En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los dieciséis días del mes de diciembre del año dos mil quince, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew integrada por los doctores Alejandro Gustavo Defranco, Roberto Adrián Barrios y Daniel Luis María Pintos, con la presidencia del primero, acuerdan dictar sentencia en los autos caratulados **"N., O. psa homicidio-Rawson" (Carpeta 5926 OJRw, legajo 10438 MPFRw)** con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por los defensores particulares G. L. T., en representación de O. R. N., y F. M. R., en representación de E. A. N., contra la sentencia Nro. 2401/15 OJRw, dictada en fecha 18 de agosto del 2015, por los jueces Darío Arguiano, Sergio Piñeda y Ana Laura Servent.

El tribunal del juicio condenó a O. R. N. a la pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas, como autor del delito de homicidio simple con dolo eventual (arts. 79 y 45 del CP), y a E. A. N. a la pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas como partícipe primario del mismo delito, por el hecho ocurrido en el paraje "E. s." cercano a la localidad de Playa Unión, el 9 de diciembre del año 2014, en perjuicio de E. P. P..

Realizada la audiencia de impugnación en esta Cámara Penal el 24 de noviembre ppdo., a tenor de lo dispuesto en el art. 385 del CPP, participaron por el Ministerio Fiscal las doctoras Griselda Encina y María Florencia Gómez; la querellante, señora S. B. P. y su apoderado, Dr. C. V. y ambos imputados asistidos por sus abogados defensores.

El Dr. L. T., defensor de O. N., sostuvo que los jueces han aplicado erróneamente la ley penal y que la sentencia dictada carece de motivación suficiente.

Requirió, en principio, la declaración de nulidad de la diligencia de requisa del automotor y secuestro del arma de su asistido, realizados sin orden de juez

competente. Argumentó que no se dieron en el caso las razones de urgencia ni de peligro en la seguridad de las personas, que habilitarían su realización sin la autorización judicial. Incorporó en su apoyo, profusa doctrina y jurisprudencia.

Consideró que, como consecuencia de la nulidad del registro y secuestro invocadas, las acusaciones del Ministerio Fiscal y de la querella han quedado huérfanas. Agregó que, no contando con prueba independiente para afirmar que el arma incautada haya sido la que disparó el proyectil, no hay otro camino que la absolución de O. N..

Alegó también que no hubo coincidencia entre la Fiscalía y la querella respecto de la calificación por la que fueron llevados a juicio los acusados. El acusador público encuadró la conducta de O. N. en el tipo penal del Homicidio simple (con la agravante del 41 bis) y la de E. N. como partícipe necesario del mismo delito, en tanto el particular acusó a ambos como autor y partícipe necesario del delito de homicidio simple (agravado por arma de fuego) y subsidiariamente calificó el accionar de O. N. como homicidio culposo calificado por el uso de arma de fuego.

Informó que el Tribunal del juicio descartó la intencionalidad de matar por parte de su defendido, tuvo por probado que la presencia de los N. en el paraje "E. S." tenía como fin cazar guanacos y que fue en dirección a los animales que realizaron los disparos. Resaltó la distancia, corroborada por los peritos, entre el lugar de los disparos y el sitio en que se encontraba la víctima y la constatación, tenida en cuenta por el Tribunal, que desde esa distancia no se podía tener en la mira a la víctima ni alcance visual como para saber de su presencia. Enfatizó que, sobre estos supuestos, es imposible hablar de dolo a la luz de la Teoría del Delito. Adujo que O. N. realizó tres disparos en dirección a los guanacos, que no podía ver a la víctima

desde la distancia que los separaba, que el arma estaba calibrada con mira telescópica a no más de 200 metros, que –citando al perito- el disparo fue excepcional dentro de lo excepcional.

Resaltó el testimonio del Comisario M., quien afirmó la idoneidad del arma para un disparo realizado a 400 mts., perdiendo tal condición y la posibilidad de dar a un blanco si la distancia es mayor.

Manifestó que -existiendo identidad con lo evaluado por la defensa- coincidió con los jueces en la ponderación de la prueba realizada.

Mostró su disenso con la figura penal elegida por la mayoría para encuadrar la conducta de su defendido. Consideró que, para obrar dolosamente, el autor tiene que tener el acabado dominio del hecho, debe acreditarse que "idea un curso de acción, contempla y aporta una causa eficiente para alcanzar ese resultado". Agregó, en refuerzo de esa posición, que los peritos designados, uno de ellos acreditado francotirador, dispararon 500 tiros sin logar acertar ninguno, por lo que interroga al Tribunal: ¿qué dominio del hecho tenía N. cuál es el curso causal que dominó? ¿Cómo se puede exigir que por su forma de accionar se represente un resultado lesivo, si nunca tuvo a la víctima al alcance visual, si no había ningún dato que le indicara que había persona alguna?

Consideró que se ha vulnerado el derecho de defensa y el principio de congruencia. Sostuvo que una persona sometida a proceso debe defenderse por una conducta llevada a cabo y no de una calificación, que si bien puede producirse un cambio en el encuadre sin violar al principio de congruencia, en tanto el hecho y la base fáctica no se modifiquen, la conducta debe ser la misma para no incurrir en la violación a ambos principios.

Afirmó que, en este caso, la querella describió un obrar con dolo directo, que entre una conducta imputada con dolo directo y otra con dolo eventual hay diferencias

pronunciadas y su cliente se defendió respecto de un hecho supuestamente cometido con dolo directo.

Renegó también de la calificación sostenida por la Dra. Servent por entender que no hubo acusación por obrar culposo ya que la querella encuadra el hecho como homicidio simple y agrega que, en caso de no poder probar los extremos, alternativamente acusará por homicidio culposo.

Manifestó que el querellante está obligado a describir la conducta y que es imposible, sin violar el principio de congruencia, calificar un mismo hecho, como doloso y culposo.

Adujo que tampoco podría este tribunal modificar el encuadre legal porque ello llevaría a cambiar la base fáctica pero que, si se considera que no habría violación al principio de congruencia, solamente podría caber a su cliente la comisión de un delito culposo.

La defensa de E. A. N. desarrolló en su escrito las diferentes teorías aplicables respecto del dolo y la culpa. Sostuvo que su cliente está acusado de participar en el hecho de otro y por ello debe reafirmar los conceptos de su colega, ya que a juicio de esa defensa no hay responsabilidad penal para O. N. por entender que lo investigado en autos ha sido, en realidad, un caso fortuito tal como ha quedado probado con los testimonios de Á., y los policías A. y A..

Que los N. fueron a cazar guanacos, los guanacos estaban en la caja de la camioneta, los proyectiles fueron disparados por el fusil, la hora es coincidente de acuerdo a lo manifestado por D. y los empleados policiales.

Continuó su alocución diciendo que “el hecho se produce a las 17 y a las 19 aún estaban allí con los animales cazados, despanzados, cargados en la camioneta y se retiraban a su domicilio a las 19.00 hs, siendo entonces detenidos.

Dijo que entiende que el desarrollo de la sentencia es curioso ya que habla del deber de cuidado, y detallan circunstancias que nada tienen que ver con las posibilidades de prever, considera que las fatalidades existen y ello no significa que el hombre deba responder por todos sus actos, solo deberá responder por aquellas que pueda prever, cuestión que no ha ocurrido en el caso, y es necesario para poder imputar a N. –a título de dolo- el conocimiento actualizado de que su conducta desembocaría en un resultado letal. Agregó que los N. fueron a cazar a un lugar donde otras personas cazaban, tal como surge del hallazgo de huellas, vaina y el testimonio del Comisario G., y allí no encontraron persona alguna.

Interrogó al tribunal respecto de lo exigible al tirador en esas circunstancias. Entendió que su defendido cumplió con la conducta debida: comprobar que a 360 grados a la redonda no hubiera nadie visible en la línea de tiro.

Opinó que la construcción de la sentencia es forzada, que los jueces de la mayoría dicen que se mató sin dolo, "cree que no está matando pero causa la muerte" no hay dolo, no puede saber que a más de 800 metros hay menores jugando en la playa que él no puede ver, la previsibilidad es para un hombre normal, la sentencia trata la cuestión como si fuera violación del deber de cuidado, pero esto tampoco lo coloca dentro de la realización típica del dolo eventual, el error de N. (vencible o invencible), hizo desaparecer su conducta ya que nadie había a su vista, nadie corría ningún riesgo, el tirador no tenía esa información actualizada y sin ello, no se configura el dolo. Las fatalidades existen, el tirador no podía representarse el resultado de ninguna manera, el error era invencible y eso hace desaparecer el dolo. O cobra virtualidad el caso fortuito, un disparo extraordinario dentro de lo extraordinario, una distancia que no permite la visualización óptica ni

siguiera con la mira, el policía R., subido sobre el cuatriciclo y no logra ver el lugar donde estaban los menores, esto lo dijo en el juicio, claramente. Considera que bajo estas circunstancias no es posible atribuir responsabilidad a O. N. ni a E. N..

Asimismo consideró que la imputación realizada a su asistido no tiene asidero lógico ya que E. N. no disparó, conducía la camioneta, fue a cazar. Dedujo que si O. N. no podía prever el resultado, que es casi imposible asignar culpa, en este caso sin representación del resultado, es imposible participar en la representación del resultado del autor, en las condiciones señaladas. Que su defendido aportó el arma ya que fueron a cazar con un único arma, el fusil secuestrado, pero ello no puede significar que era consciente de una irregularidad, ambos son legítimos usuarios de armas de fuego y está habilitado a facilitarle el arma a otro legítimo usuario. Con tales supuestos, solicitó la absolución de E. N..

La querella, a su turno, rechazó los planteos respecto de la nulidad del registro vehicular y secuestros, sostuvo que los tres magistrados entendieron que el procedimiento no ha tenido ninguna mácula y por ende no procede la nulidad.

Refutó la postura de la defensa en punto a que, en caso de excluir el registro, no quedaría prueba incriminante, y agregó que fue el mismo Dr. L. T. quien ofreció esta prueba como propia cuando se hicieron las convenciones probatorias en la audiencia preliminar y ante el tribunal de juicio las partes acordaron que, quien había intervenido como testigo civil en esa diligencia, no estuviera en el juicio y recién al alegar la defensa introduce esta cuestión.

Entendió que, si bien el principio de los actos propios tiene más que ver con otras cuestiones, sí cabe aplicar el principio de preclusión.

Consideró que, en el supuesto de excluir esa prueba, nada obsta, y no se conmueve en absoluto la prueba colectada que determina la responsabilidad y la autoría de O. N., porque mas allá de su autoincriminación el 22 de diciembre y su reconocimiento en el inicio y fin del debate, se cuenta con la imputación de su consorte de causa, los dos guanacos secuestrados y una pericia absolutamente independiente que determina que los plomos extraídos del cuerpo de la víctima y de los animales fueron disparados por el mismo arma y a ello se aduna la declaración de E. N., atribuyendo a su padre los tres disparos.

Defendió la sentencia del tribunal, manifestó que la sentencia no refirió al dolo directo sino al conocimiento de la zona, de la cantidad de gente, del conocimiento de no poder ejercer esa actividad en esa época del año, tirando hacia la playa. Afirmó que la previsión exigible al cazador debe estar dada por el alcance de su arma y si con un arma que tiene un alcance de dos kilómetros, tira a 500 metros de un pueblo es previsible que la bala llegue al pueblo.

En punto a la evitación, sostuvo que para ello solo debían no tirar en un lugar donde habitualmente hay gente ya que podía con su bala alcanzar a alguien, y esa es la razón por la que los jueces de la mayoría resolvieron tal como lo postuló la querella, había homicidio simple con dolo eventual por el accionar de ambos.

Concluyó diciendo que la defensa erra en lo que denomina "dominio del acto" ya que, a su entender, el dominio del hecho termina cuando realiza el disparo y una vez hecho el disparo no hay domino del hecho.

Entendió que las alegaciones de los defensores no alcanzan para conmover la sentencia que ha descripto adecuadamente cada una de las cuestiones, ha valorado la prueba y determinó por mayoría la existencia del dolo eventual, por lo que solicita sea confirmada en todas sus partes, rechazando la nulidad.

La fiscalía, al deponer en la audiencia, acordó con lo manifestado por la querella.

El imputado O. N. manifestó que "esto fue un accidente tremendo, ese fatídico día acompañé a E. cazar, encontramos los guanacos, se tiró y después encontramos los dos guanacos, los cargamos en la camioneta, tardamos unos 45 minutos, el lugar es un descampado, la colonia no se hace en el lugar donde estaba E. sino 15 metros sobre la costa, arriba no hay nadie, es un acantilado. Yo por razones de paternidad asumí la autoría de ese hecho. Hay tres personas que saben quien efectuó ese disparo
accidental. No fui yo quien disparó"

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fijó las siguientes cuestiones 1°) ¿Debe receptarse favorablemente el agravio relativo a la nulidad de la requisa vehicular y consecuente secuestro del arma de fuego?; 2°) ¿En su caso, debe receptarse favorablemente el agravio relativo a la autoría responsable del acusado O. R. N.?; 3°) En su caso ¿Debe receptarse favorablemente el agravio relativo a la calificación legal del hecho cometido por los acusados O. R. N. y E. A. N. y 4°) En su caso ¿Debe reenviarse el caso?

Cumplido el proceso deliberativo se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Alejandro Gustavo Defranco, en segundo lugar el Dr. Roberto Adrián Barrios y finalmente el Dr. Daniel Luis María Pintos.

A la **primera** cuestión el **Dr. Defranco dijo:**

1. El impugnante en representación de O. N., Abogado G. L. T., plantea en primer término la nulidad del registro vehicular y consecuente secuestro del arma de fuego, como el primero de los agravios que le merece la sentencia en crisis.

En dichos párrafos explica que "*…el art. 171 de nuestro régimen ritual trata tanto la requisa de*

personas, la vehicular como de armarios, escritorios, gabinetes u otros muebles cerrados…" y que *"…de una lectura integral de la norma cabe concluir que el principio es ineludiblemente el contar con una orden judicial y que en caso de extrema urgencia o cuando corra peligro la seguridad de las personas, prescindirse de la misma pero una o ambas circunstancias deberán constar en el acta pertinente"* (textual, fojas 276 vta.).

Advierte que la sospecha suficiente es el presupuesto de la diligencia, la razón de ser, lo que fundamenta el pedido de la orden y que en caso de ser compartido por el Juez, será o constituirá –dice- el fundamento de la orden de requisa.

Cita doctrina en abono de su idea; "*estando comprometida la libertad y la intimidad de las personas, el esquema general de los distintos ordenamientos procesales en líneas generales, es el contar con una orden judicial"*.

Trae a colación fallos judiciales y explica que *"(e)n la causa que nos ocupa, la camioneta de marras es interceptada en su marcha, ante lo cual sus ocupantes… detienen su andar… se los hace descender del rodado."* Recuerda que luego, a instancias de la Sra. Fiscal General, son esposados y preservado el rodado para su verificación. Llama la atención sobre la hora del acta que ilustra tal circunstancia (18:10) y la hora en que se procede a requisar el vehículo (20:40), en la que se secuestra el arma, de todo lo que colige que no existía urgencia que exceptuara la orden judicial y "*menos aún peligro para la seguridad de las personas*".

En cuanto a la oportunidad de la interposición de la nulidad absoluta, afirma que es posible oponerse en cualquier estado y grado del proceso, siendo aún declarable de oficio, por su carácter que afecta el debido proceso legal y la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Solicita, como consecuencia, atento lo dispuesto por los arts. 161 a 164 del CPP, se reste eficacia probatoria a todos los actos consecutivos y dependientes del acto nulo, en el caso, las pericias genéticas y balísticas realizadas en el arma, lo que "*impide sostener que haya sido el arma que disparara el proyectil que alcanzara la humanidad de la víctima*" (ver fojas 278, escrito de impugnación).

En la audiencia, repite su queja, al decir que "*…en este caso y siendo que la requisa en la camioneta en que se movilizaban los imputados, se secuestra un rifle máuser (acta de fs. 3) queda claro que no había razones de urgencia ni corrían peligro la seguridad de las personas para no requerir orden de requisa. El tribunal al resolver el planteo no dice que no hay razones de urgencia ni circunstancias de peligro para la seguridad de las personas, el tribunal entiende que la requisa es válida porque según el CPP las requisas vehiculares no requieren orden judicial y en este sentido el fallo, además de aislado es novedosísimo (sic). No puede el tribunal apoyarse en fallos ni autores, dice que la parte final del art. 171 del CPP denota que las requisas vehiculares no requieren orden, en tanto esa parte habla de los operativos prevencionales a llevarse a cabo en rutas o en calles, que nada tienen que ver con este caso, donde ya había comenzado la investigación, con la presencia de la Fiscal en el lugar de los hechos, pero además, el apartado final del 171 remarca todo lo contrario, que el principio es la orden judicial y en los casos de operativos prevencionales se podrá obviar...*".

2. La querella, representada por el Abogado C. V., responde el acápite, a partir de fojas 301, en el sentido que "*por unanimidad de los integrantes del Tribunal se rechazó la pretensa nulidad, con sólidos fundamentos en la propia norma legal, por lo que su queja,… no podrá prosperar*". Pone de manifiesto que el planteo "*no deviene*

oportuno, ni procedente y mucho menos temporáneo" por cuanto en oportunidad de ofrecer prueba, el defensor hizo suya esa prueba documental, consintiendo su validez y la procedencia de su ingreso al debate; *"el acto propio de la defensa le impide el planteo de nulidad"* –remata-.

Además de la improcedencia formal del planteo, afirma que el rechazo del Tribunal no admite embates, por cuanto la norma es clara, es la propia redacción de la manda del art. 171 del ritual la que impone las formalidades para cada uno de los tres supuestos, entre los que se encuentra el cuestionado. Afirma, a la sazón, que el último párrafo de la norma deviene como un refuerzo absoluto de la correcta interpretación jurídica del artículo. Solicita la determinación de la sinrazón de la queja y el rechazo del planteo, ante la coincidencia abrumadora del pleno del Tribunal.

3. La Fiscalía, sin perjuicio de no haber presentado memorial, en la audiencia a tenor del art. 385 del rito solicita el rechazo de la nulidad articulada en virtud de "… *haber sido aclarada por la jueza Laura Servent reconociendo la urgencia en el procedimiento como la seguridad para proceder al secuestro dentro de la excepcionalidad y que el dr. Arguiano refiere en su voto sobre el 171 en cuanto hacen diferenciaciones cuando y no son necesarios los requerimientos jurisdiccionales, tal como en este caso, no se ha requerido por considerar la excepcionalidad de la urgencia*…"

4. La querella, a través del abogado C. V., sostiene la sentencia en este punto, al decir que *"hay tres cuestiones que tienen en cuenta los sentenciantes, y a ello me remito, los tres resuelven la nulidad determinando su inexistencia, los requisitos del 171 del CPP y que el procedimiento no ha tenido ninguna mácula y por ende no procederá la nulidad. Los tres fueron contestes, determinando que no es exigible porque se dan los requisitos de la norma…".*

5. Puesto a resolver, principiaré la tarea advirtiendo, contra lo argumentado por el querellante, que la solución del caso no transita ni por la oportunidad procesal para plantear una nulidad de este tipo, ni depende del consentimiento o aquiescencia del afectado.

Entiendo, por el contrario, que una nulidad que afecta garantías constitucionales, como es la del derecho a la intimidad, no resulta disponible para el afectado –véase la prohibición constitucional de convalidar allanamientos sin orden ni aun por el habitante de la morada, por ejemplo, art. 52, Const. Ch.; ídem 53 para papeles privados-, por lo que mal puede invocarse los "*actos propios*" del imputado o su defensor, en este caso.

La respuesta al caso debe encarrilarse en las mandas del art. 26 del código adjetivo, que muy lejos de permitir el consentimiento de las partes respecto de la eficacia probatoria de elementos provenientes de actos defectuosos, obliga a los jueces a no tenerlos en cuenta al momento de construir la sentencia.

Reza la norma: "*los elementos de prueba solo tendrán valor si han sido obtenidos por medios lícitos e incorporados al juicio del modo que autoriza este Código*". Y sentencia con la fulminación absoluta, al negarle valor alguno, a la prueba "*obtenida mediante… la violación de los derechos fundamentales de las personas…*".

6. A propósito de la deliberación con los integrantes de este Cuerpo, hago constar que no es, repito, una cuestión disponible por las partes, ni pasible de saneamiento, sino que, por el contrario, es un mandato al Juez del caso, como categóricamente sentencia el art. 161, CPP, cuando impone la imposibilidad de "*ser valorados para fundar una decisión judicial… los actos cumplidos con inobservancia de los derechos y garantías previstos en la Constitución de la*

Nación…, en la Constitución de la Provincia y en este Código".

Certeramente señala Binder: *"Siempre que se trate de la restauración de la vigencia de un principio constitucional la actividad judicial no está condicionada por ninguna actividad de la defensa, es decir, procede de oficio."* (Binder, Alberto M.; "El incumplimiento de las formas procesales"; Ad-hoc, Bs. As., 2000, pág. 100). Para rematar su concepto, que pretende abandonar la dualidad de nulidades absolutas y relativas en el proceso penal, afirma que "*debe quedar claro que cuando se trata de quebrantamientos de forma que afectan los principios de protección del imputado ésta debe ser oficiosa por parte del juez porque es una de las dimensiones esenciales de la jurisdicción. El concepto de convalidación no juega aquí ningún papel, aun cuando el imputado hubiera contribuido de un modo determinante en la creación del vicio formal…"* (pág. siguiente).

7. Pero veamos como regula tanto la Constitución Provincial y el código adjetivo la cuestión.

En primer lugar, el art. 52 de la Carta Magna provincial declara inviolable al domicilio el que solo puede ser registrado mediante orden escrita de juez competente; el dispositivo legal siguiente, requiere la misma formalidad para cualquier clase de papeles privados, correspondencia y comunicaciones.

Entonces, se puede interpretar, sin desconocer su letra, que para la ley suprema todo habitante de la Provincia del Chubut goza de la garantía que cada vez que sea menester afectar su intimidad –o esfera secreta de su privacidad exenta de la intromisión de los demásel único que puede disponerla es un Juez –de los del art. 72, CPP- a través de orden escrita y en la que consten los motivos de la medida.

El ritual, ley reglamentaria de la Carta Magna, que obviamente no puede desconocer su letra –art.10, Const.

Ch.-, establece un detallado catálogo de hipótesis de intromisión en distintos lugares, con el fin de recabar objetos útiles para la investigación, mucho más exhaustivo que los repertorios de la región, que la dotan de un sentido altamente protector de la intimidad o privacidad de los "sagrados" –art. 4°, Decreto de Seguridad Individual, 1811- de los habitantes de la provincia.

El art. 171 se refiere, en sus primeros cuatro incisos, a la requisa personal, la que puede ser habilitada cuando *"existieren motivos suficientes y fundados para presumir que alguien oculta entre sus ropas o que lleva adheridos a su cuerpo objetos útiles a la investigación"*, exigiéndose "siempre" (art. 171, cuarto párrafo) autorización judicial (art. 72, inc. 2, CPP), salvo casos de *extrema urgencia y cuando corra peligro la seguridad de las personas*, debiéndose fundar la medida en estos dos supuestos.

El inciso quinto del artículo examinado admite el registro de un vehículo *"siempre que haya motivos suficientes para presumir que una persona oculta en él objetivos útiles vinculados a una investigación preexistente…"*, señalando expresamente que, *"en lo que sea aplicable, se realizara el procedimiento y se cumplirán las formalidades previstas para la requisa de personas"*, fulminando con la nulidad –párrafo sexto- "toda" requisa (personal, de vehículos o de muebles cerrados) practicada sin observar las formas del articulo integro.

8. Ahora bien. ¿A qué formalidad se refiere la manda legal? ¿Podría ser otra a la que se refieren los arts. 52 y 53 de la Constitución estadual, esto es, a otra que *la orden escrita y motivada de juez competente?* ¿Sólo se refiere la norma a la presencia de un testigo y a la invitación a la exhibición previa a proceder? ¿Puede deducirse que ante la falta de consignación

expresa en los artículos citados de los términos "vehículos" o "personas" se pueden registrar sin orden?

Ya en forma genérica el art. 170, CPP –que remite nada menos que al art. 52 y 53, Const. Pcial.- advierte que si el acceso al *lugar u objeto* requiere *autorización judicial* se la obtendrá previamente y, luego, para cada caso particular, repite la fórmula, tanto en el art. 171 para "todas" las requisas, tanto en el art. 172, para los allanamientos.

Es evidente entonces, que para todo acto de la autoridad avocada a la investigación de un delito preexistente que implique una afectación a la intimidad o privacidad de persona alguna, el ritual exige, salvo los casos de urgencia en la demora o peligro para los demás, la autorización escrita del juez competente, estableciendo como excepción, los casos de operativos de control prevencional, en los que se podrá proceder a la inspección de vehículos sin que medie autorización previa, situación que se refiere a casos en los que, precisamente, no hay una investigación penal en curso que Juez Penal alguno tenga que "garantizar" –argumento a contrario, art. 72, CPP-.

9. Entiendo que la recta interpretación de la norma exige que solo cuando *"haya motivos suficientes para presumir que una persona oculta en (un vehículo) objetos útiles vinculados a una investigación existente"*, el Juez Penal, único habilitado a controlar la investigación y las garantías constitucionales, puede extender la orden de requisa, no siendo necesario ello en los casos de peligro en la demora o por cuestiones de seguridad para la prevención o terceros pasibles de ser afectados.

Comparto aquí la preocupación del distinguido jurista Alejandro Carrió cuando enseñaba que: "*...a partir de las cláusulas constitucionales más relevantes, de las normas procesales reglamentarias de ellas y de*

algunos principios expuestos por la CSJN en el pasado, es posible pensar que tanto en materia de restricciones a la libertad como de invasiones a la intimidad, nuestro sistema legal exhibe una preferencia porque las decisiones trascendentes en estas áreas queden en manos de los jueces...” (“Garantías constitucionales en el proceso penal”; Hammurabi; Buenos Aires, 2002, pág. 190).

“Esta elección que efectúa nuestro sistema legal se basa en que presupone que son los jueces quienes se hallan en mejores condiciones de decidir cuándo proceden las medidas de coerción, puesto que se encuentran “*en una situación de mayor objetividad y serenidad que la policía para disponer de medidas limitativas de garantías constitucionales*””
(Bertelotti, Mariano; “La requisa personal”; en AA.VV.; “Garantías constitucionales en la investigación penal”: Plazas-Hazan (comps.); Editores del Puerto SRL, 2006, pág. 68).

Para otras latitudes, pero aplicable al supuesto, el juez Jackson de la Corte Suprema de EE.UU., en el caso “Johnson” (333 U.S. 10 -1948-) sentenció: “*En qué casos el derecho a la privacidad* (intimidad en nuestro medio; ver Nino, “Fundamentos de Derecho Constitucional”) *debe razonablemente ceder a favor del derecho estatal a practicar una requisa, es algo que, como regla, debe ser decidido por un Juez; no por un policía ni por ningún otro agente del gobierno”.*

10. Por el contrario, los jueces de la sentencia atacada, en primer lugar advierto, han resuelto la cuestión más allá de las postulaciones de las partes, en particular, de la defensa de O. N..

Concretamente, el Abogado L. T. había interesado al Tribunal acerca de la inexistencia de “*suma urgencia o de peligro para terceros*” –ver trascripción de fojas 210- única situación en la que “*se puede prescindir de la orden judicial*”, debiendo “*dejarse en acta los motivos*

por los cuales no se llevó a cabo la autorización… (lo) *que brilla por su ausencia*".

Pero también la representante del MPF transitó ese camino. Admitiendo la legalidad de la medida, dijo en el traslado –pista 16, fojas 213 de la transcripción- que "*voy a compartir que la regla general, cuando se va a invadir una propiedad privada se necesita la orden de un Juez, pero esa regla admite excepciones, en los casos de extrema urgencia y cuando corra peligro la seguridad de las personas…".*

Sin embargo, por fuera de aquellas postulaciones, se avocan los jueces a una distinta interpretación, por cierto contraria a la que considero correcta, lo que ya, de por sí, implica a mi juicio una tarea vedada a estar al sistema acusatorio impuesto por el rito. Resuelven la incidencia apelando a una argumentación distinta de las utilizadas por las partes, lo que en puridad, deja sin respuesta a la teoría del caso de la defensa.

11. Dejando ello de lado, es la solución a la incidencia la que demandará mayor tratamiento.

Han considerado los jueces, por unanimidad, que "*tal autorización sólo es requerida cuando la medida invade el ámbito de privacidad corporal*", habida cuenta que "*la demanda normativa es similar* –en caso de automotores- *pero menor*" (del voto del juez Arguiano, fojas 233 vta.), que "*tales recaudos* –la orden escrita- *no son procesalmente exigidos para el registro de automotores…"* (del voto de la jueza Servent, fojas 255), trayendo a colación para reforzar "*el análisis hasta aquí dado el permiso legal contenido en el último párrafo de la norma que expresamente habilita la requisa vehicular sin orden judicial aun en los casos en que la fuerza policial no actúa en la investigación de un ilícito sino en meros operativos prevencionales…*" (Ídem voto anterior).

Desde ya, por lo dicho anteriormente –apartados 8 y 9-, no puede sostenerse esta construcción, habida cuenta la regla general que impone orden escrita para "todas"

las requisas, no siendo válido elevar a la categoría de regla la habilitación para casos de prevención cuando, precisamente, es una excepción a la manda constitucional.

Vacía de contenido quedaría la exigencia de orden judicial para invadir las esferas de intimidad si nunca se necesitara ella, o, lo que es lo mismo, cualquier agente del orden –o el Fiscal de turno- pudieran decidir por sí mismo cuándo hay *motivos suficientes* para ello.

12. Esto así, tampoco puede validarse el acto ni siquiera a la luz de las excepciones a la regla que sí establece, taxativamente, la letra del código.

No era aplicable la regla de la *"simple vista"* –admitido ello a fojas 255-, ya que a estar a la fotografía 56, del informe fotográfico 213/14 UECRW, fue necesario correr hacia adelante una de las butacas del rodado para hallar el estuche que contenía el arma incautada.

Por ello, no había peligro inminente de su utilización, máxime teniendo en cuenta que los autores del siniestro ya estaban esposados, conforme ilustra el acta de inicio, detenidos, sin eufemismos, y neutralizada cualquier capacidad de acción.

Tampoco había peligro en la demora, habida cuenta el paso de dos horas y media desde la detención y la materialización de la requisa –acta fojas 3-, lo que fue tiempo más que suficiente para lograr la orden requerida constitucionalmente o la llegada de un juez de turno al lugar del hecho, distante solamente a ocho km. de la villa balnearia.

12. a) A mayor abundamiento, del acta cabeza de estas actuaciones, se desprende que siendo las dieciocho horas, diez minutos, del día 9 de diciembre de 2014, ante la noticia que en la zona norte de Playa Unión, cerca de "E. S.", habría sucedido un evento presuntamente delictual, se constituye la prevención, a cargo del Oficial Inspector C. A. R., quien constata, y así

consigna en el acta, que *"personal de la Brigada de Investigaciones tenía demorada una camioneta color gris con dos ocupantes… la fiscal* (General, Dra. Suárez García) *dispone preventivamente que se proceda al esposamiento e identificación de las dos personas que se encontraban en el vehículo Ford Ranger, color gris, como así que se preserve el vehículo en su estado actual para verificar el mismo, observando en primera instancia que en la caja del mismo hay dos animales de la especie Guanaco muertos dentro de la misma, como así también un estuche color negro* ***detrás de los asientos de la cabina*** *el que presumiblemente tendría en su interior un arma de fuego ya que* ***a simple vista*** *sobre los asientos* ***no hay ningún arma****…".*

12. b) En la audiencia de debate, comparece el Oficial Subinspector R. y da detalles del contenido del documento aquél. En lo que interesa, dice que él hizo el acta, secuestro el arma y requisó el vehículo; que era un fusil calibre 308 –que reconoce al serle exhibido-, que **estaba atrás del asiento, dentro de la funda**; *"el arma estaba con el block cerrado, tenia 3 municiones faltantes, el arma está cerrada… nosotros* ***la sacamos detrás del asiento, no estaba a simple vista****…".*

12. c) Luego, siendo las 20:40 horas, siempre en el lugar teatro de los hechos, se labra nueva actuación (glosada a fojas 3 del legajo fiscal) en la que el Oficial P. da cuenta que "*teniendo demorada una camioneta color gris, tipo pick up, modelo RANGER CABINA SIMPLE dominio colocado EDM 657, y de acuerdo a lo ordenado por la Fiscal General Dra. Suárez García presente en el lugar… y de acuerdo a lo normado en el art. 184 inc. 5 y artículo 230 bis* (sic), *se procederá a requisar el vehículo mencionado…".* Iniciada la diligencia, *"…sobre el lado del conductor se procede a la apertura de la puerta por parte del personal de Criminalística… observándose al interior* ***en la parte posterior de los asientos hay un estuche color negro****, marca HOUSTON,*

cerrado con cierre, el que es extraído y se procede… a verificar un arma de fuego (de la que se consignan los datos).”

12. d) También C. A., perito de la Policía del Chubut, recordó en la audiencia de debate este accionar defectuoso. Al dar cuenta de las tareas realizadas, dijo que *“detrás del asiento se encontró un estuche fusil máuser calibre 308 y cuatro cartuchos…”.*

De todo ello, repito, surge sin duda alguna que no era un *“caso de extrema urgencia”*, más allá de la premura por realizar las primeras investigaciones, dato corroborado por el hecho que se tardó dos horas y media más para realizar la medida. Tampoco de aquellos en que corría *“peligro la seguridad de las personas”*, toda vez que los presuntos autores del luctuoso suceso se encontraban esposados, el arma se encontraba en su funda, detrás de los asientos, por lo que mal podía ser accionada por cualquier otra persona, máxime entre agentes del orden presentes en el lugar.

Tampoco el arma se encontraba a la vista desde el exterior, lo que por aplicación de la *plain view doctrine* hubiera habilitado su secuestro, pero, como se consignó antes, son contestes los documentos y las personas en que, por el contrario, hubo que remover obstáculos para dar con el artefacto letal.

Entonces, a fuerza de ser reiterativo, no existió motivo alguno que permitiera proceder a la requisa sin acudir a la orden escrita del Juez Penal, motivos que de haber existido se desconocen, por no haberse consignado en el acta (recordar art. 171, párrafo cuarto, última oración), motivo otro para fulminar el procedimiento en forma absoluta, por lo que quedarán sin conocerse jamás cuáles han sido los fundamentos que guardó *in pectore* la Sra. Fiscal General para obviar tal formalidad y arrogarse las facultades de un magistrado para invadir la esfera de privacidad de los demorados.

Nótese, a la sazón, que ni siquiera puede subsumirse el caso en aquellos que se suelen denominar "de buena fe policial", "*…cuando la policía actúa de buena fe y en cumplimiento de una orden judicial, aun cuando luego se determine que esa orden estuvo mal dictada"* (Carrió, ob. cit., pag. 180), ya que, en el caso, fue la propia representante del MPF quién decidió, por razones que se ignoran, ser ella la que encuentre motivada y fundada la manda procesal sin orden, decidiendo *per se* obviar la garantía judicial.

13. Por todo ello, intereso al pleno del Tribunal a declarar la nulidad absoluta de la diligencia de requisa ilustrada a fojas 3, remover del proceso todos y cada uno de los objetos secuestrados en dicha instancia y, por aplicación de la teoría del fruto del árbol envenenado (fruit of the poisonous tree; *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920)) y por imperio de la armónica aplicación de los arts. 161, 170 y 26, CPP y 46, segundo párrafo, Const. Ch., declarar el nulo valor de las pericias efectuadas que hayan tenido como objeto de experticia el arma encontrada en el vehículo.

A la **primera** cuestión el **Dr. Barrios** dijo:

A. Tras sustanciar en audiencia la pretensión impugnativa de la resolución dictada por el Tribunal de Juicio, corresponde ahora dar respuesta a la primera de las cuestiones traídas a esta instancia de revisión, que hace pié en el interrogante: ¿debe recibirse favorablemente el agravio relativo a la nulidad de la requisa vehicular y consecuente secuestro del arma de fuego?

A.1 Es labor de este cuerpo revisor ponderar la decisión de los jueces que juzgaron la incidencia, y la resolvieron, en función de la prueba que le fuera producida por las partes.

Suele confundirse la competencia de las cámaras penales y considerar que, en esto de realizar un juicio al juicio y en base a la teoría del máximo rendimiento, que importa agotar la capacidad revisora en todo lo que sea posible conforme a las particularidades de cada situación, se puede instar a la formulación de una nueva resolución con los mismos antecedentes.

La naturaleza misma de la impugnación ordinaria prevista en la ley, en concordancia con la exigencia incorporada al bloque constitucional de la Carta Magna, es garantizar la revisión integral de la sentencia, no del caso, por un órgano superior y otorgar firmeza a las decisiones de la jurisdicción (consagrado en el art.18 de la constitución nacional, y por imperio del art.74 inciso 22, los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art. 14. 5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos).

Serán por lo tanto, siempre, las sentencias de los jueces penales la materia prima sobre la que trabajarán los jueces de las cámaras penales, y las consideraciones de los agravios del imputado y su defensa el marco y límite de su competencia, salvo, claro está, supuestos de evidente vulneración a garantías constitucionales que habilita a cualquier magistrado a actuar en consecuencia.

A.2 Efectuada esta aclaración, recordemos que el defensor ha sostenido que, de una lectura integral del artículo 171 del CPP cabe concluir que, en materia de registros vehiculares, el principio ineludible es contar con una orden judicial y que solo en casos de extrema urgencia o cuando corra peligro la seguridad de las personas puede prescindirse de ella, siendo carga que, para una o ambas circunstancias, se haga constar en el acta pertinente.

Y en ello, no puede menos que dársele la razón.

Voy a ir directo al punto: el procedimiento por el cual se realizó el registro vehicular, por parte del personal policial, sobre la camioneta en la que desplazaban los condenados, por orden de la fiscal, fue irregular y por lo tanto el acto mismo es anulable. Sin embargo, como desarrollaré luego, el acto ha sido debidamente saneado, por lo que, pese a los argumentos de los jueces en su rechazo, votaré por rechazar el pedido de nulidad de la diligencia atacada.

Veamos.

En materia de invasión a la privacidad, en ámbitos tan sensibles como pueden ser el cuerpo, el domicilio o la correspondencia de las personas, la intervención de un juez que habilite al órgano estatal de investigación es muy clara.

Las provincias, en sus constituciones y sus códigos de procedimientos, reglamentan la garantía que surge originariamente del artículo 18 de la Constitución Nacional.

La Constitución de la provincia del Chubut -de las más modernas y avanzadas del país- dispone en sus artículos 52 y 53 la exigencia de orden fundada del juez para allanar un domicilio, o interceptar e intervenir comunicaciones, e impone responsabilidad al magistrado que las dispone. El código de procedimientos penal, que comparte los mismos adjetivos que la Carta Magna provincial, sigue la misma línea de la reglamentación establecida a partir del artículo 170, determinando las circunstancias en que la pauta es obligatoria, como así también sus excepciones.

¿Es un vehículo automotor ámbito de privacidad pasible de ser considerado inserto en esta garantía, resguardada celosamente por la Constitución y, por lo tanto, solo pasible de ser franqueada por orden judicial?

Sí, lo es. Como enseña Alejandro Carrió en su obra "Requisas Policiales, Interceptaciones en la vía pública y la era de los standards Light", citada por el pretenso,

"…A partir de las cláusulas constitucionales más relevantes, de las normas procesales reglamentarias de ellas y de algunos principios expuestos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el pasado, es posible pensar que tanto en materia de restricciones a la libertad como de invasiones a la intimidad, nuestro sistema legal exhibe una preferencia por que las decisiones trascendentes en estas áreas queden en manos de los jueces."

Las únicas excepciones que habilitan a la policía a realizar la diligencia sin orden judicial, son los supuestos de suma urgencia o de peligro para los intervinientes, en los que no sería practicable la obtención de la autorización judicial. Los supuestos previstos en el artículo 171 del CPP, no escapan a la reglamentación de la garantía que prescribe que, en estas decisiones, sean los jueces quienes levanten la barrera al propio Estado en materia de intimidad y privacidad de los ciudadanos. Y los automotores sin duda están incluidos en ellos.

El cuarto párrafo del mencionado artículo ordena que siempre se solicite autorización judicial para proceder. Mal puede interpretarse que esta reglamentación solo se refiera al supuesto de los párrafos anteriores, vale decir a la requisa personal, y no incluya al registro vehicular y al de armarios, escritorios, gabinetes u otros muebles cerrados que integran, todos, el mismo artículo.

Si bien el análisis de la ley en este punto puede habilitar a determinar los distintos grados de exigencia para la concesión de la autorización, como lo analizaron los jueces *(el doctor Arguiano a partir de fojas 233, punto I, A, B y C; el doctor Piñeda, a partir de foja 245 vuelta, y la doctora Servent, a partir de foja 254 vuelta, punto I)*, los presupuestos que enumeraron y analizaron para cada tipo de diligencia de registro *(personal, vehicular y de muebles cerrados)*, son los que

debe tener en cuenta la magistratura al momento de conceder la autorización, y no para que el personal policial proceda sin ella. Soy de la idea que los jueces confundieron el presupuesto de una diligencia, con los requisitos para su efectiva y legal materialización.

Con esta idea, en un tan lamentable hecho, debemos decir que el proceder que hasta el momento de la incautación del rodado venía desarrollando el personal policial, se puede colegir que sus funcionarios pudieron haber descansado en la ilegal orden de la fiscal general para llevar a cabo la diligencia atacada. El Ministerio Público Fiscal posee la titularidad de la acción penal, más no el poder de ordenar medidas de competencia jurisdiccional que expresamente le están vedadas *(artículo 18 del CPP)*.

La constatación directa de los antecedentes del caso, que importa la comparecencia de la fiscal general al lugar, debió orientarla a dar cumplimiento a las exigencias del trámite de autorización judicial previstas en el art.176, en función del art.171, quinto párrafo del CPP, pudiendo, a lo sumo, disponer las medidas de vigilancia que estimara convenientes para evitar la sustracción de las cosas que constituyen el objeto de la diligencia, la que sin dudas debió requerir al juez penal en turno. Si la fiscal hubiera estimado que verdaderamente existía urgencia o peligro como para proceder sin esa orden, debió también así haberlo ordenado al personal que comisionó, dando pautas concretas de cómo documentar el acto en el marco de excepcionalidad que nuestra ley prevé. En base a ello, creo que si existe un yerro funcional en el procedimiento que conforma esta incidencia, la he de ubicar en aquella directiva de la funcionaria del Ministerio Publico, que tiñó al procedimiento de irregular.

Por otra parte, no se advierte que el caso bajo análisis hubiera ingresado en las excepciones que la ley

prevé para poder realizar válidamente un registro vehicular sin autorización judicial, como lo son casos de extrema urgencia o cuando corra peligro la seguridad de las personas.

Las placas fotográficas muestran que el arma estaba guardada dentro del rodado, el testimonio del oficial C. R. informa que no se observaba a simple vista, las referencias horarias insertas en la documental, de las que surge que entre el acta de iniciación de la actuación prevencional (18.10 horas) y la realización del registro (20.40 horas) transcurrieron nada menos que dos horas y media, y en su transcurso los imputados ya estaban detenidos y el vehículo se encontraba sin ocupantes, por lo que tampoco se infiere urgencia, ni se halla documentada y fundada su existencia.

Quede claro entonces que los registros sobre vehículos automotores no escapan a la garantía de la Constitución, y la única forma de sortearla es mediante la autorización de un juez.

A. 3 Ahora bien, la querella afirmó en su vista, que el Tribunal ha dado sólidos fundamentos en la propia norma legal para rechazar el pedido de nulidad, y que no existe conculcación alguna de las garantías fundamentales, ni de ninguna disposición procesa1. Agregó que el pedido de nulidad fue inoportuno y extemporáneo, que la defensa consintió la incorporación de dicha prueba en la audiencia preliminar e incluso acordó no citar al testigo civil que participara en la diligencia.

De ello, he de estimar que la estrategia que pudo haber previsto, o acaso la oportunidad del pedido del imputado y su defensor, no se halla alcanzada por límite temporal, por lo que la extemporaneidad invocada para sostener la decisión de los magistrados merece ser desechada.

A.4 Sin embargo, del resto de los argumentos de su dictamen, y tras la deliberación con los distinguidos

colegas con quienes integro este cuerpo, me determinan a que pese a su irregularidad, la diligencia ha sido saneada.

Sabido es que el instituto de las nulidades ha sido diseñado y reinventado en función de evitar que se aprovechen elementos probatorios que, aunque contundentes en algún extremo de la investigación de un caso, hayan sido obtenidos vulnerando grosera e inadmisiblemente alguna garantía consagrada por nuestros constituyentes. Es por ello que la naturaleza de una nulidad es la de una sanción, una sanción legal a un proceder que le quita toda consideración al resultado que se obtenga del mismo, e incluso a los que de él se deriven.

Es por ello que el efecto perjudicial de un acto que se ataca y pretende nulo, debe de haber producido un detrimento concreto y demostrable, ya que no hay nulidades en solo beneficio de la ley, por resguardo de un ritualismo abstracto, o como trilladamente se dice, por la nulidad misma.

Y cuando hablo de reinvención del instituto, me refiero específicamente a los requisitos y condiciones que fundamentalmente desde la jurisprudencia y desde la ley, se han ido desarrollando para que no prospere la práctica de ensayar pedidos por los cuales, bajo el ropaje de afectaciones repugnantes a la Constitución, se dilaten y nulifiquen procesos judiciales.

Así, la ley y los precedentes fueron exigiendo que esta sanción sea declarada a modo de ultima ratio, que previo a su declaración se intente sanear el acto, y también que se analice si fue o no convalidado. Que debe analizarse, ante un planteo nulidificante, tanto la letra de la ley aplicable, como la efectiva y concreta vulneración del derecho que la irregularidad implica. Me detengo en este último principio rector.

Como dice el precedente que citara en su voto el doctor Jorge Pfleger en autos "E., P. F. p.s.a Lesiones

Graves" (expediente N°20429 – E – Año 2006), *"…(E)l principio de trascendencia, que de eso se trata, importa considerar que no hay correctivo si la desviación no tiene trascendencia sobre garantías esenciales de la defensa en juicio, ya que las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieren surgir de la desviación (ver al respecto STJ Misiones 12-12- 2001, expte. 357/ 2000, res. 635 publicado en "Garantías Constitucionales y nulidades procesales- I" Edgardo Donna-Director, Ed. Rubinzal- Culzoni, pág. 569).*

Vinculado a esto, tiene que ver con *"el conflicto entre dos intereses fundamentales de la sociedad: su interés en una rápida y eficiente ejecución de la ley y su interés en prevenir que los derechos de sus miembros individuales resulten menoscabados por métodos inconstitucionales de ejecución de la ley"*, según lo definió la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el caso "Spano v. New York", 360 US 315, 1958 (citado en Fallos 303:1938 Ver Texto , consid. 3; y en Fallos 306:1752 Ver Texto [7], consid. 9 del voto del Dr. Petracchi).

Analizado entonces el planteo del recurso, debo considerar que, como alega la querella, la incorporación del acta de secuestro fue consentida por la defensa, que su intervención fue activa en las pericias realizadas sobre el secuestro, e inclusive que ha convenido en no recibir declaración en el debate al testigo de actuación del procedimiento de registro.

Estas circunstancias objetivas, en consideración del artículo 162 del CPP, no controvertidas por el recurrente, me determinan a estimar que el procedimiento que el pretenso ataca, ha sido debidamente saneado.

El final del último párrafo de dicha norma dice que se entenderá que el acto se ha saneado cuando, no obstante la irregularidad, ha conseguido su fin respecto de todos los interesados.

Ya expliqué por qué considero irregular el acto, y por lo tanto su condición de anulable, a ello agregaré ahora que, del desarrollo mismo de los agravios de la defensa del condenado, se advierte que aquella irregularidad del procedimiento no trasgredió su derecho de defensa en juicio, sino todo lo contrario, le permitió conformar con dicha experticia, una verdadera prueba de descargo a su favor.

El artículo 26 que habla de la legalidad de la prueba, como el 161 del CPP, que establece los principios generales en materia de invalidez de los actos procesales, convergen en un mismo sentido de interpretación, esta es la garantía a los derechos fundamentales de los ciudadanos, y la imposibilidad de valoración de dicha prueba en las decisiones judiciales. Su sentido es claro: sancionar el accionar que perjudique a las personas en procedimientos que violen esas garantías. Pero ese perjuicio debe existir, debe acreditarse, y le debe jugar en su contra, no debe haberse saneado, y en su caso, la resolución a su favor debe determinar una solución distinta a la arribada en la sentencia. En el caso no es así.

Entiendo que el procedimiento atacado si bien resulta de aquellos que, por su irregularidad, es de los anulables, en la especie ha sido debidamente saneado por el recurrente, motivo por el cual no obstante que los argumentos de los jueces en su rechazo son distintos, voto que no hacer lugar al pedido de nulidad de la diligencia atacada desechado.

A la **primera** cuestión el Dr. **Pintos** dijo:

I. En lo concerniente a la reseña del caso, me remito íntegramente a la contenida en la parte introductoria de la presente sentencia, toda vez que ella contiene los antecedentes fundamentales de lo actuado en la presente etapa de impugnación, que deben ser materia de tratamiento en este decisorio; y además, con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.

II. Por razones de orden metodológico, habremos de comenzar el tratamiento del recurso ordinario, por el agravio relativo a la nulidad de la requisa vehicular, y el secuestro del instrumento del delito.

1) En la deliberación hemos coincidido en que la resolución sobre este particular, tomada por el tribunal de juicio, adolece de cierto déficit de fundamentación; sin embargo, en adhesión con el criterio del colega que vota en segundo término, entiendo que de todos modos es posible argumentar a favor del rechazo de este planteo, sobre la base de los principios rectores de conservación de los actos procesales, y trascendencia de las nulidades –con eje en la norma del art. 162, 2° párrafo, última parte, del CPP-.

2) Siguiendo el criterio expuesto en precedentes de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, y que han sido convalidados por la Sala Penal del STJ (cfme. sentencia N° 68/2008, voto del Dr. Pfleger, dictada en la Carpeta Judicial N° 247 de aquella Circunscripción, caratulada "B., C.; R., C. s/ Robo Calificado"), en primer término se destacó que una requisa personal, y un registro de vehículo, constituyen dos actos procesales "material y científicamente diferenciados".-

En el voto referido, sobre el punto, el Ministro recuerda que el art. 171 del ritual, párrafo 5°, dispone que "… se podrá registrar un vehículo, siempre que haya motivos suficientes para presumir que una persona oculta en él objetos útiles vinculados a una investigación preexistente o cuando mediare fuerte presunción de que tales objetos son resultantes de la comisión de un delito o serán empleados para la inminente perpetración de un delito, lo que deberá hacerse constar así… " y finaliza "… En lo que sea aplicable, se realizará el procedimiento y se cumplirán las formalidades previstas para la requisa de personas…".

Este último párrafo se vincula, claramente, con las reglas establecidas para la requisa, en especial aquella que ordena "… Siempre se solicitará la autorización judicial, salvo casos de urgencia y cuando corra peligro la seguridad de las personas. En ambos supuestos se deberá fundar la medida…".

La locución "… en lo que sea aplicable… ", continúa el voto citado, no es feliz, por ambigua o anfibológica. Quizás una mejor técnica legislativa debió especificar los casos en que el registro del automotor pudiera realizarse sin la orden del Juez Penal, para aventar cualquier duda.

Pero debe tenerse presente, además, que la requisa personal importa una potente intromisión en la privacidad de las personas, lo que no sucede con el automotor pues, en la vía pública, esa privacidad está limitada por la propia naturaleza de las cosas y cede, por caso, a ciertas manifestaciones del poder de policía del Estado (v.g. las inspecciones sanitarias realizadas por funcionarios de los servicios de sanidad, o el control caminero que exige, a veces, la apertura del coche o la inspección visual de su interior). Recordemos que este último, ha sido el fundamento utilizado por el tribunal de juicio para rechazar la nulidad.

De manera que ha de atenderse en cada caso, a la conducta de los funcionarios policiales que han procedido, para ponderar el ajuste de esa actividad a la regla. Sobre la base de las pautas expuestas, interpreto que la actuación policial se mantuvo dentro de los límites formales preestablecidos.

Para así razonar, valoro el marco referencial en que se desarrolló la intervención prevencional, y contexto en el que sucedió, todo según la prueba que produjo en el juicio oral y público, tanto documental (actas policiales iniciales), como testimonial (deposiciones de los Oficiales de Policía A. y R., quienes además reconocieron la autenticidad de los instrumentos

públicos de marras); inclusive computando la prueba que se convino en no producir, como el caso del testimonio de F. D. F. – testigo de actuación-.

Sobre el punto, y a título ilustrativo ha de recordase también que en el precedente citado, se dijo "En este contexto, no podría asegurarse que en el interior del rodado no se encontraran elementos interesantes a la investigación, cuya expropiación para la preparación del caso pudiere malograrse con el transcurso del tiempo, o -más grave aún- la posibilidad de que en el baúl del mismo se hubieran escondido cosas procedentes del ilícito o utilizadas para perpetrarlo.

Adviértase, a mayor abundamiento, que la intervención de la Prevención se llevó a cabo en presencia de la Fiscal General, lo que también nos orienta en el sentido de su legitimidad. En consecuencia, los oficiales de la ley procedieron al registro del vehículo fundado en las serias razones que tenían para hacerlo, y que han sido precedentemente expuestas.

3) Sin perjuicio de todo lo expuesto, además pueden aplicarse, en lo que atañe, las mismas reglas que validan la detención en flagrancia, como lo señaló el voto del Ministro ya citado. Sobre el particular, comenzaremos por destacar que existen diversas clases de flagrancia, y más ampliamente, diremos que no existe duda en cuanto a que el sistema procesal "… adopta el criterio de flagrancia en **sentido amplio**, es decir no solo atrapa al que es sorprendido en el momento mismo de la comisión del delito, sino también al que es alcanzado inmediatamente después, y por último también a quien es sorprendido teniendo vehementes indicios de que acaba de cometer el delito".

Es por ello, que la doctrina procesal resume todo el contenido de la flagrancia, a través de dos requisitos que se consideran "insustituibles": a) la inmediatez temporal, que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido instantes previos, y b) la inmediatez personal,

que el presunto delincuente se encuentre en o muy cerca del lugar de los hechos y en directa relación con el objeto o instrumentos del delito, lo que evidenciaría su participación en el acto delictivo" (cfme. el artículo titulado: "Facultad policial frente al delito flagrante", de Hugo Antolín Almirón, publicado en la sección "Actualidad", de la Revista de Derecho Procesal Penal, edit. por RubinzalCulzoni, año 2014, tomo 2013-2, "Vías de impugnación en el proceso penal …", volumen II, págs. 687 y ss.).

Además, merece citarse también la opinión de este autor, cuando más adelante en el mismo trabajo, explica que uno de los elementos configurantes de la flagrancia, es la denominada "actualidad del hecho"; el cual está referido, específicamente, a la percepción sensorial directa e inmediata del hecho delictivo -o constatación-, que haya tenido ya sea el personal policial interviniente o un particular -incluyendo a la propia víctima-, y que se califica como "necesaria" para legitimar una aprehensión *in fraganti* (ibídem).

Otro de los requisitos de la flagrancia es la "individualización del causante", que requiere tanto "inmediatez temporal" cuanto "personal o espacial"; acerca de la cual se enseña que: "… si se ha sorprendido a una persona (…) en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito, necesariamente el presunto autor debe encontrarse en las proximidades del lugar de comisión del delito y en una relación tal con el objeto e instrumentos utilizados que evidencien su participación en el mismo. **No** se considera incompatible con la exigencia de inmediatez personal, y así es **generalmente admitido también** como supuesto de detención en flagrancia, el hecho de que la aprehensión material del autor se produzca después de una persecución iniciada inmediatamente a continuación de apreciarse la comisión del hecho delictivo, **incluso** estando ya lejos del lugar de los hechos y transcurrido un tiempo desde el

descubrimiento de la comisión. En todo caso, la persecución del sorprendido en flagrancia debe haberse iniciado inmediatamente después del descubrimiento de la comisión del delito, estando el delincuente aún en las proximidades…" (ibídem, el destacado me pertenece).

Para concluir el autor, incluyendo dentro de las "Clases de flagrancia", el supuesto de "Identificación posterior del hecho punible de terceras personas", en el cual el autor "… ha huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de este y es encontrado inmediatamente de producido el hecho punible". Propuesta que "…constituye una **forma más concreta de flexibilización** de la dimensión personal de la flagrancia delictiva (es obvio que lo es **también de la dimensión temporal**) y constituyen otros elementos de prueba que registran o informan de la **comisión cercana** de un hecho punible. Así, la versión del agraviado, la versión del testigo o la captación de imágenes de medios audiovisuales" (ibídem, el destacado me pertenece en todos los casos).

4) A modo de síntesis de todo cuanto se ha venido exponiendo en esta cuestión, aprecio en el marco concreto de la intervención que le cupo a las autoridades prevencionales, que ha existido una continuidad ininterrumpida, desde la comisión del hecho hasta la requisa vehicular; y si bien es cierto que puede llamar la atención, el punto relativo a los horarios -desde que aquella diligencia se practicó dos horas con treinta minutos después, que la primera actuación-, la declaración testimonial del funcionario de la Policía científica (A.), revela claramente que las tareas de rastrillaje, levantamiento de rastros, etc., por lógica consecuencia, han debido consumir un lapso considerable, dadas las características y superficie del terreno.

Es decir, no ha existido una demora entendida como falta o irregularidad, sino que la labor prevencional demandó una cantidad de horas, que motiva la secuencia temporal; extremo que autoriza a aplicar los conceptos teóricos ya citados precedentemente, en torno a la flexibilización de la hermeneútica del instituto procesal de la flagrancia, y en definitiva conduce a la operatividad del art. 162 CPP citado, con efecto de saneamiento (por haber logrado "el acto" conseguir "su fin respecto a todos los interesados").

A esta altura del proceso, además, resulta necesario para proveer favorablemente un pedido de nulidad, como el que interesa la Defensa de O. N. –y que podría extenderse a todo el juicio, por sus consecuencias-, que se demuestre la existencia de un agravio constitucional, y luego que tal gravamen le ha causado a la parte, con seguridad, un perjuicio real de tal entidad, que justifica la grave sanción. Sobre el particular, recordemos que la Corte Suprema estadounidense a través de la doctrina del caso "Chapman vs. California", de 1967, determina que un error constitucional puede no ser perjudicial (*harmless error*).

Entiendo que esto último es lo que ocurre en el presente caso, teniendo en cuenta que aquel secuestro practicado en los inicios de la investigación, fue luego utilizado para realizar otras pruebas, incluso a favor de los intereses de la Defensa; que las partes introdujeron a su vez, posteriormente, integralmente al debate, ejerciendo ampliamente el principio de contradicción en torno a ellas.

III.- Por todo lo expuesto, sumo mi voto por la negativa a la cuestión planteada.

A la **segunda** cuestión **el Dr. Defranco dijo:**

1. Habiéndome expedido sobre la nulidad del registro vehicular y de la extracción del proceso del

arma incautada, será necesario establecer, tal como ha sugerido el defensor L. T. en su escrito de agravios, si han quedado huérfanas las acusaciones, no pudiéndose sostener que la incautada haya sido el arma que disparó el proyectil, *"siendo que no hay un canal independiente de prueba, queda huérfana toda afirmación de que esa arma fue la usada."*

2. Por el contrario, de la lectura de la sentencia impugnada surge claramente que han valorado los jueces del caso, para sostener la autoría de O. N., otras y variadas pruebas, amén del secuestro defectuoso.

a) En efecto, se han valorado, en primer término, los propios dichos del sindicado cuando reconoció ser quién disparo ante la prevención instantes después de ser anoticiado de los motivos de su demora, tal como el Comisario Inspector F. G. dio cuenta en el en el debate (pista 2, audio día 4/8/2015), reseñado ello en los votos de los Jueces Arguiano (fojas 236 vta.) y Servent (fojas 256 vta.).

b) También así lo manifestó en la audiencia de debate (pista 33 de audio, consignado en acta de fojas 205), remitiéndose a su "declaración indagatoria" y que mantenía sus dichos (en realidad audiencia de control de detención del día 22 de diciembre, cuya acta luce a fs.74/77).

Este dato tenido en cuenta por la jueza Servent (a fojas 259 vta.) cuando afirma que "*tal manifestación fue reiterada en la audiencia de control de detención de fecha 22 de diciembre de 2014, ratificada en el debate, cuando dijo que* 'todo lo que se dijo es correcto…' *pero* 'que no hizo el disparo hacia el chico P., que si hubiera visto o escuchado en algún momento que había un vehículo jamás hubiese hecho ese disparo, que le tiró a los guanacos y estima que una bala ha pasado…'".

c) A más de ello, han tenido en cuenta los magistrados las explicaciones de su hijo, E. N., quien

relata desde dónde y cómo efectuó los disparos su padre. Tal como el Juez Piñeda consigna a fojas 249.

Aquí el Juez Arguiano también tiene en cuenta esta declaración (fojas 236 vta.), concluyendo, en forma lógica, que *"del análisis de esta declaración y la reconstrucción... en el lugar de los hechos surge que ambos imputados se conducían en la cabina de la Ford Ranger... que en el momento en que divisan los dos guanacos el vehículo registraba una trayectoria NNOSSE... que el primer disparo que es el que no impacta en el camélido se había efectuado desde el punto E; que secuencialmente el segundo, sería el efectuado desde el punto D y el tercero desde el punto C..."*.

3. En definitiva, han evaluado en forma correcta las pruebas producidas tanto acerca de la materialidad del evento –no controvertido en absoluto-, su mecánica y la autoría en cabeza de O. N..

Han llegado a idéntica conclusión consistente en que el disparo mortal tuvo lugar desde el punto E de la foto satelital agregada a fs.81 del LPF, cuya distancia peritada es de 935 metros, lugar desde donde se recuperó la primer vaina servida, resultando probado que fue O. N. quien realizó ese disparo, mientras su hijo conducía la camioneta.

A la **segunda** cuestión el Dr. **Barrios** dijo:

A. A la segunda cuestión, corresponde analizar los elementos valorados por los jueces en la sentencia para arribar a un estadio de certeza.

Como obertura diré que el secuestro de la escopeta Máuser 308 y las conclusiones de las pericias efectuadas sobre ella, el testimonio del joven D. M. la actuación policial que concluyó en la detención de los imputados, las pericias de cotejo de los proyectiles extraídos del cuerpo de la víctima (por parte del Dr. A. H. en la

operación de autopsia) y de uno de los animales que se encontraban sin vida en la caja de la camioneta Ford Ranger 4x4, dominio *** ***, como así también las diligencias de rastrillaje y levantamiento de rastros y vainas efectuadas por el oficial R. y el comisario C. O. A., constituyen evidencia de suficiente contenido incriminante para uno de los encartados.

Como se verá en el desarrollo de este voto, existen ciertas observaciones que hacen a la valoración de la prueba producida en el debate con la ponderada por este vocal, que redundará en una diferente calificación jurídica, y con ello distinta suerte para cada condenado.

Por ello, como el análisis de esos puntos se relaciona con los que constituyen la tercera cuestión, los desarrollaré al responderla, evitando con ello reiterarlos innecesariamente.

A la **segunda** cuestión el Dr. **Pintos** dijo:

Breve consideración sobre la autoría del acusado O. R. N..

La sentencia se encuentra bien fundada en el punto, la impugnación no logra desvirtuarla, en primer lugar porque tal como lo pone de resalto el colegiado de juicio, todo lo relativo a la autoría no había sido materia de (contra) prueba en la audiencia de debate, por parte del defensor de O. N. (me remito al apartado III del 1er. voto, pág. 33 de la sentencia, foja 236; y también el III del voto emitido en 3er. orden, pág. 80 de la sentencia, foja 259 vta. de la Carpeta judicial, no transcribo en homenaje a la brevedad).

Por lo demás, pacíficamente, hasta este momento final de la audiencia del art. 385 del CPP, la posición del acusado O. N. transitó siempre por la admisión de autoría; así lo corroboraron los testimonios del Oficial M. L. N., y C. Á., y la propia defensa material del coimputado E. N., tanto en el juicio oral y público, como en la diligencia de reconstrucción del hecho, que

encuentra asimismo corroboración en prueba científica independiente (ibídem).

Frente a este panorama, resultan insuficientes las solitarias -en el sentido de carentes de corroboración probatoria- palabras finales del imputado, en la etapa de impugnación ordinaria, como para modificar el cuadro probatorio reseñado. En efecto, si bien es cierto que nuestro ordenamiento ritual contempla la producción de prueba durante el trámite del recurso, y luego, en su caso, que en calidad de "prueba parcial", la misma se integre con la revisión de la prueba ya incorporada previamente en el juicio; en el presente, como se adelantara, las manifestaciones del imputado O. N. no alcanzan entonces resultan inidóneas para obtener aquel carácter, "de nueva prueba parcial", y modificar el plexo cargoso en su contra, según lo que surge de la audiencia de debate –que respeta plenamente el principio de inmediación entre prueba y decisión-.

Voto por la negativa en la presente cuestión.

A la tercera cuestión el Dr. Defranco dijo:

1. En cuanto a la subsunción legal del caso, la mayoría del Tribunal de Juicio (Jueces Arguiano y Piñeda), entendió que el suceso ocurrido el día 9 de diciembre de 2014, alrededor de las 17 horas, en la zona denominada "E. S.", a unos ocho kilómetros de la localidad balnearia Playa Unión, del municipio de Rawson, del que resultó la muerte de E. P. P., debió calificarse como Homicidio Simple con dolo eventual, respecto de O. R. N., quién efectuara el disparo mortal contra la humanidad de aquél, mientras que respecto a su hijo, E. A., debía calificarse como Participación Primaria en el mismo ilícito que su padre.

Por su parte, en disidencia, la Jueza Ana Laura Servent, entendió que el caso debía encuadrarse en el injusto previsto por el art. 84, C.P., esto es Homicidio culposo, mientras que propuso la absolución del joven E.

por entender –acertadamente- *"que el delito culposo no admite la posibilidad de participación alguna".*

2. El primer integrante de la mayoría da razones de su afirmación. Indica que "*tras la exposición que precede, no queda margen para sostener razonablemente el dolo homicida que se ha imputado, pues no se han hallado los presupuestos elementales que permitan afirmar que tal designio fuera el intencionalmente perseguido por el aquí imputado.- Sentado ello he de ingresar ahora al análisis de la modalidad en que el imputado prohijó la conducta atribuida y en este marco es dable recordar que en un hecho determinado, el elemento subjetivo del tipo abarca diversos grados que van, desde la infracción culposa simple, la culpa consciente, el dolo eventual y finalmente el dolo directo, aspecto este último que como quedara dicho, no ha sido la configuración subjetiva del imputado…"*

Ya concretamente, sentencia que "*…si bien consecuente con lo expuesto, cabria pensar que en el caso podría asignarse al imputado un acción enmarcada en la culpa conciente o con representación, ...ello no es así pues en el caso se ha operado un arma de fuego de gran alcance en el lugar y condiciones señaladas, lo cual exorbita del dominio del agente el curso causal emprendido, es decir su capacidad de desviación del resultado …que desde su vasta experiencia en la actividad de caza y condición de ex funcionario policial, no puede ignorar que una vez expelido el proyectil se halla a merced de múltiples factores que hacen impredecible su derrotero, viento, densidad del aire, polvo en suspensión, roses, rebotes, en resumen, un sin fin de vicisitudes que exceden la voluntad y capacidad de neutralización del disparador y por tanto desde estos conocimientos resulta imposible a mi ver que en el trance no hubiera una mínima previsión, una mínima representación de un posible daño a terceros y la*

conciencia de estar fuera de su alcance el curso de la acción emprendida.

3. El Juez Piñeda dice, a fin de desterrar el dolo directo, que: *"…con respecto al dolo directo propuesto, no tiene sustento con las pruebas reunidas y que se materializaran en las audiencias de debate. El dolo directo se lo puede conceptualizar como la voluntad del autor de realizar la conducta típicamente antijurídica. Doctrinariamente se lo describe como* "querer el resultado".

Luego, para fundar su opinión acerca de la existencia de dolo condicionado dice: *"Por todo lo antedicho, el imputado O. N., ex miembro de la Policía del Chubut, con treinta años de servicio, además cazador de vasta experiencia en las características del arma que utilizó, no podía desconocer su poder vulnerante y por sobre todo el rango de tiro y alcance de la misma. Recuérdese que efectuó tres disparos, el primero hacia el mar. Téngase en cuenta la distancia de donde efectuara el disparo y la explicación de su hijo del porqué disparó de esa manera y el efecto que provocó en los guanacos; para luego efectuar los dos restantes disparos hacia los guanacos a una distancia no mayor de 150 metros, que dio en el blanco desde adentro de la cabina de la camioneta con el vidrio bajo. Aquí el punto principal es el alcance del fusil utilizado, más allá de los doscientos metros como estaba calibrada la mira telescópica.- Amen de lo dicho, el lugar que fuera descripto anteriormente conocido como E. S., es un sector donde los visitantes realizan distintas actividades, ya sea de esparcimiento, recreación, deportivas etc., que son de conocimiento público y que en ese momento E. y sus amigos estaban en una especie de playa de estacionamientos en la parte alta e inmediatamente en cercanías de la playa del mar, por las características del terreno."*

Por último, remata su pensamiento con la frase: *"Se debe considerar la actividad emprendida en el lugar y*

modo en que se realizó, que pudiera tener como mínimo una previsibilidad del resultado, sin que ello operara en dicho evento como freno inhibitorio de su designio que, por la razones ya expuestas no trasunta el dolo directo y homicida, sino la eventual representación del resultado dañoso".

4. Ahora bien: adelanto desde ya, a fin de facilitar la lectura de mi sufragio, que no es dable sostener tal calificación jurídica por lo que sugeriré al pleno la adopción de la misma subsunción jurídica que diera al caso la Jueza Ana Laura Servent, aunque por otro camino dogmático y con algunas consideraciones previas que no puedo soslayar, atento haber sido planteadas por la defensa tanto en los alegatos del juicio como en el escrito de impugnación –ver fojas 282 vta./283-.

5. Como cuestión previa, es preciso verificar si, con la adopción de la calificación jurídica que estimo adecuada, Homicidio culposo –art. 84, C.P.-, no se afectó en la sentencia el principio de coherencia entre la acusación y la sentencia y, con ello, la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Así lo ha sugerido la defensa en los alegatos finales del debate. En efecto, ha dicho el letrado L. T., oponiéndose a la acusación de la querella, que *"una misma base fáctica no puede dar para un dolo directo, un dolo eventual y por ultimo un obrar culposo, son tres conductas totalmente diferentes que tengo que describir al imputado para que se defienda"*.

Pero que no se ha descripto acabadamente, por faltar los elementos imputativos distintos a la acción y el resultado, la plataforma fáctica a partir de la cual se pudiera subsumir la acción en el delito imprudente, no menos cierto es que, a mi criterio, no puede aseverarse que se haya violentado la posibilidad de defenderse.

Por el contrario, ya desde la acusación presentada por la querella –fojas 98 vta. de la carpeta-, surgía

como acusación "subsidiaria" que "*la conducta descripta en el acápite correspondiente a los hechos… es la prevista y reprimida por el art. 84 del código de fondo, es decir la de Homicidio Culposo…*"; que al inicio del debate, en la exposición de las teorías iniciales, el mismo defensor admitió –hoja 4 del acta de debate, pista 1 del día 3/8- que "*…en el mejor de los casos, lo que eventualmente podía discutirse en esta audiencia de debate era la existencia o no de una figura culposa que a esta altura va a pasar a ser anecdótica desde el momento en que no se presentó de esa manera… al momento de presentar el caso ha desistido de la misma y es que exclusivamente se ha decidido e inclinado por la figura dolosa…".*

A ello, la querella responde que en sus oportunidades endilgó ambas cosas, que no es una cuestión que no vaya a debatirse y que no ha desistido de la acusación alternativa.

Inmediatamente, el Presidente del Tribunal de juicio, "*entiende que esta argumentación podría llegar a ser en el alegato de cierre, de que la querella intentara mutar o cambiar algún tipo de circunstancia puntualmente…"*, mientras que, en las postrimerías de la audiencia, luego de los alegatos de sendos acusadores, el Presidente advierte a la defensa del planteo subsidiario que se había insinuado en la apertura, dando oportunidad a las defensas de abrir marco probatorio, a lo que los letrados expresamente se oponen.

6. Es cierto que "(p)*ara que se conmueva la garantía constitucional de defensa en juicio, es necesario que se haya producido una mutación esencial entre el hecho intimado y la base fáctica contenida en el documento acusatorio, con el hecho juzgado, produciéndose un menoscabo en la facultad de la refutación por parte de los imputados. Tal perjuicio sólo concurre cuando la diversidad fáctica le restringe o cercena la factibilidad de presentar pruebas en su*

interés o si la diversidad comprometió la estrategia defensiva (Ledesma, Ángela Ester; "Principio de congruencia en el proceso penal. Reglas aplicables") y que *"…la correlación entre acusación y sentencia no es utilizada como sinónimo de identidad o adecuación perfecta en toda su extensión, no se extiende más allá de los elementos fácticos esenciales y de las circunstancias y modalidades realmente influyentes en ellos hasta el punto que la defensa haya podido ser afectada si la sentencia condenatoria se aparta de ese material…".*

En el caso, ya conocía la defensa la posibilidad de la calificación alternativa deducible ello de la invocación del *nomen iuris* desde la acusación, sobre cuyas circunstancias se debatió ampliamente en debate; nuevamente advierte la querella sobre el punto al inicio del juicio; advierte el Tribunal acerca del posible cambio de calificación invocando el art. 322, último párrafo del ritual, atribución no aceptada por la defensa.

De todo ello, estimo que no ha sido sorpresivo el cambio de calificación, ha podido defenderse de la imputación, el mismo defensor ha admitido dicha posibilidad –aunque la descartó por improcedente- y hasta el mismo imputado, a fin de eliminar el componente doloso de su accionar, ha dicho que, precisamente, *"…todo lo que se dijo es correcto, salvo que el no hizo el disparo hacia el chico P., que si hubiera visto o escuchado en algún momento que había un vehículo jamás hubiese hecho ese disparo, que le tiró a los guanacos y estima que una bala ha pasado…"*, lo que significa que estaba advertido de los elementos imputativos comunes con ambas formas de homicidio: el resultado y la acción.

7. Ya en la tarea, por fin, de subsumir jurídicamente la conducta de O. N., y aunque por otro sendero dogmático que el recorrido por la minoría del fallo recurrido, he de decir que, previo a toda

consideración del aspecto subjetivo del tipo, es menester comprobar la tipicidad objetiva del suceso investigado. Para ello, es necesario verificar que se presenten en la realidad los requerimientos del tipo objetivo sistemático para luego verificar la conglobación con el resto del ordenamiento jurídico, a través de la lesividad y la dominabilidad como pertenencia al agente.

"La construcción de la tipicidad objetiva no debe perseguir solo la función de establecer el pragma típico sino también la de excluir su tipicidad cuando no media conflictividad como requisito o barrera infranqueable a la irracionalidad del poder punitivo, toda vez que de no existir la conflictividad como carácter del pragma típico no sería tolerable ningún ejercicio del poder punitivo (art. 19 CN)" (ZaffaroniAlagia-Slokar; Derecho Penal, Parte General; Ediar, Bs. As., 2000, pág. 483).

Afirmada la lesividad, en el caso, por exceder el resultado cualquier supuesto de atipicidad conglobante, es necesario recordar que *"(n)o hay posibilidad de conducción o gobierno de un curso causal cuando no es posible dirigirlo hacia la producción de una mutación más o menos determinada del mundo físico. Sólo es posible atribuir un hecho como propio del autor a* ***título doloso*** *cuando el autor proyecta un programa o plan racional, conforme al cual calculó que se desarrollaría la causalidad y puso una causa necesaria para su éxito (sin la cual el plan no habría podido realizarse),* (ob. cit., pág. 508).

Entiendo que es por este sendero por el que debe resolverse el caso, recordando también, para responder acerca de la existencia de *dominabilidad* (como paso previo para adentrarse en el tipo subjetivo) que un *"programa o plan racional se elabora en concreto y sólo conforme a la configuración particular (plan concreto del hecho) puede establecerse el dominio. En ningún caso el dominio se deduce directamente de la fórmula*

esquemática legal (tipo) que necesariamente es abstracta: en la vida no se dan acciones abstractas de homicidio o de robo, sino que el tipo sirve para captar acciones concretas de matar o de apoderarse de ciertos modos particulares y conforme a planes determinados". (ob. cit., pág.508).

8. Y aquí es necesario responder al interrogante que dará solución al presente caso. ¿Puede aseverarse en forma certera que nos encontramos ante un suceso *dominable*? De las proposiciones fácticas tenidas por ciertas en la sentencia, no es posible afirmar tal aserto sin albergar una duda razonable.

Revisemos el documento. La mayoría ha dicho, repetidas veces, que *"...ha quedado acreditado que la distancia del disparo oscilaría entre el punto E, D y C… distante del punto de impacto a 935, 836 y 735 mts. respectivamente… es decir que como mínimo este sería de 735 mts."* (del voto del juez Arguiano, pág. 238, punto 1). Ha dicho el juez decano que *"…desde una distancia de 795 mts. (sic)… coloca el objetivo fuera de la mira del tirador…"* (ídem, punto 2); que *"…el proyectil impacta con muy escasa energía cinética, es decir con su último impulso…"* (foja siguiente, punto 3) y que *"…desde el lugar de impacto… solo es posible divisar la parte superior del objeto a hacer blanco, (el casco), si el tirador se ubica 'apoyado sobre estribo lado conductor'… o 'parado sobre estribo con apoyo en techo…"*, posibilidad que debe ser descartada ante la versión de E. N., a quien consideran creíble en la narración del devenir de los hechos, en punto a que los disparos fueron desde dentro del habitáculo.

Ha dicho el juez líder de la votación que los tiradores certificados del GEOP *"…tras realizar aproximadamente 50 disparos con el arma secuestrada y munición del mismo calibre y marcas, no pudieron acertar en el blanco…"* (fojas 239), recuerda los dichos del Comisario M. Á. G. quien dijo con respecto a la capacidad

de acierto que *"…sería excepcional, un ejemplo burdo tal vez pero si en esta sala ponemos un blanco y cada uno de los que estamos acá nos tapáramos los ojos y todos tirásemos un dardo y alguno puede pegar pero sería excepcional…"*, y que, por último, citando al Comisario V. M., *"…ese calibre no admite una garantía de tiro con una precisión mas allá de los 400 o 500 metros…"* (fojas 239, punto 9).

9. También el Juez Sergio Piñeda, ha considerado similares probanzas para desterrar el dolo directo del autor. Ha traído la experticia nro. 10/15 para decir que *"…conforme características del arma y accesorios (mira) los mismos no son aptos para tiro de precisión… que dentro de lo excepcional seria extraordinario lograr un impacto de las características presentes en un intento…"*; agrega que *"…a esa distancia no puede realizarse un tiro de precisión, tal lo afirmaran el personal policial integrante del GEOP, como los peritos actuantes. En ese sentido se expidieron en primer lugar por el tipo de fusil, su antigüedad, las reformas sufridas su caño, culata, mira telescópica y munición, adaptadas al llamado tiro deportivo y no de precisión e hicieron las diferencias de todos estos elementos, para la realización del último tipo de tiro mencionado…".*

10. La minoría, a fojas 262, no solo establece que el disparo, según lo que acreditó el Tribunal fue a 935 mts., y no a 795 (sic), sino que sentencia que *"…solo de una forma excepcional podría haber acertado de un disparo. Ni miembros del grupo especializado de la Policía podrían haberlo hecho…".* De esto concluye, correctamente, que halla *completamente desmesurada e inexistente la postura sustentada por la Fiscalía respecto de que se hallaría configurado el dolo directo en el caso*, adentrándose en el análisis de las conductas en el marco del delito culposo.

11. A ello debo decir, apelando a la categoría de la tipicidad conglobante, que, antes que averiguar la

existencia del aspecto subjetivo del tipo doloso, es necesario agotar la afirmación de la existencia de la tipicidad objetiva y ella *"…presupone la existencia de un sujeto con la posibilidad objetiva de dominar el hecho (dominabilidad), pues de lo contrario no puede concebirse una autoría dolosa. Esto implica que un observador aseveraría la existencia de un plan concreto que se dirige a la producción del resultado…"* (ob. cit., Pag. 509).

De todo esto surge como *primera regla* de este principio que "*los cursos causales que, en el actual estado de la ciencia y de la técnica, no pueden ser dominados por nadie, no eliminan el dolo, sino que ni siquiera tiene sentido preguntarse por el dolo, dado que en el tipo objetivo no aparece un curso causal capaz de ser dirigido en medida humana.* Se trata de casos en que la causalidad es explicable *ex post*, como resultado de conocimientos disponibles, pero que una causalidad sea explicable no implica que sea dominable" (ob. cit.).

A no dudar, este suceso fatal, de inconmensurable afectación del bien jurídico y solo explicable *ex post*, no es dominable –aunque previsible- por nadie. Resulta evidente que desde los datos consignados en la sentencia el disparo fue realizado a una distancia de aproximadamente 900 metros del blanco –a estar a la acreditación que desde allí fue el primero y letal disparo-, admitiendo por hipótesis que la distancia fuera de 735 mts. También resultó acreditado que fue hecho con una mira telescópica fijada en 200 metros, con cartuchería de baja calidad y hacia un blanco que ni siquiera pudo asestarle un tirador especializado ("sniper") de la Policía, luego de cincuenta intentos (tal como tuvieron en cuenta los jueces) incluso tomando como referencia una cruz de grandes dimensiones que no estaba en el lugar el día de los hechos.

Que fue calificado el hecho de dar en el blanco como *"excepcional dentro de lo extraordinario"*, que solo por

azar terminó con la vida de E., sumado a ello el informe del servicio meteorológico que, a fojas 21, informo sobre vientos de por momentos entre 50 a 74 km/hora, calificados como "temporal".

De todo ello, no puede decirse –con el grado de certeza requerido en esta etapa- que un tercero observador pueda entender que nos halláramos ante un plan concreto de matar.

12. Dicho esto, no es posible entonces aseverar la existencia de la tipicidad objetiva dolosa, por ausencia de dominabilidad, pero nada excluye que exista la imputación culposa de la acción, tipos estos que admiten también que exista dominabilidad del hecho, casos en los que un tercero observador aseveraría la existencia de un plan criminal, que no se concreta en el tipo subjetivo por que el agente no asumió el dominio. "*Serían los casos de culpa temeraria, únicos en los que puede discutirse si se trata de ésta o del dolo llamado eventual"* (de la obra citada, pág. 511).

Pero, al no existir dominabilidad, no solo debe descartarse el tipo doloso (directo o de intención), sino también, por ausencia de posibilidad de dominio, el dolo eventual (y por supuesto, la culpa con representación).

En efecto, con la tipicidad conglobante los problemas de diferenciación entre aquel dolo condicionado y la culpa con representación se simplifican, pues no puede plantearse ninguna duda entre ambas si no hay tipicidad objetiva conglobante en la forma de imputación (dominabilidad del hecho): "*si un tercero observador no afirmaría en el caso que existe un plan dirigido a producir el resultado típico, no es admisible plantear la duda*" (obra citada, pág. 526).

13. Ello significa que, más allá de los distintos y arduos senderos que ha tomado la doctrina para conceptualizar primero, y distinguir luego, al dolo condicionado o eventual de la culpa conciente, es la

imputación al tipo objetivo, a través de la dominabilidad, la que soluciona el problema, al dotarla de mayor simplicidad.

Del ámbito de la duda se excluyen las producciones del resultado en donde no existe la dominabilidad del hecho en el tipo objetivo: se trata de supuestos en los que sólo podría llegar a haber culpa. Son los casos de culpa no temeraria que, en consecuencia, quedan excluidos de la discusión desde la misma tipicidad objetiva. *La duda se plantea, pues, sólo entre los supuestos de culpa consciente temeraria y los de dolo eventual, siendo* excluidos desde el tipo objetivo los supuestos de culpa consciente no temeraria.

14. De aquí, a llegar a coincidir con el sufragio de la minoría de la sentencia atacada, hay un breve trecho. En efecto, descartada la *dominabilidad* (única forma de la imputación al tipo objetivo de los delitos dolosos y de la culpa temeraria consciente), es menester verificar en el caso la creación de un peligro prohibido a través de la violación de un deber de cuidado.

En este sentido, he de compartir la apreciación de la Jueza Servent, quien ha dicho en lo sustancial que *"...El núcleo del tipo de injusto del delito imprudente consiste por tanto, en la divergencia entre la acción realmente realizada y la que debería haber realizado en virtud del deber de cuidado que objetivamente era necesario observar...* (y que) *...en definitiva, deberá establecerse si la conducta de O. N. fue producto de la violación de cuidado a su cargo -la que podría ser considerada imperita o negligente según el caso-, y si acaso se resolviera en forma positiva debería arribarse finalmente a su condena...".*

Analiza la prueba rendida en el debate y afirma que *"resulta indiscutido que disparar con un arma de fuego resulta una actividad que implica generar un riesgo para bienes jurídicos como la vida, por lo que le era exigible al cazador que tomara los recaudos necesarios para*

impedir la producción de un letal resultado. Debió conocer que con su conducta creaba un riesgo al bien jurídico vida mencionado..." (ver pág. 87 de la sentencia).

En ese marco, colige, *"son desaprobadas todas aquellas conductas que exceden el riesgo permitido, lo cual cobija no sólo aquellas actividades que han sido desplegadas a pesar de ser socialmente prohibidas, sino también las que siendo toleradas han sido ejecutadas sin la observancia de las normas de cuidado previamente establecidas para la minimización del riesgo".*

15. Finca la actuación antirreglamentaria en el hecho que *"la temporada de caza de guanacos al momento del hecho estaba vedada, ya que sólo se autorizaba desde el primero de abril al 31 de julio del año 2014"*, lo que no puede compartirse, por cierto, puesto que no resiste el análisis del nexo de determinación en concreto, dado que la veda se establece para protección de la especies y no de las personas.

Pero si es de subrayarse que *"se probó que son personas de la zona, por lo que tampoco podían desconocer que cerca de la costa circulaban personas desarrollando diversas actividades recreativas...* y que *...el cazador no* (tomó) *los recaudos debidos respecto de la ausencia de personas que pudieran estar en riesgo..."*

Remata su sufragio sentenciando correctamente que *"esta falta de previsión de lo previsible, sumado a la falta de precaución acerca de la naturaleza de lo que hacía o de su resultado posible, ya que se encontraban concentrados en el blanco móvil que configuraban los guanacos, constituye sin duda, una imprudencia o falta de cuidado. La inobservancia de las normas de cuidado objetivo finca en no haberse comportado el legitimado como un hombre razonable, diligente y prudente, puesto hipotéticamente en iguales situaciones por las que atravesaron los acusados. Debieron sin dudas, cerciorarse previamente de que no hubiese persona alguna*

que estuviese al alcance de tiro del arma, la que tenía un alcance de 4000 mts según el perito y era conocida por ellos ya que E. N. poseía autorización para su uso. Así alguien diligente debió tomar tales recaudos.

"Por ello sin ninguna duda la conducta de O. N. violó el deber de cuidado a su cargo ya que nunca debió disparar su arma de fuego para cazar guanacos sin asegurarse que no hubiese personas en la línea de tiro ni en las inmediaciones y así cabe calificar su comportamiento culposo en la modalidad de la imprudencia, ya que sabía perfectamente que su obrar llevaba consigo un peligro, y las reglas de la prudencia indicaban que no debía llevar a cabo dicha conducta sin tomar los recaudos mencionados… así la acción imputada y comprobada encuadra en la figura típica penal de Homicidio culposo reprimida por el art. 84 del CP...".

17. Transcriptas las consideraciones más salientes del voto de la minoría, por compartirlas en un todo en el planto teórico y que a la vez se corresponden con todo el plexo normativo reunido en el debate, debo decir, nuevamente, que esta es la solución correcta del caso.

Recuérdese que esta es, en síntesis, la teoría del caso del imputado mismo, cuando, en la audiencia de control de detención ya aludida manifestó que *"...si hubiera visto o escuchado en algún momento que había un vehículo jamás hubiese hecho ese disparo, que le tiró a los guanacas y estima que una bala ha pasado..."*, lo que en términos dogmáticos implica descartar la intención homicida para situarse en la posible imprudencia de su accionar.

E. N. introdujo, como dato no controvertido, la habitualidad de los imputados de ir a cazar guanacos a esa zona, más que nada para alimentar los perros.

A la pregunta del abogado R. en la audiencia de debate: *¿pudo en algún momento a título de culpa el señor O. N. saber el resultado de su acción, la consecuencia del disparo? ¿Que la bala recorrería 795 y mataría a ese*

muchacho? No señor. ¿Se podía prever?, debo contestar que si, efectivamente, era previsible. Porque resulta acreditado que el arma en cuestión tiene un alcance de 4000 mts. y, a la vez, es de público conocimiento que en dicho lugar se desarrollan tareas recreativas.

"No fue un disparo a la o las presas, en primer lugar por lo dicho por su hijo en su declaración; porque pericialmente se determinó la imposibilidad que llegara el proyectil a la zona de estacionamiento vehicular, si se hubiera apuntado a un guanaco, pues como dijera el Licenciado A. el proyectil errando el disparo sobrevolaría cien o doscientos metros y caería en tierra por la elevación del terreno…" (del voto del juez Piñeda, pág. 65); por el contrario, fue un disparo alto, con una elevación de ocho grados hacia arriba, en dirección al mar; *"el primer disparo fue efectuado cuando los guanacos corrían de Oeste a Este, en dirección a la playa"* (voto jueza Servent, pág. 83).

En definitiva, reitero, entiendo que corresponde suscribir sin más la subsunción legal que al caso a otorgado la minoría del fallo atacado, esto es, Homicidio culposo del art. 84 del C.P.

17. En cuanto a la situación procesal del coimputado E. N., quien fuera condenado por la mayoría por su participación en Homicidio Simple, a tenor de los arts. 46 y 79, Cód. Penal, ha de decirse que atento la calificación que por unanimidad se sostiene en este fallo respecto al causante de la muerte de P., mal puede confirmarse tal calificación.

Ya desde Welzel (1956:119) se sabe que para exista complicidad *"…la calidad criminal del hecho principal es necesario y suficiente, que sea doloso y antijurídico, sin que precise ser culpable"* y que *"aunque la accesoriedad limitada no exige un hecho principal culpable, presupone, sin embargo, un hecho principal antijurídico* ***doloso****…* (y una) *aceptación de una*

complicidad al hecho principal no doloso subvertiría la situación real. Esto demuestran igualmente los ejemplos ya citados de los delitos especiales. Independiente de ello, quien a sabiendas ayuda a un actuante no doloso, es autor mediato, pues él tiene el dominio final del hecho sobre el resultado, porque aprovecha dolosamente la no dolosidad del intermediario para lograr la producción del resultado…"

Y aunque "…l*a participación culposa en un hecho ajeno, afirman Maurach y Gossel, es tan imaginable como la participación dolosa en un hecho culposo y también la participación culposa en un hecho doloso. Sin embargo, y en esto nuestro Código Penal es similar al alemán, la ley en sus artículos 45 y 46 sólo ha sometido a pena, junto con la autoría y todas las formas posibles de coparticipación, a la instigación y a la complicidad dolosas. El resto puede quedar comprendido en el concepto general de autor imprudente…"* (Donna, Edgardo Alberto; "La autoría y la Participación Criminal"; Segunda edición ampliada y profundizada; RUBINZAL - CULZONI EDITORES, 2002, pág. 100).

18. Al joven E. N. se le imputó haber facilitado el arma que fuera disparada por su padre; del voto del Dr. Arguiano se desprende que *"…si bien la actividad cinegética se desarrollo en forma conjunta y concomitante por ambos imputaos, la acción final, el accionamiento del arma por las características que le son propias, estuvo únicamente en manos de O. N."*; del voto del Dr. Piñeda, que luce a fojas 253, surge probado que *"…su participación primaria surge no solo en el aporte y facilitación del fusil… sino también posicionó el rodado previo a efectuar su padre cada uno de los tres disparos…";* del voto de la Dra. Servent que *"…si se admite la coautoría en el caso de haber compartido el dominio del suceso con el otro protagonista, lo que considero excesivo cuando solo uno fue el que disparó el arma de fuego…".*

De la plataforma fáctica dada por veraz por los sentenciantes, surge, sin dudar, que el causante exclusivo de la concreción del peligro a través de la violación de cuidado fue O. N., por lo que su hijo habrá de ser exonerado de responsabilidad.

Entiendo entonces, que la participación es un delito doloso cometido a través de un injusto **doloso** ajeno y que consiste en un aporte o colaboración a ese injusto tomando la forma de instigación o de complicidad. Por ello no es admisible la complicidad en los delitos culposos.

Es que, en realidad, *"…el tipo imprudente se integra con un resultado que no es perseguido por la finalidad, sino meramente causado, por lo que no es posible hablar de ningún dominio del hecho, puesto que no se condujo la causalidad finalmente hacia ese resultado, sino que sólo desembocó en él. Luego, como no hubo una conducta dirigida a ese resultado, no pudo haber ni autor ni partícipe, sino sólo causantes…"* (Zaffaroni, op. cit., pag. 791).

Ergo, para el tipo culposo no preocupa si se es autor o instigador, ya que lo que interesa es si cualquiera de ambas conductas -o ambas- violaron un deber de cuidado y causaron un resultado. La llamada *participación en el hecho culposo* no hace más que encubrir autoría y, en el caso, no puede hablarse de co causación por parte de quién sólo condujo la camioneta y facilitó el arma en cuestión, sin *causar* de ningún modo el resultado fatal.

19. Por todo ello, voto por la absolución del joven E. N..

Propongo imponer las costas a los acusados O. R. N. y E. R. N. (arts. 239, 240, 241 y concs. CPP) y regular los honorarios de los profesionales intervinientes en un 35% del monto fijado en la sentencia de mérito, por la labor desarrollada en la presente instancia.

A la **tercera** cuestión el **Dr. Barrios** dijo:

A. ¿Qué calificación jurídica corresponde brindar a los hechos probados?

Ingresemos a la resolución del planteo que se focaliza en las conductas de O y de E. N., y a su encuadre legal.

A.1 Comencemos por O. N. y su impugnación.

De acuerdo al recurso de su defensa, de conformidad con los considerandos de los jueces, su cliente se encontraba cazando guanacos junto a su hijo E.; fue quien en el desarrollo de dicha tarea efectuó tres disparos, dos de los cuales impactaron en los animales, y el restante fue el que atravesó el casco de la víctima y produjo su muerte. Que las distancias de esos tres disparos en relación a donde se encontraba la víctima, eran de: 795, 840 y de 935 metros, y en ninguno de ellos tuvo a la vista o pudo siquiera visualizar a la víctima.

Recordemos que el imputado ha sido condenado por los votos que hicieron mayoría, a la pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas como autor el delito de homicidio simple con dolo eventual.

Ahora bien, previo al ingreso de las consideraciones de los jueces en cuanto a lo que a calificación jurídica se refiere, es necesario ponderar de sus votos los elementos probatorios que hacen al tipo objetivo de la acción, posteriormente al tipo subjetivo y finalmente al encuadre legal. Ello así, por cuanto la tipicidad de una acción exige un análisis que siempre debe comenzar por su aspecto objetivo.

De la lectura de los sufragios, los tres magistrados han coincidido en individualizar los fundamentos de las instancias objetivas, que hacen a la materialidad del hecho y a la autoría penalmente responsable. Como en concreto no ha existido agravio en este recurso que amerite su valoración, solo para dar prolijidad a la redacción y al sentido de estos fundamentos, he de enumerar el material probatorio que en forma conteste han ponderado los decisores y los

convenciera sobre la existencia de la acción y de la calidad de autor del imputado, a saber:

a) la muerte del joven E. P. P. tuvo su origen una herida de bala que recibió en la parte posterior de su cabeza, efectuado con el disparo de un arma de fuego calibre 308. Que el proyectil tras atravesar el casco que la víctima portaba, fracturó la calota craneana en la región occipital, infringiendo sobre la masa encefálica, provocando un daño neurológico de grado tal que determinó su deceso.

b) Que todo esto ocurrió el día 9 de diciembre de 2014 a aproximadamente las 17:00 horas en el paraje costero denominado "E. S.", distante unos ocho kilómetros de la ciudad de Playa Unión. Para ello valoraron los jueces el acta de fs.1/2 del legajo de prueba fiscal (LPF) y los testimonios recibidos en audiencia del Sargento D. F. y C. R..

c) También coincidentemente han valorado los testimonios de los jóvenes que junto a la víctima estuvieron en el lugar del hecho, e incluso muy cercano a E. al momento que recibiera el impacto de proyectil, estos son M. D. D. M., B. P. y F. A. Á..

d) Los tres magistrados han valorado las manifestaciones del doctor J. A. V., médico del hospital S. T. y que se movilizaba en la ambulancia que llegó al lugar en donde la víctima estaba herida, y la trasladó al nosocomio, como así también los del doctor A. H., profesional integrante del Cuerpo Médico Forense, que realizara la necropsia el mismo día del evento, en la cual extrajera del lóbulo temporal a la altura de la silla turca, un proyectil que allí se encontraba alojado.

e) También consideraron las diligencias de inspección ocular y levantamiento de rastros y vainas halladas en el lugar del hecho, efectuado por el oficial R. y el comisario A., y las referencias métricas efectuadas en el informe 214/14 agregado a fs.80 y foto satelital de fs.81 del LPF.

f) Las pericias balísticas N° 10/15 materializada por el comisario C. O. A. y el Perito de Parte L. A., lo cual luce a fs. 150/156 del Legajo Fiscal de Prueba y la pericia escopométrica de fs. 157/164 del legajo.

Con los demás elementos que cada votante agregó en sus votos, pormenorizada y coincidentemente, dieron por cierto que el hecho ocurrió como se describiera en la acusación.

Pasemos a la faz autoral, sin salir del tipo objetivo.

Los jueces han considerado las declaraciones que el encartado ha efectuado en distintas instancias del proceso. Tanto el doctor Arguiano, como Piñeda y Servent, tomaron en cuenta que O. N. manifestó en forma espontánea haber sido el autor de los disparos. Que el encartado realizó esta manifestación más de una vez.

La primera, al momento de ser aprehendido el mismo día del hecho por la policía, junto a su hijo E., cuando se interceptó el rodado en el que se desplazaban. La doctora Servent citó la declaración del oficial M. N., los doctores Arguiano y Piñeda la de C. Á. y el oficial G..

La segunda, en la audiencia de control de detención del día 22 de diciembre, cuya acta luce a fs.74/77 del LPF.

La tercera vez, en la misma audiencia de debate.

Apuntalaron los jueces esta evidencia de autoincriminación, reiterada en el tiempo en varias instancias del proceso, con otras que los determinaron a considerarlo como el autor de los disparos.

Así es, coincidieron los tres jueces al considerar que suma otorga certeza a la autoría de O. N. en los disparos, el relato de los hechos que hiciera su hijo y co-imputado en esta causa, E. N. y su ratificación al momento de la reconstrucción realizada en el juicio.

Particularmente el doctor Darío Arguiano sumó a ello la coincidencia de dicho relato con las pericias

efectuadas y producidas en el debate, más el hallazgo de las vainas servidas. También adjudicó credibilidad a estas evidencias, tras el análisis de otros elementos que detalló prolija y descriptivamente a partir de la fs.237 de la sentencia, en siete puntos. Concluyó con ello que la versión de O. N. halla asidero en las pruebas indicadas, desde las que colige que el mortal disparo fue realizado desde el punto E indicado en la foto satelital agregada a fs.81 del LPF, cuya distancia peritada es de 935 metros; que desde ese lugar se disparó a los guanacos apuntando hacia la costa, ya que allí fue recuperada la primer vaina servida conforme el rumbo que el imputado dijo que traían, teniendo por probado que el accionamiento del arma con la cual se infiriera la herida mortal al joven E. P. P., ha estado en manos de O. N..

Por su parte, la doctora Servent analizó en detalle cada uno de los extremos de la declaración de E. N., y las contrastó con distintas experticias efectuadas (criminalística, balísticas y escopometricas), los rastros que evidenciaban la dirección que llevaba el rodado, las declaraciones de los jóvenes amigos de la víctima, el lugar donde las vainas fueron encontradas y sus distancias, las maniobras de despostamiento de los animales cazados, para culminar concluyendo, junto con el juez Arguiano, que el disparo se efectuó a 935 metros de distancia del lugar en que se encontraba E., en dirección a la costa y apuntando a los guanacos, produciendo con ese disparo el letal resultado, y que todos los elementos no hacen más que corroborar, desde distintos aspectos, la confesión de O. R. N..

En la instancia de esta revisión, y momentos previos a cerrar la audiencia del art.385 del CPP, el encartado hizo uso de su derecho a declarar, y por primera vez negó haber sido el autor del disparo.

Esta versión es nueva, pese a que con buena intención su defensa lo sugirió en los alegatos de cierre

previos a la sentencia. No correspondería que este Tribunal pueda considerar dicha manifestación toda vez que no ha sido conocida y por lo tanto no ha podido ser evaluada por los jueces de condena en la instancia del juicio. En consecuencia, no ha podido ser objeto de algún temperamento que ésta Cámara Penal pueda revisar.

Sin perjuicio de ello, y en cumplimiento al máximo rendimiento que debemos exigirnos en la labor que nos compete, tampoco esa nueva declaración ha sido acompañada de alguna otra evidencia que la sustente y que desestabilice el resto del material incriminante tenido en cuenta oportunamente.

Ingresemos por fin al tipo subjetivo, en cuanto al evento endilgado a O. N..

Ha sido la teoría del caso de la acusadora pública, un hecho que subsumió en el tipo del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego, contemplada por los artículos 79 y 41 bis del Código Penal, con dolo directo.

Por su parte la querella acompañó esta pretensión, pero subsidiariamente encuadró el hecho bajo la modalidad de dolo eventual, y también en el mismo carácter subsidiario, en la forma culposa.

A la revisión de la sentencia, podemos decir que si existe sobre este peldaño, una unanimidad por parte del Tribunal, es en la contundente derrota del caso propugnado por el Ministerio Público Fiscal.

No es competencia de este cuerpo analizar si ese descarte que efectuara el Tribunal de condena, ha sido correctamente analizado, fundado y decidido. Nuestra competencia se ciñe a las previsiones del artículo 71 del CPP, es decir a los recursos del imputado, como en este caso, contra el fallo de condena en lo penal (inciso uno, primera parte del nombrado articulo).

Por otra parte, no ha sido motivo de agravio éste extremo de la resolución de los jueces, no sería lógico que lo fuera. Me parece un buen punto de partida de este

voto de revisión, indicar que ninguno de los jueces ha confirmado la teoría del caso que incumbe la realización de un homicidio, con dolo directo.

Las que prosperaron fueron las tesis subsidiarias de la querella: una por mayoría, la de la comisión del delito de homicidio con dolo eventual, y la otra, la de la minoría, la del homicidio culposo. Ninguna de estas alternativas fue requerida por la fiscalía, y por ello su fracaso.

Ahora bien, es sabido que para actuar dolosamente, el sujeto activo debe saber qué es lo que hace, debe conocer los elementos que conforman el hecho típico, y debe querer los resultados, o al menos debe serle indiferente su posible ocurrencia.

En cualquier delito que pueda catalogarse de doloso, debe poder considerarse *(en forma acreditada y sin lugar a dudas)* que la persona tenía conocimiento de los elementos que conforman la acción prohibida previo al resultado, y luego, la voluntad de realizar ese tipo objetivo. Es decir que ese conocimiento debe existir previo a la voluntad. Los elementos que integran el dolo son el intelectual o cognoscitivo primero, y el elemento volitivo después. Cualquier matiz del dolo, exige la convergencia de ambos elementos. Si no están, no habrá dolo.

Enseña el doctor Eugenio Zaffaroni que el tipo objetivo tiene dos funciones: la sistemática, que es la de proveer todos los componentes objetivos que emergen del análisis aislado del tipo, y que al menos algunos de ellos *"…deben ser abarcados por el conocimiento del agente para que éste configure su voluntad dolosa, pero que no son suficientes para ello, dado que el campo de análisis está, por definición, limitado a lo que permite deducir el tipo en particular. Se trata de una función de fijación primaria o elemental del objeto de la prohibición, que proporciona el espacio problemático de discusión de la tipicidad objetiva;…"* Por otro lado,

sigue el jurista, se encuentra la función conglobante, que consiste en "*…verificar la conflictividad del pragma, que implica tanto la verificación de la lesividad como de la posibilidad de que el mismo sea imputado al agente como propio (pertenencia). No hay conflicto cuando no hay lesión (lesividad), pero tampoco lo hay cuando esta lesión no puede ser imputada a un agente como obra dominable (dominabilidad), ya que se trataría de un accidente y no de un conflicto….*" Zaffaroni-Alagia-Slokar; Derecho Penal, Parte General; Ediar, Bs. As., 2000, pagina 455.

Ha sugerido la defensa que el fallecimiento del joven P. P. ha sido producto de la fatalidad. Que no es posible que su cliente haya podido, en las circunstancias objetivas que surgieron en el juicio por la prueba producida, dominar el curso causal fatal de la acción, pretendiendo con ello una absolución.

De esto, el pleno del Tribunal ha dado razón al pretenso.

Han dicho los magistrados que O. N. no solo no conocía, sino que no podía conocer todos los elementos del tipo objetivo, o sea, que en la dirección en donde estaba efectuando un disparo contra un animal que pretendía cazar, se encontraba una persona.

Así lo dijeron expresamente los jueces cuyos votos se revisan.

El presidente del Tribunal descartó de plano que haya existido dolo directo, puesto que éste se vincula con el plan que en su mente debió tener el sujeto activo, circunstancia compleja por cierto, ante lo difícil de desentrañar la psiquis personalísima de cualquier persona.

A palabras exactas del magistrado, "*…tal como ya he referido precedentemente, ninguna prueba objetiva aportada por la Fiscalía permiten siquiera aproximarse a tal designio…".* Con acierto destaca que las distancias posibles en que los disparos fueran realizados, y desde

los cuales, aun en el tramo más corto *(de 735 metros respecto a la posición de la víctima)*, el objetivo estaría fuera de la mira del tirador *(ver foja 238, a partir del penúltimo párrafo)*. Hago hincapié en esto: "*el objetivo estaría fuera de la mira del tirador*".

En cuanto a esta distancia y al lugar donde se encontraba el imputado respecto de la víctima, agregó el juez el resultado negativo de la pericia realizada, que informó que ninguno de los cincuenta disparos efectuados por tiradores certificados del GEOP con el arma secuestrada, acertara en el blanco.

En forma aguda y contundente descartó el dolo directo cuando dijo que "*…tras la exposición que precede, no queda margen para sostener razonablemente el dolo homicida que se ha imputado. pues no se ha hallado los presupuestos elementales que permitan afirmar que tal designio fuera el intencionalmente perseguido por el aquí imputado" (el subrayado me pertenece)*

El doctor Piñeda también descartó el dolo directo por falta de sustento con las pruebas reunidas.

Primeramente descreyó que el disparo se efectuara desde el lugar que M. d. M. aseveró, puesto que no se recolectaron desde ese lugar evidencias que la confirmen *(ver el voto en la sentencia, foja 279 vuelta, a partir del sexto párrafo)*.

Siguió el juez estimando que de si el joven hubiera escuchado el disparo y visto lo que dijo que vio, surge de la reconstrucción efectuada que tirador y víctima se habrían podido ver. Además estimó que sus dichos no se condicen con las pisadas levantadas en el terreno del rodado, que darían cuenta que el rodado no se detuvo.

Tuvo en cuenta también la pericia balística nro. 10/15 que obra a fs.150 */156,* y luego de dar los fundamentos técnicos, concluyen los expertos en que la distancia de disparo mínima es de 795 metros, las posibles posiciones del tirador y que por las características del arma y accesorios *(mira telescópica*

regulada a una distancia de doscientos metros) los mismos "no" son aptos para tiro de precisión, ni en esa distancia mínima ni desde una distancia menor, de 400 metros. En referencia a este último punto valoró el dictamen del perito de parte que dijo que dentro de lo excepcional, seria extraordinario lograr un impacto de las características presentes, en un intento.

Consideró también la falta de acierto al blanco por parte de personal especializado en tiros, que mencionara el presidente del Cuerpo, y la declaración de A. en cuanto estableció que las tres vainas encontradas en el lugar del hecho fueron disparadas por una misma arma de fuego y que el proyectil recuperado de la necropsia del joven y del guanaco fueron disparados por el fusil secuestrado.

Por último, la juez Servent principió el tópico de las calificaciones diciendo: *"resulta conteste el Tribunal en que no se ha probado la voluntad realizadora del tipo penal, esto es, que el acusado conociendo el poder vulnerante del arma y habiendo disparado a una zona vital como es la cabeza de la víctima, llegara a consumar su designio letal."*

Seguidamente, en una cruda y firme posición dijo *"Es más, considero que pretender que el tipo subjetivo del homicidio se halle completo en el presente caso, en el sentido de que O. N. habiendo tenido el conocimiento de la posibilidad de matar al adolescente decidió accionar el arma con el fin de quitarle la vida, exorbita absoluta y seriamente la prueba producida a lo largo del juicio" (subrayado me pertenece).*

Para fundar esta conclusión, se valió de la misma evidencia mencionada por sus colegas, y aseveró que es completamente desmesurada e inexistente la postura sustentada por la fiscalía respecto de que se hallaría configurado el dolo directo en el caso.

Como ya advirtiera, no es competencia de esta Cámara, ni fue objeto de agravio, la revisión de este

extremo de la sentencia. Mas pretendí comenzar el análisis de los agravios con aquel primer axioma puesto que estimo que me ayudará a fundar mejor y más claramente porqué considero erróneos los fundamentos de los jueces que integran la mayoría; y adelanto con ello que soy de la idea que debe prosperar la teoría del caso alternativa de la querella, coincidente con la versión de descargo del imputado, que se encuentra en la solución de la minoría.

Ingresemos a la calificación jurídica arribada por la mayoría del Tribunal respecto de O. N..

El doctor Arguiano entiende que no existió en la especie ningún riesgo permitido que sustente la actividad emprendida por el encartado.

Agregó su condición de veterano cazador, con conocimiento de armas de caza, la circunstancia que emprendió una actividad estacionalmente vedada, y que por no ser forastero debía saber que en época estival bastos grupos sociales buscan esparcimiento en las playas próximas a la ciudad. Razonó que con esos conocimientos, debió representarse de las eventuales consecuencias de su acción.

Con estos elementos, el versado magistrado encontró un dolo eventual en la acción del enrostrado. Diferenció ese tipo subjetivo, de la culpa consciente o con representación, en cuanto en el caso se ha operado un arma de fuego de gran alcance en el lugar y condiciones que señaló, lo que a su criterio *"…exorbita del dominio del agente del curso causal emprendido, es decir su capacidad de desviación del resultado…".*

Por su parte Sergio Piñeda, reiterando las mismas consideraciones que el juez preopinante, afirmó que *"…el imputado O. N., ex miembro de la Policía del Chubut, con treinta años de servicio, además cazador de vasta experiencia en las características del arma que utilizó, no podía desconocer su poder vulnerante y por sobre todo el rango de tiro y alcance de la misma. Recuérdese que*

efectuó tres disparos, el primero hacia el mar. Téngase en cuenta la distancia de donde efectuara el disparo y la explicación de su hijo del porqué disparó de esa manera y el efecto que provocó en los guanacos; para luego efectuar los dos restantes disparos hacia los guanacos a una distancia no mayor de 150 metros, que dio en el blanco desde adentro de la cabina de la camioneta con el vidrio bajo.

Amén de lo dicho, el lugar que fuera descripto anteriormente conocido como E. S., es un sector donde los visitantes realizan distintas actividades, ya sea de esparcimiento, recreación, deportivas etc., que son de conocimiento público y que en ese momento E. y sus amigos estaban en una especie de playa de estacionamiento en la parte alta e inmediatamente en cercanías de la playa del mar, por las características del terreno."

Consideró como fundamento de su decisión, el hecho de no contar con autorización para cazar, y el hecho de ser conocedor de la zona. Para la decisión a la que arribara, razonó que estas circunstancias no operaran como freno inhibitorio de su designio, y que trasunta la eventual representación del resultado dañoso.

Como vemos, el Tribunal reconoce que el lugar elegido para la caza suele ser frecuentado, y hacen cargo a los encartados de los resultados de la acción. Estiman que a sabiendas de ello por ser lugareños, debieron representarse la posibilidad de que hubiera gente en la zona, y con ello debieron motivarse a no actuar.

Sin embargo, entre sus fundamentos tienen por acreditado que desde las distancias en que los disparos fueron realizados, no se podía ver a la víctima ni a ninguno de sus amigos, frase ésta que solicité sea retenida.

Estas premisas son absolutamente verdaderas, y por ello les daré total razón. Mas todas ellas no corresponden a presupuestos de un delito doloso, sino al de uno culposo.

Suma a esta conclusión, la circunstancia bien detallada por el doctor Arguiano, en cuanto a que una vez producido el disparo, son múltiples los factores que pueden incidir en el trayecto y recorrido del proyectil que escapan al dominio del tirador.

Todas estas circunstancias fundan en realidad una omisión a un deber objetivo de cuidado en la acción, en una premisa que podría enunciarse así: si se va a realizar una acción en un lugar, de la cual pueda resultar algún perjuicio, debe cerciorarse de que no se encuentren personas que puedan ser heridas. Si no se cerciora, dispara e hiere, usted debe responder penalmente. Esto es ni más ni menos que culpa.

Tengo para mí, en coincidencia con la plataforma subsidiaria de la querella, con el esquema de defensa del acusado, y con el voto de la minoría, que el imputado debió poner mucho mas diligencia en su accionar, antes de realizar una maniobra deportiva en un lugar en donde debió representarse podría ocurrir algo como lo acontecido. Y por ello deberá responder penalmente. Es más, se advierte que ésta pareció ser la postura original de la fiscalía, al estar a lo documentado en el acta de aprehensión de los encartados (ver foja 1 del LPF).

En un esquema con dolo eventual, el peligro que el sujeto activo se tiene que representar, debe ser actual, inminente. Si bien estas fueron las razones de la mayoría del Tribunal para condenar por dolo eventual, estas proposiciones responden a una violación al deber objetivo de cuidado por parte de quien disparó el arma de fuego y terminó con la vida de E. P. P.. Así correctamente ha tipificado la minoría el hecho como homicidio culposo.

No existe evidencia alguna que sugiera que O. N. mientras apuntó a un guanaco, haya visto un casco, que se representara que podía errarle al animal y darle a una persona, y que optó igualmente por percutar el sistema de ignición del arma disparando el proyectil,

sin importarle si el mismo rozaba y hería o bien mataba a un ser humano.

"En los tipos dolosos se individualizan acciones por la incorporación del resultado al programa causal finalmente dominado por el agente; en los tipos culposos las acciones se individualizan porque el resultado adviene en razón de una falta de cuidado en la programación final del agente…" (obra citada más arriba).

Es dable tener en consideración que el cuadro probatorio producido en el juicio vino a confirmar la teoría del caso de la defensa, que versa en una admitida acción de O. N. y que fue la de ir cazar guanacos (dos que estaban en la caja de la camioneta) en una actividad que realizó ese día con su hijo E. (hoy detenido), y que no sabía que la víctima se encontraba en donde fuera alcanzado por uno de los proyectiles que disparó; que de haberlo visto, no hubiese disparado. Esta versión, oportunamente considerada para sostener autoría, y reiterada en tres oportunidades procesales distintas por el condenado, coincide con la prueba producida ante el desgraciado hecho.

La juez, que ha quedado en minoría, ha analizado en detalle las circunstancias acreditadas en el debate que la determinaron a compartir la postura de la defensa concluyendo, a mi criterio con absoluta razón, que el dolo de los acusados solo era el de cazar guanacos, no el de matar personas.

Para actuar dolosamente es tan necesario poseer el conocimiento de los elementos del hecho típico, como el querer realizarlo. Esa voluntad en concurrencia con el conocimiento, fundamenta el disvalor de la acción del tipo de injusto doloso frente al imprudente: quien actúa con dolo se ha decidido ir contra el bien jurídico protegido, en el culposo se omite un deber de cuidado, se fue imprudente o se fue negligente y así se produjo el resultado.

Los jueces justificaron la existencia del elemento cognitivo en circunstancias que no versan sobre la presencia del joven en el lugar, sino de la posible existencia del mismo que debieron corroborar previo al tiro. Esa es la diferencia sustancial que muta la calificación jurídica puesto que, para el dolo, el conocimiento es sobre los elementos del tipo objetivo mientras que en la culpa debe haber conocimiento también, pero del deber de cuidado que se debe resguardar.

Un punto interesante para remarcar del voto de la doctora Servent es el que dice que si hipotéticamente se tratara de la época del año habilitada para la caza, según la Dirección de Fauna, pero el cazador no hubiese tomado los recaudos debidos respecto de la ausencia de personas que pudieran estar en riesgo, también se configuraría la violación al deber de cuidado.

Esta premisa es verdadera: en el marco de la teoría del delito, nada agrega ni nada resta al resultado de una acción, en este caso imprudente, la prohibición estacional de cazar en esa zona de la provincia.

Con mucha solvencia la minoría ha descripto punto a punto los elementos que le permitieron cerrar el tipo culposo, que este revisor comparte en todos sus términos. Los aspectos conativo y cognoscitivo en el tipo subjetivo, con la previsibilidad de un resultado adjudicable por una omisión al deber de cuidado, se confirman con la supresión metal por la cual, imaginando la conducta debida, el resultado desaprobado desaparece. Todo perfectamente subsumible en la acción que se analiza.

Un punto trascendente en este análisis es confirmar que N. pudo verificar en la zona costera si había o no personas, o pudo no disparar ante la previsible posibilidad que ello ocurra, y que esto excedió la *esfera de conocimiento del profano*.

Es aquí en donde, entiendo, la magistrada puso en su justo lugar a los presupuestos que hacen al hecho y

convergen en una calificación jurídica culposa: N. contaba con conocimientos especiales superiores a la media debido a que tenía manejo de armas desde al menos hace 30 años, es ex policía, vive en la zona y concurría habitualmente a ese lugar. Ello es lo que genera en el sujeto, mayor exigencia en la previsibilidad de evitación del riesgo. Todos esos presupuestos, ponen en evidencia la mayor exigibilidad a esa persona en particular, de tener el mayor de los cuidados previendo cualquier infortunio antes de actuar. Y con ello también, la culpa es más grande.

Por ello sostengo que lo que se pretende justificar en el voto de la mayoría, es el imposible desconocimiento del encartado que conoce de armas y el lugar, de la posible presencia de personas en la playa. Mas para que el hecho pueda catalogarse de doloso, debieron conocer que había personas en la playa, y debieron haber querido matarlas, o bien no importarles si lo hacían.

O. N. deberá responder por el delito cometido, correctamente calificado por la querella y aceptado por la minoría del Tribunal que, además, constituye la plataforma de la defensa del acusado: homicidio culposo en calidad de autor.

A propósito de esto último, la defensa marcó como un tema insoslayable, que para subsumir un caso concreto a la ley penal y fallar correctamente, se debe contar con una conducta de la cual el imputado pueda defenderse. Que esa labor es por excelencia del magistrado, y que como dijo la SCJ en el caso “Z.”, una persona sometida a un proceso, debe defenderse por una conducta llevada a cabo, no debe defenderse de calificaciones. Que si bien puede producirse un cambio en el encuadre, para no violar al principio de congruencia y el derecho de defensa, el hecho y la base fáctica debe ser la misma. Acusó que en este caso no lo es, puesto que no puede sostener el relato de un hecho, a un tipo doloso y culposo a la vez. Se preguntó finalmente ¿en qué momento

se puede sostener, con esta base fáctica sostenida por las acusadoras, las características del dolo eventual ante diferencias tan pronunciadas? Agregó a ello que la Dra. Servent se apartó y coincidió con la prueba evaluada por los otros jueces, pero concluyó que no se puede sostener dolo, sino un obrar culposo sin representación. A dichos en la audiencia del mismo defensor, *"… a la luz de la teoría del delito, tiene más coherencia que dolo o dolo eventual"*.

El problema que planteó a este Cuerpo, es que nunca hubo acusación por un obrar culposo, que la querella describió el hecho y lo encuadró legalmente y que solo eventualmente, si no se pudieran probar los extremos del mismo, alternativamente acusó por homicidio culposo.

Pues bien, ante este ataque al principio de congruencia sobre el voto que hizo la minoría de la decisión, hay que efectuar algunas aclaraciones previas.

La correlación entre un fallo de condena y una acusación pública o privada, es una garantía que hace al derecho de defensa en juicio que asiste al ciudadano en un proceso penal y consiste en prescribir que, con la sentencia, sólo se puede condenar o absolver por los hechos que han sido objeto del juicio.

Con ello y en el análisis de este agravio, entiendo que se ha respetado el derecho de defensa en juicio dado que, tanto los hechos como la calificación legal, no sorprendieron al imputado, a tal punto que, como varias veces se remarcara y reiterara en este voto, la versión fáctica que tomara la minoría del Tribunal de juicio fue la de la defensa positiva del mismo encartado y de su defensor.

Sabido es que la idea central que identificamos en la categoría del principio importa que ninguna sentencia pueda ser dictada por hechos que no fueron correctamente intimados al acusado, preservando con ello a quien resulta intimado, la posibilidad de ser oído y de defenderse.

De mejor e ilustrada manera el doctor Maier dice que *"...aunque de ordinario la regla sólo pretende que el fallo no aprecie un hecho distinto al acusado, ni valore circunstancias no introducidas por la acusación, una variación brusca de la calificación jurídica puede sorprender a la defensa en algunos casos..."*. Pero ojo, advierte el profesor que en cada caso debe hacerse un particularizado estudio pues, en definitiva, *"es la ley penal la que proporciona los criterios para conocer si una circunstancia fáctica o elemento de otro tipo tiene importancia para el fallo o carece de importancia para él."* (Maier, ob. cit. p. 568/571)

¿Puede decirse que en el juicio llevado a cabo con O. N. haya existido una calificación jurídica a la que fueron subsumidas conductas que lo *sorprendieron* y por lo cual no pudo defenderse?

Entiendo que no, desde el mismo momento en que la variable de una tipicidad de la clase culposa estuvo inserta en cada una de las proporciones fácticas que constituyeron su defensa, reitero, positiva, y que podemos ubicar temporalmente desde aquella primer instancia en que prestó declaración de descargo.

En la sentencia judicial, se dice que hay congruencia cuando hay concordancia, coincidencia, conformidad, acuerdo, relación, con la o las pretensiones que constituye el objeto del proceso. El cambio de calificación legal aparece en este caso, justificado en la decisión del Tribunal *(la minoría de él)*, puesto que dio razón al imputado en su teoría de defensa, y que lo solicitado y lo resuelto en el proceso de conocimiento, ha sido también debidamente controvertido entre las partes.

Una verdad, que afirma el mismo defensor, es que corresponde al Tribunal la aplicación correcta del derecho, con prescindencia del invocado por las partes. Asi es, por el principio *iuria novit curia*, los jueces pueden aplicar el derecho no invocado por las partes, y

que corresponda *"… pues ello hace a sus poderes de calificar legalmente la pretensión jurídica. Lo que no puede hacer es modificar la imputación jurídica de tal modo que exceda lo debatido en el proceso, incurriendo así en violación al derecho de defensa por incongruencia procesal de la sentencia..."* (NUEVAS FORMULACIONES DEL PRINCIPO DE CONGRUENCIA: CORRELACION ENTRE ACUSACIÓN, DEFENSA Y SENTENCIA, Julián Horacio Langevin, Ed. Di Placido, 2008, pag.32 y cctes).

En el caso que nos ocupa, la acusación y el transcurso del debate, importó una calificación más gravosa que, a criterio de este vocal, no correspondía ser resuelta, motivo por el cual no ha existido un agravio al derecho de defensa, ni vulneración a la igualdad de armas de las partes, desde el mismo momento en que fue el imputado quien introdujo en el proceso, la posible modalidad culposa de su acción reconocida.

Si bien el alcance del principio es tajante y sin excepciones cuando se trata de la eventual aplicación desfavorable a su parte de la ley penal, no es igual cuando se refiere a la posible subsunción jurídica en una norma que le sea *más favorable,* como en el presente caso.

Es dable agregar que el código de rito faculta al Tribunal a dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella indicada en la acusación o en el auto de apertura, siempre que no exceda su propia competencia. Pero, para poder proceder correctamente en estos casos, el acusado debe ser advertido de la modificación posible del significado jurídico de la imputación. Así lo establece el artículo 332 del CPP. Con esa prescripción legal, en función del artículo 322, IV párrafo del mismo plexo normativo, he de advertir que el Cuerpo de Condena hizo ejercicio del resguardo de la garantía cuando, en el debate, le dio la advertencia de la situación al imputado, puesto que vislumbró la posibilidad de aplicación de un precepto legal que no

podría ser resistido adecuadamente. A mas abundar, nuestro Superior Tribunal de Justicia de la Provincia ha referido que *"...el principio que ocupa (*el de congruencia)*, traducido en la relación inescindible que debe existir entre los aspectos fácticos de la acusación (en este caso la requisitoria de elevación a juicio) el objeto del debate y la sentencia, atadas por las circunstancias de tiempo, modo y lugar que aquella, la primera, establece. Es que no se trata, el así pensar, de un mero capricho intelectual o de una veleidad dogmática, sino de asegurar al imputado el ejercicio real y efectivo del derecho a defenderse materialmente durante el proceso (art. 18 CN, 8 de la CADH y 14 del PIDCP, art. 75 inc. 22 CN y art. 44 C.P.Ch) que envuelve la circunstancia de no ser sorprendido por lo que no espera: que el Juez se pronuncie acerca de un hecho sobre el que no ha podido confrontar o controvertir, ni aún ofrecer prueba...".(*Del voto del Dr. Jorge Pfleger en autos M. V., A. s/ denuncia s/impugnación 21.287 F°68-T.II-M- Año 2008.

Por ello, he de votar en este aspecto por el rechazo de este agravio, pues al analizar si en el caso concreto se ha visto la Defensa sorprendida por circunstancias que no fueron objeto de imputación o de debate, se advierte que tal circunstancia no se halla configurada.

A.2 Ingresemos a la situación E. N..

La mayoría del Tribunal determinó contra el joven E. A N., que existió una participación primaria en el mismo ilícito que su padre, homicidio simple.

Ha dicho la defensa del co-imputado que su cliente está acusado de participar en el hecho de otro y que, al analizar la sentencia de condena, se advierte un mirar muy sesgado puesto que el acusador particular tuvo en cuenta el resultado y no las circunstancias en que el mismo se produjo.

Dijo el abogado que la sentencia habla del deber de cuidado ya que alegan que estaban cazando en un lugar

prohibido, que son tiradores expertos y por ello debía representarse el resultado, y se adujo la falta de habilitación de la dirección de fauna. Ello lo lleva a cuestionar, ¿qué relación tiene ello con la posibilidad de prever? El hombre debe responder solo por aquellas consecuencias que pueda prever.

Para imputarle a O. N. a titulo de dolo el hecho, hace falta un conocimiento actualizado de que su conducta producirá un resultado letal. Asi, el señor defensor acusó que la construcción de la sentencia es forzada, que los jueces de la mayoría dijeron que se mató sin dolo, ya que creyeron que no estaban matando, pero causaron la muerte.

A su criterio no hay dolo, puesto que no pudieron saber que a más de 800 metros había menores jugando en la playa que no pudieron ver. Que la previsibilidad es para un hombre normal, la sentencia trata la cuestión como si fuera violación del deber de cuidado, cosa que tampoco coloca la conclusión dentro de la realización típica con dolo eventual.

Con las circunstancias que detalló en el recurso, y denunciando que la imputación de partícipe de su ahijado no tiene asidero lógico puesto que no disparó, que solo conducía una camioneta, que fue a cazar, y que su padre O. N. no podía prever el resultado, se preguntó ¿cómo se puede participar en la representación del resultado del autor, en las condiciones señaladas? ¿Dónde queda atrapado el dolo de E. N.?, y ¿cómo se comunica el acto de O. N.?

Este Cuerpo, por unanimidad, recalificó el hecho endilgado a los imputados al delito de homicidio culposo del artículo 84 del código penal, poniendo la autoría en cabeza de O. N. y por esta sola decisión, que repercute en la situación del otro condenado, no es posible confirmar la calificación que sobre el co-imputado se resolvió.

En efecto, O. R. N. es considerado autor material del delito de homicidio culposo, motivo por el cual, al no poder existir una participación en un hecho culposo, E. N. debe ser absuelto.

Tengo para mí que el hecho de haber colocado la camioneta para que su padre se posicione para los disparos y que le haya facilitado el arma para disparar, no le comunica la imprudencia que el mismo tuvo al momento de decidir accionar.

No es admisible la complicidad en los delitos culposos.

Las conductas endilgadas a E. N. no causaron el resultado fatal. Estimar lo contrario, podría llevar la responsabilidad a todo aquel que, previo a O. N., haya pasado de manos el arma hasta llegar a él.

Por todo lo dicho, en esta cuestión voto por la absolución del E. N., quien al finalizar la lectura de la presente, ha de recuperar de inmediato su libertad.

Costas y honorarios: Sumo mi voto a lo votado por el colega que lidera el acuerdo.

A la **tercera** cuestión el Dr. **Pintos** dijo:

I.- 1) En las ya citadas palabras finales ante este Tribunal, el acusado O. R. N. explicó, entre otras cosas, las razones que lo llevaron a "asumir" el riesgo de reconocerse autor del hecho, al que describió como un "disparo accidental", ocurrido en un sitio "descampado"; mientras que la madre de la víctima, Sra. S. B. P., a su turno, sostuvo que en verdad el grupo de jóvenes que integraba su hijo E. P. P., se hallaba en "la costa", y no en un descampado.

De este modo, se continuó reeditando hasta el final del proceso, la controversia en torno a la valoración del contexto espacial en que sucedieron los hechos, motivo de juzgamiento, y de allí en más, el consecuente encuadramiento dogmático-penal más adecuado. Toda vez que, tal como lo resaltara el Defensor de confianza del imputado ya mencionado, desde el inicio mismo de su

alocución en la audiencia del art. 385 del CPP, no se centra la discusión en la materialidad fáctica del caso, ni en la forma como el tribunal de juicio valoró la prueba rendida en el debate; por lo cual calificó a la cuestión, como de pleno derecho –ya vimos que, en verdad, ello no es tan así, porque en el recurso se cuestionó la autoría, y también las palabras finales del acusado van en esa dirección-.

A su turno, el Defensor de confianza del coimputado E. A. N., coincidió en aquella misma línea discursiva, revelando inclusive que en su momento le había manifestado a su pupilo, que "les fue bien", en el juicio oral y público, en el sentido que el resultado de las probanzas era favorable a sus pretensiones.

Ello nos conduce entonces, en primer lugar, a la necesidad de dilucidar a partir de ciertas herramientas teóricas, si es posible calificar el hecho, técnicamente, como un "caso fortuito"; o si, por el contrario, debe caer dentro del sistema de imputación penal, y en este supuesto luego, determinar: a qué título? Doloso o culposo?

2) Como punto de partida del análisis propuesto, tomaremos en cuenta una caracterización del caso fortuito -de las tantas que es posible hallar en la doctrina-, entendido en el sentido que: riesgos muy apartados del abarcado por la norma (en nuestro caso, recordemos, se trata de los arts. 79 u 84 del CP), y solo indirectamente relacionados con ella, o que son el resultado, además de la infracción de la norma, de una pluralidad de nexos causales fortuitos y fatales, entonces "pueden dejar de imputarse" (tomado del estudio titulado: "Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto", del Prof. español Joaquín Cuello Contreras, en el Libro en homenaje a Struensee: "Dogmática penal entre naturalismo y normativismo", editado por Ad.Hoc, en Bs. As., año 2011, págs. 143 y ss.).

Claramente en la sentencia impugnada, se ha argumentado -'a contrario' de los citados requisitos del caso fortuito-, en la dirección que, en nuestro caso, existieron riesgos muy concretos para los bienes jurídicos vida e integridad física de las personas, al momento del hecho, que nos deben conducir entonces a descartar de plano aquel supuesto.

Así, por ejemplo, en el tercer voto -al que nos remitimos en este punto, a modo de fundamentación, por compartirlo-, se lee: "…Nada impidió que verificaran **si en la zona costera había personas**, o, al menos se aseguraran de **no disparar en esa dirección** ante la previsible posibilidad de ello. Es más, su posibilidad de comprensión excedió 'la esfera del profano', bien se puede decir que O. N.…, contaba con conocimientos especiales superiores a la media debido a que tenía manejo de armas desde al menos hace 30 años, … que vive en la zona y que concurrían habitualmente a ese lugar. Debió tener una mayor previsibilidad del **riesgo creado para la vida de personas** que se hallaran en el sitio. Sabía que disparaba su arma en el lugar en el que por la época del año, **podría haber personas** en las cercanías; y que estaba fuera de la época de caza, por lo que tampoco los eventuales terceros podían conocer que corrían riesgo y tomar determinados recaudos para su salvaguarda…" (del sufragio de la Jueza Penal Ana Laura Servent, página 91 de la sentencia, foja 265 de la Carpeta n° 5926).

Cabe destacar que en los votos de la mayoría, si bien han optado por la calificación de Homicidio cometido con dolo eventual, también está presente el tema de los "conocimientos especiales" del autor, v. g. págs. 41/2; que, como veremos más adelante, es una problemática muy compleja, vinculada al delito imprudente.

De todas maneras, más allá de lo polémico que resulta, en la dogmática, la cuestión de dichos conocimientos "especiales", comparto en líneas generales

el criterio que, en este punto, han seguido los colegas del tribunal de juicio en forma unánime, descartando el caso fortuito; como más adelante tendremos ocasión de profundizar, asimismo, al abordar la tipificación del hecho –adelanto que reformulando en parte, la interpretación aquel componente, en la construcción del tipo objetivo del delito imprudente-.

El autor ya citado (Cuello Contreras) nos advierte que la responsabilidad penal requiere, como mínimo, que el sujeto a quien se le hace la imputación pueda encontrar "en algo" que hizo, la razón por la cual el ordenamiento le hace responder, en lugar de alguna referencia genérica, por ejemplo, a que habría evitado el resultado de haber sido más cuidadoso; y desde el punto de vista procesal, ese "algo" debe constar en los hechos probados de la sentencia, si quiere posibilitarse una eventual argumentación del acusado en su defensa (citado por José Luis Serrano González de Murillo, en la obra colectiva ya referida precedentemente, págs. 627 y ss., nota n° 50, estudio titulado: "Sobre la consideración de los 'conocimientos especiales' del sujeto en el juicio objetivo de peligro").

Tal como se desprende de los votos citados, concluimos entonces que la sentencia recurrida satisface estos parámetros de fundamentación, toda vez que de manera unánime ha rechazado la posibilidad de un caso fortuito. El autor referido en último término (Serrano) nos enseña, en consecuencia de todo lo expuesto (ibídem, pág. 654) -y a contrario para nuestro caso-, que solamente debe descartarse la imputación de los resultados, que son "*subjetivamente* imprevisibles"; entendiendo por tales, aquellos con respecto a los que el sujeto tenía un grado de conocimiento "estimado insuficiente -desde la perspectiva de los fines del derecho penal- sobre los factores de riesgo desencadenantes como para estar *en condiciones* de preverlo, de manera que a partir de esa información solo

puede considerarse el eventual desenlace desgraciado simplemente como un riesgo general de la vida…”.

3) Previo a la consideración del encuadre típico del presente caso, como un supuesto de Homicidio culposo (art. 84 CP), cometido mediando culpa inconsciente, tal como lo entendiera el voto disidente del colegiado de juicio oral y público –adelanto mi adhesión en este punto, a los votos precedentes de mis colegas preopinantes-; se hace necesario formular una introducción acerca de la congruencia de tal decisión, con el contenido de la acusación –particular- de la querella conjunta, teniendo en cuenta que solamente esta parte postuló tal alternativa.

a) Según se desprende del acta de debate, que obra en la Carpeta n° 5926 de la Oficina Judicial de esta Circunscripción, en oportunidad de los alegatos finales o de cierre de la audiencia, el representante de la querella requirió condena “alternativamente y en subsidio”, en orden al delito de Homicidio culposo agravado por el uso de armas; luego, el tribunal hubo de aplicar la advertencia del art. 332 del CPP, a fin de posibilitar eventualmente la reapertura de la etapa probatoria (art. 322 del ritual), mecanismo que no fue utilizado por las Defensas; y, finalmente, estas alegaron sin cuestionar la validez de aquella acusación alternativa, pronunciándose sí en orden al fondo del asunto: el defensor de confianza del imputado E. A. N. descartó la culpa, por la imprevisibilidad del resultado, y a todo evento de prosperar la petición en el caso del consorte de causa, abogó a favor de su pupilo por resultar “imposible” una participación punible. Mientras que la defensa de O. R. N., a su turno, criticó duramente la estrategia elegida por la acusación particular, en este punto, y asimismo sostuvo que no se entiende cómo puede haber ocurrido la muerte de la víctima, a causa de una “falta de deber de cuidado” en el autor.

En dicho marco, es que debe descartarse de plano cualquier vicio procesal, teniendo en cuenta que tal como se desprende con claridad de la reseña expuesta, no ha mediado indefensión de los acusados. Puntualmente, en orden a la posibilidad de una acusación subsidiaria en casos como el presente, la doctrina procesal nos enseña que: "Así, por ejemplo quien imputa un homicidio doloso (CP 79) debe imputar también un homicidio imprudente (CP 84), si desea tener la posibilidad de que, frente al fracaso de la imputación (dolosa), se trate el hecho en que consiste la inobservancia del deber de cuidado (imprudencia) que, subsidiariamente, atribuye al acusado;" y acerca del interrogante sobre "¿Cómo debe resolver el tribunal?", se aclara que no está llamado a decidir el caso dos veces: "Resulta incorrecto y arriesga un planteo de múltiple juzgamiento o de error lógico en la fundamentación, examinar por separado ambas imputaciones y contener dos dispositivos distintos, incluso de signo contrario, para cada una de las imputaciones. Se entiende que el hecho histórico es el mismo: solo que, o bien se ha desarrollado de tal manera, en el sentido de que con tales elementos de la conducta (el dolo del homicidio, por ejemplo,…), o bien se ha desarrollado de tal otra manera (sin el dolo del homicidio, pero con alguna inobservancia del deber de cuidado del agente, por ejemplo,…) (cfme. Maier, Julio B. J.: "Acusación alternativa o subsidiaria", publicado originariamente en el año 1997 en la colección "Cuadernos", de edit. Ad.Hoc, Bs. As.; y también en la recopilación de su obra titulada: "Antología…", edit. Palestra, Lima, año 2008, págs. 707 y ss.).

Concluye el autor que "… es correcto utilizar, para estas acusaciones, los dos nombres con los cuales se las conoce: acusación alternativa,… y acusación subsidiaria, para cuando la aceptación en la sentencia de uno de los

supuestos de hecho excluye al otro. Pero, en todo caso, la condena o, en caso inverso, la absolución son únicas".

b) En apoyo de lo expuesto, en cuanto a la validez de lo actuado en el presente, cabe traer a colación también algunos precedentes jurisprudenciales, tanto nacionales como de tribunales internacionales de aplicación de los DDHH, que abonan tal criterio: "El ejercicio de la defensa en juicio, asegurado por el art. 18 de la Carta Magna federal en consonancia con lo prevenido en los Tratados internacionales de jerarquía constitucional, no sufre menoscabo cuando se mantiene la identidad fáctica del acontecer criminoso desde el inicio del procedimiento, y la calificación legal -aún cuando ésta se perfile como carente de gravitación con miras al sentido que modernamente adquiere el principio de congruencia- **fue introducida** en la oportunidad prevista en el art. (…) del rito (…) por el representante del **particular damnificado**, descartando todo tipo de sorpresa al llegar al plenario oral …"(cfme. TCPBA, "R. G.,", 13/11/2003, citado por Julián Horacio Langevín, en "Nuevas formulaciones del principio de congruencia: correlación entre acusación, defensa y sentencia", Fabián J. Di Plácido Editor, Bs. As., año 2008, pág. 215, el destacado me pertenece).

"La Corte reitera que los requerimientos del parágrafo 3 del artículo 6 representan aspectos particulares del derecho a un juicio justo garantizado en el parágrafo 1. Por lo tanto, la Corte examinará el presente caso desde el punto de vista de aquellas dos previsiones tomadas conjuntamente (ver entre otros, el caso T v. Italy, 12 octubre 1992, Serie A N° 245-C, p. 41, parágrafo 25). El parágrafo 3 (a) del art. 6 apunta a la necesidad de la especial atención que debe prestarse a la información de la "acusación" al defendido; los detalles de la ofensa juegan un rol crucial en el proceso criminal, en el cual a partir de su servicio es el que el sospechoso es formalmente puesto en noticia de las

bases fácticas y legales de los cargos instaurados en su contra (ver, *mutatis mutandis*, Kamasinski v. Austria, 19 Diciembre 1989, Serie A N° 168 pp- 36-37, ***parágrafo*** 79). El acusado debe haber sido enterado 'puntualmente' y 'en detalle' de la causa de la acusación, que está dada por los hechos materiales alegados en su contra y que constituyen las bases de la acusación, y de la naturaleza de la acusación, a saber, la calificación legal de aquellos hechos materiales. La Corte considera que, en materia criminal, la provisión completa y detallada de toda la información concerniente a los cargos contra el defendido es un prerrequisito esencial para asegurar que los procedimientos son justos (ver *mutatis mutandi*, Pélissier and Sassi v. France [GC], N° 25444/94, par. 51.52, ECHR 1999-11). Cuando la extensión de la información 'detallada' conculca esta provisión es algo que varía, dependiendo de las particulares circunstancias de cada caso; el acusado debe, de todas formas, ser provisto de información suficiente, como fuere necesario para comprender completamente el alcance de los cargos en su contra desde el punto de vista de la preparación para una defensa adecuada …" (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso "Mattocia v. Italy", parág. 58 y 59, application N° 2369/94, 25/7/2000, también citado en la obra de Langevin).

Específicamente, en materia de delitos culposos, se ha sostenido que: "La sentencia atacada no resulta incongruente respecto del requerimiento de elevación a juicio cuando, habiéndose ya arribado a un conocimiento certero sobre el hecho, detalla que la imprudencia del imputado consistió en invadir con el camión '… la mano contraria …', pues con ello no se hace más que individualizar un aspecto fáctico que, sólo genéricamente, estaba ya contenido en la acusación en cuanto reprocha un hecho imprudente… todas aquellas precisiones contenidas en la sentencia pero ausentes en

actos anteriores, como en el caso, en la acusación, **no implican por si solas detrimento a garantía alguna** si al incluirlas no se excede la primitiva extensión del hecho y con ello sólo se introducen variaciones que derivan de un conocimiento más profundo e intensivo del mismo" (cfme. TCPBA, L. C., 20/12/2001, en aut. y ob. cit, pág. 225, el destacado me pertenece).

c) Ya habíamos anticipado en el precedente apartado I.- 2), al fundamentar el rechazo a un posible caso fortuito, algunas de las dificultades que plantea la construcción del tipo objetivo del delito imprudente en particular, en orden a la interpretación de los denominados conocimientos especiales-; que, recordemos, debe encarar fundamentalmente el juez, en cada caso concreto.

Explica Bacigalupo que: "En la dogmática de nuestros días el impacto de la teoría de la imputación objetiva sobre el delito imprudente ha conmovido algunos elementos del paradigma elaborado por la teoría finalista de la acción de una manera decisiva. En particular, se ha puesto de manifiesto que 'detrás del elemento infracción del deber de cuidado se ocultan diversos elementos de la imputación, que caracterizan de **una manera más precisa los presupuestos de la imprudencia** que aquella cláusula general' (cita de Roxin). Dicho con otras palabras, el concepto general de infracción del deber de cuidado ha sido disuelto en una serie de criterios de imputación …" (cfme. Bacigalupo, "Derecho Penal. Parte General", 2da. edic., edit. Hammurabi, pág. 343, el destacado ha sido agregado al original).

Acudí a la fuente citada por el jurista argentino radicado en España, a fin de complementar el presente análisis, y de la lectura de su obra ("Derecho Penal. Parte general", tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito", edit. Civitas-Thomson Reuters, Bs. As., 2ª reimpresión, año 2015, págs. 996 y ss.) se desprende, en lo que entiendo aplicable a nuestro caso,

que según Roxin para constatar la realización imprudente de un tipo, no se precisa de criterios que se extiendan más allá de la teoría de la imputación objetiva. No obstante, en la determinación de lo que se ha de considerar "creación de un peligro no permitido", se puede y se debe tener en cuenta todo lo que la jurisprudencia y la doctrina científica han ido precisando para la constatación de la infracción del deber de cuidado. Así entonces, es posible extraer de la casuística, "algunas directrices que resultan útiles para la determinación de la imprudencia".

Sabemos que, por ejemplo, en materia de tráfico vial y ejercicio de las profesiones reglamentadas, resultan muy importantes: las normas jurídicas reguladoras, en general, de tales actividades; las normas del tráfico; el principio de confianza; etc. También suele echarse mano a la denominada "figurabaremo diferenciada", tales los casos del médico, el constructor, etc., y por fuera de los sectores laborales, el alpinista, el encargado de grupos juveniles en una excursión, el aficionado a la navegación, etc. (en nuestro caso, el cazador: cuyo deber de cuidado consiste en no disparar su arma de fuego de cacería, en dirección a objetivos que no sean las piezas de caza).

Asimismo, se añaden los deberes de información y omisión, de manera que en el hipotético caso que no contemos con aquellos baremos o parámetros de conducta, formulados especialmente para sectores o ámbitos especializados de la vida, o en el presente, si por vía de hipótesis se interpretara que no está claro que rija un deber de cuidado, como el que esbozamos precedentemente; en tal supuesto de análisis, operan dos reglas generales: quien no sabe algo, debe informarse antes de actuar, y quien no puede hacer algo, debe dejarlo –en consecuencia, y en el contexto del cazador: si no conoce sobre la posible presencia de personas en la zona pretendidamente "descampada", informarse antes

de comenzar a disparar su arma de caza, luego si no logra obtener el dato, abstenerse de disparar, a modo de prevención de cualquier peligro-.

Pero, en mi opinión, el criterio que luce más relevante en nuestro tema, como contenido concreto del deber de cuidado, es el de la "ponderación de utilidad y riesgo"; a partir del cual se hace necesario merituar la "relevancia social de la conducta generadora de riesgo", para calibrar correctamente el cuidado exigido en la emergencia. En tal entendimiento, el autor citado califica entonces a algunas acciones como "dignas de desaprobación social", o "socialmente inútiles", contraponiéndolas a aquellas otras que toleran la admisión de un mayor riesgo permitido, como el supuesto de la ambulancia que viaja a toda velocidad.

Agrega Roxin que para esta ponderación son decisivas, además de la referida "relevancia social de la conducta del sujeto", otras circunstancias como la magnitud del daño que eventualmente amenaza con producirse, y los sacrificios que serían precisos para eliminar plenamente un riesgo. Concretamente, el balance final es sumamente negativo para el acusado: el daño que podía causarse era enorme e irreparable, la pérdida de una vida humana, no simplemente a título de ejemplo, un incendio, o la extinción de una especie animal, etc.; y el "sacrificio", mínimo para evitar poner en riesgo vidas humanas, consistía sencillamente en abstenerse de cazar guanacos para alimento de sus perros, en el sitio teatro de los hechos.

En base a todos los fundamentos dogmáticos que se han expuesto, de modo sintético, hasta aquí, concluyo que en el caso que nos convoca es perfectamente posible, y seguro, construir el tipo objetivo de la imprudencia atribuida a O. R. N., a partir del estatus de un hombre "diligente normal", que hipotéticamente ubicado en la misma posición del autor del hecho punible, hubiera procedido de otro modo.

En apoyo de lo expuesto, se ha sostenido que el contenido de "la acción adecuada al ámbito de relación en el caso concreto no se puede derivar de reglas generales de experiencia -ni preceptos policiales de seguridad-, sino del siguiente principio metodológico: qué acción habría efectuado **un hombre razonable y prudente** en lugar del autor"; y ello en razón que lo determinante no es la observancia de la regla, sino el riesgo básico típico que queda al observar la regla, porque el riesgo permitido "no es una permisión absolutamente contrafáctica, sino que requiere de una concreción por parte del sujeto que realiza la actividad, por ello **se recurre al criterio valorativo del hombre prudente y diligente en** cada sector del tráfico o **cada sector social**" (cfme. Patricia Gallo, Análisis del fallo "Fernández, Juan Carlos", de la sala III de la Cám. Nac. de Cas. Penal, 22/12/04, publicado en "Jurisprudencia de Casación Penal", Patricia S. Ziffer dirección, t. 1, edit. hammurabi, Bs. As., año 2009, págs. 109 y ss., con cita entre otros autores de Welzel y Frisch -el destacado me pertenece-).

A mayor abundamiento, la jurisprudencia nacional, ha tenido ocasión de reafirmar en orden a la "acción descuidada evitable", que: "… a la luz de nuestra legislación, el resultado no querido se debe haber producido por imprudencia, negligencia o inobservancia de los reglamentos o deberes a cargo del agente. Se trata de una medida objetiva que está en función de la necesidad de protección de los bienes jurídicos y de las exigencias de la vida social. La medida del cuidado debido es independiente de la capacidad de cada individuo. Se trata del cuidado necesario para el desarrollo de una actividad social determinada. Una persona que no pueda observarlo está obligada a abstenerse de su realización. Los conocimientos especiales del sujeto son tenidos en cuenta en el juicio de previsibilidad objetiva que **sirve de base** para

determinar el cuidado objetivamente debido (Cerezo Mir, José, “Obras Completas”, Derecho Penal, Parte General, págs. 554 y ss., Editorial Ara Editores, Perú, 2006). Similar idea sostiene Welzel al referir que el deber objetivo de cuidado se ve infringido cuando el resultado típico es ‘objetivamente previsible’, ex ante, para una imagen ideal colocada **en la misma situación y posición del autor**. La acción debe suponer una conducta que, de acuerdo con la experiencia general, encierre una tendencia lesiva… El cuidado objetivamente debido exige tener en cuenta todas las consecuencias objetivamente previsibles de la acción. Solo cuando la producción del resultado fuera objetivamente previsible, es decir, apareciera ex ante como una consecuencia no absolutamente improbable de la acción será posible apreciar una inobservancia del cuidado objetivamente debido. Sin embargo, no toda acción de la que sea objetivamente previsible que se derive un resultado delictivo, supone una infracción del cuidado objetivamente debido. Al criterio intelectual de la previsibilidad objetiva se le añade **un criterio normativo** para determinar el cuidado objetivamente debido. Solo estarán prohibidas aquellas acciones peligrosas de cuya realización se abstendría **una persona inteligente y sensata** (Cerezo Mir, José, ob. cit., págs. 564 y ss.)…” (cfme. CNCrim. y Correc., sala VI, 2013/04/08, Causa: “Botta, Rubén Darío s/ procesamiento”, el destacado no pertenece al original).

Entiendo sin ánimo de desmerecer la labor de los colegas del tribunal de juicio, que resulta preferible la solución expuesta, en vez de la alternativa de computar en el caso, que el “poder subjetivo del autor” de ajustarse a la norma de cuidado, puede haber sido “superior” al normal –como lo ha entendido el colegiado del debate-. En apoyo de esta conclusión, sigo la opinión de Mir Puig (cfme. Derecho Penal. Parte general”, 7ª. edic., Bdef edit., Montevideo-Bs. As., año 2004, págs.

293/5), en orden a todo cuanto resulta "objetivable" en materia de conocimientos especiales: "… si… el poder del autor es *superior* al normal, ello no puede redundar en su perjuicio, porque la culpabilidad presupone la antijuridicidad, y esta solo obliga al cuidado exigible al **hombre medio**. … Si se aplica rigurosamente el criterio del **hombre diligente situado en la misma posición del autor**, ya ha de tomarse en cuenta la fuente más importante de un posible poder especial. Pues, si también los conocimientos especiales del autor al actuar deben ser tenidos en cuenta, entre tales conocimientos ha de contarse la experiencia especial y el fruto de un aprendizaje particularmente intenso…" (el destacado ha sido agregado al original).

Por último, aún en el supuesto que se interpretara que el acusado contaba con "aptitudes excepcionales", en relación con su experiencia en el manejo de armas de fuego, conocimiento de la zona, etc., y extremando el análisis, incluso que "conscientemente" pudiera haber dejado de utilizarlas en el caso concreto (sin llegar al punto de tener la intención de causar el resultado lesivo, ni aceptando su posibilidad, ya que de lo contrario habría dolo), de todas maneras el resultado final es el mismo, es decir que se entiende que "infringe el autor la norma de cuidado que exige comportarse del modo más diligente *posible* al autor" (ibídem).

d) Solo resta por último, en mi opinión, dedicar una consideración a la punición de la imprudencia inconsciente, que siempre ha sido un tema controvertido. Para ello, echaremos mano una vez más a la autorizada opinión doctrinaria de Roxin (ob. cit., pág. 1020), quien se inclina decididamente por la afirmación de la culpabilidad, en tales casos; explicando que esta categoría dogmática del Derecho penal "… no se refiere solo a lesiones y puestas en peligro conscientes de bienes jurídicos", porque cuando alguien "… conoce circunstancias fundamentadoras de peligro, la

culpabilidad imprudente radica en el simple hecho de no haber extraído la consecuencia de una posible lesión de bienes jurídicos".

Y añade: "…Si p.ej. alguien deja andar sueltos a unos perros fieros y no adiestrados que a consecuencia de ello atacan a un niño y lo matan …, no modifica en nada la imprudencia el que el mismo no haya considerado (pensado en) esta consecuencia. Basta incluso la **mera cognoscibilidad o advertibilidad** de las circunstancias fundamentadoras del peligro. La apreciación de que no estaría en poder de nadie el considerar las circunstancias que a uno no se le pasan por la cabeza es errónea. Toda nuestra vida social se basa en que **al ser humano le es posible** examinar y mantener bajo control los peligros procedentes de él; si fuera de otro modo, entonces p.ej. el tráfico automovilístico comportaría riesgos insoportables y debería ser suprimido" (el destacado ha sido agregado al original).

También merece citarse el criterio del autor, en orden a que la estructura de la conducta imprudente, "es la misma en la imprudencia consciente y en la inconsciente"; de allí que, a lo largo de este voto, nos hemos extendido en el razonamiento sobre la edificación del tipo objetivo, de acuerdo al presente caso, utilizando para ello conceptos generales sobre la imprudencia, aplicables a ambas clases. Asimismo, nos advierte Roxin sobre la "relativamente pequeña relevancia de la distinción", toda vez que a menudo resulta que una conducta se realiza "tanto con imprudencia consciente como inconsciente".

Si por ejemplo alguien confía en la no producción de un resultado cuya probabilidad estima en el 10 %, cuando en realidad esta asciende al 25 %, el mismo actúa ya con imprudencia consciente; pero en la cognoscibilidad o advertibilidad del grado de peligro "sustancialmente más alto" radica además una imprudencia inconsciente adicional (ibídem). Esta hipótesis resulta

interesante como instrumento para analizar, ya que es altamente probable que se haya verificado en el presente caso; en el sentido que el autor quizás previó la posible presencia de personas en la zona, donde se encontraba cazando, en un porcentaje muy bajo –cuando la realidad demostró luego lo contrario-; de manera que *favor rei*, también debe concluirse solamente en la existencia de imprudente inconsciente.

4) En su presentación de responde a la impugnación ordinaria, la parte querellante ha aludido, entre otras cosas, al "… seguimiento a ultranza de su plan en desmedro del bien jurídico tutelado", por parte de "los condenados"; y más adelante sostuvo que "…no es cierto…" que el acusado O. N., no haya tenido el dominio del hecho, ya que: "El resolvió cuando y para donde disparar, eso es el dominio de la acción propia, la que hizo en forma voluntaria …". Entiendo que de tal modo, se procura ajustar el caso al concepto de dolo eventual, para de esta manera reforzar la fundamentación del decisorio condenatorio, recurrido ahora en esta instancia.

En efecto, la doctrina respalda la noción de que el dolo (eventual en el presente caso) se basa en la realización del plan, a diferencia de la imprudencia que es solo negligencia o ligereza. Ahora bien, en qué debería consistir en nuestro caso, dicho plan? Según Roxin: "quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocido por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente … en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo".

Pero resulta que los hechos que se han tenido por probados en la sentencia, y aplicando también el principio *favor rei*, no avalan esta hipótesis: ha quedado fuera de controversia que el acusado contara con la posibilidad cierta de quitarle la vida a una persona, y no obstante ello que su decisión fuera a favor de dicha

lesión del bien jurídico. Entonces, no resulta asimilable el pretendido "dominio de la acción", que argumenta el acusador privado, con el plan que requiere el elemento dolo, y la consecuente toma de decisión en contra del bien protegido por el ordenamiento jurídico-penal; por todo lo cual, se confirma entonces que estamos ante un supuesto de imprudencia.

II.- La opinión dominante sostiene que la complicidad solo es posible, "en relación con un hecho principal en el cual el autor tenga el dominio del hecho, lo que sin dolo no es posible" (cfme.
Bacigalupo, ob. cit., pág. 521, con cita de Cerezo Mir, Córdoba Roda y Gimbernat Ordeig, entre otros).

b) Para el caso que se admita como hipótesis de análisis, la posibilidad contraria, es decir la de una participación punible en la imprudencia, ésta solo abarca a la modalidad consciente (cfme. "Algunas cuestiones acerca de la participación en los delitos imprudentes", por Denise Staw, en la obra colectiva: "Problemas actuales de la parte general del Derecho Penal", edit. Ad.Hoc, Bs. As., año 2010, págs. 355 y ss.)

III.- Conclusión: se impone entonces la absolución libre del coimputado E. A. N..

Voto parcialmente por la afirmativa a la presente cuestión.

Respecto de la imposición de costas y regulación de honorarios, acuerdo con lo votado por el primer vocal.

A la última cuestión el Dr. Defranco dijo:

1. En cuanto esta cuestión, corresponde la anulación de la pena impuesta (analógicamente, arts. 386 y 387 CPP), en tanto carece de competencia este Tribunal para fijarla (art. 71, letra A, punto 1 CPP). Ello así, toda vez que el cambio del encuadramiento legal determina no sólo la aplicación de una nueva escala penal sino, también, la posibilidad de considerar circunstancias de

hecho diversas a las debatidas con anterioridad, lo cual amerita un nuevo debate y una nueva decisión por parte del tribunal que corresponda, que tendrá -a todo evento- la posibilidad de contar con la impugnación ordinaria (doble conforme) que prevé el estatuto procesal en su art. 374, trámite para el cual sí resulta competente esta Cámara en lo Penal.

Fijarla este Tribunal implicaría violar el ámbito de su propia competencia funcional, en tanto la pena a imponer resulta un debate propio de los jueces del mérito (art. 304 CPP), con presencia de las partes y la posibilidad de participación de la víctima, según el marco legal previsto por los arts. 40 y 41 del Código Penal.

A la **última** cuestión, el **Dr. Barrios** dijo:

A la cuarta y última cuestión que se refiere a si corresponde remitir estos folios al Colegio de Jueces Penales, he de votar que sí corresponde.

En efecto, la readecuación de la calificación jurídica que, por imperio de esta revisión, concluye en la decisión final por la absolución de E. N. y por la condena de O. N. por el delito de homicidio culposo, impone que los actuados vuelvan a la sede la Oficina Judicial para que, con la integración del Tribunal que por ley corresponda, se asegure el contradictorio sobre lo que en materia de cesura de pena merezca, bajo los recaudos de ley para que finalmente se dicte sentencia que abarque ese extremo del proceso penal.

Asi voto.

A la **cuarta** cuestión el Dr. **Pintos** dijo:

I.- El acogimiento favorable de la impugnación ordinaria, en cuanto a la calificación del hecho, respecto al coimputado O. R. N., en forma congruente con la acusación subsidiaria de la parte querellante, ha de conducirnos a disponer un reenvío parcial (art. 387 CPP) de la causa, a los fines de la determinación de la pena

aplicable, por un tribunal con distinta integración –para no socavar la garantía de imparcialidad del juzgador-, previo juicio de cesura, según la escala penal del art. 84 CP y las pautas previstas en los arts. 40 y 41 CP, para la
individualización judicial de la sanción.-

Ello debe ser así, ya que tal actividad se encuentra condicionada a la inmediación previa a la fijación del cuántum de pena, regulada por el art. 41 *in fine*, CP (cfr. CSJN, in re "Niz, Rosa A.", N. 132.XLV, del 15 de junio de 2010); lo que resulta asimismo apropiado, para garantizar el derecho del imputado de recurrir la pena que finalmente establezca el órgano de reenvío, conforme a la calificación jurídica decidida en esta sentencia.

Esta solución, predominante en la actualidad en la jurisprudencia de la CFCasPen, ha sido recibido con beneplácito por la doctrina nacional, en razón que ella "… permite simultáneamente subsanar defectos de la sentencia y respetar al máximo el derecho al recurso del imputado, al tiempo que observa en toda su extensión la garantía de la inmediación, el principio contradictorio y la oralidad" (cfme. Análisis del fallo "G., A. D." de la sala II de la Cám. Fed. de Casación Penal, titulado: "La garantía del 'ne bis in idem'. Su alcance. El juicio de reenvío", publicado en "Revista de Derecho Procesal Penal", 2013-2, Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As., año 2014, págs. 597 y ss.).

II.- En consecuencia voto por remitir la presente carpeta a la OFIJUD.

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

S E N T E N C I A:

1) Hacer lugar parcialmente a la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica del imputado

O. R. N., cuyas demás circunstancias personales obran en autos, en cuanto al cambio de calificación.

2)No hacer lugar a la nulidad de la requisa vehicular y secuestro del arma, planteada por la Defensa de O. N..

3) Modificar la calificación legal impuesta en la sentencia recurrida, quedando subsumidos los hechos atribuidos a O. R. N. en el delito de Homicidio Culposo (arts. 84 y 45 del CP).

4) Dejar sin efecto la pena impuesta, disponiendo el reenvío del caso para que el tribunal que corresponda decida la sanción a aplicar de conformidad con lo dispuesto en la presente (art. 387 CPP).

5) Hacer lugar a la impugnación ordinaria interpuesta respecto de E. A. N..

6) Absolver a E. A. N. del delito de Homicidio Simple con dolo eventual, en carácter de partícipe primario (art. 79 y 45 del CP), disponiendo su inmediata libertad.

7) Imponer las costas a los acusados O. R. N. y E. A. N. (arts. 239, 240, 241 y concs. CPP) y regular los honorarios de los profesionales intervinientes en un 35% del monto fijado en la sentencia de mérito, por la labor desarrollada en la presente instancia, de conformidad con lo establecido en los arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concs.

de la ley XIII-4 (antes decreto-ley 2.200) y ,

8) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Roberto Adrian Barrios **Alejandro Gustavo Defranco**

El Dr. Daniel Luis María Pintos remitió su voto a esta sede vía correo electrónico. Registrada bajo el número 25 del año 2015.

Pilar Sofía Maza
Secretaria de Cámara