En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los veintitrés días del mes de marzo del año dos mil dieciséis, los jueces de la Cámara en lo Penal de Trelew, integrada por los doctores Omar Florencio Minatta, Alejandro Gustavo Defranco y Roberto Adrián Barrios con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"L., H. D. s/homicidio y robo r/víctima" Carpeta 6373 OJRw, Legajo fiscal 10863**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por el defensor particular, Dr. A. O. M., contra la sentencia Nro. 804/16 OJTw dictada en fecha 7/12/2016.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP), celebrada el día 9 de marzo ppdo. en la sede de este tribunal, estuvieron presentes el acusado P. M. C., de demás circunstancias personales obrantes en autos, su abogado defensor Dr. A. M., las querellantes P. N., P. L., C. L. e I. L., patrocinadas legalmente por el Dr. J. P. R..

Mediante la sentencia impugnada el Tribunal, integrado por los jueces penales Mirta del Valle Moreno, Sergio César Piñeda y Ana Laura Servent, condenó a P. M. C. a la pena de 15 años de prisión, de efectivo cumplimiento, como autor material y penalmente responsable del delito de homicidio en ocasión de robo, en carácter de coautor, (arts. 165 y 45 del C.P.), por el hecho ocurrido el 13 de febrero de 2015 en la ciudad de Rawson, en perjuicio de H. D. L..

El letrado Defensor, en su escrito, planteó tres cuestiones. En principio invocó la violación del debido proceso, por parte del Tribunal del juicio, al considerar el testimonio de L. F..

A su entender el joven debería haber sido imputado en estos autos, ya que, en los orígenes de la investigación, el Ministerio Fiscal le imputó la coautoría en el delito calificado como homicidio en ocasión de robo y requirió la apertura de investigación a su respecto.

Sostuvo que la imputación realizada se basó en los dichos de la concubina de F., M. A.. Ella declaró que su pareja sabía de la existencia de dinero en la vivienda de la víctima y que si bien en un principio L. estaba dispuesto a cometer el robo, considerando que ella estaba embarazada, desistió de realizarlo personalmente y le dio el dato a su tío P. C..

Agregó que, tal como se ha demostrado en el devenir de la investigación, fue L. F. quién llamó a la ambulancia para que socorrieran al señor L., luego de ocurrido el hecho, a pedido de C.

Denunció que F. fue amenazado para que declare, sostuvo que se le dijo "hablas o vas adentro" y que en estas condiciones su declaración no puede ser válida. Agregó que el Ministerio Fiscal no tenía la facultad de desvincularlo y luego ofrecerlo como testigo en la causa ya que, de no poder probar su coautoría en el hecho, debería haberle dado otra calificación a su conducta, ya sea como coautor o como partícipe secundario en el robo simple.

Consideró que F. accedió al contenido de la investigación y a la prueba, en la audiencia de control de su detención. A partir de allí tuvo un interés legítimo en convertirse en testigo e indicar todo aquello que lo desvinculara del hecho, lo que invalida –a su entender- su testimonio.

Como segundo agravio cuestionó la calificación jurídica escogida.

Sostuvo que su defendido buscó auxiliar al señor L. ante su descompensación. Que para ello llamó a L. F. y le dijo que pida una ambulancia, lo que así hizo. Consideró que la falta de diligencia de los empleados del Hospital Zonal, quienes fallaron en dar con el domicilio indicado y, en consecuencia, no auxiliaron a la víctima, lo exime del reproche penal establecido por el art. 165 del CP.

Como último agravio argumentó que la pena impuesta es excesiva considerando el colapso del sistema penal, el incumplimiento de las normas nacionales, provinciales e

internacionales respecto de las condiciones en que se cumplen las condenas, la falta de cumplimiento de los objetivos de la pena, en cuanto a resocialización, y reinserción social. Agregó que su defendido es un paciente trasplantado y esa situación debió ser evaluada por los sentenciantes.

El querellante replicó cada uno de los agravios planteados.

Dio respuesta a la invocada violación del debido proceso -al usar el testimonio de L. F.-, y aseveró que él fue quien manifestó, en el debate, que su tío le había ofrecido participar del delito, más nunca fue indicado como su instigador o autor intelectual y ha quedado probado debidamente que no tuvo ninguna participación en el hecho. Asimismo, apreció que es extemporáneo plantear la invalidez del testimonio en tanto fue brindado, como anticipo jurisdiccional de prueba, con el pertinente control de la defensa, que tampoco cuestionó su incorporación al debate en la audiencia preliminar.

En cuanto al agravio respecto de la calificación legal escogida, fundado en que el pedido de ayuda cursado por el acusado, para el señor L., lo eximiría del reproche penal contenido en la figura del Homicidio en ocasión de robo, sostuvo que no es dable –a quien provoca un hecho delictual- invocar una eximente si no procuró evitar o conjurar las consecuencias dañosas. Manifestó que no se aprecia la intención de ayudar a la víctima por parte de C.. Por el contrario, aduce, se vislumbra una intención de mejorar su posición ante la ley penal, ante la eventualidad de que fortuitamente, el señor L. no falleciera.

Respecto de la pretendida introducción, por parte del defensor, de una concausa –fundada en la ineficacia de la actuación de los servidores públicos- indicó que no se da en el caso la requerida ajenidad del autor, para que opere la interrupción del nexo causal.

En la audiencia, realizada para dar trámite a la impugnación, el defensor sostuvo sus agravios y solicitó

que de no aceptarse el cambio de calificación requerida, se imponga a C. el mínimo de la pena prevista para el delito por el que fue condenado.

El querellante solicitó se rechace el planteo defensista y se confirme en todas sus partes la sentencia recurrida.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Omar Florencio Minatta, Alejandro Gustavo Defranco y Roberto Adrián Barrios

El Juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. En el caso revisaremos la sentencia impugnada, abordando separadamente los tópicos que conforman el contenido de los agravios traídos por la defensa.

2. No estando debatida la materialidad de los hechos, corresponde analizar su autoría, atribuida por la fiscalía, querella y sentencia a C., en la modalidad de coautor, es decir, como contribuyente necesario e indispensable en la etapa ejecutiva fáctica.

Entendemos que la intervención del condenado en los hechos, se encuentra debidamente acreditada por prueba indiciaria, es decir puede ser inferida de varios hechos ciertos y comprobados, los que pasamos a tratar.

En primer lugar, del testimonio de L. F. y M. A., surge que el imputado se comunica con el primero de ellos con su teléfono celular, al móvil personal de L., perturbado por el susto, inmediatamente después del hecho, solicitándole que avisen a emergencias médicas para atender a la víctima, lo que así hizo el requerido, en forma también inmediata, desde su celular personal, corroborado todo ello por el entrecruzamiento de las llamadas obrantes en las documentales respectivas y explicadas al tribunal en el debate. Estos son hechos ciertos y comprobados que permiten razonablemente inferir la presencia del imputado en el lugar y tiempo de los hechos. En cuanto a la credibilidad del testigo F., la impugna la defensa en la motivación que tiene de desligarse de su tío C. porque le debía dinero por la compra de un auto -extremo que no solo fue espontáneamente

declarado por el testigo, por otra parte- lo que debe desecharse, si se tiene en cuenta que regularmente un autor o partícipe de un hecho tan grave, no requerirá asistencia médica desde su propio celular, toda vez que ello es una tremenda torpeza, al sembrar evidencia muy fácil de detectar, amén de un motivo aberrante o fútil como para imputar una muerte violenta a otra persona.

A todo ello, debe agregarse la pericia genética, explicada por el Dr. Basso, que ilustra los resultados del hisopado realizados sobre los alambres utilizados para maniatar a L., sosteniendo que se encontró un perfil genético parcial y mixto, no excluyendo el perfil genético del imputado, pues se obtuvo una mezcla de tres individuos, uno de los cuales se corresponde o con C., o bien con un ascendiente o descendiente de sangre suyo. Como no existe ningún viso mínimo de esto último, y sí el que ya analizáramos anteriormente, no es irrazonable inferir del ADN otro indicio de la presencia del imputado del lugar.

Creemos que de tales hechos ciertos y comprobados por prueba directa, si se los une conforme la lógica, experiencia común y reglas científicas naturales, se puede sostener como conclusión la presencia de C. en el lugar y tiempo de comisión de hecho y, por ello, como ejecutor, en carácter de coautor.

3. Acreditada la existencia objetiva del apoderamiento de las cosas muebles, previa utilización de violencia física en la persona que acarrearon su muerte, corresponde analizar el hecho desde su aspecto subjetivo.

En primer lugar, demostrada la presencia e imputación objetiva o dominabilidad de ambos hechos a C., afirmamos que, respecto del apoderamiento violento, existió claramente dolo, aspecto que en sí mismo no es discutido por la defensa, no solo al no negar la presencia del imputado en el lugar de los hechos, sino también, subsidiariamente, al postular la calificante de robo en concurso con homicidio preterintencional. Por esto, basta con agregar que, de los elementos objetivos acreditantes

del apoderamiento, se infiere claramente el conocimiento y voluntad del autor, constitutivos del dolo de apoderarse con violencia física sobre un ser humano.

Ello así, nos resta analizar el aspecto subjetivo del accionar del autor respecto del resultado muerte, lo que tiene decisiva importancia para el encuadre legal de su conducta, pues si concluimos que se trató de un resultado atribuible a su dolo, caerá la cuestión en el robo simple calificado por homicidio del artículo 165 del código penal, en tanto si concluimos en su falta de dolo, el tema se desplaza a las figuras del homicidio culposo en concurso ideal con el robo simple, o al tipo del homicidio preterintencional, caso en el cual también concurrirá idealmente con el robo simple, conforme manda el artículo 54 de nuestro código penal para aquellos casos en que un mismo hecho tenga más de una tipicidad. Huelga aclarar que estas afirmaciones suponen que no es posible interpretar la palabra homicidio del artículo 165 del Código Penal, como referida a cualquier clase de ellos -dolosos, preterintencionales y culposos-, sino solo a los homicidios dolosos, cuestión que más adelante explicaremos en el acápite correspondiente a la calificación legal.

Retomando el análisis de lo subjetivo adelantamos, desde ya, que en el caso no puede tenerse por acreditada la existencia del dolo en cabeza de C. respecto de la muerte, sí respecto de las lesiones, que constituyeron no solo el medio de apoderamiento, sino también las que, junto con las características físicas de la víctima, nos llevarán a sostener que se trató del empleo de un medio que razonablemente no debía causar su muerte, lo cual encaja en el homicidio preterintencional, entendido como figura compleja que combina la tipicidad dolosa de lesiones, con un resultado letal atribuible a imprudencia, conforme prescribe el artículo 81, inciso 1, letra b) de nuestro código penal.

Con este marco circunscripto al tipo subjetivo de la muerte, para afirmar su carácter doloso, debemos analizar,

tal como corresponde, los elementos probatorios que nos permitan acreditar con certeza, que el imputado conoció o se representó, en forma efectiva y concreta, cada uno de los elementos que llevaron a la muerte de L., En el caso, tenemos que verificar que el imputado se representó no solo el hecho genérico del carácter vulnerable de la víctima, lo que no se pone en duda, sino también de las consecuencias letales que llevaría un solo golpe en el costado dorsal sobre el cuerpo de un vulnerable físico. Es decir, el peligro concreto de muerte para un ser humano, que es lo que se exige en los tipos objetivos dolosos, a diferencia de los culposos, en los que basta un peligro o riesgo.

Puestos en este camino, si bien el peligro concreto de muerte existió desde lo objetivo, a tal punto que se realizó en el resultado, entendemos que no existen elementos suficientes que puedan sostener con certeza que el imputado conoció y se representó, en forma efectiva, todos los elementos previos vulnerables que presentaba la víctima -enfermedad terminal, afección cardíaca en curso con demanda de marcapaso, etc.-, y que contribuyeron decisivamente a disminuir su capacidad de resistencia o tolerancia frente a un golpe costal y posterior atadura con alambre de los miembros superiores e inferiores. Debe insistirse en estos elementos previos, pues formaron en el caso la condición física necesaria para transformar las acciones relatadas en un suceso trágico y mortal, tal como expresamente lo señala el testimonio del forense en el debate, explicando la documental de su autoría producto de la autopsia.

En este punto, sabemos la dificultad que existe en materia de prueba del dolo, puesto que se trata, en verdad, de desentrañar qué se representó en su psiquis el autor al momento del hecho, lo cual puede ser relativamente sencillo de inferir en los casos en que la acción objetiva nos muestra claramente -salvo excepciones como la imposibilidad de percibir correctamente- que el autor conocía las consecuencias de su accionar, como si se causa la muerte

mediante un disparo de un proyectil con un arma de fuego directamente a la cabeza, o en los casos en que la golpeó ferozmente con un hacha o machete. En cambio, cuando la acción letal, como en el caso, desde el punto de vista objetivo contiene elementos que están más allá del posible conocimiento del autor -como la condición de vulnerable de la víctima a la que cualquier heteroagresión pueda llevarla a la muerte-, la cuestión no es tan sencilla. En esta senda, adelantamos que de los elementos probatorios ello no surge con certeza o, al menos, nos embarga una duda al respecto, tal como argumentamos seguidamente.

En primer lugar, puede estimarse, si se quiere, probado que el autor conocía que se trataba de una persona vulnerable, en tanto tenía dificultades para moverse, tal como surge del testimonio de varias personas que podrían habérselo informado, sobre todo su sobrino L.. Pero del conocimiento de este hecho genérico en cuanto a la situación física de la víctima, no puede extraerse con certeza que tal situación tenía o podría tener una influencia tal que podría llevar a la muerte, lo que llevaría a estimar toda muerte de un vulnerable como constitutiva de un tipo doloso, lo que no es correcto.

Así puede inferirse también de las propias circunstancias en que se llevó a cabo la agresión, puesto que tal como surge de los votos mismos de los jueces, no existió una fuerte y evidente golpiza, sino un golpe costal y ataduras de pies y manos, que se corresponden perfectamente con la condición de vulnerable que portaba la víctima, pues no era necesaria otra violencia más intensa para desarmarla.

A los dos hechos ciertos anteriores, debe unirse la conducta inmediatamente posterior del imputado, que asustado y preocupado por el hecho, peticiona a su sobrino la presencia de un médico, lo que lleva razonablemente a demostrar la sorpresa e imprevisibilidad de las consecuencias de su acción, extremos corroborados por los testimonios de F. y A.. Hay que convenir que tales ánimos

y actitudes, no se corresponden para nada con las que adoptan en su inmensa mayoría los autores de muertes dolosas, a quienes no les interesa la suerte corrida por sus víctimas, sino que se corresponden, más bien, a lo que ocurre casi en la generalidad de las muertes culposas.

En fin, de todos estos hechos ciertos y comprobados es razonable inferir, como prueba indiciaria, la falta de dolo en cabeza del imputado o, al menos nos instala la duda en cuanto a su existencia. Sabemos que este último estado psicológico del juez respecto de la verdad se produce, precisamente, cuando de los mismos elementos probatorios es dable inferir dos conclusiones contradictorias en cuanto a la existencia o inexistencia de algo, y esto es precisamente lo que ocurre en este caso, tal como lo demuestra la interpretación del suscripto, contrapuesta a la de los jueces sentenciantes.

De todas formas, a lo anterior agréguese que el razonamiento de la sentencia, para tener por acreditado el tipo subjetivo, no es correcto, en tanto que de su lectura no queda claro si el imputado actuó con dolo directo, eventual o en forma imprudente, tal como se desprende de la afirmación de uno de los jueces, quien, luego de descartar que C. haya actuado con dolo directo, sostiene que actuó con dolo eventual, para terminar afirmando que, de todos modos, si tal dolo no existiera, también la muerte accidental entraba en el tipo penal, remitiéndose al voto de un ministro del Superior tribunal, sosteniendo que C., en este marco, no podía desconocer al menos la posibilidad de la muerte. Esto último puede sostenerse, y de hecho hay doctrina y jurisprudencia que lo avala, pero lo que no puede aceptarse es la afirmación de que el autor, en el caso concreto, pudo haber actuado indistintamente con alguno de los tres estados, sin precisar y probarse concretamente uno de ellos, pues estamos hablando de un elemento típico, cuyos hechos empíricos subyacentes deben ser verificados con certeza.

En definitiva, y para terminar con el punto, digamos que la tesis acusatoria ha sido refutada por la defensa en la parte subjetiva, pues al señalar, en base a los mismos elementos probatorios, la probabilidad de que el hecho, desde lo subjetivo, sea distinto, ya basta para tener por descartada la acusación. Es decir, esta probabilidad de que las cosas hayan sucedido tal como lo dice la defensa -y como lo argumentáramos con la prueba indiciaria que señaláramos-, descarta la certeza en orden a calificar la muerte como dolosa.

4. En cuanto a la calificación legal del hecho, antes de considerar la que estimamos adecuada a los hechos probados, corresponde fundar brevemente la afirmación que hiciéramos respecto del elemento normativo expresado con la palabra "homicidio" que utiliza el artículo 165, prescriptivo del delito de robo agravado por homicidio. Este tipo penal es un ejemplo de las denominadas figuras complejas, es decir, de aquellas que combinan en un solo tipo penal, dos tipicidades que se corresponden a delitos autónomos, solo que cometidos en concurso ideal, en este caso el robo y el homicidio.

Este proceder se justifica cuando el legislador quiere agravar el injusto e imponer una pena mayor de la que resultaría si se aplicara el artículo 54 de nuestro código penal, que manda en tales casos a imponer solo la pena mayor. Es decir, la motivación para construir una figura compleja es para agravar el injusto y, por lo tanto, la pena, funcionando la figura como una excepción a los casos de concurso ideal. Aclarado esto, que es perfectamente legítimo, existe, sin embargo, un límite construido por la doctrina con la finalidad de que la pena que correspondería conforme al art. 54 no sea aumentada en forma desproporcionada y para ello se dice que tal límite viene dado por la suma aritmética de las penas, en este caso, del robo simple -seis de máximo- mas los cinco del homicidio culposo, resultando que el límite del legislador para penar ambos será de once años. En el caso del

homicidio preterintencional, por ejemplo, al juntarse en una sola figura, ése sería el máximo, por lo que la pena actual para tal tipo, es de seis años como máximo, la misma es proporcionada, pues no supera el límite de las sumas aritméticas, que es de once años. Sin embargo, si bien la cuestión en el homicidio preterintencional es muy clara, pues permite distinguir con claridad entre las lesiones dolosas y el resultado atribuible a culpa, existen otras figuras complejas, como la del artículo 165, en que la ley nada aclara, pues habla de robo -sobre el que no hay discusión que es doloso, porque no existe el robo culposo-, pero renglón seguido al emplear la palabra homicidio como agravante, no especifica si están incluidos solo los dolosos o también los culposos e inclusive los preterintencionales. En fin, tal como ocurre con otras figuras complejas en las que nada se especifica -como el tipo del descarrilamiento agravado por la muerte de una persona en el inciso 4 del artículo-, debemos realizar una interpretación acerca del carácter doloso o culposo de la agravante. Cabe advertir que la cuestión es sumamente importante cuando la ley habla de homicidio o muerte a secas, pues la penas se agravan en forma notoria, pudiéndose violar así no solo la proporcionalidad de las mismas, sino que a veces se crea una situación de penas sin delito. Para evitar toda esta arbitrariedad del intérprete, las legislaciones más modernas derogaron estas figuras complejas, como en Alemania y España, y remitieron la cuestión a las normas del concurso ideal, o bien, cuando juntan dos tipicidades, aclaran expresamente si la agravante es dolosa o culposa.

De todas formas, como nuestro código aún las mantiene, deberá efectuarse una interpretación que sea racional y apoyada en los principios constitucionales y en las normas concursales, puesto que no olvidemos que las figuras complejas atrapan casos de concurso ideal, solo que en lugar de aplicar el sistema de absorción, aplicando la pena mayor, tal como lo dice nuestro artículo 54, se aplica una pena

superior a esta pena mayor, por lo que se estima que tales figuras son excepciones al artículo 54, solo en orden de la pena a imponer. Entonces, si es legítimo que el legislador reúna un caso de concurso ideal en un solo tipo penal para darle más pena, obviamente que no le aplicará el sistema de absorción por la pena mayor, pues para eso basta con el art. 54, por lo que indicará una pena mayor para esa figura, solo que no puede traspasar un límite, que es el que surge del sistema más represivo en materia concursal, cual es el sistema de la acumulación material de las penas, es decir, la suma aritmética de los tipos concursados tomados en forma autónoma. Este es el criterio orientativo para establecer si el resultado es doloso o culposo, para lo cual hay que efectuar tres simples operaciones. Así, en el artículo 165, tenemos que suponer en primer lugar que solo entran los culposos, y de esta forma la suma aritmética de los tipos de robo simple del artículo 164 y homicidio culposo del artículo 84, nos da un tope máximo de once años; en tanto, en una segunda operación, si lo consideramos a éste último como doloso solamente, nos da una pena máxima de treinta y un años. Una vez realizadas estas dos operaciones, solo nos resta comparar ambos montos, con la máxima del artículo 165, esto es veinticinco años. Luego de estas simples operaciones y comparaciones de penas, llegamos a la conclusión de que la pena privativa de libertad de diez a veinticinco años, que establece la figura compleja, nos está indicando claramente que el homicidio debe haberse producido dolosamente, puesto que excede el máximo de la pena del robo simple más la del homicidio culposo, once años en total. La acumulación material obra aquí como límite para descartar cualquier desproporción o arbitrariedad, e imputar todos los resultados que produzca la acción, es decir, por la mera causación, con lo que caeríamos en responsabilidad objetiva o versari in re illicita.

Asimismo, la arbitrariedad manifiesta de incluir los homicidios culposos producidos por el autor de un robo como consecuencia de la violencia para consumarlo, queda

evidenciado con varios ejemplos, como los casos en que la víctima cae al suelo o se le cae una biblioteca pesada encima, como producto de un forcejo o empujón que le da el autor e inclusive, en el caso de que el dueño de la casa ingrese y se cae al sótano y muere, porque previamente el autor dejó la puerta del mismo levantada. En todos estos casos extremos, que podrían entrar en el art. 165, se le impondría al imputado una pena superior al homicidio simple doloso, lo que es claramente un absurdo. (Cfr. ZAFFARONI, E.R.; Derecho Penal, parte general, Ediar, Bs As, págs. 538/540) y DONNA, E.A.; Derecho Penal, Parte especial, Ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, págs. 131/151).

Por las consideraciones precedentes, entonces, descartamos que la muerte que contribuyó a causar el imputado pueda ser tenida como agravante del artículo 165, toda vez que quedan excluidos los culposos y los preterintencionales, siendo ésta última la figura correcta respecto aplicable al óbito, tal como pasamos a analizar.

5. En efecto, el aspecto objetivo de tal tipo requiere la existencia de una agresión contra la integridad física o la salud que haya causado la muerte de un ser humano-sintetizado en la palabra legal produjere-, y la utilización de medios que razonablemente no podrían haberla causado, mientras que el tipo subjetivo exige dolo respecto de las lesiones -propósito de causar un daño en el cuerpo o la salud- y posibilidad de prevenir la muerte por parte del autor, conforme las circunstancias.

Siguiendo el razonamiento, ya analizamos las distintas probanzas que dan cuenta de la existencia de las agresiones que terminaron provocando la muerte de la víctima, quedando por valorar si esos medios poseían o no capacidad letal en el caso concreto, es decir, si pueden considerarse como no razonables para causar la muerte en condiciones normales. Corresponde detenernos en este punto, pues su análisis es central para entender no solo el aspecto objetivo, sino

que el mismo resulta decisivo para probar también el subjetivo.

En esta senda, el juicio sobre la razonabilidad letal del medio, debe hacerse teniendo en cuenta no solo la capacidad ofensiva intrínseca que el mismo pueda tener –como un arma de fuego o arma blanca, etc.-, sino también la forma o modo de utilización del mismo, teniendo en cuenta la situación de la víctima y los conocimientos especiales del autor debidamente objetivados. Así, por ejemplo, se ha negado la letalidad, cuando se utilizaron armas de fuego, pero reconocidos como medios letales, instrumentos que generalmente carecen de poder letal, como trompadas o puntapiés o golpes de puño. Como los medios utilizados en nuestro caso, fueron el golpe costal y la atadura con alambres, es decir, medios que en sí mismos no son letales, la cuestión a dilucidar es si la utilización de ellos, conforme las circunstancias, pueden llevar a calificarlos como tales. En estos supuestos, los ejemplos proporcionados por doctrina y jurisprudencia respecto de los golpes de puños o puntapiés, siempre hacen referencia a distintos tópicos, como la situación o condición física de la víctima o a la cantidad reiterada de golpes o puntapiés para estimarlos como letales, pero la condición de la víctima tiene importancia, en tanto forme parte del conocimiento especial objetivado que el autor tenía, el cual no puede deducirse solo de la observación, sino que el autor debe conocerlos siquiera genéricamente. Con este marco no puede considerarse un solo golpe costal y las ataduras con alambre, como medios letales y razonables para causar la muerte, puesto que no solamente no lo poseen por su carácter intrínseco, sino que tampoco resultaba razonable suponer que ellos llevarían a la muerte de la víctima al combinarse con deficiencias físicas desconocidas por el autor, como lo son las afecciones cardíacas y otras que portaba, más allá de su dificultad para moverse y edad. Precisamente la figura del homicidio preterintencional, procura atrapar estos casos, en que el

criterio para resolver no reside en la consideración del efecto producido, pues precisamente su finalidad es excluir la imputación de homicidio doloso a pesar de la muerte ocurrida.

En cuanto al aspecto subjetivo, viene dada por la preterintencionalidad misma, en la que deberá comprobarse, para no caer en responsabilidad objetiva y atribuir resultados fortuitos, la previsibilidad del resultado aunque el autor no la haya efectivamente previsto-, para lo que basta con la posibilidad de que su acción pueda llevar a la muerte, es decir, que se trate de un resultado previsible, aplicándose aquí los parámetros imputativos de los resultados imprudentes, solo que aquí la violación del deber de cuidado que la determinó está formado por las lesiones dolosas. Respecto de este punto, va de suyo que la muerte de L. no puede estimarse como fortuita para el autor, pues no se advierte imposibilidad alguna de conocer el riesgo abstracto de muerte en el momento del hecho y no lo hizo, con lo que ya basta para los resultados imprudentes. (Cfr., para todo lo dicho sobre homicidio preterintencional a NUÑEZ, R.C; Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Vol I, Marcos Lerner, Córdoba, Argentina, 1988, pags.99/116).

Asimismo, ésta figura compleja, debe concursarse idealmente, en el caso, con el delito de robo simple acreditado, puesto que el imputado se apoderó de cosas muebles, total o parcialmente ajenas, con violencia física sobre la víctima, vía homicidio preterintencional.

6. Conforme todo lo anterior, entendemos que debe hacerse lugar en forma parcial a la impugnación, revocando la sentencia y recalificando legalmente los hechos, ordenando la devolución de la causa a la sede correspondiente a los efectos de que se discuta y pruebe en audiencia la individualización de la pena.

Respecto de la imposición de costas y regulación de honorarios, en virtud de la devolución aquí dispuesta, propongo diferir su tratamiento.

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1. Que llegan estos folios a la instancia revisora atento el recurso ordinario incoado por el Sr. Defensor de P. M. C., A. M., quien fue condenado, en fecha 7 de diciembre de 2016, a la pena de quince años de prisión y costas por encontrárselo autor material y responsable de la comisión del delito de Homicidio en ocasión de robo, en carácter de coautor (arts. 165 y 45 del Código Penal).

2. En su escrito de impugnación, el que fuera oralizado en la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, el letrado patrocinante manifiesta su primer agravio el que gira en torno al hecho de "*haber utilizado al Señor L. F. como testigo cuando en realidad debería haber estado en el juicio como imputado. Como pueden apreciar VE, en el comienzo de dicha Carpeta Judicial. El día 28 de agosto se hizo un control de detención de A. F. y M. L. F., donde el MPF imputa a L. M. F. el carácter de participe secundario por el hecho investigado...*" y se pregunta "*...que facultad tiene el MPF, de no aplicar la ley, si tiene las herramientas el titular de la acción para reducir totalmente la pena pero con los elementos que tenía en ese momento, no podía desvincular del hecho a L. F....*".

3. Esta primera queja no debe tener acogida. En la audiencia del día 28 de agosto de 2015, llevados que fueron en calidad de detenidos las personas de J. A. F. y L. M. F., pretendiendo la Fiscalía abrir la investigación respecto de los nombrados en orden al delito de homicidio en ocasión de robo, la Jueza Penal I. María González decidió no hacer lugar al pedido en virtud de no existir elementos suficientes que lo ameriten (fojas 4/5, carpeta judicial 6373).

De allí debe colegirse que no ha sido F. formalmente imputado de delito alguno, desistiendo el MPF de proseguir la persecución penal a su respecto, reservando su rol en el proceso exclusivamente al de testigo de cargo, criterio que, acertado o no, no es del caso analizar en esta

instancia por haber obedecido tal proceder, evidentemente, a la teoría del caso que planteó a los juzgadores valiéndose de la prueba que entendía acreditaban las premisas fácticas en que se basó, muy lejos todo ello de las posibilidades de revisión acordadas a este Tribunal de impugnación.

De otra parte, no puede alegar la Defensa sorpresa o indefensión alguna ya que, como lo advierte la querella en su escrito de fojas 270, F. ya había declarado en la forma de anticipo jurisdiccional de prueba y no fue cuestionada su incorporación en la oportunidad procesal para ello (ver audiencia preliminar de fojas 142/143).

4. A mas de ello, tal como explica la Jueza Servent, a partir de la hoja 60 de la sentencia, "*el planteo de la Defensa debe ser desechado" y "se trata de un tema de valoración de la declaración del testigo*".

Analizada la credibilidad externa de su declaración, los dichos de F. resultan fiables en cuanto a que recibió un llamado telefónico de su tío (el aquí imputado) a través del cual le dio a entender que la víctima había muerto, que él mismo llamó a la ambulancia a instancia de su pariente, lo que se encuentra abonado por el cruce de llamadas (que ilustró el Oficial González) y los dichos de su pareja, M. A. Moira.

A ello es útil adosar el resultado de la pericia materializada por el Dr. Basso en la que se determina la existencia de perfil genético compatible con C. en el trozo de alambre utilizado para inmovilizar a la víctima, de lo que cobra mayor relevancia la declaración atacada; además, el reconocimiento impropio realizado por el testigo Bruno González en la audiencia, como que fue C. a quién vio bajar por la escalera desde el domicilio del anciano, desvirtúa fatalmente para sus intereses la alegada inocencia.

Pero, aún asumiendo como hipótesis la eliminación de todo vestigio de manifestación alguna de F., la prueba enumerada en los párrafos anteriores es más que suficiente

para destruir la alegada ajenidad absoluta con el incidente por parte del imputado.

5. De lo expuesto, a no otra consideración corresponde arribar que no sea la confirmación de la sentencia en cuanto a que no existe duda razonable alguna que fue C. uno de los autores del hecho materia de debate.

6. En cuanto a la calificación jurídica, segundo de los agravios del defensor, entiendo que debe ser confirmada en un todo la teoría del caso elegida por los sentenciantes.

En efecto, sabido es que tres autores de peso han debatido en la doctrina nacional a lo largo de los años respecto a qué tipo de "homicidios" cometidos en la ocasión de un robo permiten hacer aplicable la agravante del art. 165.

Habiendo coincidencia absoluta que no es aplicable a los casos de dolo directo de matar, reservando esta hipótesis para el dispositivo del art. 80 inc. 7, Código Penal, Sebastián Soler principiaba la discusión doctrinaria manifestándose en el sentido que quedan comprendidos en el dispositivo del art. 165 los homicidios que revisten carácter de resultados preterintencionales de la actividad del agente; en otras palabras, la responsabilidad del agente del robo con referencia a la muerte tendría que ser de carácter culposo.

Núñez, por su parte, descartados los supuestos del art. 80, inc. 7, optaba por considerar comprendidos en el tipo en cuestión todos aquellos homicidios, tanto culposos como dolosos; en este último caso, cuando el dolo no se haya particularizado del modo exigido por el primero de esos artículos para el criminis causa.

Por último, Fontán Balestra, si bien admitía que en la figura del art. 165 quedan comprendidos todos los homicidios dolosos que no se puedan encuadrar dentro del art. 80, inc. 7, no aceptaba que se comprendan en aquél los homicidios culposos (incluso el preterintencional del art. 82), ya que la pena del art. 165 es muy superior a la que surgiría de la aplicación de las reglas del concurso real.

7. Dentro de este marco teórico, los jueces de la sentencia han optado, evidentemente, por las tesis expuestas en segundo y tercer lugar, las que admiten que la muerte acaecida sea de las acaecidas con dolo eventual.

Ello se advierte del voto de la Jueza Moreno, en primer término, cuando dijo que *"encontrándose L. en una situación de alta vulnerabilidad, de indefensión, sin posibilidades de resistencia alguna, el golpearlo brutalmente produciéndole fractura en una de sus costillas y atar de pies y manos con un alambre a una persona que no podía desplazarse por si solo, con el único fin de allanarse el autor el camino de satisfacer su designio sustractor, es altamente probable que el sindicado* ***se haya al menos previsto la posibilidad de que la muerte ocurra****, por lo que descarto que el resultado muerte sea fortuito o preterintencional como lo pretende su defensor"* (las negritas me pertenecen), por lo que optó, aun sin decirlo expresamente, por calificar a la muerte de L. como producida con dolo eventual.

Mas precisamente, la Jueza Ana Laura Servent, a fojas 253 vta., manifestó que *"si bien no se puede decir que el homicidio es a título de dolo directo, sin embargo, atento el estado de salud, la evidente vulnerabilidad de L.,* ***aún a título de dolo eventual pudieron representarse la posibilidad de su muerte*** *al atarlo de pies y manos e impedirle respirar normalmente a una persona con las características descriptas..."*.

Por su parte, el Juez Piñeda, a fojas 245 vta., dijo que *"…la violencia excesiva e innecesaria ejercida a la víctima para lograr los fines que se propuso el autor, esto es el desapoderamiento de sus bienes, nos lleva a considerar que se encuentra reunido el dolo requerido por la figura del artículo 165 del Código Penal, descartando la propuesta esbozada por el defensor".*

8. Llevan razón los Jueces del caso. A pesar de la queja manifestada por el recurrente, en el sentido que no

se puede cargar la muerte a un imputado ante tamaña omisión del Estado en no encontrar a tiempo a la persona que se había avisado estaba atada; mas allá de la pretensión de introducir una probable concausa productora del óbito, de la prueba rendida en el debate surge en forma clara que C. emprendió un plan enderezado a sustraer los dineros que se sabía guardaba en su hogar el anciano L. del cual resultó, en forma previsible según el plan concreto del autor, la muerte del sujeto pasivo.

Que si bien aquellos dineros no fueron hallados y quedaron siempre escondidos dentro de sus zapatos, tal como la fotografía numero 25 obrante a fojas 180 del legajo permite acreditar, ha quedado acreditado que pudo hacerse de un teléfono celular de su propiedad (marca Nokia, n° 2804845574), sustracción que logró luego de aplicarle golpes al sujeto pasivo, uno de los cuales logró la fractura de una costilla, e inmovilizándolo mediante ataduras en sus miembros (fotografías Nro. 17, 18 y 19 obrantes a fs. 176 y 177 del legajo de prueba).

Consumado así el desapoderamiento de una cosa ajena, mediante violencia física en la persona para lograrlo, se ha configurado en la especie la figura básica del robo, prevista en el art. 164, Código Penal.

9. Pero, por disposición del siguiente artículo, que prevé las ocasiones en que en el curso de ese delito se produzca una muerte, siempre y cuando dicho resultado haya sido previsible como mínimo para el sujeto activo, opera la agravante contenida en él, esto es, el delito de Homicidio en ocasión de robo.

Y la exigencia de previsibilidad del resultado letal –sin la cual se volvería a casos de responsabilidad objetiva, violatorios del principio constitucional de culpabilidad- de la acción enderezada a sustraer violentamente se encuentra acreditada, sin duda alguna, en los presentes folios.

A estar a la declaración del médico forense, Dr. Alejandro Heredia, dadas las condiciones físicas del sujeto

se puede asegurar que tenía una limitada capacidad de resistencia a la heteroagresión, destacando *"…la directa vinculación entre el cuadro traumático que sufrió y el estado clínico previo del afectado, el cual se trataba de un sujeto añoso en una situación física comprometida por cursar cuadro de afectación neoplásica (cáncer) focalizado en estómago y laringe…"*, entendiendo *"…razonable señalar que la condición física del sujeto transformaron al suceso traumático en grave y mortal, no tan solo por la magnitud del mismo sino asociado por la vulnerabilidad del afectado…".*

De ello, no solo se acredita la relación de causalidad entre la conducta emprendida por el agente y el resultado, aunque en forma no de propósito pero si en forma de dolo condicionado, sino también la previsibilidad del mismo.

No se pretende que pudiera saber el imputado de su afectación cancerígena, mas era de toda evidencia su ancianidad, por todos era conocido el hecho de trasladarse con la ayuda de un andador –ilustrado mediante las fotografías extraídas en su hogar-, siendo por todo el vecindario sabido que ni siquiera bajaba las escaleras atento su estado, de lo que dieron testimonio sus vecinos J. B., M. S., P. C. y J. B..

En definitiva, no es descabellado afirmar que si sobre una persona con un estado físico en general como el de L. se aplicaban las violencias recibidas y se lo dejaba maniatado en soledad, podía razonablemente producirse la muerte en la forma que sucedió.

10. Si, como considero correcto, el dolo debe abarcar la previsión del resultado, como es una previsión hacia el futuro, basta que se la tenga como probable o únicamente como posible y para ello, debe representarse en la esfera cognoscitiva del autor esa posibilidad, entiendo probada en la especie.

Tal como se ha dicho en un muy antiguo fallo: "*No debe confundirse el supuesto del art. 165, C.P. (homicidio resultante con motivo u ocasión de un robo), con el*

homicidio calificado del art. 80, inc 3, pues en aquél la muerte proviene de las circunstancias en que el robo se cometió: violencia que racionalmente pudiera ocasionar la muerte, como sería el abandono de la víctima maniatada en lugar y circunstancias propicias (SC Tucumán, s/f, RLL, IX575, s. 21)".

11. Respecto al monto punitivo, se agravia la defensa del hecho de que el "*Tribunal de Juicio haya aplicado la pena de 15 años, sin haber tenido en cuenta el planteo de la Defensa, ya es innegable, que nuestro sistema penal, se encuentra colapsado, no cumpliendo con las normas de fondo, ley 24660, Constitución Provincial Nacional, Pactos Internacionales… y que C., es una persona con trasplante renal… ".*

Pero, en el voto que corre a fojas 255 se refuta tal aserto.

Con razón se plantea que el estado de la cárceles pueda ser considerado un atenuante, lo que, en su caso, podrá generar la evaluación del modo y condiciones de su cumplimiento. Respecto a su situación de trasplantado, se sostuvo que tampoco puede ser merecedora de atención por no impactar en la magnitud del injusto cometido.

Siendo estos los únicos agravios manifestados respecto al monto punitivo, y por obligación legal de ceñirme a las quejas expuestas, salvo que exista alguna cuestión de orden constitucional, ha de confirmarse la pena impuesta a C. toda vez que he de compartir las apreciaciones transcriptas.

Es de toda evidencia que las cárceles de nuestro entorno distan mucho de acercarse al ideal resocializador declamado por la ley; que los lugares de cumplimiento de pena en nada se acercan a las mínimas condiciones de salubridad y no de castigo impuestas por la Carta Magna; mas del reconocimiento de esta situación no puede admitirse disminución alguna de la pena correspondiente ni al grado del injusto ni a la magnitud del reproche por emprender una acción violenta contra un anciano causándole la muerte, motivo tan lejano al salvamento de un bien jurídico que

merece, por cierto, un alto grado de desaprobación jurídica que tampoco puede mitigarse por su estado de salud el que deberá ser atendido en la etapa de ejecución de la sanción.

Propongo la imposición de las costas del proceso al acusado (arts. 239, 240, 241 y concordantes del CPP), y regular los honorarios profesionales de la Defensa particular, en un 30 por ciento de lo regulado en la anterior instancia, por la labor desarrollada en la presente etapa. No habiéndose regulado en la anterior instancia los honorarios de la querella, fíjense en 40 JUS por la labor desempeñada en esta etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII-4, antes decreto ley 2.200). **El Juez Roberto Adrián Barrios dijo:**

1. Tras sustanciar en audiencia la pretensión impugnativa, contra la sentencia de fecha 7 de Diciembre de 2016, registrada bajo el nro.804/16, en la que se resuelve condenar a P. M. C. a la pena de quince años de prisión de efectivo cumplimiento por hallarlo coautor penalmente responsable del delito de homicidio en ocasión de robo, corresponde ahora revisar la decisión tomada por los jueces que integraron el tribunal de condena, bajo el prisma de los agravios invocados por quien recurre, de lo que evitaré su reiteración puesto que ya se encuentran detallados en esta sentencia.

2. Comencemos por el primero de ellos, este es que las acusadoras habrían utilizado al señor L. F. como testigo cuando, a criterio de la defensa, debería haber estado en el juicio como imputado.

Tras controlar la sentencia y las constancias evocadas por el pretenso, considero que no existen fundamentos que permitan hacer lugar a su pedido.

2.1 Luego de la audiencia del día 28 de agosto de 2015, oportunidad en que, junto a otra persona, L. M. F. fue llevado a audiencia de control de detención, la juez penal no hizo lugar al pedido de Fiscalía de abrir la investigación en su contra, atento la carencia de elementos

probatorios suficientes que lo ameriten, hasta ese entonces.

Tras ello, ninguna actividad de la titular de la acción penal ni de la querella siguió contra el joven, y optaron por la continuidad de la investigación del caso por otro camino.

Esta circunstancia, alegada por la defensa, hace a la labor de las partes y no evidencia irregularidad alguna.

Si una persona, que habiendo estado detenida en una primera instancia del proceso, luego no es investigada ni objeto de ninguna acción en su contra por parte del Estado, nada obsta a que declare después en el debate en calidad de testigo. Con esta actividad no se viola ninguna norma del debido proceso, como pretende quien recurre, que así lo afirma en su recurso cuando denuncia que se utilizó como testigo "a una persona que tiene un interés legítimo como imputado". Invade preguntarse qué es tener interés legítimo como imputado.

2.2 El diferente rol que le asigna quien recurre, respecto del que le dieron los acusadores, sólo es pasible, como bien ponderó el tribunal, para ser tenido en cuenta como dato relevante al analizar su grado de credibilidad, puesto que es posible que F. dijera u ocultara algo que pudiera comprometerlo. Ese ha de ser el objeto de esta revisión.

Nuestro código establece un sistema de libre valoración de la prueba, sin preasignar ningún valor tasado a una por sobre otra.

En el ámbito específico de la prueba testimonial, no existen prescripciones legales en virtud de las cuales los dichos de una persona en abstracto, puedan ser creídos por el tribunal más que los dichos de otra. Sin embargo, ello acaece todo el tiempo, y siempre los jueces indican las razones por las cuales dan mayor crédito a la declaración de algún individuo. Por ello, es el valor de convicción que haya tenido un testigo para con los jueces lo que el A Quo

justificará en su sentencia, y ello será pasible de revisión por los tribunales Ad Quem.

Como nos enseña Caferatta Nores en cuanto al análisis de la sinceridad del testimonio, *"… será necesario, además, luego de la valoración individual de cada testimonio, cotejarlo con el resto de las pruebas reunidas, a fin de lograr una correcta evaluación de su eficacia probatoria…."* (La prueba en el proceso penal, pág. 123), o al decir de Lino Palacio, *"que en la mayor parte de los casos la prueba testimonial se relacione con el resultado de las restantes pruebas producidas en tanto ese criterio contribuye a la adecuada valoración de la primera"* (Palacio, "La prueba en el derecho penal", pág. 125, con cita de Fenech, Derecho…, t. I, pág. 692).

De la lectura de los fundamentos del fallo, tengo para mí que los esfuerzos competitivos de la defensa carecen de la idoneidad necesaria como para jaquear la firme teoría del caso fiscal.

Se advierte que, pese a esa circunstancia fáctica, relacionada a la detención de F., al inicio del proceso, y a las alegaciones de la defensa relativas a su rol en el hecho, los jueces estimaron creíble su declaración, y se colige de sus votos el análisis al que sometieron al testimonio en atención, tanto a la coherencia interna de sus afirmaciones, como a la inter relación con los diversos factores externos, que construyeron a esa credibilidad.

El juez Sergio Piñeda dijo *"…Más allá que se trata de un tema de valoración de la declaración del testigo, aún cuando en el plano de las conjeturas que propuso el defensor, ello no invalida las conclusiones respecto de la autoría de su defendido a la que arribáramos en el veredicto, sino que aumenta la certeza".* Y antes de ello, afirmó *"Si bien el Sr. Defensor particular atacó la credibilidad de L. F., al entender que éste cambió su discurso al declarar, no hizo alusión de ellos. Las suposiciones tenidas por ciertas, no tienen sustento probatorio. Las incriminaciones realizadas a su tío, tienen*

como base de credibilidad, las reiteradas comunicaciones telefónicas, entre ambos, antes y después del hecho; así mismo que los datos proporcionados a la prevención, resultaron cierto, como es: dónde se encontraba la víctimas, el pensar que estaría con vida y por dicho motivo llamar a la ambulancia para que fueran a auxiliarlo, todo esto a requerimiento del propio C. y como corolario de todo lo dicho, es el ADN encontrado en los alambres con que atara a la víctima. Otro de los elementos a tener en cuenta, son las amenazas vertidas hacia el testigo, que le llegan en forma indirecta por el hermano del imputado, cuando ya había prestado declaración."

Por su parte, la doctora Servent le dedicó el acápite 5 de su voto (ver foja 251 de la carpeta), en donde detalló lo narrado en debate por F., lo relacionó con el testimonio de la pareja de este, M. A., del comisario N., y del comisario Z. en relación a la información aportada por C., e incluso lo relacionó con la sábana de llamadas analizada por la Brigada de Investigaciones.

Concluyó así *"... el planteo de la Defensa debe ser desechado ya que mas allá de que se trata de un tema de valoración de la declaración del testigo, más allá de las hipótesis defensista en cuanto a que el motivo de la incriminación de F. respecto de C. es para no pagarle la deuda contraída por el vehículo, entiendo que ello no pasa del plano de las conjeturas, ni invalida las conclusiones fundadas respecto de la autoría de C.."*

" (…) que las explicaciones brindadas por F. por las que realizó el llamado telefónico, corroboradas por el entrecruzamiento de llamadas, los dichos de A., las investigaciones de la Brigada mencionadas por los empleados policiales reseñados, y fundamentalmente porque no estuvo en el lugar del hecho, todo ello hace verosímil la declaración de F. en cuanto a que "su tio entró y se la mandó…, Además mencionó que en su momento sintió temor y que ahora también, que no quiere salir solo ya que esta amenaza modificó su estilo de vida"

2.3 De otra parte, la Defensa no cuestionó oportunamente la incorporación de lo que ya se había declarado en la forma de anticipo jurisdiccional de prueba (fojas 142/143), por lo que no puede luego de ello, agraviarse por el carácter o naturaleza de esa evidencia.

2.4 A mas abundar, aun cuando hubiera prosperado este primer agravio, si suprimiéramos metal e hipotéticamente la versión de F., existen elementos cargosos suficientes que destruyen racionalmente el estado de inocencia del encartado (por ejemplo, las muestras genéticas obtenidas de los alambres con los que se ató a la víctima, y de cuyo análisis arrojara su ADN), por lo que no variaría el resultado final de la decisión.

2.5 De esta manera, creo que los votos se caracterizan por su sólida fundamentación, y que el análisis conglobado del testimonio cuestionado con cada uno de los elementos del plexo probatorio producido en el debate, lógicamente los llevaron a darle credibilidad.

3. Pasemos al segundo agravio relacionado a la supuesta errónea calificación jurídica.

La defensa se pregunta si es responsabilidad de su cliente la muerte de la víctima, cuando denuncia que hay responsabilidad del Estado que por su inoperancia y negligencia, no se puede pasar por alto. Que se sabe que hubo un llamado alertando que había una persona atada de pies y manos, y no se hizo nada.

Se sigue preguntando si se puede aplicar el 165 del Código Penal, cuando la intención de su cliente fue la de ayudar a la víctima.

3.1 Analizada la pieza recurrida bajo la lupa del agravio, tampoco ha de prosperar.

La primer votante, al tratar el tópico de la teoría jurídica, ha descartado razonadamente que la muerte de la víctimas haya sido por caso fortuito.

"El tipo subjetivo del artículo 165 requiere dolo directo de apoderamiento y admite, según las distintas posiciones doctrinales, dolo directo o eventual y

cualquiera sea la posición que se adopte en tomo a la figura legal, lo cierto es que solo quedan excluidos los resultado las muertes que son producto del caso fortuito”, así lo dijo expresamente en el primer párrafo de foja 238/vuelta de la carpeta de la OfiJudTw.

Con atino, agregó que las condiciones físicas que presentaba la víctima, que no podía moverse, que no podía bajar escaleras, que requería de un andador para desplazarse y necesitaba de la ayuda de terceras personas, todo ello acreditado en el debate, tornan excesiva la violencia desplegada por su autor en su perjuicio.

Dijo que, de acuerdo a los dichos del Dr. Alejandro Heredia, el sujeto presentaba una “*condición física particular, con un deterioro manifiesto en su aspecto general (desnutrición, añoso) asociado a afección cardíaca en curso con demanda de uso de marcapaso externo, lo cual genera condiciones individuales que implican deterioro y una capacidad disminuida para la resistencia o tolerancia ante situaciones como la señalada*”.

La juez Moreno tuvo en cuenta que el señor L. no tenía posibilidades de dar resistencia alguna, que no podía desplazarse por sí solo, circunstancias todas que lo conformaban como una persona en situación de alta vulnerabilidad. Ello lo contrastó con el hecho que el acusado lo ató de pies y manos y lo golpeó brutalmente, produciéndole una fractura en una de sus costillas, con el único fin de allanarse el camino de satisfacer su designio sustractor.

Este razonamiento, que parte de premisas comprobadas y verdaderas, analizadas por la magistrada, la llevó lógica y deductivamente a una conclusión también verdadera, como lo es que el sindicado debió, al menos, haber previsto la posibilidad de que la muerte de L. finalmente ocurriera.

En la subjetividad del agente en el hecho, desde un punto de visto jurídico, descubrió fundadamente la existencia de un dolo eventual.

Con mas escuetos fundamentos pero en igual sentido, lo consideró el Juez Piñeda cuando dijo que *"La violencia excesiva e innecesaria ejercida a la víctimas para lograr los fines que se propuso el autor, esto es el desapoderamiento de sus bienes, nos lleva a considerar que se encuentra reunido el dolo requerido por la figura del artículo 165 del Código Penal, descartando la propuesta esbozada por el defensor"* (tercer párrafo de foja 245 vta. de la carpeta de la OfiJudTw).

Por último, la juez Servent utilizó la misma fórmula de análisis. Partiendo de premisas, verdaderas y comprobadas, arribó a una conclusión lógica y razonada. Son ellas: a) el delicado estado de salud que padecía el Sr. L., su condición física y notablemente disminuida que restringía la capacidad de reacción y resistencia; b) violencia excesiva e innecesaria ejercida sobre ella para lograr los fines que se propuso el autor. Es su conclusión: se acreditó el dolo requerido por la figura del artículo 165 del CP.

En forma cristalina así lo dijo: "*En el presente caso si bien no se puede decir que el homicidio es a titulo de dolo directo, sin embargo, atento el estado de salud, la evidente vulnerabilidad de L., aún a título de dolo eventual pudieron representarse la posibilidad de su muerte al atarlo de pies y manos e impedirle respirar normalmente a una persona con las características descriptas."*

En cuanto a que tipo de dolo es el necesario para admitir su inclusión en el tipo del artículo 165, haciendo un desarrollo por exclusión, debemos decir que no es aplicable a los casos de dolo directo de matar, que se sabe queda exclusivamente reservado para el tipo del art. 80 inc. 7 de Código Penal. En ello existe absoluta coincidencia en doctrina y jurisprudencia.

Para que el tipo penal complejo del artículo 165 del codigo penal pueda aplicarse, "*es preciso que la muerte pueda ser atribuida objetiva o subjetivamente al autor del robo"* (del voto del doctor Negri, en SC Buenos Aires,

23/02/2005, S., S. G. LLBA 2005-682, la ley online); y creo sin dudas que subjetivamente la muerte del señor Lámame le es atribuible al imputado, cual lo estimaron los jueces de grado.

En supuestos como el que nos convoca, en donde ex ante el agente no puede desconocer el alto grado de vulnerabilidad de la víctimas, y pese a ello, ejerce innecesariamente mayor violencia contra ella, aun en la previsibilidad de las consecuencias fatales que esa violencia puede ocasionarle, permiten encuadrar al robo agravado al tipo penal fallado por los jueces.

El Superior Tribunal de Córdoba dijo que "el art.165 código penal comprende todas las muertes que se originen en el proceso de violencia desatado a raíz de la consumación o tentativa del robo (…), debido a lo cual el ámbito de aplicación no se restringe únicamente a las muertes causadas culposamente, sino que también comprende aquellas muertes causadas por la violencia propia del proceso ejecutivo del robo, de sus secuelas posteriores en las que la muerte aparece como un resultado preterintencional y aun aquellas en que la actitud subjetiva del autor que tiende al robo, sea compatible con algunas de las formas de dolo admitidas por el homicidio simple…" (TS Córdoba, sala penal, 19/4/2004, Caro, J. LLLC 2004-611, la ley online).

Con los antecedentes de la causa que fueron ponderaros en la sentencia, la previsibilidad del resultado letal en el transcurso de la comisión de un delito contra la propiedad, justifica debidamente la calificación jurídica reprochada.

3.2 De otra parte, tampoco puede prosperar a la pretensión del condenado de evitar la responsabilidad endilgada sobre el homicidio, al invocar un accionar ineficiente del Estado, y con ello una posible concausa del resultado

En primer lugar porque, como entendieron los jueces, tras el llamado de F. se realizaron las diligencias necesarias para llegar al lugar donde una persona necesitaba

asistencia. Y cierto es también que no fue acreditado que si hubiera ocurrido lo contrario, es decir se hubiera llegado con mas premura y encontrado el lugar en donde estaba la víctimas, el resultado muerte no se hubiera producido.

Aun cuando se hubiera comprobado fehacientemente que el Estado realmente no agotó las medidas necesarias ante un llamado de auxilio, tales como que no enviar ambulancia alguna, o enviarla mucho tiempo después, deberíamos tener por acreditado que la muerte no se hubiera producido, o al menos dudar de ello. No es el caso.

Por otro lado, si el imputado hubiera efectuado él mismo el llamado de auxilio y no el pedido a que se haga, si hubiera dado las indicaciones pertinentes, o al menos desatado a su víctima, y hasta se hubiera quedado para garantizar la llegada del personal de salud, otro hubiera sido su reproche, aun en el supuesto en que la muerte de la víctima hubiera acaecido de todos modos.

No se demostró, de ningún modo, que haya existido por parte del Estado una tamaña omisión de la que pueda deducirse, válidamente, una inoperancia que, en definitiva, permita jaquear la responsabilidad achacada por el Tribunal del juicio, en la sentencia.

Las plausibles explicaciones con las que los jueces descartaron el agravio de la defensa, me llevan al convencimiento de que el tipo penal de la condena es el correcto.

Pasemos al último agravio.

4. De la pena aplicada.

Sabido es que las previsiones legales insertas en nuestro código penal sirven de orientación al juez para la determinación judicial de la pena, o dicho con una frase zaffaroniana, para la imposición de *"…la cantidad y calidad de poder punitivo que se ejerce sobre una persona criminalizada…"* (ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, "Derecho General. Parte Genera/", Ed. Ediar, 2a edición, Buenos Aires, 2002, página 993).

En dicha normativa no se otorga una valoración prefijada a cada presupuesto, ni siquiera se identifica cuáles son las circunstancias agravantes o atenuantes, y por ello los magistrados deben brindar cabal fundamentación, que permita dar su lugar a cada elemento enumerado en la ley y posibilitar, con ello, el control crítico racional de su decisión.

En este caso, la defensa no criticó el modo en que los jueces consideraron esas pautas, ni por la graduación que a favor o en contra le asignaron para la determinación del reproche final. Se agravió del monto de 15 años, porque el A quo no habría tenido en cuenta su planteo basado en el colapso del sistema penal y el incumplimiento de normas de fondo, de la ley 24660 y su fin resocializador; como así también en que no se consideró que C. es una persona con trasplante renal, y que debe hacerse diálisis.

He sostenido anteriormente que es labor de un Cuerpo revisor ponderar la decisión de los jueces, que juzgaron y resolvieron, en función de la prueba que fuera producida por las partes en el juicio, y con el límite del agravio. Ese fue mi norte y el modo en que llevé a cabo la labor de revisión sobre este punto.

Creo que los fundamentos de los miembros del Tribunal justifican racionalmente el monto punitivo impuesto, que despega en cinco años por encima del mínimo legal del tipo penal.

La consideración jurisdiccional de la doctora Servent descarta con acierto los agravios de la pretensa, al decir *"no comparto con el Defensor que el estado de las cárceles pueda ser considerado una atenuante en el caso, considero que es una realidad que desde ningún punto de vista puede impactar en el monto de la pena, en su caso podrá evaluarse el modo y condiciones de la misma."*

Los resultados de la concreción del éxito de la pena, si acaso debe incidir en algo en esta instancia, lo será para fijar el método para efectuar el cálculo de su determinación: partir del mínimo legal establecido en la

ley, como sostengo desde hace tiempo en precedentes en que me ha tocado intervenir.

Entiendo que es necesario el compromiso de la sociedad toda en general, y de los operadores estatales de los tres poderes en particular, para alcanzar el fin que la pena posee en nuestras leyes y la justifican.

Por otro lado, la misma magistrada dijo que el hecho que el enrostrado se *"…trate de una persona trasplantada tampoco es una atenuante, sólo deben tomarse los recaudos necesarios para su estado de salud, no impacta ello en la magnitud del injusto cometido."*

Comparto esta decisión, que justifica el rechazo del planteo dando el exacto lugar al que la particular situación del imputado debe poseer: en el de la ejecución.

Con esos fundamentos, voto por rechazar el recurso impetrado en su contra, votando en consecuencia por la confirmación de la pena de quince años de prisión impuesta por el tribunal de condena.

5. En cuanto a las costas y honorarios a imponer, adhiero a lo propuesto por el Dr. Defranco.

De conformidad con los votos precedentes esta Cámara en lo Penal, por mayoría, dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1) Rechazar la impugnación ordinaria deducida por la Defensa de P. M. C., a cargo del Dr. Abdon Omar Manyauik;

2) Confirmar la sentencia N° 804/16 OJRW dictada en fecha 7 de diciembre del 2016;

3) Imponer las costas del proceso al acusado (arts. 239, 240, 241 y concordantes del C.P.P), y regular los honorarios profesionales de la Defensa particular en un 30 por ciento de lo ajustado en la anterior instancia, por la labor desarrollada en la presente etapa. No habiéndose determinado, en la sentencia recurrida, los honorarios del letrado patrocinante de la querella, fíjense en 40 JUS por la labor desempeñada ante esta

Cámara (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII-4, antes decreto ley 2.200).

4) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Roberto Adrian Barrios **Alejandro Gustavo Defranco**

El Dr. Omar Florencio Minatta no suscribe la presente por ausencia posterior al acuerdo. Registrada con el Nro. **25** del año 2017 de la Cámara en lo Penal de Trelew. Conste.

Pilar Sofía Maza
Secretaria de Cámara