimiento en rueda de personas, del que surgen identificados los hermanos M., y fue declarado nulo en la audiencia preliminar..."

De esa manera sostuvo, teniendo en cuenta el recuento formulado, que no existió una fuente de investigación independiente que hubiera

legitimado las diligencias realizadas con posterioridad a la detención de los hermanos M., razón por la cual todas las diligencias posteriores y encadenadas con esa detención resultan ser alcanzadas por el vicio inicial.

En el acápite **2.** que versó sobre la **"Calificación legal del hecho"**, formuló una serie de interrogantes que consideró no estaban resueltos en la pieza en crisis.

Afirmó que el hecho configuró el delito de robo seguido de muerte (robo calificado por homicidio) porque no se probó el dolo de matar que le endilgaron a M., sosteniendo, asimismo que la muerte fue culposa.

Dijo, además, que existió en la secuencia enrostrada, una disparidad entre el plan y el resultado, que hubo un error en el golpe.

Puso de relieve que tanto la Fiscalía como los Jueces habían coincidido en que los M. dispararon contra A. para procurar su impunidad, pero alcanzaron a M.. Que nunca dispararon contra M..

Por esa razón, manifestó que la calificación que correspondería sería la de tentativa de homicidio (de A.) en concurso ideal con homicidio culposo (de M.).

Sobre la pena, partiendo de señalar la carencia de alternativas que presenta el artículo 80 del C.P., en colisión con la norma prevista en el artículo 5 de la Convención Americana de

Derechos Humanos de jerarquía constitucional, postuló su inconstitucionalidad desarrollando profusamente los argumentos en que basó su pedido, con citas del ordenamiento legal constitucional, pactos internacionales, y doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En el final, previo hacer reserva de impugnación extraordinaria, solicitó que cumplidos los trámites legales, se resuelva de acuerdo a lo solicitado en el principio.

V. Luego de haber dado cuenta de esta relación, exposición necesaria para trabajar sobre el caso venido, emitiré mi voto.

VI. El problema de la Consulta.

En primer término- y una vez más- pondré de relieve mi posición respecto de que en los supuestos en que la pena aplicada habilite el instituto de la Consulta, ha de entender el pleno de este Superior Tribunal de Justicia y no una de sus Salas.

En sucesivas ponencias he manifestado este criterio, que no es mayoritario de éste órgano, al sólo fin de dejar testimonio, por la importancia capital que el tema posee.

VII. La revisión amplia.

Cabe una segunda intermisión. 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 al recurso del imputado en supuestos de condena, sin perder de vista las limitaciones naturales y jurídicas de esa tesis, ya explicadas en otras ocasiones.

VIII. Ciertas digresiones necesarias.

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 un juicio de certeza, cobran virtualidad los predicados que al respecto vertiera en otros casos, a los que me remito en honor a la brevedad

Sólo agregaré que la certeza, como estado del conocimiento, implica arribar a cierto nivel de verdad y que esa cota se alcanza cuando, de la relación dialéctica entre los opuestos, prevalece el postulado más lógico; aquél que está más allá de toda duda razonable.

IX. El tratamiento de los temas del recurso.

Señalados estos aspectos que se me ocurrieron imprescindibles de abordar, aún de manera sintética, penetraré en el examen de la sentencia, que, y adelanto opinión, merece ser confirmada en todos sus aspectos.

Veamos.

X. La cuestión en sus aspectos materiales.

La materialidad sobre la que ha girado el

caso no ha sido controvertida por la parte impugnante al momento del alegato final, ni en esta instancia.

El Tribunal de Juicio dio por acreditado el suceso en la forma en que el Ministerio Público Fiscal lo planteó en el debate, con sus circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Como puede leerse con toda claridad en los votos de los Magistrados, se dejó establecido que el 6 de Febrero de 2008, minutos antes de las 19:00 horas, tres personas ingresaron al obrador sito en la calle G. C. y R. N. de la ciudad de Trelew llevando consigo armas de fuego, con el propósito de apoderarse ilegítimamente de bienes ajenos: el dinero destinado al pago de la quincena a los trabajadores del sector.

Allí estaban, y no hay duda en ello, M. C., A. S. y C. A., a quienes el trío ordenó que se arrojaran al suelo, prodigó violencia física sobre algunos demandando la plata que pretendía llevarse.

Al tiempo en que esto sucedía, según creo acreditado, llegó al lugar N. A. quien fue advertido por su hermana C. de lo que pasaba, lo que hizo que este escapara en búsqueda de auxilio policial; en ese trance los asaltantes le dispararon al cuerpo pero no lograron impactarlo. Al mismo tiempo llegó a la escena N. J. M. quien, en la balacera, recibió un tiro que le provocó la muerte.

Los tres votos de los Magistrados que intervinieron son elocuentes de la muy prolija fijación que sobre el punto realizaron, ponderando con acierto las pruebas, perfectamente verificables en la instancia, lo que permite asentir con las conclusiones a que arribaron.

Al sólo efecto de no incurrir en una mera afirmación inconsistente, señalo que el acta labrada por la Policía al momento de la constitución en la escena de los hechos, el certificado de defunción, el informe de autopsia- ratificado en la audiencia por el médico forense H.- y el informe médico policial del doctor Z. (los documentos obran en las carpetas de prueba adosadas al legajo) dan cuenta acabadamente de la existencia del hecho en su objetiva materialidad, con sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, tal como, por otra parte, fue predicado en la acusación fiscal.

Se tiene en claro entonces que en el curso del asalto de marras N. J. M. murió "...*como consecuencia de la instalación de un paro cardiorrespiratorio con origen en un cuadro de shock hipovolémico por sangrado ocasionado por herida de grandes vasos y de ambos pulmones por disparo de proyectil de arma de fuego...".*

Los testigos presenciales, que se consideran en párrafos anteriores, ponen el sello de cierto a este tópico.

XI. El problema de la autoría.

Al abordar esta tópica penetramos en la geografía de los agravios y en particular en el primero de los esgrimidos por la Defensa Técnica: la denuncia de que el cauce de la investigación que llevó a la detención de los acusados está viciado y por lo tanto nulo es todo el devenir desde entonces, debiendo aquellos ser absueltos.

Tengo razones para anticipar que la crítica, en este punto, no ha de prosperar.

Develarán las líneas que siguen las causa de mi pensamiento.

Sobre este aspecto diré que, en la consideración de los elementos de cargo, el Tribunal de Juicio ha realizado una valoración acertada de la evidencia legalmente incorporada.

Excluyó los actos sindicados como nulos dejándolos de lado y privilegió, en la búsqueda de la verdad, los elementos no contaminados que, en forma autónoma, dieron pábulo a la determinación de la autoría y responsabilidad de los luego condenados, en relación con los hechos ventilados en la causa.

Es correcta la posición de los judicantes cuando han tomado como vía independiente de investigación, que llevó a la captación a proceso de los inculpados, a la actividad de pesquisa que fue conducida al juicio por obra de la testimonial de los policías actuantes, que he podido escuchar yo mismo por vía de los registros de audio.

Creo que el concepto para definir los testimonios en su aspecto interno – y adjudicarles valor en el contexto, sin motejarlos de emponzoñados- radica en que denotan "racionalidad", traducen lo que "vieron", exponen esa secuencia rápida que, en los primeros momentos de la investigación, es propia de la actividad policial.

Se leerá, para mejor comprensión de lo que digo, una paráfrasis de esas manifestaciones en los renglones que vienen. Pero libre de las zarzas que se despejaron con tino durante la etapa preparatoria, insisto en su adecuado valor de ellos para, hacia atrás, hallar causa razonable a la tarea de reconocimiento en rueda que se discute y, hacia delante, a la explicación de las circunstancias que los vislumbraron como sospechosos a los M..

Dos palabras previas.

Pretender sacralizar las tareas de pesquisa que se fundan en intuiciones, informes primarios, recopilación rápida de datos, en fin, en todo cuanto alimenta a la tarea de campo, cuando no es perceptible con evidencia que los que actúan hubieran trasgredido la ley, es inaceptable.

Descalificar desde allí al reconocimiento de personas que, a la luz de la propia norma regulatoria, el art. 210 del C.P.P, ocurrirá sobres la persona para "...identificarla o establecer que quien la menciona o alude,

efectivamente la conoce o la ha visto..." es decididamente improcedente.

Ya lo expuso el Juez Defranco en su voto con meridiana claridad cuando laboró acerca del instituto de que se trata, aunque lo hizo para dar solución a otro asunto que, aquí, no está en juego.

Si las personas a las que se sometió a tal acto- independientemente de la orden de aprehensión emitida- se presentaron voluntariamente y debidamente asistidos protagonizaron el acto cuya consecuencia fue la indicación por testigos directos que los habían descrito con antelación, no percibo vulneración alguna de derechos, único argumento que repercutiría en la extirpación del acto que se viene considerando.

La defensa no sólo controló la rueda; pudo confutar a los propios policías y a los reconocientes durante el debate horadando en la tarea que habían desarrollado, en un lado, y la causa de las percepciones, por el otro, satisfaciéndose de esa manera las exigencias del contradictorio que echa al viento cualquier invocación de perjuicio.

Coincido además con los Jueces en cuanto al aprovechamiento de los datos vertidos por la menor de 8 a 10 años de edad que, en un momento inmediato posterior al crimen, pudo orientar a la Policía sobre el lugar hacia donde habían ido los

asaltantes, como así las señales que indicaban que habían huido hacia el norte, fuente de la actividad investigativa que remató en lo que acabamos de estudiar críticamente.

También considero que hay aspectos que sólo ellos, los Magistrados, pudieron captar en la inmediatez que apareja el juicio y que sirvieron para sopesar las versiones escuchadas.

Pero decía de la paráfrasis de la evocación de los funcionarios actuantes y eso ocupará los renglones que siguen

W. A. G. que prestaba servicios en la seccional Tercera de Policía, explicó con detalles, en el debate oral (ver pistas inicio a 4 de la audiencia del día 26/09/08), acerca de cómo llegó al lugar de los hechos adonde fue convocado; reseñó que a su arribo estaba la policía, y que conversó con dos oficiales que lo pusieron al tanto de lo que había ocurrido y de quién era la víctima cuya muerte comprobó. Que entrevistó a cuatro personas que le dieron datos de los autores y sus vestimentas, noticia que irradió a los demás móviles.

El testigo evocó la manera en que yacía el damnificado y las operaciones que practicó el médico policial y el perito en criminalística.

G. relató ante el Tribunal la forma en que dialogó con la menor que había aportado los datos. Contó que la niña mientras jugaba en el lugar había escuchado a tres individuos que

habían hecho mención que iban a "*... hacer una cagada...*", la misma dijo que luego, al oír el ruido de los disparos, vio salir corriendo a esos tres individuos del lugar y a la víctima tirada en el piso.

El testigo también manifestó que la niña le había indicado el lugar en donde solía verlos, esto es a unas pocas cuadras de allí, en las cercanías de un kiosco llamado "T.", lo que permitió organizar una búsqueda en esa dirección.

Puso de manifiesto además que no le pidió los datos personales porque la madre se opuso a ello y por indicación del Fiscal Moyano, pero que de todas maneras fue trasladada a la Seccional de Policía. Dejando constancia que se encontraba presente, cuando se entrevistó con la menor, el Fiscal Maza a quien consultó la forma de proceder.

En su declaración aclaró sobre la forma en que se produjo la detención de los acusados cuando se entregaron, y la actuación de mediador que le cupo en esa oportunidad a M., alias "P.", aclarando que desconocía las razones precisas a las que obedecía la detención pretendida en un principio por el personal policial, y que el que se encontraba a cargo era S..

Por su parte, J. A. C. (pistas 1,2, 3 y 4, audiencia del 29/9/08), integrante de la Brigada de Investigaciones de Trelew, brindó una versión que se relaciona en forma ajustada, en líneas

generales, con los dichos de G..

Contó cómo llegó hasta el lugar del hecho, pues estaban cerca del obrador, que vio un cadáver, recabó los datos de los testigos y que de inmediato fue llamado por uno de sus compañeros que estaba con una pequeña; ella decía haber visto salir a tres personas que salieron y que habría una más afuera, sin precisiones, y que eran los chicos que se juntaban en el mercado "T." o "T." ubicado a unas cuadras del lugar, en tiempo que la niña señalaba la salida para la calle G..

Dijo que después concurrió a rastrillar en compañía de C. a buscar a los asaltantes hasta el negocio que indicó la menor, que regresó al lugar del hecho dejándolo a C. frente al kiosco para ver si veía algún movimiento.

Narró que a poco de arribar nuevamente al predio del suceso, C. pidió refuerzos porque había detenido a dos chicos aprehendidos en la vereda del kiosco, que al propio tiempo S. procedía más arriba; que se hizo presente el Fiscal a los cinco minutos.

Señaló que las características que brindó la menor (con cuya madre había hablado) fueron sobre la fisonomía de los sujetos, que la niña dijo algo "...de los hermanos..." pero no se le hizo caso, que hasta entonces no se asociaba a los autores del hecho.

Luego, escuchó la versión de un vecino, un

tal V., dueño de un negocio, vecino del damnificado, quien le dijo que momentos antes del asalto había estado atento a personas que merodeaban por el lugar porque él mismo había sido asaltado con anterioridad por los sospechosos, y que no les había perdido pisadas, describiéndolos físicamente y dando los apellidos de los hermanos M. a quienes conocía y de un tal "P.".

Explicó porqué no se había tomado nota del apellido de la menor y que el hecho requería un trabajo inmediato, que apremiaba porque existían grandes posibilidades de que se encontraran aquellos todavía en las inmediaciones del lugar, explicando que con los datos que habían recabado de los asaltantes, se dirigieron en su búsqueda en la dirección y hacia el lugar que había indicado la niña aludida, eso en respuesta a un extenso interrogatorio de la defensa, que insistentemente inquirió sobre los aspectos que hoy fundan su agravio.

El Oficial J. R. S., de la Brigada de Investigaciones de Trelew (ver pistas 4,5,6 y 7 del 29/09/08 del disco escuchado) explicó, por su parte, la manera en que conoció del hecho y la circunstancia de su presencia en el lugar adonde había una persona fallecida; que se avocó a la investigación y conoció desde una nena menor que lloraba. Ella manifestó que había visto a los autores del hecho y dio unas referencias de

quienes habían sido, haciendo alusión a que eran los mismos que se encontraban habitualmente en el mercado "T.", hacia donde se dirigieron buscando datos más precisos.

Indicó que el Cabo C. vio que un tal M. daba una riñonera a dos menores y se introducía a una casa amarilla, que aquél los siguió, y que, a entonces, desde ese inmueble salieron tres muchachos a los que preguntó si vivían allí y cuando le contestaron que si los llevó a la Comisaría bajo las premisas del art. 215 del C.P.P.

Explicó la ubicación de esa casa y de la cercanía del mercado "T.", y explicó que a la menor la llevó a la Comisaría el Oficial C. y el Cabo S..

Dio noticia de los datos que había recibido para salir en la búsqueda de los sujetos no identificados de los que sabía su vestimenta y ratificó el informe de fs. 12 del legajo de prueba.

A las preguntas de la defensa respecto de las características de la menor fue escueto en su evocación.

Sin embargo fue claro en determinar el punto a partir del cual inquirió a los "...tres masculinos..." que no eran ninguna de las personas imputadas y respondió también porqué se los trasladó a la seccional tercera.

Que al iniciar la investigación nadie había

mencionado a los M., le contó a la defensa en respuesta a las preguntas. (pista 7)

C. A. T. (pista 7,8 y 9 del registro del 26/09/08), también merece ser evocada en esta relación.

Comenzó el relato narrando que, en su calidad de policía, realizó un acta de la aprehensión de persona, pero no la aprehensión misma, aunque fue advertida por el Fiscal de que se trataba de actuaciones nulas y fue interrumpida.

Narró, a preguntas del Ministerio Público, los detalles de la detención de los M., en su contexto. Señaló las formas de ello, especialmente la conversación entre policías y "P." M., hablando éste último en representación de los hermanos M., y escuchó cuando M. decía "... que bueno, llévenlos (refiriéndose a los M.) pero que no les pase nada ..." (textual), no recordando el lugar, pero sí la hora, durante la noche, en el Barrio INTA.

Evocó el talante de las prendas que vestía "P." M., pero no de los demás.

A preguntas de la defensa dijo que no había ninguna situación de conflictividad, que se mantenía una charla con M., estando presente los M..

Estos testimonios que, como dije, lo son de policías razonablemente calificados para la realización de tareas de pesquisa, muestran a las claras que los investigadores, avocados a ella,

tuvieron noticias de la presunta identidad de sospechables, más precisamente de quienes vivían en casa lindante con el kiosco "T.", y fueron tras ellos para realizar verificaciones que condujeran a confirmar o desechar la idea que forjaba el vínculo con el caso.

Este conocimiento primario (que incluyó a los M. por la percepción de que se vio a uno de ellos entregar un objeto a dos menores) fue lo que permitió realizar actividades válidas que repercutieron en la identificación positiva de los incusos en la rueda de reconocimiento sucedida, y constituyó una vía independiente y anterior al acto de aprehensión y a los secuestros realizados con posterioridad, atacados de nulidad y descartados por la "a-quo" como elementos de cargo.

Mi pensamiento es coincidente, en este sentido, con el expuesto por los Jueces de Mérito.

Voy a transcribir, a manera de ejemplo, la forma en que resolvió el asunto el emisor del segundo voto. Así el Juez dijo : "... *El punto inicial para llegar a la autoría de los M., surge del "dato" aportado por la menor al que hiciera referencia ut-supra". Siendo coincidentes los oficiales C., S., G., y C., sobre el dato suministrado por esta. El oficial G., en su declaración en audiencia de debate, dijo, según manifestaciones de la menor, que ella había*

escuchado a tres personas decir que iban a mandar una cagada y luego las salir (vio) *corriendo del obrador. Al preguntarle si las conocía, le dijo que eran los que se juntaban en el Kiosco mercado T.. C. memora también sobre el punto, de la existencia de tres personas que habían cometido el hecho y que eran las tres personas que vivían lindantes al mercado T.; en igual sentido el Oficial S. recaba el dato de la menor en que los presuntos autores del hecho vivían cerca del mercado T.. Con este dato se dirigen con C. al lugar, al observar el último de los nombrados la entrega de la riñonera con un arma, de parte de uno de los M. a dos menores. Continúa diciendo que C. sigue a los menores y él se queda de consigna en dicho lugar, en la vivienda sito en calle G. y R. P.. En las declaraciones testimoniales del Oficial G. y C. T., se desprende que, en la vivienda mencionada. P. –M.- era quien fungía como mediador entre sus Jefes, E. y los hermanos M., culminando con la entrega voluntaria de estos últimos..."*

Zanjado éste óbice, creo que la autoría puesta en cabeza de los que resultaron condenados no ofrece dudas.

Doy crédito, como lo hicieron los Jueces, a los testimonios y reconocimientos en rueda de personas sucedidos.

Merece destacarse, en esos términos, el testimonio de C. E. A. (audiencia del 25/09/08,

pista 17 a 21), quien habiendo sido testigo directo del asalto, brindó detalles de lo acontecido en aquella oportunidad, explicando la conducta de cada uno de los imputados, despejando, ante las preguntas que se le hicieron relacionadas con el reconocimiento en rueda, cualquier tipo de suspicacia o sospecha de indicación alguna que pudiera menoscabar o de alguna manera enturbiar el acto, en su capacidad convictiva (ver carpeta de prueba del Fiscal fs. 66 y 67).

Podría citar otros, pero estimo que con el comentado es suficiente.

Continúo.

A más de lo dicho, sirve de pábulo al fallo el resultado del dermo-nitrotest que indicó la presencia de nitritos contenidos en la pólvora en la mano izquierda de C. M., operación que fuera ratificada en la audiencia por el Bioquímico G. Z. (ver audiencia del 26/09/08, pistas 6 y 7).

El perito señaló las características de la reacción química en el caso de la pólvora, sin descartar que las manos queden impregnadas cualquiera fuese aquella que disparó.

Destaco de mi parte que si bien es cierto que la prueba de dermonitrotest puede no ser un vehículo de certeza, no por eso resulta desdeñable en el contexto del todo que confluye a construir el cuadro de cargo.

Es entonces que, con la prueba reseñada

supra, queda probada más allá de toda duda razonable, el predicado justificante del endilgue y en esa dirección la sentencia no merece objeción alguna.

XII. La calificación legal.

Voy a pronunciarme, en torno a esta tópica, por la confirmación de lo decidido.

Del análisis de los hechos se desprende sin hesitación que el móvil originario del ataque era robar con armas, quedando de manifiesto que los disparos que provocaron la muerte de M. ocurrieron cuando, ante el pedido a gritos de su hermana de que llamara a la policía, N. A. comenzó la huida y los asaltantes buscaron neutralizarlo.

Estimo, así, acertado el juicio de subsunción de la sentencia.

Puede leerse en el primer voto que "... *es este homicidio el que se caracteriza por la conexión final con el delito precedente, siendo fundamental la relación subjetiva que se da en el agente entre el delito precedente y el homicidio. Siendo como es en el caso que se encuentra acreditado la tentativa de sustracción violenta sobre las cuatro personas que se encontraban en el obrador y que, cuando A. volvía sobre sus pasos comenzaron los delincuentes a disparar sobre su persona, independientemente que uno de los proyectiles dieran sobre la humanidad de su sobrino, lo cierto es que el dolo de matar estaba*

acompañado por la intención de que aquél no pudiera dar aviso a la Policía o procurar ayuda y así lograr la impunidad del delito que intentaron cometer ..."

Pero explicaré mejor mi opinión sobre el punto; la diferencia que existe entre la figura del robo seguido de muerte del artículo 165 del Código Sustantivo, y el homicidio críminis causa previsto en el artículo 80 inciso 7mo. del mismo Cuerpo Legal.

Sobre el tema sirve reseñar al maestro Ricardo C. Nuñez cuando se alude a la esencia del homicidio Criminis causae.

En esa línea afirma: "...*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 su "*DERECHO PENAL ARGENTINO*" –Parte Especial- T III, Editorial Bibliográfica Argentina, año 1961, p. 54/55)

En esa línea de pensamiento, esta Corte, con distinta integración, ha dicho: "... *no se exige una previa deliberación y resolución formal de*

*dar muerte, como condición para encuadrar el delito en el art. 80 inc. 3° del C.P. (*antigua redacción), *con prevalencia al art. 165 del mismo; basta, al efecto, que esa decisión exista aún en el instante mismo de su comisión, lo que revela (...) por el modo o forma de la perpetración, que, en este caso, no ofrece duda alguna, a mi juicio: tan mortal es disparar un revólver contra la víctima, como aplicarle, ya caída, golpes violentísimos con los pies y los puños por todo el cuerpo..."* (in re: "A., C. F. y otro s/Homicidio-Expte. 1441-A-62; s. 4/7/63, voto del doctor Pedro Cristóbal Poppe)

Del mismo modo se ha expresado aquí que: *"...La figura del robo agravado del art. 165 C.P. debe limitarse a aquellos casos en que la muerte no ha entrado en el designio del reo y acaece como resultado accidental de la violencia propia del atentado patrimonial en tanto el homicidio agravado del art. 80 inc. 3° se caracteriza por la existencia de una circunstancia de carácter subjetivo, consistente en el propósito voluntario y consciente dirigido a lograr directamente la muerte de la persona elegida..."* (in re: "S., H. A. s/Homicidio, etc. Expte. 4055-S-67; s. 6/12/67. voto del doctor Norberto Bianco)

Si se vuelve a escuchar con atención al testimonio de C. A., se percibe claramente cómo el hecho específico real atrapa a la hipótesis legal, con esto culmino.

Otro aspecto sobre esta misma partitura lo constituye el hecho de que el delito se haya endilgado a pesar de que los disparos no fueran dirigidos al muerto, sino al que huía en busca de auxilio.

En lo que atañe, y tal como ya lo he explicado en otros precedentes, esta situación, que la doctrina ubica en la categoría denominada "aberratio ictus", ha provocado diferentes respuestas.

Una de ellas prohija que si el autor no logró consumar el hecho que quería (la muerte de una persona X) debe responder al respecto como autor de homicidio tentado; y si mató a otro (Y) sin quererlo pero con falta de cuidado corresponde adjudicarle el resultado a título culposo.

La otra, que es la que aceptamos, asimila la situación al "error in persona" y, como refiere Bacigalupo, "...debe tratarse como un homicidio consumado..." (ver Bacigalupo en "Lineamientos de la teoría del delito", Editorial Hammurabi, página 92).

Este autor, en otra de sus obras, "Derecho Penal. Parte General", Ed. Hammurabi, página 331, pareciera volver sobre sus pasos, aun cuando propone distinguir los supuestos de "aberratio ictus" de los llamados casos de "dolo alternativo", según si el resultado haya tenido

lugar en un objeto "...que también tenía a la vista..."

Sostiene el jurista que "...la cuestión depende, como se ve, de si el autor ha tenido o no un conocimiento del desarrollo del suceso que sea suficiente como para permitir afirmar que el resultado acaecido sobre un objeto similar, pero que no es la meta de su acción, debe imputársele a título de dolo. En este sentido, resulta sin duda suficiente para el dolo del autor con su conocimiento de la posibilidad del resultado proveniente de su experiencia: debe preferirse, en consecuencia, la solución que sanciona, en casos similares al ejemplo propuesto con la pena del delito doloso..."

En el caso, ha quedado claro que la decisión de matar, que surgió en cabeza del que disparó para evitar que A. pidiera socorro, tuvo en cuenta la aparición súbita del luego muerto para seguir disparando con el propósito de que nadie pudiera abortar su labor delictual.

Esto satisface acabadamente los extremos de la figura que los Magistrados eligieron y legitima la sentencia que se inspecciona.

XII. De la pena

La escala punitiva prevista para los delitos endilgados establece la pena de prisión perpetua y habilita su aplicación en el caso que nos ocupa.

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 recursivo, no colisiona con la pena de que se trata, toda vez que constituye la proporción en que el Estado puede sancionar según la gravedad del delito cometido.

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. y salvo casos puntuales de supina desproporción, que no se dan en la especie, el Poder Judicial no puede ni debe interferir en ámbitos que no le son propios.

Agrego que hay varias razones que me conducen a considerar que, en nuestro sistema, la pena de prisión perpetua, no obstante su rigurosidad, no pueden ser considerada dentro de la categoría de "inhumana" o "degradante".

En primer término la sanción no es vitalicia, no dura de por vida; en segundo término no obtura la libertad anticipada, la libertad condicional, sólo condiciona el tiempo a partir del cuál se ha de computar el término para su logro; tampoco difiere el régimen carcelario que se aplica de aquél que concierne al resto de las penas y, 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 "Q.", a los que me remito, y

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 existe sólo una diferenciación dentro del mismo marco, y ello 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, como ya expuse, en las concretas circunstancias de esta causa, la pena propuesta guarda correlación con los injustos que se dieron por probados y la agravante valorada, por lo que no se constata ninguna violación de la normativa constitucional

En definitiva, la sentencia bajo examen es una resolución fundada, correctamente compuesta y adecuada al derecho, por lo que propicio su confirmación con costas.

Así me expido y voto.

El juez **Alejandro Panizzi** dijo:

I. Los antecedentes del caso y la reseña de los agravios esgrimidos por el impugnante han sido minuciosamente establecidos en el primer sufragio por el profesor Pfleger, lo cual, me excusa de una repetición ociosa.

II. En cuanto a la solución, habré de coincidir -por completo- con la propuesta del juez nombrado.

III. Iniciaré este análisis, abordando la materialidad, la cual no ha sido controvertida por la parte impugnante.

El tribunal de mérito tuvo por probada la acción agresora, así como también el nexo causal entre ésta y el resultado mortal, la existencia de las armas de fuego y la ubicación espacio-temporal en la cual se desarrolló el hecho.

Así, confirmó que el día 6 de febrero del año 2008, minutos antes de las 19,00 horas, en el predio del obrador sito en calle G. C. y R. N. de la ciudad de Trelew, tres hombres ingresaron esgrimiendo armas de fuego y amenazaron a las otras tres personas que se encontraban allí, con el fin de exigirles la entrega del dinero destinado al pago de la quincena a los empleados del establecimiento.

El informe de autopsia realizado por el doctor O. A. H. sobre el cuerpo de quien en vida fuera N. J. M. dio cuenta que el deceso se produjo "como consecuencia de la instalación de un paro cardiorrespiratorio con origen en cuadro

de shock hipovolémico por sangrado ocasionado por herida de grandes vasos y de ambos pulmones por disparo de proyectil de arma de fuego".

La muerte de la víctima también fue acreditada con el acta de constitución policial (fs. 1/2), el certificado de defunción (fs. 09/10 y vta.) y el informe médico policial del doctor Z. (fs. 4).

IV. La defensa postuló la nulidad de los cauces de la investigación que llevaron a la detención de los hermanos M.. Alegó que no existía una fuente de investigación independiente que legitimara las diligencias realizadas con posterioridad a la detención de los imputados. Sostuvo, en resolución, que todas las actuaciones posteriores y encadenadas con esa detención, resultaban ser alcanzadas por el vicio de nulidad.

Discrepo del planteo impugnativo, pues los jueces, para decidir la autoría y responsabilidad de los encartados, no han valorado como prueba cargosa los actos denunciados como nulos. Tampoco estimaron la declaración de la Sra. L. la cual, si bien no declararon nula, la soslayaron al momento de fundar sus votos, ya que la testigo sufrió olvidos acerca de cuestiones puntuales y trascendentes, tornando ineficaz su deposición.

Una vez resueltas las peticiones de la defensa los jueces se volcaron al análisis del restante material probatorio, incorporado

válidamente al proceso.

Los tres magistrados han destacado que el punto inicial para llegar a los hermanos M. surgió del dato aportado por la niña –de entre ocho y diez años de edad– que reveló a los oficiales de policía que tres personas habían cometido el hecho, indicando, a su vez, que vivían lindantes al mercado "T.".

Los testimonios de los agentes C., S., G. y C. coinciden en aseverar la presencia de la pequeña en las cercanías del lugar donde ocurrieron los hechos. Declararon en audiencia que ella les relató que había escuchado a tres personas hablar y decir que se "iban a mandar una cagada"; que, posteriormente, oyó disparos y las vio salir corriendo del obrador, en dirección al Barrio INTA, al tiempo que se acercó a la víctima, que estaba tendida en el piso. Los policías expresaron que la chica, llorando, les dijo que los autores del hecho "vivían por ahí ... cerca del mercado T.".

No me es dado ahora resolver aquel planteo, pero descarto todo impedimento legal para que los policías recibieran las primeras informaciones sobre el los supuestos autores del hecho, de parte de la niña, del modo en que lo hicieron.

Los datos brindados por la pequeña guiaron a los agentes policiales hasta los sospechosos, de modo tal que existió un elemento de cargo decisivo e independiente de aquellos sindicados

como nulos por la defensa y desechados por el "a-quo".

A su turno, los reconocimientos en rueda de personas efectuados por las víctimas del atraco, sirvieron de fundamento para dar crédito a la teoría del caso fiscal en relación a los imputados.

Es que A. S., C. A., N. A. y M. C. identificaron en rueda de reconocimiento a los acusados, describiendo en forma detallada la ropa que lucían y los roles que desempeñaban. La primera de las nombradas aseguró que "el rostro no me lo voy a olvidar nunca".

A todo ello se agrega, como indicio de culpabilidad, la prueba de dermonitrotest (prueba destinada a determinar rastros de pólvora en las manos) que reflejó la presencia de nitritos contenidos en la pólvora en la mano izquierda de C. M..

En suma, la autoría y responsabilidad de los hermanos M. ha quedado debidamente acreditada con los testimonios de las víctimas, los reconocimientos en rueda de personas y, por último, con el examen aludido.

Por lo expuesto, propicio el rechazo de este motivo de impugnación.

V. El segundo agravio empuñado por la defensa se refirió a la calificación legal.

Concordaré con el tribunal de mérito y el primer votante en juzgar que la conducta

desplegada por los imputados se adecua a la prevista en el artículo 80, inciso 7° del Código Penal.

Tengo por cierto, a partir de la prueba rendida en el debate, que el fin perseguido por los hermanos M. era robar con armas el dinero destinado al pago de la quincena a los empleados del obrador; que, ante el pedido de C. A. a su hermano N. de que fuera a buscar a la policía, los imputados comenzaron a disparar contra él con el fin de evitar que diera aviso a la prevención, resultando herido de muerte M..

No puede sostenerse que la conducta de los incusos encuadre en la figura del robo agravado por el resultado mortal, contemplada en el artículo 165 del código sustantivo.

En el caso bajo examen, ha quedado demostrado que los acusados han actuado con el ánimo de impedir el alerta de la policía y, consecuentemente, asegurar su impunidad.

El tipo penal del artículo 80, inciso 7°, no exige una voluntad anticipada de matar (el propósito, el ánimo o la resolución de quitar la vida a otro). Al contrario, es suficiente para que concurra la agravante, que la determinación del homicidio surja de repente, súbitamente en la ejecución del hecho. Tal fue lo acontecido en los presentes, donde la intención de dar muerte surgió en el curso del robo y se basó en la amenaza de fracaso del atraco, en el riesgo de

ser descubiertos y en la necesidad de evitar que esto ocurra.

Contrariamente, se deriva del artículo 165 del Código Penal –cuya aplicación pretende la defensa- que la muerte de la víctima no ha ingresado en el designio previo del reo y acaece como un resultado circunstancial o contingente.

La distinción entre una y otra figura radica en que -a partir del hecho cierto y probado de la muerte violenta- si el autor se ha decidido a matar para procurar la impunidad (o por otro de los motivos señalados por el artículo 80°, inciso 7° del Código Penal), se incurre en el homicidio *criminis causae*. Si, en cambio, la muerte fue consecuencia circunstancial del despojo –es decir, si formó parte de la violencia del robo o depende de ella–, se estará en el caso del robo agravado por el resultado mortal.

En el caso, la aplicación de métodos violentos contra el interfecto fue más allá de lo razonable para reducir a las víctimas y consumar el robo. Es que requirió de una violencia suplementaria (consistente en abrir fuego contra quienes se presentaron imprevistamente) que tuvo como propósito evitar el aviso a la fuerza pública.

En conclusión, la calificación elegida por el "a-quo" es acertada.

VI. Con respecto al cuestionamiento de la parte recurrente a la pena de prisión perpetua,

adhiero a todo lo dicho por el primer votante. Lo que he escrito en la sentencia N° 49/08 de fecha 30 de julio de 2008 (vide "*C. H. E. y otro…*") confiere fundamentos a esa adhesión.

Por lo tanto, el planteo contra la pena de prisión perpetua, será rechazado.

VII. En definitiva, coincido con la desestimación del recurso interpuesto por la defensa pública de los imputados, propiciada en el primer sufragio, razón por la cual opino que la sentencia atacada debe ser confirmada en todos sus términos.

Así voto.

El Juez **José Luis Pasutti** dijo:

I. En atención a lo normado por el último párrafo del artículo 25 del Código Procesal Penal –Ley 5478- procederé a emitir mi sufragio, en el que omitiré toda referencia a los antecedentes del caso y los agravios esgrimidos por el recurrente, remitiéndome para ello a la síntesis que realizó el Juez Pfleger.

Luego de examinar las cuestiones traídas a revisión adelanto mi posición coincidente con la solución que los magistrados preopinantes dieron al caso.

En lo que respecta a la materialidad y autoría del hecho, no daré mayor tratamiento que el efectuado por mis colegas, toda vez que, como bien quedara asentado, no ha sido materia de discusión.

Siguiendo el orden fijado en el primer voto, comenzaré con el análisis de la nulidad planteada contra la detención de los acusados.

Se advierte que la defensa vuelve en esta instancia, con los mismos argumentos, a requerir la anulación del procedimiento policial, lo cual ha sido válidamente resuelto por el Tribunal de mérito.

La declaración efectuada por la niña a los funcionarios policiales ingresa a la investigación como un ´dato´ que sirvió para encauzar la pesquisa, y poder dar con los autores del hecho.

Este testimonio se brindó a la fuerza de seguridad, que llegó al lugar ante la noticia del delito y procuró recabar toda aquélla información que le sirviera para la prosecución de la investigación.

De esta manera lo dicho por la niña ingresa al proceso como un aporte recabado en el procedimiento policial.

Luego, una vez iniciado el procedimiento, el Juez Penal, confirma la sospecha recaída sobre los imputados con el resultado de los reconocimientos en rueda de personas practicados con los damnificados.

A ello se le suma la prueba pericial de dermonitrotest, que indicó la presencia de pólvora en la mano izquierda de C. M..

En síntesis, aquél aporte, y luego las medidas de prueba incorporadas, sirvieron para acreditar, con el estado de certeza que requiere esta etapa del proceso, la autoría y responsabilidad de los encausados.

En cuanto a la calificación legal, habré de coincidir con mis colegas.

La muerte de M., que ingresó imprevistamente al escenario de los hechos junto con A., fue producto de los disparos efectuados por los imputados para evitar la noticia del delito y lograr así la impunidad.

La acción así desplegada, conforme la doctrina y jurisprudencia citada por el doctor Pfleger, encuadra en la figura escogida por la sentencia, y descarta la pretendida por la defensa.

Por último, y respondiendo al planteo de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, comparto los argumentos dados por el juez Pfleger en su voto.

Nuestro sistema punitivo establece la prisión perpetua para determinados delitos, y no obstante su rigurosidad, no puede ser considerada inhumana ni degradante.

Como bien lo he indicado en otras oportunidades, siempre que se respete la integridad de la persona y la posibilidad de brindar una potencial soltura, se justifica

plenamente, máxime cuando la pena guarda proporcionalidad con el delito reprochado.

Por otro lado y, para no fatigar al lector, el tema en cuestión ha sido resuelto por este Cuerpo en autos "C. H. E. y otro…", ya citado por el doctor Panizzi, rechazándose el planteo y sentando jurisprudencia en este sentido.

Por todo lo expuesto, voto por rechazar la impugnación interpuesta, con costas, confirmar la sentencia en crisis.

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente

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

1°) Rechazar la impugnación interpuesta por la Defensora Pública, doctora María Angélica Gómez Lozano (fs. 127/141), con costas.

2°) Confirmar la sentencia número 624/08 dictada por la Cámara Primera en lo Criminal de la ciudad de Trelew.

3°) Protocolícese y notifíquese.

Fdo¨Panizzi, R. Russell, Pfleger.-