En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los once días del mes de Junio de dos mil doce, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres., **Martín Roberto MONTENOVO** en su carácter de Presidente, **Daniel Luis María PINTOS y Guillermo Alberto MÜLLER**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 20.982**, **carpeta individual n° 2.188**, de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación del Sr. Fiscal, Dr. **Juan Carlos Caperochipi**, el Patrocinante letrado de la parte Querellante, Dr. O. H., la Sra. Defensora de Confianza Dra. **V. H. (N.), el Sr. Defensor Público Dr. Fernando Serer (Almonacid),** y los imputados **J. D. N. y M. G. A.**; y

----------**CONSIDERANDO**:----------

---- Que los días 22 y 28 de mayo del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Martín Roberto Montenovo, en la que se produjo la fundamentación de las impugnaciones presentadas por las Defensas técnicas de N. y A., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que

fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿En el caso, se ha visto vulnerada la garantía constitucional de juzgamiento en tiempo razonable y en consecuencia corresponde proceder de acuerdo al art. 147 del C.P.P. en relación a J. D. N.? ¿La sentencia recaída en autos fue dictada fuero de los términos legales, en su caso deviene nula? ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de A. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Guillermo Alberto Müller, en segundo lugar el Dr. Daniel Luis María Pintos y finalmente el Dr. Martín Roberto Montenovo.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo:

1.- Iniciada la audiencia establecida en el art. 385 del ritual, la Defensa del imputado J. D. N., Dra. V. H., antes de argumentar sobre los motivos de la impugnación deducida contra la sentencia, solicita el sobreseimiento de su asistido por entender que el procedimiento ha superado el término de duración máxima con fundamento en los arts. 146,

147 sgtes. y cctes. del C.P.P., y que ello afecta la garantía consagrada en el art. 18 C.N. y 8.1 de la C.A.D.H., destacando que desde la defensa y el imputado no existieron conductas ni planteos dilatorios, ni ha sido tramitado recursos extraordinario local o federal.-

Toma como punto de partida para el cómputo la fecha que su asistido fue privado de libertad, esta sería el 25 de abril de 2009, e impuesto de los cargos el 27 de ese mes y año en la audiencia estipulada por el art. 274 del C.P.P., acto en el que también se realizó en control de detención, y que indudablemente a la fecha ha superado los tres años, es decir la duración máxima sin un pronunciamiento definitivo.-

Este Tribunal en la audiencia dio trámite y escuchó al Titular de la Acción y al letrado patrocinante de los querellantes, Dr. O. H., quien adhirió a la respuesta del Dr. Caperochipi agregando solo que oportunamente advirtió a la Oficina Judicial que de continuar las demoras se produciría inexorablemente la situación, ello mediante una presentación por escrito. El Sr. Fiscal respondió que no se verifica un mayor exceso en la duración del procedimiento, solo algo menos de un mes, y que el imputado había recibido respuesta definitiva por lo que no advierte un estado de incertidumbre o zozobra. Admitió que puede discutirse si existe o no sentencia firme, pero que la aplicación a raja tablas del art. 146 del C.P.P. implica en el caso consagrar una injusticia,

reiterando que ya se había obtenido un pronunciamiento condenatorio y que N. permaneció en libertad durante el desarrollo del proceso.-

2.- Para resolver la cuestión no puede perderse de vista que a la fecha del hecho la ley vigente (arts. 274 y 282 C.P.P.) estipulaba que la etapa preparatoria en cuanto a su duración de seis meses, se contaba desde la apertura de investigación y esto es lo que en principio debemos considerar por resultar ley procesal más benigna, pero ateniéndonos a la naturaleza de la garantía en juego resulta operativa para cada imputado debiendo coincidir con el primer acto en el que se manifiesta el reproche, el que puede coincidir con la apertura de la investigación, o una detención o un registro domiciliario, como ya me he pronunciado en la carpeta N° 2011, sentencia de fecha 4/04/2012, protocolizada bajo el n° 7/12.-

Examinadas en su totalidad las actuaciones obrantes en la carpeta advierto que en definitiva ha transcurrido éste término al 25 de abril del corriente año. Efectivamente J. D. N. fue privado de libertad el día 25 de abril de 2009, pero además no surge que se haya dado trámite a recursos extraordinarios local o federal, o haya incurrido el nombrado en conductas renuentes o actividad de la Defensa que pueda tildarse de dilatoria, lo que impone en al Magistrado o al Tribunal ante la superación la obligación de declararlo y dictar el sobreseimiento (art. 147 del C.P.P.).

Como ha dicho el Superior Tribunal de Justicia en autos “R., S. A.; C., C. R. s/ Hurto agravado por abigeato en grado de tentativa”, Expte. Nº 20588-233-2006, al referirse al art. 146 C.P.P., “…Por primera vez en la legislación de nuestra provincia una norma le pone número al principio de razonabilidad y ese número opera automáticamente en todos y cada uno de los casos”.-

Entiendo que la respuesta del fiscal no ha sido sustancial y no aportó elementos que permitan al Tribunal efectuar otro análisis, como sabemos en el derecho procesal penal es palmaria la problemática de los plazos judiciales, puesto que por un lado el Estado tiene el derecho y el deber de ejercer el poder punitivo en un plazo razonable y por el otro los ciudadanos tienen derecho a reclamar una resolución en tiempo útil y que no se prolongue indefinidamente, resultando paradójico e inadmisible que si el Estado no pudo juzgar en plazo razonable sea el mismo ciudadano quien debe cargar con el peso de tal incumplimiento con la vigencia irrazonable del proceso. Es cierto que fue superado por escaso margen, pero la naturaleza de la garantía constitucional en juego impone la decisión de declararla, y reitero lo dicho por el máximo Tribunal provincial que ese número que contiene el art. 146 del ritual opera automáticamente y corresponde el sobreseimiento en los términos del art. 285 inc. 7 del C.P.P. con los alcances o efectos

que establece el art. 288.-

Por otra parte entiendo al menos inapropiada la consideración que efectuó el Titular de la Acción en sentido que de acogerse el planteo y dictarse el sobreseimiento se consagraría una injusticia y la impunidad. Esta cuestión, intensamente debatida dentro del sistema internacional de protección de derechos humanos, y vale mencionar el primer fallo de la C.S.J.N. caso “Mattei” del 29 de noviembre de 1968 (fallos 272:188), involucra los más relevantes principios constitucionales de corte liberal, tales como la seguridad jurídica, justicia rápida, progresividad y preclusión y que “…obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre , cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito mediante una sentencia que establezca, de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal” y concordantemente afirmó, que “…debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional el derecho de todo imputado a obtener –luego de un juicio tramitado en legal forma- un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la

libertad que comporta el enjuiciamiento penal"; así de no reconocer la operatividad automática de la garantía se verían seriamente afectados los principios constitucionales mencionados y consagraríamos de esta forma una intolerable injusticia.-

Expresé ya que la respuesta al planteo de la defensa no resulta sustancial, y no se ha invocado ni una hipotética afectación a otras garantías constitucionales operativas a favor de la víctima, y obsérvese que eventualmente podría impugnar esta sentencia por vía extraordinaria o iniciar el reclamo que autoriza el segundo párrafo del art. 147 del C.P.P. sin dejar de considerar como principio que los derechos de la víctimas en el proceso penal están en un plano subordinado a los del imputado porque hay un interés superior del estado.-

Antes de pasar a la siguiente cuestión, merece una observación la actividad del órgano de gestión –oficina judicial- relativa a los tiempos que ocurrieron entre los actos procesales esenciales, pues del análisis integral de la carpeta se extrae que desde la realización de la audiencia preliminar -2/2/2010- hasta el juicio -17/10/2011- transcurrió más de un año y siete meses con el único inconveniente de integrar el tribunal, problemática propia de ésta circunscripción, pero que tampoco puede justificar los tiempos señalados cuando existen herramientas legales que empleadas diligentemente permitían organizar la audiencia de

debate en un tiempo razonable (art. 75 del C.P.P.). También observamos los diversos inconvenientes en la elaboración e integración de las actas, en el debido acopio de las presentaciones y documentación aportadas por las partes, lo que ya fuera comunicado cuando fue elevada a ésta Cámara en la primera oportunidad el 9 de marzo del corriente año, que imposibilitó el inmediato trámite, tardando más de un mes en elevar nuevamente las actuaciones que continuaban incompletas para quedar expeditas después del 18 de abril del año en curso. Desde luego todo ello se contrapone con los principios de simplificación y celeridad que el art. 3 del ritual manda observar, y más allá de los consabidos problemas que ha traído aparejado la implementación del actual sistema procesal en esta circunscripción judicial, lo que ya he tenido en cuenta, en modo alguno puede justificar semejante demora por el órgano al que le compete la gestión, para lo que propongo formular las recomendaciones pertinentes a la Directora del mismo.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

I.- En la deliberación hemos acordado, tal como lo expone el colega que me precede en el orden de votación, que merece receptarse la solicitud de sobreseimiento del acusado J. D. N., por haberse superado el plazo razonable de duración de proceso, en los términos de los arts. 44 de la Constitución Pcia. Chubut., y 146, 147 y ccs. del C.P.P..-

En orden a la oportunidad del planteo defensista de este imputado, cabe recordar que el cumplimiento del plazo razonable de duración del proceso, es considerado por la doctrina procesal penal, como un “impedimento procesal” que, al surgir, torna ilegítima la continuación del proceso. En consecuencia, debe ser tratado, analógicamente, como una excepción de falta de acción por extinción, en lo relativo a la oportunidad para dictar el sobreseimiento, es decir, “…en cualquier estado y grado del procedimiento, esto es, incluso después de la sentencia definitiva no firme …, más precisamente: en el momento de vencer dicho plazo” (cfme. Daniel R. Pastor: “Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales”, en la obra colectiva: “Homenaje a Claus Roxin. Nuevas formulaciones en las ciencias penales”, págs. 793 y ss., edit. Lerner, Córdoba año 2001).-

Para llegar a aquella conclusión, hemos tenido en cuenta que los acusadores, público y particular, en su responde, no han introducido ningún argumento con capacidad para enervar la petición de la Defensora de confianza de N.. En efecto, y al solo título ejemplificativo, ni las alusiones genéricas al favorecimiento de la impunidad, que podría provocar el dictado del sobreseimiento de este acusado; ni la referencia a que el plazo de duración razonable, se ha excedido solo en unos días, o semanas; etc.; alcanzan para fundar

adecuadamente el rechazo de la pretensión que nos ocupa.-

A mayor abundamiento, también merece recordarse en relación a la referida categoría de “impedimento procesal”, que la misma también ha sido denominada como “ausencia de un presupuesto procesal”, o “presupuesto procesal en sentido negativo”; definiéndose a los “presupuestos procesales”, como aquellas circunstancias de las que depende la admisibilidad de todo el procedimiento o una parte considerable de él, y distinguiéndose entre “presupuestos procesales positivos y negativos, estos últimos también llamados impedimentos procesales” (cfme. Roxin, “Derecho procesal Penal”, edit. del Puerto, Bs. As., págs. 165 y ss.).-

Por su parte, el autor citado en primer término –Daniel R. Pastor-, en otra obra, explica que en cada uno de los impedimentos procesales habrá cierta preeminencia sustantiva o formal, a pesar de que son idénticas las consecuencias o efectos que producen; de manera que el proceso mismo debe quedar excluido, ante la existencia de impedimentos procesales que tornan inadmisible la persecución y la pena; lo cual sucede, cuando el enjuiciamiento penal supera su plazo de duración razonable, impedimento procesal independiente, que se funda en “una descalificación procesal del Estado” (cfme. aut. cit. “El plazo razonable en el proceso del estado de derecho. Una investigación acerca del

problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones", edit. Ad-hoc y fundación Konrad Adenauer, pág. 603. Y en la pág. 677, se lee: "… para la suerte del proceso, el vencimiento de su plazo máximo de duración debe ser visto como un impedimento procesal que evite la prolongación del enjuiciamiento, dado que, de continuar, se volvería ilegítimo a partir de ese punto en el tiempo..").-

II.- Por otra parte, hemos acordado en la deliberación que en relación con las demoras verificadas en el trámite de la Carpeta judicial nº 2188, procede formular una recomendación a la Directora de la Oficina Judicial de esta Circunscripción, a fin que en lo sucesivo se arbitren los medios necesarios para evitar la reiteración de las mismas.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

I.- No he de reiterar el detalle de los agravios, términos de la Sentencia, posturas de las partes y antecedentes del caso, remitiendo para ello a lo expuesto por los colegas que me precedieron en orden de sufragio.-

Ingresaré entonces directamente a las cuestiones a tratar, en primer término el posible agotamiento del plazo de juzgamiento en orden a N.; en segundo lugar la pretendida nulidad de la Sentencia por ausencia de sus formas imprescindibles, y, por último, la alegada insuficiencia de la prueba de cargo para el arribo a la condena de A..-

II.- Debo decir, para comenzar, que coincido plenamente con los argumentos utilizados por el Sr. Fiscal en la Audiencia del art. 385 del rito, al contestar la petición de la Defensa de N. de que se declare agotado el término de juzgamiento a su respecto, con fundamento en el art. 146 del CPPCh., y el art. 75 inc. 22 CN, en tanto remite a la cláusula 8va. inc. 1ro. de la Convención Americana de Derechos Humanos.-

Insisto en que no he de reiterar los antecedentes del caso, pero es claro que al momento de la Audiencia propia de la impugnación que estamos resolviendo, el término de tres años que el Legislador chubutense fijó, para casos no complejos, como reglamentación local de la garantía incorporada por el instrumento internacional aludido, ya se había verificado, pero por escasos días.-

De allí que el Representante del Ministerio Público haya formulado interrogantes en orden a si tal exiguo plazo podía ser elevado a la categoría de generador de zozobra, sufrimiento, incertidumbre por la ausencia de decisión sobre un reproche penal hacia una persona, en definitiva los fundamentos del instituto que la Defensa pretende que se aplique.-

Y considero que, probablemente, tenga razón, que de la manera en que la causa se desarrolló, por ejemplo con N. en libertad

gran parte de dicho lapso, habiendo obtenido un pronunciamiento judicial, el del Tribunal de grado, dentro del término legal, aquellas circunstancias eminentemente subjetivas no se hayan verificado, por el hecho de que el plazo se extendió un mes más de lo debido.-

Ahora bien, si acompañáramos tal razonamiento con una resolución favorable, consagraríamos una regla consistente en que por un exceso de un mes, o menos, el término del art. 146 del orden adjetivo no se verificaría.-

A partir de allí, obviamente, se desdibujarían los límites del plazo, y en cada caso habría que indagar si el exceso de trámite provocó la sensación de incertidumbre fundante de la garantía. Y ello no sería posible.-

Antes de la vigencia del orden ritual sancionado por la Ley XV-9, cuando se aplicaba la previsión constitucional directamente, pues carecía esta de determinación legal, se tomaban en cuenta una serie de parámetros a fin de evaluar la razonabilidad temporal del trámite, por caso, si el hecho a investigar era pasible de ser calificarlo como “complejo” (extensión objetiva y subjetiva de la imputación), si las diligencias de investigación presentaban un grado de dificultad notorio, si la conducta del imputado era proclive a obstaculizar el trámite de las actuaciones., plazos legales vinculados a la cuestión, como el establecido

por la ex Ley 4096 respecto de la duración de la prisión preventiva, (conf. Edwards, Carlos Eduardo “Garantías Constitucionales en Materia penal”, pags. 94/95).-

Pero hoy existe una regulación legal expresa, insistimos que reglamentaria de garantía constitucional incorporada al bloque de legalidad por un Tratado de Derechos Humanos, y a ella debemos atenernos.-

El dispositivo del art. 146 del orden adjetivo solo contempla como causal de suspensión del plazo la “fuga” del imputado, término en el que cabe incluir los supuestos de rebeldía, aunque nada de ello ha acontecido en el transcurso.-

Si por aplicación del principio de la Ley procesal penal más benigna (art. 44 Constit Pcial), cabe estar en este caso a la antigua redacción del art. 282 del CPPCh., y computar el término de duración del proceso desde la solicitud del Ministerio Fiscal de apertura de la investigación, hasta en el supuesto de haber sido deducida impugnación ordinaria, el dictado de la Sentencia de la Cámara penal, excluyendo todo lo relativo a los recursos extraordinarios local y federal (los que en el sub júdice no se dedujeron), tenemos que, efectivamente, el lapso se ha agotado.-

Cabe resaltar que el término de tres años establecido

en la norma de mención debe ser respetado, no solo por que el Legislador lo previó como de caducidad “ipso iure” del proceso y por ser reglamentario de garantía constitucional, sino también por que ha permitido que el trámite de las causas penales desde la sanción del orden adjetivo vigente se haya reducido notablemente, quizás el logro de mayor relevancia de la Reforma.-

Además, las sucesivas modificaciones legales desde el año 2006 hasta la fecha (por ejemplo la indicada del art. 282 del CPPCh.), han sido tendientes a considerar a los plazos como ordenatorios, extender la etapa preparatoria, permitir que la Acusación sea presentada previa “intimación”, fijar como momento de comienzo del proceso instancias cada vez más alejadas de la denuncia o actuación inicial etc.-

Por ello, es necesario, a efecto de no culminar de alterar la esencia del orden ritual vigente, que la regulación del plazo razonable de juzgamiento, el término en el que el Legislador presumió, sin admitir prueba en contrario, que el proceso debe caducar por excesivo, se respete, y partiendo de tal premisa es que corresponde hacer lugar a la petición de la Defensa, decretando el sobreseimiento de J. N..-

III.- Hemos adelantado al comunicar la decisión materia de este acto, una recomendación a la Oficina Judicial local, y ello tiene que ver con los motivos por los que el reproche hacia N. ha

perimido.-

Nuevamente remito a la reseña del colega del primer voto, pero agrego que de los tres años que debía durar como máximo este proceso, prácticamente dos transcurrieron entre la Audiencia Preliminar (2/2/010) y el Juicio Oral (17/10/011), pues en el primer año a contar desde el hecho (30/3/09), el caso ya estaba en condiciones de ser llevado a Debate.-

Si computamos las vías recursivas, fue a fines del año 2011 que la causa estuvo en condiciones de ingresar en este Tribunal, pero ello ocurrió recién en los primeros días de Marzo del corriente año, y se efectuó la elevación sin documentación imprescindible para resolver sobre la prueba ofrecida por la Defensa precisamente de N.. Lo cual fue advertido, remitiendo nuevamente la Carpeta, la que fue devuelta luego de un mes, casi en idénticas condiciones, y a días de expirar el término del art. 146 del rito.-

Sabemos los que operamos el sistema penal en esta ciudad, y se conoce en toda la Provincia, las dificultades por las que atravesó Comodoro Rivadavia para cubrir el elenco de Jueces Penales y organizar su Oficina Judicial luego de un comienzo traumático. No he de abundar sobre el tema pero quizás tenga que ver con el retraso para fijar la Audiencia de Juicio en este caso.-

Pero probablemente influyan otros factores, vinculados con la distribución de tareas interna, prontitud y corrección del despacho de expedientes, identificación de prioridades, y por ello hemos entendido que se imponía realizar la recomendación referida a efecto de evitar en el futuro la reiteración de situaciones como la que aquí hemos tratado.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo:

1.- En virtud del alcance de la decisión unánime de la primera cuestión (art. 288 C.P.P.) carecería de virtualidad avanzar sobre la impugnación que interpuso la Dra. H. en ejercicio de la defensa de J. D. N., no obstante en primer término plantea la nulidad de la sentencia emitida por el Tribunal Colegiado por haber sido dictada fuera de los términos legales con fundamento en los arts 12, 19, 27, 34 in fine, 139, 143, 144 y 331 del C.P.P., 44 in fine C. Ch., 147 PIDC y P y doctrina de la C. S. J. N. in re “Mattei”.-

Luego del proceso deliberativo hemos entendido que cuestionándose la validez de un acto esencial del proceso que comprende a todos los imputados, y aunque la defensa de M. G. A. no se ha pronunciado al respecto en la audiencia del art. 385 CPP, corresponde dar respuesta no solo por el efecto extensivo del recurso conforme lo establece el art. 366 del ritual sino también por las consecuencias de una sanción como la que se pretende la que desde luego en modo alguno

puede afectar a quienes fueron absueltos al amparo de la reformatio in peius derivado de la inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 18 C.N.).-

Denuncia que la sentencia data del 11 de noviembre de 2011, que el 20 de octubre, siempre de ese año, se dio el veredicto de responsabilidad y se convocó a las partes para el día 28 de octubre para realizar la segunda etapa del juicio dando el veredicto de imposición de pena, fijándose audiencia para la lectura de la sentencia el 4/11/2011, la que sin motivo fue pospuesta para el 7 de noviembre y que ese día se les notifica a las partes que fue diferida para el día 9 de noviembre en virtud de una presentación del Juez Mariano Nicosia requiriendo una extensión de dos días para emitir sufragio pero que tampoco se realizó para anoticiarlos que se llevaría a cabo el 11 de noviembre a las 12 hs. lo que así aconteció.-

Destaca que se excedió el Tribunal en el doble de días que estipula el art. 331 del C.P.P. (10 días, y que entre el veredicto de responsabilidad y la lectura de la sentencia transcurrieron 16 días hábiles), cuando el plazo previsto en la norma citada es perentorio e improrrogable de acuerdo al art. 139 del mismo cuerpo legal además de la obligación de dar sentencia inmediatamente después de concluida la audiencia.-

Agrega que los elementos esenciales de la sentencia no se encontraron presentes sino después de vencidos todos los plazos más

sus excepciones para ser dictada válidamente, y que por ello deviene nula.-

Sostiene que el dictado del veredicto no implica la emisión de la sentencia, que no se respetó el debido proceso por incumplimiento de dicho plazo (art. 331 CPP) siendo obligación de los magistrados fallar los juicios dentro de los términos legales (art. 168 C.Ch.).-

El Sr. Fiscal General contestó que en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación restrictiva y solo cabe anular las actuaciones cuando el vicio afecte un derecho o interés legítimo y cause un perjuicio irreparable, y que en definitiva el ataque sostenido por la Defensa se centra exclusivamente en el incumplimiento de lo formal cuando el acto ya produjo su efecto y que la condena ya había sido dada a conocer a su defendido en el momento procesal oportuno, agregando la parte querellante que en definitiva el tribunal procedió a dar lectura al veredicto de imposición de pena inmediatamente después de la audiencia por lo que no se puede sostener que no fue dada en término la sentencia.-

2.- Para comenzar he verificado la situación que denuncia la impugnante y efectivamente el día 28 de octubre del 2011 se llevó adelante la segunda etapa del juicio y concluida la audiencia el

tribunal pasó a deliberar, luego se constituyó en la sala de audiencias y dio lectura a la parte dispositiva de la sentencia, explicando uno de los jueces sintéticamente los fundamentos que motivaron la decisión, todo de acuerdo a lo establecido en el art 331, 3er. párrafo del C.P.P. y que el 11 de noviembre se procedió a la lectura integral de la sentencia, cuando inicialmente debió realizarse el 4 de noviembre de 2011 lo que se extrae del acta que del audio, aunque el acta consta que la audiencia correspondiente a la segunda etapa se realizó el día 31 de octubre implicando indudablemente un error material pues se realizó el 28 de octubre.-

No surge de la carpeta motivos por los que se postergó la lectura para el día 7 de noviembre, pero sí que en tal fecha uno de los magistrados actuantes requiere una extensión del plazo por dos días para emitir su voto, lo que fue atendido y comunicado a las partes, postergándose el acto de lectura para el día 9 de noviembre, y nuevamente, sin surgir de las actuaciones, se anotició a los interesados otra postergación para el 11 de noviembre.-

Desde ya convengo que se produjeron falencias en el tratamiento de la situación que parten en este caso del Tribunal, pues era una cuestión que debió ser abordada en pleno, y explicar la decisión no por simple providencia del juez que presidió el juicio, sino en conjunto

pues ni más ni menos se debía integrar y concluir la sentencia, lo que desde ya amerita efectuar otra recomendación en este caso, a los jueces penales de la circunscripción por intermedio del delegado local del Colegio de Jueces Penales para que en lo sucesivo sometan al pleno las cuestiones atinentes a la sustanciación del juicio como lo establece el art. 71 B) II) del C.P.P..-

Resulta necesario dar un marco adecuado para atender el planteo y desde luego que las formas de los actos procesales en el proceso penal son relevantes porque están en su mayoría basadas en la necesidad de dar cumplimiento a garantías constitucionales, por lo que el concepto de nulidad esta vinculado con la irregularidad en la producción del acto procesal, pero no todo defecto produce la nulidad, como bien dice Clariá Olmedo "…Confundir irregularidad con nulidad responde a un sistema formalista arcaico que felizmente hoy ha sido dejado de lado, teniendo en cuenta los fines del proceso judicial actual" (Derecho Procesal Penal. T II, pág. 284).-

Nuestro sistema procesal efectúa la comunicación de nulidades en forma genérica, estableciendo parámetros generales abstractos dando lugar a la tarea judicial, la determinación en el caso concreto en función de los principios que integra el sistema legal, y nulidades específicas al regular un determinado acto procesal

estableciendo la sanción si no observa los requisitos.-

Por otra parte, y si bien no refiere el Código expresamente a nulidades absolutas y relativas, las establece en el art. 164 con la característica de que pueden ser declaradas de oficio o a petición de parte.-

Las primeras se caracterizan porque pueden ser declaradas en cualquier estado del proceso siempre que impliquen violación a garantías constitucionales, lo que no significa que no puedan ser subsanadas y la jurisprudencia se ha encargado de establecer pacíficamente que a pesar de ello no corresponderá su declaración si se cumplen con todos los principios especialmente el interés y transcendencia, además de la subsidiariedad en el sentido que solo procede declararlas cuando no es posible eliminar el vicio de otra manera (art. 164) y la interpretación restrictiva que se impone en esta materia.-

El planteo se reduce a señalar que la sentencia fue dada a conocer fuera de término y por ello su invalidez, rescatando como relevante solo la consideración que no se respetó el debido proceso por incumplimiento del plazo del art. 331 del C.P.P..-

Desde luego no cuestiona la sentencia por falta o ausencia de alguno de los requisitos esenciales que establece el art. 330 del C.P.P., porque los contiene, pero no se extrae el interés, esto es el

perjuicio que efectivamente debió haber sufrido y la imposibilidad de ejercer derechos garantizados constitucionalmente.-

En el caso el tribunal de juicio cumplió, como ya dijera, con la manda del art. 331 3er. párrafo, concluyó la audiencia, deliberó e inmediatamente dio lectura a la parte dispositiva de la sentencia relatando uno de los jueces sintéticamente los fundamentos que motivaron la decisión, postergando la redacción íntegra como autoriza la norma, aunque aquí sí se advierte una irregularidad al diferir la audiencia para la lectura más allá del plazo máximo de cinco días, con un tratamiento defectuoso, por ello la recomendación que hemos resuelto efectuar a los jueces penales.-

Sin perjuicio de ello las partes fueron anoticiadas y no han formulado observación alguna, ni promovieron pronto despacho o el apartamiento del tribunal (art. 168 C.Ch.) pudieron ejercer sus derechos posteriormente sin menoscabo alguno, y es claro en el caso, como lo destaca el fiscal, que el denunciado incumplimiento no se tradujo en una efectiva afectación a los intereses de la defensa.-

Debe tenerse en cuenta además que la invalidez del acto debe examinarse en función de la trascendencia que el pretenso vicio presenta respecto de la garantía de la defensa en juicio, y tampoco escapa a éste análisis que en definitiva el acto produjo efecto, y ha cumplido la

finalidad, por ello es que propongo el rechazo de la nulidad articulada por la Defensa de J. D. N..-

Por último entiendo pertinente marcar que pese a la perentoriedad e improrrogabilidad de los plazos como regla, el ritual autoriza acertadamente a otorgar nuevos plazos cuando por hechos no imputables al interesado, o fuerza mayor o caso fortuito, se ve impedida la parte de ejercer un derecho o desarrollar una actividad dentro del plazo establecido por ley (art. 145 C.P.P.), y ello es aplicable a la actividad de los jueces, cabe preguntarse ¿si durante el tiempo que marca el art. 331, 3er. párrafo del ritual un Magistrado se ve impedido por razón atendible a emitir o concluir su voto, la sentencia será nula cuando incluso se dio la parte dispositiva? Desde luego que la respuesta es negativa, y debe tenerse en cuenta además de la norma citada, los plazos y motivos que autoriza el art. 316 del mismo cuerpo legal a suspender la audiencia, el procedimiento a seguir y los efectos (art. 358 C.P.P.).-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

I.- 1) En virtud de la disposición contenida en el art. 366 del C.P.P. (Título I – Normas Generales, del Libro III – Control de las Decisiones Judiciales), hemos coincidido en la etapa de la deliberación, en que la impugnación ordinaria del acusado N., debe tener un efecto extensivo respecto a su consorte de causa, A., en orden al

primer agravio -relativo a la nulidad de la sentencia de condena, por haber sido dictada fuera de término-; toda vez que, claramente, nos hallamos frente a un motivo de recurso que, en modo alguno, puede calificarse de “exclusivamente personal” y, por ende, concierne también al interés procesal del coimputado.-

2) Sentado ello, en cambio, no hubo unanimidad en el Acuerdo respecto a la invalidación de aquel trascendente acto procesal, cual es el pronunciamiento definitivo dictado luego del juicio oral, por lo que a continuación pasaré a fundamentar mi voto en minoría sobre la cuestión.-

El representante del Ministerio Público Fiscal, en su responde al emplazamiento motivado en la interposición del recurso ordinario de la Defensa de N., ha sostenido que el agravio de marras solo se traduce en una pretensión puramente formal, que por supuesto debería rechazarse en la presente instancia. Luego de argüir que existió “saneamiento” del acto inválido, que se trata de una nulidad meramente relativa, y otras generalidades sobre las nulidades procesales, como ser que las mismas deben interpretarse restrictivamente, poco espacio ha dedicado sin embargo, al punto que a mi entender constituye el núcleo del tema a decidir; y que en modo alguno merece reputarse de insignificante, como califica el Fiscal general al exceso del transcurso del plazo para el

dictado de la sentencia, que se ha cuestionado en el caso concreto.-

Comenzaremos por abordar uno de los argumentos principales tenidos en cuenta por el acusador público, en el sentido que la parte dispositiva de la sentencia que se pretende anular “ya había sido resuelta, leída y conocida públicamente en tiempo y forma”. La impugnación de la Defensa de confianza de N., en cambio, hubo de resaltar, en su memorial, la importancia del principio de continuidad procesal, expresamente aplicable a la etapa del juicio oral, según lo dispuesto en el art. 316 del C.P.P. (Capítulo I - Normas generales, del Título II – Juicio oral y público, del libro I Procedimiento ordinario) –que en su párrafo tercero, prescribe que: “En todo caso los jueces evitarán suspensiones y dilaciones…”-. Merece también recordarse que el art. 2, que regula la garantía del “debido proceso”, exige el juicio con debate oral u público, “y plena vigencia de la inmediación, contradicción e identidad física de los integrantes del Tribunal, conforme con las previsiones del este Código”; el art. 3° dispone que: “Durante todo el proceso se observarán los principios de oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplificación y celeridad”; y el art. 27, prescribe que: “Los … jueces … deliberarán en todos los casos, bajo sanción de nulidad insanable, antes de tomar una decisión. La deliberación será inmediata, continua, integral y con la intervención

activa y permanente de cada uno de sus miembros. La violación a la garantía de la identidad física del juzgador anula la sentencia. Todos los jueces que intervinieron en el debate deben deliberar y decidir cada cuestión con su voto fundado e individual y suscribir la sentencia …".-

En consecuencia, no cabe duda que la interpretación adecuada de las normas contenidas en el Capítulo III – Deliberación y sentencia, también deben interpretarse estrictamente a la luz de aquel principio general. Además, debe tenerse en cuenta que otro principio procesal esencial de la etapa del debate, el de inmediación (art. 306 C.P.P.), viene siendo interpretado por la doctrina procesal como comprensivo no solo de una dimensión espacial –según Calamandrei "significa presencia simultánea y de los varios sujetos procesales en el mismo lugar y, por consiguiente, posibilidad de entre ellos de cambiarse oralmente comunicaciones" (citado por Perfecto Andrés Ibáñez en su obra "Prueba y convicción judicial en el proceso penal", edit. hammurabi, pág. 58)-, sino también temporal (cfme. Pastor: "El plazo razonable …, ya citada *ut supra,* página 53: "…Hasta la inmediación exige la relación directa no sólo entre quien juzga y los órganos de prueba, sino que **también exige una inmediación temporal** entre la adquisición de las distintas pruebas **y entre esa adquisición y la sentencia**", ejemplificando en la nota al pie de página, sobre este último supuesto, con la norma

procesal del CPPN que establece que, finalizado el juicio, los jueces pasen inmediatamente a deliberar y dictar sentencia", el destacado ha sido agregado al original).-

Entiendo también aplicables a nuestro caso, las enseñanzas del Prof. Julio B.J. Maier, en el sentido que: "…lo cierto es que aquello que hoy se titula –mal o bien- *principio de inmediación* no nació para *hallar la verdad* o, si se quiere, como mejor método procesal para hallarla, … sino, antes bien y **específicamente**, para celebrar una contienda, un litigio de intereses, si fuera posible con armas iguales, esto es, **como regla de juego prístina, transparente**, para un enfrentamiento de personas en pie de igualdad y en torno de la solución de un conflicto entre ellas de cara a quienes cumplen la función de árbitros en el… *Como síntesis puede decirse que el principio de inmediación*, **base del juicio público y oral**, es en sí un método o, si se quiere, un modo de o para conseguir un enfrentamiento **transparente**, propio de las sociedades en principio democráticas –los rivales se ven la cara y quienes deciden el litigio dan la cara-, y, medianamente, de lograr posibilidades parejas para quienes contienden o compiten… Como todo principio jurídico, él constituye básicamente un *ideal*, al cual **nos aproximamos en más o en menos** con nuestras leyes reglamentarias del principio y **con nuestros comportamientos reales**. Sucede lo mismo, por ejemplo, con la

*imparcialidad* del juzgador y con el *principio acusatorio*, dos ideales muy imbricados entre sí, que algunos ordenamientos jurídicos perfeccionan en mayor medida que otros… Yo **aconsejo extremar el recurso** a aquello que ha dado en llamarse *inmediación* del juicio penal, esto es, **aproximarse más y mejor al ideal**…" (cfme. aut. cit.: "¿Es la 'inmediación' una condición de la condena penal?", en la obra: "Antología. El proceso penal contemporáneo", edit. Palestra, Perú, año 2008 –el artículo original, ahora incluido en la Antología, data del año 2004-, el destacado no pertenece al original).-

Es por todo ello, que resulta entonces muy acertada la argumentación de la recurrente, que en el sentido que la regla general dispuesta por el art. 331, es que la sentencia será leída inmediatamente después de la deliberación; y, excepcionalmente, se autoriza diferir la redacción de la sentencia, y postergar entonces la lectura integral un "plazo máximo" de cinco días posteriores al pronunciamiento de la parte dispositiva. Como puede advertirse, es evidente que el texto legal citado, debe leerse como equivalente a: que dicha posibilidad de por sí excepcional, no podrá exceder de los cinco días, erigiéndose en consecuencia en un término perentorio e improrrogable (art. 139 C.P.P., el art. 143 por su parte, nos confirma el acierto de esta interpretación, cuando prescribe en forma terminante como regla general, que: "Las

decisiones judiciales y sentencias que sucedan a una audiencia oral serán deliberadas, votadas y **pronunciadas inmediatamente** después de concluida la audiencia, sin interrupción alguna", y la excepción: **salvo** cuando se disponga un plazo distinto.-

Finalmente, debe destacarse –a diferencia de la posición del acusador público, que interpreta que se trata de una cuestión insignificante, y puramente formal-, que la impugnante ha explicado muy claramente cuáles pueden ser los perjuicios concretos, que se deriven de la violación de los principios procesales que rigen la audiencia de debate, como son entre otros, el de continuidad y el de inmediación; y es que aquellos consisten en la posibilidad de que puedan surgir, al prolongarse ese período previo al momento en que se dará a conocer la sentencia íntegramente, dudas en orden a alguna influencia externa sobre la motivación que ha seguido el Tribunal –en absoluto estamos afirmando que ello haya existido en el caso concreto, pero sí queremos señalar, enfáticamente, que siempre deberá procurarse aventar cualquier suspicacia en este sentido, y prevenirla-.-

3) Resta aún considerar la tesis fiscal, en cuanto a que ha mediado, en el caso, el "saneamiento del acto inválido" (art. 162 C.P.P.). Sobre este particular, se destaca que la única posibilidad de seguir esta interpretación hubiera estado dada, por una decisión conjunta

y fundada del Tribunal colegiado interviniente en el caso que, con anterioridad al vencimiento del plazo fijado originariamente para la lectura integral de la sentencia –o sea, antes del viernes 4 de noviembre de 2011, en horas del mediodía-, “de oficio” (arts. 162 y 164 C.P.P.) hubiera intentado sanear el acto, para evitar su nulidad –v.g. asumiendo las razones impeditivas que determinaron que uno de los vocales no pudiera concluir con la formulación de su voto, y resolviendo en consecuencia (ya sea por mayoría o por unanimidad) la fijación, en su caso, de un nuevo plazo-. Y siempre, claro está, otorgando transparencia al procedimiento del dictado de la sentencia, que despeje toda incertidumbre acerca de los motivos de la demora; máxime, si los mismos resultaban atendibles, por estar originados en recargo de tareas sobre uno de los miembros del Tribunal, defectos en la distribución equitativa del trabajo de los Jueces penales, etc.-

II.- Pese a haber triunfado en el Acuerdo la posición contraria a la hasta aquí esbozada, en orden a la validez de la sentencia impugnada, sin embargo hemos acordado por unanimidad formular una recomendación a los Sres. Jueces Penales de esta ciudad, para que en las Carpetas en las que intervengan en debates con Tribunales compuestos por más de un magistrado, en lo sucesivo resulta aconsejable que se dé cumplimiento a las normas atinentes a la resolución colegiada de las

cuestiones derivadas de tales casos.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

Parecería ocioso tratar la invalidación de la Sentencia de grado que peticionó la Defensa de N. dado el resultado de la cuestión precedente.-

Pero, el principio establecido en el art. 366 del CPPCh. obliga a analizar lo requerido, pues si existe un vicio en tal acto, derivado de la emisión tardía de un sufragio, como lo ha sostenido la letrada, involucra a A., por más que su Defensor no haya enderezado ningún planteo al respecto.-

El art. 330 del orden adjetivo vigente enumera los requisitos esenciales que debe observar toda Sentencia. A partir de una mera lectura de los mismos es posible concluir que la emisión en tiempo de los sufragios no es uno de ellos.-

Menos aún si, como ocurrió en este caso, al concluir la Audiencia de Debate se anotició a las partes del resultado de la deliberación, en los términos del art. 331 tercer párrafo.-

Ahora, tanto la Constitución Provincial (art. 168), como el Código Procesal (art. 144), asignan gran relevancia a la observancia estricta de los términos para resolver.-

Sin embargo, no parece una interpretación racional

propugnar el vencimiento de un término como constitutivo de un vicio al que habría que elevar a la categoría de insusceptible de convalidación. Resultan dos carriles independiente, la regularidad del trámite por un lado, y las consecuencias disciplinarias para el Magistrado que incumple esa obligación, por otro.-

El rito en su art. 149 crea un mecanismo para impulsar a los Magistrados y/o Funcionarios a cumplir con sus obligaciones en caso de tardanza o renuencia. Pero corresponde distinguir entre una inobservancia grave de los términos para resolver, lo que habilitaría la operatividad de las previsiones de los arts. 168 de la Constitución Provincial, y144 CPPCh., con la simple demora.-

No es posible interpretar, nuevamente por irracional, que cualquier retraso resulte causal de mal desempeño. El orden adjetivo prevé en su art. 316 causales de suspensión del Debate, hasta por un término de diez días, pero no extiende ello a la confección de la Sentencia escrita, más allá que sea, por vía de analogía, posible.-

Es probable que cualquiera de los motivos enunciados en tal norma involucre a los Jueces luego de terminado el Debate. Ya sea una enfermedad, accidente o imposibilidad momentánea derivada, por caso, en la carga de trabajo asignada (lo que aquí se alegó), la simple demora puede ocurrir, y tampoco el orden ritual ha previsto mecanismos

de actuación en tal caso, aunque podemos concluir, tratándose de un Tribunal colegiado, que ello debe resolverse, valga la redundancia, colegiadamente, por imperio de la hermenéutica del sistema.-

Ahora bien, lo que aquí observamos es que cuando el primer votante de la Sentencia comunicó su imposibilidad de cumplir con el plazo de confección escrita de su voto, la Presidente del Debate le extendió el término, sin dar intervención, o anoticiamiento, pues no surge de la Carpeta, a la vocal restante, la que habría, de acuerdo a lo expuesto por la letrada de N., articulado alguna clase de vía disciplinaria.-

En resumidas cuentas, ni la demora fue tan significativa, ni obstaculizó acto procesal alguno de manera sustancial, más allá que los plazos han sido establecidos para ser cumplidos, y en todo caso además de esta disfuncionalidad, hemos observado otra, consistente en que el Tribunal no abordó la cuestión de manera colegiada, tal cual era su composición.-

Por tales razones, hemos decidido realizar la recomendación que figura en la parte dispositiva de la presente.-

A la **TERCERA** cuestión el Dr. **MÜLLER:**

Corresponde abordar de lleno la impugnación deducida por el Sr. Defensor Público, Dr. Fernando Serer, por la defensa técnica de M. G. A., contra la sentencia que dispuso condenar a su asistido a la pena

de diez años y ocho meses de prisión como co autor penalmente responsable del delito de Homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (arts. 45, 79 y 41 bis del C.P.).-

Sostiene que carece de adecuada fundamentación en orden a las garantías de raigambre constitucional que se ven violentadas por la arbitrariedad de la pieza jurisdiccional, con la apoyatura en los arts. 9, 10, 43, 44, 45 y 49 de la C.Ch., art. 14, 18, 22 y 75 inc. 12 de la C.N., art. 8. 1º CADH y 9.1º PIDC y P, pretendiendo que se la revoque y se disponga la absolución de M. G. A. por aplicación del principio in dubio pro reo, y subsidiariamente ante la negativa se la declarase parcialmente nula en relación a la pena impuesta por errónea aplicación de la agravante del art. 41 bis del CP y determinar la pena que corresponda sin acudir al reenvío, y para el supuesto de no prosperar sus pretensiones hace expresa reserva del caso federal.-

a.- En primer lugar entiende que el tribunal basa la declaración de responsabilidad de su asistido en el arbitrario análisis de los testimonios de cuatro personas, por un lado D. G. y V. U. que se ubicaban detrás de un vehículo y por otro C, S. y M. C. B. que se encontraban en el interior de su vivienda ubicada a unos 40 mts. del lugar.-

Que los jueces obviaron evidentes contradicciones

entre los dichos de S. y de B. tomando únicamente las manifestaciones en forma descontextualizada, y contrariamente a lo sostenido por el tribunal entiende que en todo caso se acreditó la autoría material del disparo y que ella no recae en su asistido.-

Agrega que tampoco dieron respuesta a todas las cuestiones planteadas por la Defensa, entre ellas la probada autoría, lo que debió reflejar la sentencia en cumplimiento del art. 25 del C.P.P., y que ello impide además un adecuado ejercicio de su ministerio.-

b.- En segundo lugar considera arbitraria la construcción de la autoría de su pupilo como derivación del primer agravio, puesto que lo colocan junto a J. N. efectuando disparos hacia C., continuando la duda respecto del autor material, equivocando el análisis y colocando a ambas personas en similar condición, aduciendo incluso una supuesta división de tareas con la única finalidad de obtener el resultado típico, lo que resulta incorrecto ya que en definitiva parte de la errónea apreciación de las pruebas.-

Afirma que en ese marco de circunstancias tampoco puede sostenerse con certeza suficiente que A. al accionar el arma de fuego que portaba tuviera la decisión de culminar con la vida de C. o se representara ese resultado, mucho menos que la decisión fuera en común acuerdo con J.N. y que en tal inteligencia el motivo de impugnación

planteado remite a una nulidad de carácter absoluto (art. 376 inc. 5º C.P.P.) por ausencia de fundamentación del fallo que nos ocupa, la valoración de circunstancias fácticas generadas en el debate se ha basado en la íntima convicción de los Magistrados y no en el principio de la sana crítica racional afectándose de esta manera el concepto de "Juicio Previo", pues la decisión se ha apartado de las constancias de la causa.-

c.- Por último y en forma subsidiaria, entiende que no es de aplicación al caso la agravante del art. 41 bis del Código Penal a la figura del homicidio, ya que el agravamiento de la pena por el empleo de arma de fuego se vincula estrechamente con la violencia en las personas la que se encuentra ínsita en la figura de homicidio, posición que avala con jurisprudencia local y doctrina.-

El titular de la acción a su turno, y en respuesta a los agravios de la defensa, contrariamente afirma que la sentencia no resulta arbitraria ya que cumple con todos los requisitos exigidos por el ritual para su validez, se halla fundada, han aplicado los jueces las reglas de la sana crítica y han sopesado las pruebas otorgando a los testimonios de cargo un valor fundamental y decisivo.-

Que los testimonios tenidos en consideración no muestran signos de mendacidad, ni resultan contradictorios y han permitido al tribunal de Juicio arribar a la plena convicción de que M. G.

A.disparó junto a N. contra C. a la misma distancia dirigiendo sus disparos al cuerpo y con el mismo fin: ultimarlo. Descartando cualquier arbitrariedad en el análisis de las versiones brindadas.-

También responde que no le asiste razón al Defensor en cuanto no han sido resueltas las cuestiones de identidad o autoría por el Tribunal, ya que en este punto los tres jueces llegaron a idéntica conclusión en cuanto se trata de un supuesto de coautoría funcional.-

Por último, y en cuanto a la aplicabilidad del art. 41 bis del CP, expresa que las particulares características del hecho y conductas desplegadas ameritan la aplicación y que de este modo lo han entendido los jueces aunque por mayoría citando precedentes de la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia.-

La parte querellante también respondió y solicitó la confirmación de la sentencia. Descarta una supuesta arbitrariedad en el análisis de los testimonios aportados en el debate, que tampoco resultan contradictorios, y que el Defensor en el ánimo de pretender desvirtuar los testimonios de B. y S., solo se interesa en reproducir parte de los mismos, lo que no ha realizado el Tribunal que los ponderó en su totalidad y sin descontextualizarlos y que con la misma línea argumental pretende descalificar la participación del A..-

En relación a la inaplicabilidad del art. 41 bis del C.P.,

sostiene que acertadamente los Magistrados la imponen por cuanto ha surgido de modo más que evidente de las probanzas del debate que los imputados utilizando el arma de fuego anularon las posibilidades defensivas de la víctima.-

2.- Expuestos los motivos del agravio paso a analizar los puntos de la sentencia a que se refieren. Adelantando la tarea debo significar que no ha sido cuestionada en modo alguno la plataforma fáctica en cuanto un grupo de personas ingresaron al patio de una vivienda ubicada en calle L. P. nº****, logrando el propietario y dos personas más que se retiren, pero aprehendiendo a un menor.-

Así regresa el grupo de personas portando armas de fuego, por lo que el propietario, D. A. G. y una de las dos personas que lo acompañaban, V. Y. U. se alejan del lugar y se refugian detrás de un automóvil quedando J. C. C. con el menor que detuvieron, por lo que lo libera.-

El grupo armado avanzó, dicen que también, dispararon hacia el automóvil donde se escondían G. y U., y dos se adelantaron y se dirigieron hacia C. que había quedado a la altura del portón de la vivienda, y de muy corta distancia le disparaban con armas cortas e hiriendo gravemente pues un proyectil impactó en la región dorso lumbar izquierda afectando órganos vitales, que causa la muerte

dieciocho días después pese a la asistencia médica recibida.-

Los jueces han tenido por cierta la hipótesis de los acusadores, y reconstruyeron el hecho de acuerdo a las pruebas aportadas, particularmente los testimonios de G. y U., que resultan protagonistas del episodio y de dos vecinos que apreciaban el violento suceso desde una ventana de su vivienda, además de prueba técnica y científica que abonan las graves consecuencias del episodio.-

Se extrae así una serie ininterrumpida de hechos, que culmina con una agresión con armas de fuego, con consecuencias gravísimas y el tramo relevante es el acontecimiento de dos personas, siempre con armas, contra la víctima efectuándole disparos a corta distancia haciendo impacto un solo proyectil que produjo a la postre la muerte.-

Concluirán también los jueces que esas dos personas resultan ser J. D. N. y M. G. A., y aquí el primer motivo de agravio pues considera el Defensor que ello es derivación de un análisis parcializado y arbitrario de los testimonios, además de no haber atendido contradicciones en que habrían incurrido, que no se despejaron en principio dudas respecto a las persona de su asistido –A.- como uno de los dos sujetos que se adelantan y disparan contra la víctima, sin atender incluso el parecido físico con uno se sus hermanos, aunque no niega o

plantea dudas de su presencia en el lugar.-

Extraigo de los sufragios fundamentación suficiente para la respuesta positiva, indicando el valor que asignan las pruebas y porqué descartan la hipótesis del Defensor, ya que quienes presenciaron lo sucedido e identifican a los intervinientes, en particular la Sra. C. S. se refirió también a las diferencias fisonómicas de los hermanos A. y de ello la ubicación de M. G. como uno de los dos sujetos que dispararon con armas de fuego hacia C..-

No encuentro asidero a la alegada falta de respuesta por el Tribunal, no solo la brindaron sino que puntillosamente seleccionaron las pruebas que entendieron más relevante para determinar como sucedieron los hechos, explicando por que toman determinados elementos de convicción y porque descartan otras para concluir en el sentido ya indicado, todo lo que me lleva a dar aval a la sentencia en esta cuestión.-

Ahora bien lo probado en el juicio ha sido que dos personas disparan con armas de fuego a la víctima a corta distancia y que solo una hace blanco no pudiendo establecerse cual de los sujetos fue el que lo realizó y aquí el eje de la crítica a la sentencia.-

Los jueces sobre esta plataforma, es decir la imposibilidad de determinar quien había realizado el disparo mortal,

condenaron a las dos personas sometidas a proceso, como co-autores (art. 45 C.P.).-

En forma absolutamente coincidente sostienen que ambas personas disparaban armas de fuego contra la víctima con clara intención de causar la muerte –dolo-, que se trató de una acción común dirigida a obtener un idéntico resultado, que tuvieron ambos el dominio del hecho y el aumento del riesgo (Dr. Nicosia). Puede entenderse una decisión como la adoptada, pero no han evaluado suficiente y debidamente la situación.-

La problemática que plantea la intervención de varias personas en la realización delictiva, no es menor y existe una diversidad de criterios para dar solución a la cuestión. Puede decirse que actualmente predomina el criterio del “dominio del hecho” por el que el autor de un delito es quien domina objetiva y subjetivamente la realización de ese delito, a tal extremo, que sin su intervención y decisión el mismo no se podría cometer. Enseña Wezel que “coautoría es autoría, cuya especialidad consiste en que el dominio sobre el único hecho delictivo no corresponde a un individuo sino conjuntamente a varios. Cada acción final consiste por lo general, en una mayoría de actos particulares concatenados y dirigidos hacia una meta, los cuales están subordinados mediante la dirección final de la decisión de la acción y no constituye una

mera suma sino una totalidad unificada. En esta realidad, en donde la acción injusta es la unidad de varios actos parciales en los cuales descansa la realización dirigida de la decisión de la acción, radica la posibilidad de fundamentar la coautoría: ella es la realización dirigida repartida entre varias personas de actos parciales concatenados en una decisión de acción conjuntamente resuelta por todos … el dominio le corresponde a todos..." (cfme. Hans-Welzel: "Estudios de derecho penal Nº 6. Colección grandes maestros de Derecho Penal").-

Siguiendo estos conceptos en el caso indudablemente tenemos un obrar de varios sujetos, pero de manera aislada, no surge nítidamente que existiese un acuerdo previo con la sola referencia que los miembros del grupo que integraba A., al ver al menor golpeado expresan "hay que matar a estos" para avanzar los imputados contra C. y actuar en la forma establecida, por sí sola no es indicativa de un concierto entre ellas que suponga un emprendimiento común.-

Como ya adelantara no considero acertada la aplicación del art. 45 del CP, no se advierte en el caso una comunidad objetiva – subjetiva en acciones conjunta, menos un reparto de la ejecución de la acción en la que cada uno realiza un aporte. La defensa en definitiva reconoce que su asistido efectuó disparos hacia la víctima y lo que discute es la significación jurídica que debió otorgarse a este aporte

pues se despejaron las dudas respecto a su intervención, no así la central ¿Quién efectuó el disparo mortal?.-

Tal como se tienen por acreditados los hechos no existió un acuerdo previo entre las personas que dispararon, actuaron individualmente ante la golpiza que recibió el menor que había demorado G., U. y C., desplegando acciones aptas para provocar el resultado típico, y puesto que no se sabe quien efectuó el disparo mortal resulta que A. pudo haber sido, o no, el autor material.-

Ante la duda debemos estar siempre a lo que es más favorable para el imputado (art. 28 del C.P.P. y 44, VI, C.Ch.), por lo que no es posible, menos correcto, atribuir de manera personal, directa y objetiva el resultado, con lo cual la conducta de cada uno debió apreciarse y juzgar por sí misma y solo por ella deberán responder.-

Si bien no es frecuente, se trata de una supuesto de autoría concomitante o paralela; según Donna se trata de un obrar conjunto de varios sujetos sin acuerdo recíproco en la producción de un resultado, con lo cual el hecho de cada uno se aprecia y juzga por sí mismo. Es un tipo de autoría ya que el sujeto tiene el dominio y determinación del hecho, sin embargo la intervención plural de varias personas excluye la decisión o acuerdo entre ellas para la realización al hecho del mismo. Tal exclusión supone que todas ellas actúan con

relación al hecho de manera aislada de la voluntad de las otras, aún cuando todas ellas obtengan un beneficio por el mismo hecho -cfme. Donna: “La autoría y la participación criminal”, 2da. Edición Rubinzal Culzoni (págs. 42 y ss.)-. También se define a la autoría paralela cuando varias personas intervienen en el mismo hecho con independencia unos de otros o quienes realicen simultáneamente la conducta típica –Zaffaroni – Alagio – Slokar, “Derecho Penal. Parte general”, 2da. Edición, Ediar, pag. 770, por su parte Carlos Creus enseña que: “…el autor paralelo pone su causalidad pero no aprovecha de la causalidad procurada con los medios que otro autor proporciona al perseguir el mismo resultado típico” (cfme. “La autoría paralela y las garantías constitucionales”, La Ley, suplemento penal del 29/3/2005).-

Dado este marco doctrinario y para concluir, en este caso a falta de imputabilidad objetiva del resultado, cada autor deberá responder por su acción, no por la totalidad del hecho por imperio del principio constitucional de culpabilidad y en el caso no puede sobrepasar un acto tentado en relación al art. 79 C.P., y así lo propongo desde luego ya sin comprender al consorte de A. luego de ser apartado conforme hemos tratado su situación en la primera cuestión.-

Reitero que no brinda el Tribunal suficiente y debida fundamentación a esta conclusión de la coautoría, y cabe citar un

pronunciamiento de la Cámara Nacional de Casación Penal aunque con otro alcance, reg. Nº 7547.4 del 9/06/06, causa 5096, en el que se dijo: “Ante una pluralidad de autores en un hecho delictual, necesariamente debe estar presente en cada uno de ellos el ‘dominio’ del hecho – entendido como su capacidad de configurar al suceso en cuanto a su existencia y su forma de ser, conforme la finalidad perseguida-, pudiendo tener lugar de dos modos distintos: por un dominio funcional del hecho o por un dominio de la acción, generándose así los dos modos de coautoría posibles, a saber, la coautoría funcional (por reparto de tareas) y la coautoría paralela y concomitante. Cada uno de estos modos de imputación plural de la calidad de autor tienen sus presupuestos característicos que necesariamente deben acreditarse para poder afirmar su existencia, y esta es precisamente una de las falencias de fundamentación incurrida por el fallo impugnado. En autos, ni se ha establecido de qué modo la conducta de cada imputado ha tenido una particular incidencia causal en las lesiones de la víctima (ya sea como un aporte indispensable en sí mismo y que requiere además la confluencia del otro; o como autónoma en sí misma a los fines típicos de la figura prevista por el art. 90 del C.P.), ni tampoco se acreditaron los elementos subjetivos que permiten considerar los comportamientos de ambos imputados como un accionar ‘solo único’. Tal irregularidad priva a la

sentencia impugnada de la necesaria derivación lógica como para considerarla fundada (voto de la Dra. Capolupo de Durañona y Vedia, adhiere Dra. Berraz de Vidal, Dr. Hornos en disidencia)".-

Por último iniciaré el tratamiento del planteo subsidiario de la Defensa, reclamando tanto en el recurso como en la audiencia a tenor del art. 385 del C.P.P., la inaplicabilidad del art. 41 bis del C.P. en los términos ya reseñados al iniciar ésta cuestión y que mereció respuesta negativa de los acusadores.-

El Tribunal de Juicio ha resuelto la aplicabilidad de la agravante por mayoría, ya que la Dra. Suárez ha reiterado su posición en sentido negativo.-

Desde luego que la incorporación del art. 41 bis del Código Penal ha traído aparejado un intenso debate y la cuestión que plantea no es sencilla.-

Entiendo que se trata de una agravante genérica operativa a todas las figuras de la parte especial a excepción de aquellas que la contemplen, sustentada en el mayor poder vulnerante de las armas de fuego, e ínsito mayor peligro para la vida e integridad física de las personas y mayor indefensión del bien, sin dejar de considerar además los precedentes de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia que confirman la aplicación (Gómez Armando Hugo s/Homicidio" Expte. N°

22094-F° 5/2010 - “Barría Fabián Andrés s/ Homicidio Agravado” Expte. N°22147-F°13/2011).-

Como Juez en lo Penal ya me he pronunciado por la aplicabilidad de la agravante pero siempre con debido análisis del caso concreto, ya que deben considerarse distintos factores y no aplicarla automáticamente por el empleo del arma como dato objetivo, pues debe analizarse si se emplea o se vale el autor para no correr riesgo y actuar sobre seguro y en el caso han efectuado los jueces una correcta valoración sobre el punto para concluir, reitero por mayoría, por la aplicación, y así lo voto.-

A la **TERCERA** cuestión el Dr. **PINTOS**:

I.- 1) En la deliberación, hemos discrepado en orden a la manera en que debe calificarse la intervención del coimputado M. G. A., en el hecho que fuera motivo de juzgamiento, que se encuadra en la figura del delito de Homicidio simple (art. 79 CP, con la agravante genérica del art. 41 bis CP).-

En efecto, parto de la base de reconocer que en los casos en que concurren varios partícipes en una misma acción, se podrán aplicar entre ellos las reglas de la coautoría, o de la autoría paralela –también conocida como concomitante, accesoria o colateral-, según el caso; ahora bien, cuando en un supuesto como el presente, de un

homicidio cometido con arma de fuego, se tiene por comprobado que actuaron frente a la víctima más de un agente, pero el óbito se produjo por un único y letal disparo, dichas circunstancias fácticas no alcanzan *per se* para descartar una hipótesis de coautoría, siempre y cuando se comprueben los extremos exigidos en esta clase de concurrencia (tal el criterio seguido en la sentencia impugnada) –adviértase, por lo demás, que el delito de Homicidio simple no es un delito de propia mano, ni tampoco un delito especial-.-

A título meramente ejemplificativo, consideremos la siguiente hipótesis: el accionar de uno de los tiradores, en dirección hacia el lugar donde se halla la víctima, determina que la misma no pueda desplazarse hacia otro sitio más seguro para su integridad física (v.g. ingresar a una vivienda, protegerse detrás de algún obstáculo material, tirarse al piso, etc.), y todo ello favorece la causalidad física del disparo efectuado por el restante tirador, que es el que termina impactándole y dándole muerte.-

En apoyo de lo expuesto, tengo en cuenta la doctrina que enseña que autoría “es *pertenencia* del delito”; es autor todo aquel que contribuye al delito en condiciones tales que puede imputársele como suyo, y esta pertenencia no se da solo en quien realiza por si solo todos los actos ejecutivos, en el sentido estricto de la teoría objetivo-formal. Lo

acertado es, pues, "…considerar coautores **no solo a los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo**, sino a todos a quienes aportan **una parte esencial de la realización del plan** *durante la fase ejecutiva.* A todos ellos pertenece el hecho, que es obra inmediata de todos, los cuales comparten su realización al distribuirse los distintos actos por medio de los cuales tiene lugar" (cfme. Miu Puig, "Derecho penal. Parte general", pág. 392, el destacado pertenece al original).-

En el mismo sentido, enseña Jescheck: "… cabe que, atendiendo a la 'división de papeles' más apropiada al fin propuesto, ocurra en la coautoría que también **una contribución al hecho que no entre formalmente en el marco de la acción típica** resulte suficiente para castigar por autoría. Basta con que se trate de una parte necesaria de la **ejecución del plan global** dentro de una razonable 'división del trabajo' (dominio funcional del hecho)" ("Derecho Penal", pág. 595, el destacado ha sido agregado al original).-

Por otra parte, obsta al encuadramiento del caso en la modalidad propuesta por la mayoría –autoría paralela, concomitante, accesoria o colateral-, que la misma supone que cada autor desconoce la acción del otro, a punto tal que la dogmática ha llegado a sostener que es una categoría carente de valor propio, puesto que solo se trata de una "coincidencia casual de diversos supuestos de autoría individual" (cfme.

Jescheck, ob. cit., pág. 619); y en el caso, el hecho que se ha tenido por acreditado, indudablemente, no resulta compatible con aquel esquema teórico.

Por último, también destaca el autor citado en último término, que la autoría paralela "es rara en los hechos dolosos", pero frecuente, por el contrario, en la imprudencia, en la que no cabe la coautoría.-

2) En este marco de interpretación que venimos siguiendo, cuál ha sido, entonces, el elemento de juicio que, sin embargo, me llevara a postular, en minoría, que *in dubio pro reo,* la conducta de A. debe encuadrarse en una forma de participación atenuada, como lo es la del art. 46 CP?, descartándose la figura más grave de una coautoría.-

Resulta que, en esta instancia, como se desprende de lo acordado en la primera cuestión, el coimputado N. será sobreseído por un impedimento procesal, lo cual determina entre otras consecuencias, que ya no puede averiguarse más sobre la verdad o no de su situación en el caso, ya que precisamente "el alma" de aquel impedimento, es el contenido meramente procesal de la decisión de clausura; de manera entonces que, ante la aparición del obstáculo, ya no puede analizarse si el imputado N. es autor del hecho (cfme. Pastor: "El plazo razonable en el proceso…", ya citada *ut supra;* y en la pág. 589 agrega que: "… los

impedimentos procesales tienen la función de excluir la decisión sobre el fondo del asunto –con cita de Maier y Roxin, entre otros autores-. Los obstáculos procesales conducen a la terminación del procedimiento … con total independencia del esclarecimiento de los hechos, es decir, impiden la sentencia sin consideración a la solución del caso que esté materialmente exigida").-

Teniendo en cuenta que, por definición, y tal como ya lo anticipáramos en el apartado precedente, la coautoría exige básicamente el análisis de la forma en que se ha ejecutado un "plan global" en el caso concreto, resulta entonces sumamente complejo este objetivo, cuando por efecto de un impedimento procesal nos vemos impedidos de analizar probatoriamente el rol de los demás coautores, y debemos limitarnos en cambio, a uno solo de ellos –quien, encima, pareciera contar con un menor protagonismo en el hecho, desde el punto de vista de su relación con el joven "rescatado" que (estando a la descripción del hecho de la sentencia impugnada) tiene una relación de parentesco con N., pero no con A.-.-

Es por ello que habíamos anticipado *ut supra*, que la solución más justa del caso pareciera transitar por la aplicación del principio *favor rei*, y consecuentemente el encuadramiento de la participación de A., en la modalidad de complicidad secundaria. En apoyo

de esta posición, también tengo en cuenta que, más allá de la operatividad del principio beneficiante de la duda, en orden a la calificación legal, también se verifica que en muchos casos jurisprudencia ha calificado de este modo, la intervención de quien aporta su presencia junto al autor, reforzando en este la voluntad de delinquir, y o asistiéndolo moralmente al infundirle confianza y seguridad, etc. (cfme. “Código Penal de la Nación. Comentado y anotado”, Andrés D’ Alessio –Director-, Mauro Divito –Coordinador-, tomo I, edit. La Ley, pág. 803).-

3) Como podrá advertirse de lo expuesto hasta aquí, la alternativa que acordaron mis colegas, en el sentido de adunar a la autoría paralela, la solución de una tentativa de homicidio, tampoco se adecua en mi opinión al caso: si tenemos en cuenta que la muerte se ha consumado, sin que existan dudas en orden a su mecánica causal -fue ocasionada por un disparo de arma de fuego-; habiendo quedado la discusión centrada, únicamente, en torno a los alcances de la imputación subjetiva, respecto a dos individuos que disparan conjuntamente hacia la víctima, con sendas armas de fuego.-

Adviértase, por lo demás, que aún si hipotéticamente admitiéramos que el caso encuadra en una autoría paralela o colateral, la consecuencia de esta adecuación típica, es que al no existir el menor contacto entre los distintos autores, los efectos son los mismos que

derivan en el caso de un autor único: el principio de ejecución es el de cada uno; la tentativa acabada también concluye allí donde cada autor dejaría de actuar; y no existe la menor influencia del hecho ajeno en la acción propia. De tal modo, en esta hipótesis no sería justo favorecer a A. con una atenuación de su responsabilidad, cuando no esta acreditado que haya desistido del hecho; ni tampoco que hubiera dejado de disparar antes de que C. sea alcanzado por un proyectil, sino que recién se retiró del lugar juntamente con N., una vez que ya la víctima había sido neutralizada.-

La punibilidad por tentativa entiendo sería aplicable solamente y según criterios de imputación objetiva, en aquellos casos donde se comprueba que el resultado se produce gracias a la intervención conjunta de los autores paralelos, sin que estos conozcan ni el aporte ajeno, ni que su aporte propio sería por sí solo insuficiente (v.g. el conocido caso teórico de dos criados que envenenan la comida del amo, sin tener conocimiento ninguno de ellos de la acción del otro y creyendo ambos que la dosis propia sería suficiente para matar a la víctima, las cuales, sin embargo, solo devienen eficaces y mortales gracias a la acumulación de ambas).Pero no son estas las características del caso sometido a juzgamiento, siempre según la sentencia ahora impugnada.-

4) Más allá de las consideraciones expuestas

precedentemente, verificándose que tanto por vía de la solución de la tentativa, como por la de la participación secundaria, en ambos casos el efecto común estas tipificaciones es la reducción de la escala penal (arts. 44 y 46 CP), comparto en definitiva la propuesta del colega que me precede en el orden de votación, en cuanto a la necesidad del reenvío parcial, a fin de que se reproduzca el juicio sobre la pena, a la mayor brevedad.-

A la **TERCERA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

I.- La coautoría funcional como categoría de la participación criminal, requiere, al menos en los delitos de dominio, de una serie de elementos para su configuración.-

Así deben presentarse la división del trabajo, distribución, y realización de aportes necesarios para la consumación en función de un plan. Por ello suele decirse que cada coautor efectúa solo una parte del hecho punible, no todo el hecho, pero responde por la totalidad, en tanto existe una decisión común de realización del injusto en su completitud.-

El “codominio” del suceso importa para cada autor la decisión sobre el tramo por él protagonizado, de modo tal que si este no lo llevara a cabo, el hecho en su totalidad sería de difícil realización, en los términos de la condición “sine qua non”, lo que también justifica que el

coautor haga parte, pero responda por todo el delito (conf. Righi, Esteban "Derecho penal" Parte General, Ed. Abeledo Perrot, pags. 388/389; Donna, Edgardo "La Autoría y la Participación Criminal", ed. Rubinzal Culzoni, pags. 42/44; Rusconi, Maximiliano "Código Penal comentado dirigido por Baigún y Zaffaroni, Tomo II, pags. 156/159, Ed. Hammurabi, entre otros).-

Por el contrario, la coautoría concomitante o paralela, importa la acción de al menos dos sujetos, que despliegan, sin acuerdo previo, un proceso causal con un mismo objetivo, revistiendo ambos todos los caracteres de la autoría. En tales casos, cada uno responde por su acción, no por la totalidad del hecho (Righi ob. cit. pag. 382; Donna, Ob. Cit. pag. 44).-

En el sub-júdice, ambos acusados desplegaron toda la acción, es decir, llevaron a cabo actos que "paralelamente" resultaron idóneos para el logro del resultado muerte, los dos le dispararon con armas de fuego a la víctima desde una distancia cercana, pero solo una bala impactó en la humanidad del occiso.-

Para rendir honor a la brevedad, no reiteraré el análisis de mis colegas preopinantes, al que remito, en lo que concierne a la lógica del fallo de condena respecto de M. A..-

Solo diré que D. G. y U., acompañaron a J. C. C. la

noche del 30/3/09, cuando concurrieron a la vivienda de García, ubicada en calle L. P. nro. ****del Barrio S. M. de esta ciudad, ante la alerta recibida sobre que habrían ingresado a ella con fines de Robo, el que no se consumo por al arribo de los indicados; que Cárdenas quedó al cuidado de una de las personas a las que sorprendieron en plena sustracción, un menor al que en represalia golpeó con los puños y una madera; que otro grupo de individuos regresó al lugar para "rescatar" al joven, y al verlo ensangrentado, N., en definitiva uno de los imputados, exclamó: "Mirá como le dejaron la cabeza a mi hermano, hay que matarlos a estos", conforme los sostenido en Juicio por G. y U..-

El tramo final y determinante comprometió a dos personas, que adelantándose al resto del grupo, efectuaron los disparos a aproximadamente 4 mts de distancia del portón de la vivienda, en donde se hallaba C., y una bala impactó mortalmente en su humanidad. Todo ello, desde la óptica de dos testigos presenciales, C. S. y M. C. B..-

Sin perjuicio de la nocturnidad, diferencias lógicas en la apreciación de la escena por los testigos, rapidez del suceso, en lo troncal, los testimonios referidos avalan la conclusión de la Sentencia en crisis, en el aspecto aquí mencionado, tanto como la prueba médica respecto de la causa de la muerte de C., el disparo recibido.-

Pero, a partir de plexo probatorio, si bien es posible

determinar que ambos acusados dispararon, que una bala llegó a destino, que hubo dos clases de armas en el evento, desde el resto de munición hallado en el lugar, y el proyectil alojado en el cuerpo de la víctima, no hay certeza en cuanto a quién de ellos realizó el disparo mortal, como obviamente, tampoco cual portaba el arma de la que salió la bala letal para C..-

Entonces, a partir de la manera en que quedara conformado el cuadro de los elementos de convicción aludido, existían dos posibilidades: o se apelaba a la coautoría funcional, haciendo cargar sobre ambos imputados el resultado mortal sin el conocimiento preciso de cual había sido el autor del disparo que diera en el blanco; o se los consideraba como autores de sendas Tentativas de Homicidio, por las mismas razones, aunque en el caso existiera un muerto. Ambos senderos, dificultosos, evidentemente.-

El Tribunal de grado optó por la primera alternativa, recurriendo, sin mencionarlo expresamente, a un razonamiento objetivante, basado en el aumento del "riesgo" para la víctima derivado de que en lugar de un acometimiento cercano realizando disparos, hubo dos.-

La "Teoría de la Imputación Objetiva", cauce dogmático en el que cabe fundamentar la decisión de los Jueces del

Debate en este aspecto, surgió como un concepto limitador de los alcances de la relación de causalidad entre acción y resultado, entendiendo esta dentro del tipo objetivo del delito, pretendidamente superador de las posturas previas, equivalencia de las condiciones, causalidad eficiente, adecuada, etc.-

En sus términos, solo las conductas que constituyen riesgos jurídicamente prohibidos resultan generadoras de resultados. Pero siempre desde la perspectiva de limitación del alcance de la punibilidad, única acepción que se condice con la vigencia de un Derecho penal liberal constituido por un plexo de garantías de raigambre constitucional (conf. Manual Cancio Meliá “Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva” pags. 94/95, Ed. Jurídicas Cuyo).-

De allí que la Sentencia, en este aspecto, no deba quedar en pie. Los Magistrados al apelar a un razonamiento de tales características, en lugar de operar restringiendo los alcances del tipo objetivo, lo sobredimensionaron, pasando por alto exigencias propias del aspecto subjetivo, como el acuerdo para el logro de un fin, la división de tareas para tal cometido, basamentos en definitiva que permiten en la coautoría funcional atribuir todo el hecho a personas que solo actuaron en una parte del mismo.-

Aquí, claramente, existió coautoría paralela. Si de la

frase pronunciada por N. es posible extraer un dato relevante en cuanto a qué pretendían realizar él y A. con sus conductas, elevarla a la categoría de decisión común, en tanto plan acordado mancomunadamente a efecto del logro de un idéntico fin, parece excesivo.-

A ello hay que sumar que ambos acusados desplegaron dos planes criminales independientes, desvinculados, idóneos ambos para conseguir el resultado muerte. Ello queda patentizado si evaluamos que, en el supuesto de que hubiese existido desistimiento de una de las acciones, la otra bien podría haber concretado el resultado disvalioso.-

Es que el Tribunal enfocó el caso como una acción compartida, y en realidad estamos en presencia de conductas independientes enderezadas al logro de un mismo fin, motivadas desde un suceso común, los golpes recibidos por el menor por parte de C..-

En resumidas cuentas, el beneficio de la duda opera aquí de manera determinante. Excluido N. de la evaluación por imperio de la cuestión tratada en primer término, se ha podido determinar que A., munido de un arma de fuego, efectuó al menos un disparo a corta distancia hacia la víctima, pero no si esa acción fue la que provocó su deceso.-

El principio constitucional de culpabilidad también opera y fundamenta que el acusado mencionado deba responder por

aquello que, probadamente, realizó. Y ello no puede exceder de un acto incompleto, tentado, al que cabe incluir en el art. 79 del CP., en carácter de autor, el que admite el dolo eventual, corroborado desde la forma del acometimiento y el medio utilizado.-

Desde ya que el cambio de calificación que propugnamos con el colega del primer sufragio, no colisiona con la previsión del art. 332 del CPPCh., pues no la Defensa bien pudo resistir la imputación en Debate, y de hecho, lo hizo, cuestionando la autoría de su pupilo.-

II.- He de disentir con mis colegas en orden a la aplicación de la agravante del art. 41 bis del CP., reiterando mi posición en casos análogos al presente ("Vera" nº 3607):" También la Defensa ha impetrado la inaplicabilidad del art. 41 bis del CP. Lo hizo por escrito y en la audiencia del art. 385 de rito. El Ministerio Fiscal opuso reparo, basándose, fundamentalmente, en precedentes del Superior Tribunal de Justicia".-

"He sentado postura en cuanto al tema, y por ende no me extenderé demasiado. Tal lo expuesto, en principio ha quedado zanjada la cuestión a nivel Provincial por el Superior Tribunal, Sala Penal, en el precedente " D.D. A. s / Hom. Simple" Expte. 20083-D-2005".-

“Pero lo ha sido desde la posible violación al principio constitucional del “ne bis in idem”, no en cuanto a otros aspectos de la problemática que ha generado la desafortunada introducción del art. 41 bis al catálogo represivo”.-

“Más allá que considero que la aplicación del principio indicado, y el de la interpretación de las normas más favorable al reo (art 44 último párrafo Constit. Prov.), ambos postulados de envergadura constitucional, nacional (art. 18 CN), y local, inclinan la balanza hacia la no aplicación del precepto, deviene apropiado mencionar otras aristas al análisis.”

“He dicho en el caso Millán (Setencia nº 56/08, Carpeta nº 1279): “Una nueva dimensión al debate ha traído el fallo “Arce” (auto nro. 306 de 26/6/09), de la Cámara de Acusación de la Provincia de Córdoba (por mayoría). Escuetamente, allí se ha dicho que, en tanto el art. 104 del CP., que repele la aplicación del art. 41 bis por ya prever el uso de arma de fuego, resulta subsidiario de los arts. 90, 91 y 79 el CP, ambos extremos, la subsidiariedad y la previsión arrastrarían la inaplicabilidad de la agravante genérica a los mentados dispositivos de Lesiones Graves, Gravísimas u Homicidio simple cometidos mediante armas de tal clase. “La interpretación contraria, la cual es posible observar en el pronunciamiento mayoritario del precedente del STJ de nuestra

Provincia, radica en la mayor dosis de culpabilidad que el Legislador ha pretendido atribuir a los hechos cometidos mediante intimidación, violencia y arma de fuego, en la medido que ello no se encuentre expresamente previsto en las figuras de la parte especial".-

"Por más que parezca una obviedad, por matar a otro, y en este caso tal resultado se logró mediante la utilización de un arma de fuego, se cumple el tipo objetivo del art. 79 del CP. Tomar tal circunstancia, nuevamente, a los efectos de operativizar una agravante genérica, que intensifica la sanción, pone en tela de juicio el principio del "ne bis in idem"".-

"No es irracional agravar la respuesta al que mata con signos evidentes de desmotivación en el mandato que emerge de la norma penal, respetar la vida ajena, en tanto utiliza medios que demuestran una mayor dosis de reprochabilidad en la acción. Pero allí se ingresa en el campo del art. 80 del CP, donde se combinan dos circunstancias, el resultado muerte y la forma de lograrlo. Aquí, en tanto el Legislador ha adicionado otra consecuencia al hecho objetivo de matar, el uso de un arma de fuego hace aplicable el art. 79 del Código de fondo, y a su vez, el precepto cuestionado. Difícil es entonces no hablar de una doble valoración gravosa de la misma circunstancia".-

"Pero aún concediendo que la cuestión no es para nada

sencilla, un enfoque de mínima intervención del Derecho penal, limitación de la respuesta contingente, e interpretación más favorable al condenado de la Ley penal, impone estar a la solución adoptada por la mayoría en el precedente de la Cámara de Acusación de Córdoba, no en cuanto a la inconstitucionalidad del art. 41 bis, pero sí a su inaplicabilidad a este caso".-

"Entonces, el segundo párrafo del art. 41 bis, en tanto excluye la agravante en la medida en que la circunstancia del uso del arma de fuego se encuentre contemplada como elemento constitutivo del delito de que se trate, dirime la cuestión, pues excluye al Abuso de Armas, y todas las figuras de él derivadas, Lesiones y Homicidio perpetrados con dicho instrumento. Y a tal intepretación la avala el principio que impone estar a la más favorable al acusado".-

Por último, sí dogmáticamente las posiciones deben medirse en función de los ejemplos extremos, pues deben ser aplicables a todas las situaciones, la relación entre la participación necesaria y el Homicidio simple cometido mediante arma de fuego, ilustra aún más lo que pretendemos significar.-

Piénsese en una persona que proporciona un arma de fuego cargada a otra para que la utilice, perdiendo en definitiva la vida un tercero, de manera inmediata. Sin dudas sería una hipótesis de

participación necesaria, en la cual el cooperador culminaría respondiendo penalmente por proporcionar un arma de fuego, conducta que se calificaría también por, proporcionar un arma de fuego, extremo que patentiza la violación al principio aludido.-

III.- En definitiva, procederá el reenvío del caso a la Oficina judicial para que, con la celeridad que imponen las circunstancias debido a la proximidad de expiración del término del art. 146 del CPPCh., fije fecha de Audiencia para la cesura de la pena en cuanto a A., en los términos de este acto y, desde ya, por otro Tribunal. Así voto.-

A la **CUARTA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo:

En orden al resultado al que se ha arribado, por mayoría en las cuestiones precedentes propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar al pedido de la Defensa de J. D. N., declarar extinguido el plazo razonable de juzgamiento y decretar su sobreseimiento; recomendar a la Sra. Directora de la Oficina Judicial de esta ciudad, que en lo sucesivo deberán arbitrarse los medios necesarios para evitar demoras en el trámite de las Carpetas Judiciales como la verificada en el presente caso; rechazar la nulidad de la sentencia nº 76/11 de fecha 11 de noviembre de 2011, por haber sido dictada fuera de plazo, impetrada por la Defensa de J. D. N.; recomendar a los Sres. Jueces Penales de esta ciudad, que en las Carpetas en las que intervengan en

Debates con Tribunales compuestos por más de un Magistrado, en lo sucesivo resulta aconsejable que se de cumplimiento a las normas atinentes a la resolución colegiada de las cuestiones derivadas de tales casos; confirmar la sentencia nº 76/11, respecto de M. G. A., readecuando la calificación legal, la cual quedará como Homicidio en grado de tentativa agravado por el uso de arma de fuego (arts. 41 bis, 42, 45 y 79 CP); remitir las actuaciones a la Oficina Judicial a los fines que con la debida celeridad, se fije fecha de audiencia para la cesura de pena respecto de G. M. A. en los término expuestos en este acto (arts. 146 y 304 CPPCh.) y por ultimo hacer cesar las medidas sustitutivas de la prisión preventiva impuesta a J. D. N. (art. 333 del CPPCh.).-

Asimismo corresponde regular los Honorarios profesionales de de la Defensa Pública por la labor desarrollada en la etapa de impugnación, en la suma de tres mil quinientos ocho pesos ($ 3.508), es decir 15 JUS; de la Sra. Defensora de Confianza de N., Dra. V. H., en la suma de cuatro mil novecientos doce pesos con cincuenta y tres centavos ($ 4.912,53), 21 JUS; y los honorarios profesionales del Patrocinante de la querella, Dr. O. H., en la suma de cuatro mil seiscientos setenta y ocho pesos con sesenta centavos ($ 4.678,60), 20 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).-

A la **CUARTA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

De acuerdo al resultado al que se ha arribado, por mayoría, en las cuestiones precedentes adhiero a lo propuesto por el colega que vota en primer término, es decir: hacer lugar al pedido de la Defensa de **J. D. N.**, declarar extinguido el plazo razonable de juzgamiento y decretar su sobreseimiento; recomendar a la Sra. Directora de la Oficina Judicial de esta ciudad, que en lo sucesivo deberán arbitrarse los medios necesarios para evitar demoras en el trámite de las Carpetas Judiciales como la verificada en el presente caso; rechazar la nulidad de la sentencia nº 76/11 de fecha 11 de noviembre de 2011, por haber sido dictada fuera de plazo, impetrada por la Defensa de J. D. N.; recomendar a los Sres. Jueces Penales de esta ciudad, que en las Carpetas en las que intervengan en Debates con Tribunales compuestos por más de un Magistrado, en lo sucesivo resulta aconsejable que se de cumplimiento a las normas atinentes a la resolución colegiada de las cuestiones derivadas de tales casos; confirmar la sentencia nº 76/11, respecto de **M. G. A.,** readecuando la calificación legal, la cual quedará como Homicidio en grado de tentativa agravado por el uso de arma de fuego (arts. 41 bis, 42, 45 y 79 CP); remitir las actuaciones a la Oficina Judicial a los fines que con la debida celeridad, se fije fecha de audiencia para la cesura de pena respecto de G. M. A. en los término expuestos en este acto (arts. 146 y

304 CPPCh.) y por ultimo hacer cesar las medidas sustitutivas de la prisión preventiva impuesta a J. D. N. (art. 333 del CPPCh.).-

De igual forma adhiero a la regulación de honorarios profesionales propuesta.-

A la **CUARTA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

De acuerdo al resultado al que se ha arribado, por mayoría en las cuestiones precedentes coincido con lo propuesto por mis colegas: hacer lugar al pedido de la Defensa de J. D. N., declarar extinguido el plazo razonable de juzgamiento y decretar su sobreseimiento; recomendar a la Sra. Directora de la Oficina Judicial de esta ciudad, que en lo sucesivo deberán arbitrarse los medios necesarios para evitar demoras en el trámite de las Carpetas Judiciales como la verificada en el presente caso; rechazar la nulidad de la sentencia nº 76/11 de fecha 11 de noviembre de 2011, por haber sido dictada fuera de plazo, impetrada por la Defensa de J. D. N.; recomendar a los Sres. Jueces Penales de esta ciudad, que en las Carpetas en las que intervengan en Debates con Tribunales compuestos por más de un Magistrado, en lo sucesivo resulta aconsejable que se de cumplimiento a las normas atinentes a la resolución colegiada de las cuestiones derivadas de tales casos; confirmar la sentencia nº 76/11, respecto de M. G. A., readecuando la calificación legal, la cual quedará como Homicidio en grado de

tentativa agravado por el uso de arma de fuego (arts. 41 bis, 42, 45 y 79 CP); remitir las actuaciones a la Oficina Judicial a los fines que con la debida celeridad, se fije fecha de audiencia para la cesura de pena respecto de G. M. A. en los término expuestos en este acto (arts. 146 y 304 CPPCh.) y por ultimo hacer cesar las medidas sustitutivas de la prisión preventiva impuesta a J. D. N. (art. 333 del CPPCh.).-

Asimismo coincido con la regulación de Honorarios profesionales propuesta.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por mayoría, con la disidencia parcial del Dr. Daniel Luis María Pintos,

----------**RESUELVE:**----------

---

**1º) HACER** lugar al pedido de la Defensa de **J. D. N.**, declarar extinguido el plazo razonable de juzgamiento y decretar su sobreseimiento (art. 8, cláusula primera, de la Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 146 y ss. del CPP).----------

---

**2º) RECOMENDAR** a la Sra. Directora de la Oficina Judicial de esta ciudad, que en lo sucesivo deberán arbitrarse los medios necesarios para evitar demoras en el trámite de las Carpetas Judiciales como la verificada

en el presente caso.----------

-

**3º) RECHAZAR** la nulidad de la sentencia nº 76/11 de fecha 11 de noviembre de 2011, por haber sido dictada fuera de plazo, impetrada por la Defensa de J. D. N..----------

**4º) RECOMENDAR** a los Sres. Jueces Penales de esta ciudad, que en las Carpetas en las que intervengan en Debates con Tribunales compuestos por más de un Magistrado, en lo sucesivo resulta aconsejable que se de cumplimiento a las normas atinentes a la resolución colegiada de las cuestiones derivadas de tales casos.----------

**5º) CONFIRMAR** la sentencia nº 76/11, respecto de **M. G. A.,** readecuando la calificación legal, la cual quedará como Homicidio en grado de tentativa agravado por el uso de arma de fuego (arts. 41 bis, 42, 45 y 79 CP).----------

**6º) REMITIR** las actuaciones a la Oficina Judicial a los fines que con la debida celeridad, se fije fecha de audiencia para la cesura de pena respecto de G. M. A. en los término expuestos en este acto (arts. 146 y 304 CPPCh.).----------

**7º) HACER** cesar las medidas sustitutivas de la prisión preventiva impuesta a J. D. N. (art. 333 del CPPCh.).----------

**8º) REGULAR** los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de tres mil quinientos ocho pesos ($ 3.508), 15 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).----------

**9º) REGULAR** los honorarios profesionales de la Sra. Defensora de Confianza de N., Dra. V. H., en la suma de cuatro mil novecientos doce pesos con cincuenta y tres centavos ($ 4.912,53), 21 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).----

**10º) REGULAR** los honorarios profesionales del Patrocinante de la querella, Dr. O. H., en la suma de cuatro mil seiscientos setenta y ocho pesos con sesenta centavos ($ 4.678,60), 20 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).----------

**11º)** Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------