En la ciudad de ComodO. Rivadavia, Provincia del Chubut, a los once días del mes de agosto de dos mil catorce, el Tribunal integrado por los Dres. **M. Roberto MONTENOVO**, en su carácter de Presidente, **Guillermo Alberto MÜLLER** y **Daniel L. M. PINTOS**, Jueces de Cámara, procede a dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 54695**, **carpeta individual n° 6151**, caratulada: "C. M. s/Inv. Homicidio s/r/v S. M." de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación el Sr. Fiscal General, Dr. **Marcelo Fabián Crettón**, la Sra. L. B. C. (ex esposa de M.), la Sras. Defensoras Públicas Dra. **M. C.** (T.) y Dra. **V. A. B.** (C.) y los imputados **F. J. T.** y **S. A. C.** y

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

Que los días 8 y 14 de julio del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. M. Roberto Montenovo, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por las Defensas técnicas de F. J. T. y S. A. C., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el

Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Deben admitirse las impugnaciones interpuestas por las Defensas de F. J. T. y S. A. C., contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

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

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

I.- Ha concitado la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por las Defensoras de los imputados **S. A. C.** y **F. J. T.**, contra la sentencia Nº 1063/14, de fecha 7 de abril de 2014, por la que se declarara al primero de los nombrados partícipe secundario del delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego (artículos 41 bis, 46 y 79 del Código Penal), y se lo condenara a la pena de cinco años y cuatro meses de prisión, accesorias legales y costas (artículos 12 y 29 inciso 3° del cuerpo legal citado), y al segundo de ellos autor penalmente responsable del delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego (artículos 41 bis, 45 y 79 del Código Penal), y se lo condenara a la pena de diez años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas (artículos 12 y 29 inciso 3° del cuerpo legal citado), en razón del hecho ocurrido en esta ciudad el 13 de julio de 2013 en perjuicio de S. L. M..-

1) La Dra. M. M. C., en ejercicio de la defensa del imputado F. J. T., hizo reposar la argumentación de la vía recursiva en los siguientes agravios: a. sentencia basada en prueba ilegal -art. 372 inc. 4° CPP-; nulidad de la detención y de los reconocimientos o recorridos fotográficos y llamados anónimos-; b. sentencia arbitraria por arbitraria valoración de la prueba; c.- Tipificación legal. Arbitrariedad. Inaplicabilidad del art. 41 bis. Errónea aplicación del derecho. Falta motivación suficiente.

En torno al primero de los vicios denunciados, consignó que la primigenia orden de detención de F. J. T. se fundó en un pedido del Ministerio Público Fiscal, a raíz de llamados anónimos y de reconocimientos fotográficos realizados por la Sra. D. T. G., en dependencias de la brigada de investigaciones de la Policía el 13 de julio de 2013 aproximadamente a las 18:30 hs.

Indicó que en dicha solicitud además de requerir la detención de F. T., también se requirió la de su hermano S. C. y el allanamiento de los domicilios de ambos y de R. E. T., también hermano de su asistido, y poseen un gran parecido físico.

Criticó que el reconocimiento en sede policial, no contó con la presencia de ninguna de las partes del proceso que controlara su producción y tampoco lo fue en forma posterior, ya que el Ministerio Fiscal no aportó como pruebas las imágenes que fueron exhibidas y que finalmente

reconoció.

A su entender, en primer lugar, debió averiguarse de donde provenían las llamadas anónimas, ya que las mismas fueron realizadas a los teléfonos celulares pertenecientes a la Brigada de Investigaciones, que no son aportados a la comunidad en ninguna guía telefónica. Luego de verificar la identidad de quienes señalaban a los autores, prosiguió, debió requerirse la realización de los reconocimientos en rueda de personas previstos en el ritual, con las formalidades establecidas en los arts. 210 y 211 del CPP, dado que ya no se trataba de la exhibición de álbumes fotográficos en lo que se denomina habitualmente "recorrido fotográfico", sino que había una sospecha fundada respecto de una persona supuestamente identificada por la brigada de investigaciones, con lo cual la investigación estaba dirigida en forma directa hacia la persona de T. que en esas condiciones ya resulta sindicado como posible autor del hecho.

Hizo notar que el CPP, en su art. 34, exige autorización judicial previa para la realización de diligencias de investigación que pudieran, como ocurre en el caso, privar al imputado de los derechos que la Constitución asegura, si bien argumenta el Sr. Juez de Garantías que la Defensa Pública tenia conocimiento de dicha diligencia, no hay constancias de ello y a la defensa pública hasta ese momento, no se le había dado intervención en representación ni de T., ni de C., agregando que recién los

asistió en la audiencia del art. 274 CPP.

Adujo que agrava aún mas la situación el hecho de que tampoco presenciaron la producción de tan importantes "medidas de investigación" los representantes del Ministerio Público Fiscal, habiendo finalmente quedado en evidencia a partir del testimonio de la Sra. D. T. G., que el reconocimiento fotográfico, se llevó a cabo sólo en presencia de dos policías.

Apuntó que el ritual establece claramente en sus artículos 210 y 211 los requisitos que deben cumplirse a los fines de la validez del acto de reconocimiento fotográfico, como así también los recaudos que deben cumplirse. Sin duda se ha incumplido en esta investigación con dicha normativa y se ha arrasado con el derecho de defensa del imputado. Alegó que mal puede considerarse como debidamente fundada una sentencia que disponga la inmediata detención de la persona denunciada en forma anónima y reconocida fotográficamente a través de un procedimiento viciado, habida cuenta que no se desprende ni del pedido fiscal ni de la resolución del Sr. Juez de Garantías actuante otra circunstancia que permitiera tener por acreditada la participación de T. en el hecho y todas las actuaciones realizadas fueron acercadas por el Ministerio Público Fiscal al Juez de Garantías para que pudiera evaluar la viabilidad del requerimiento.

Por lo expuesto, concluyó, corresponde declarar la

nulidad de las actuaciones de prevención, realizadas por la Brigada de Investigaciones y de todos los actos que son consecuencia directa del mismo, incluidas las declaraciones de T. D. G..

En lo que hace a la segunda de las críticas que formuló, sostuvo que la sentencia es arbitraria ya que valora arbitrariamente la prueba rendida en el debate para lograr la condena de mi asistido. Objetó que los tres jueces de juicio valoraron prueba pericial de cargo que no es certera. Así, tuvieron por acreditada la distancia de disparo de más de un metro conforme lo dictaminado por el Dr. C. G., quien en calidad de médico forense, no se encuentra habilitado para brindar como perito experto una distancia de disparo.

Indicó que el perito G. M. M., solo se limitó a tO. los dichos del informe de autopsia, aunque si bien manifestó que realizó una pericia de disparo no dio razón a sus dichos, ya que no acompaño ningún informe específico sobre dicha pericia. Por el contrario, la pericia se refirió solamente a la mecánica del hecho estableciendo dos hipótesis.

Cuestionó además que los magistrados tienen por probado que el vehículo C. V. que fue encontrado en la rotonda, había circulado a alta velocidad, por apreciaciones que realiza el testigo S. D. M., quien no es perito mecánico, ni criminalista, por lo que no se encuentra habilitado a realizar ninguna de las apreciaciones respecto de cómo pudo haber sido la

dinámica de los hechos por la cual el vehículo C. se encontraba en dicha rotonda. De hecho, por ejemplo, no se verificó si las huellas de frenadas que dice que vio "el derrape" se corresponden con el dibujo de las gomas del vehículo secuestrado.

Alegó que al *Aquo* incurrió también en arbitrariedad al utilizar los dichos de los testigos que se encontraban en el lugar del hecho para construir su sentencia, aduciendo imprecisiones y contradicciones en los dichos de los testigos R. y M., y que sólo se valieron de los dichos de T. G. para edificar la condena, ya que fue la única que reconoce como autores del hecho a los Sres. T. y C.; y los Jueces han pasado por alto los controles que deben realizarse en honor a la sana crítica racional a fin de fundar una condena en un testimonio único, requisitos que considero indispensables para superar la premisa de la prueba tasada: "*testis unus testis nullus*".

Adujo que ninguna de las pruebas sobre las que los Jueces asientan la declaración de responsabilidad de su asistido, excluye las posibilidades de un encubrimiento por parte de G..

Por los motivos expuestos, concluyó, es evidente que la sentencia es arbitraria, ya que la prueba ha sido erróneamente valorada y no se ha podido determinar la autoría en el presente caso, por lo que solicitó la absolución de F. J. T..

En lo que atañe al tercero de los cuestionamientos

formulados, expresó que los Jueces de Juicio aplicaron erróneamente la ley, considerando tipificada la conducta en el art. 79 del Código Penal agravada por el uso de arma de fuego conforme el art. 41 bis del Código Penal, haciendo notar que la apreciación del dolo de muerte, por la mayoría de los Jueces, se da en consideración del resultado letal, es decir, la subsunción de la conducta reprochada en el tipo penal del art. 79 CP, para los Jueces Juárez como Rago, les es suficiente, con la sola constatación del resultado de muerte.

Destacó que tanto en el alegato inicial, como en el final, expuso que en el caso, que presentaba el Ministerio Fiscal se debía tipificar en la conducta de abuso de armas (104 CP segundo párrafo) seguida por el resultado muerte (art. 79 CP). Y que no correspondía la aplicación del art. 41 bis del Código Penal, por entender que el art. 104 CP ya contempla el uso de arma de fuego y el segundo párrafo del art. 41 bis, así lo impide y que puso de relieve, en la ocasión, que en virtud del desconocimiento de la motivación de la acción delictual y la falta de acreditación del dolo de matar, en virtud del art. 28 CPP y 44 sexto párrafo de la Constitución Provincial, la duda respecto a si existió un dolo de matar o no, beneficiaba al imputado.

Alegó que ninguno de los Jueces dio respuesta a tal hipótesis, lo que se traduce en una falta de motivación (art. 25 CPP y 169 Const. Pcial.) ya que cuestionada la calificación pedida por el Fiscal, es deber

de los Jueces para dar suficiente motivación a su fallo, dar las razones por las que no consideran aplicable su solicitud.

Adujo también que como consecuencia de la aplicación de la agravante del art. 41 bis, en el presente caso se observa la vulneración de la garantía de “ne bis in idem” art. 18 CN.

En consecuencia, en forma subsidiaria al pedido de absolución, solicito se califique la conducta de la manera expuesta y se readecue la pena a imponer, formulando reserva del caso federal.

2) A su turno la Defensora Pública, Dra. V. A. B., en ejercicio de la asistencia técnica del acusado S. A. C., en su libelo impugnativo, denunció como agravios: a. la nulidad de la detención, de la diligencia de recorrido fotográfico y de los llamados anónimos (art.372 inc. 4° del CPP; b.- arbitraria valoración de la prueba y c.- inaplicabilidad del art. 41 bis del CP.

En relación al primero de los vicios enunciados, adujo que a la fecha en que se ordenara de detención de C. -14 de julio de 2013-, no concurría ningún elemento de convicción que justifique la medida, y que por tal razón la orden era ilegal, dado que sólo se sustentaba en la existencia de dos llamados anónimos recepcionados por la Brigada de Investigaciones en teléfonos móviles de la Institución, al que sólo pueden acceder personas que tengan conocimiento de su existencia, puesto que no son por todos

conocidos; así quedó patentizado con el testimonio del Subcomisario V. quien refirió que es un celular de servicio, que le provee la Brigada y que los llamados que se reciben proceden de personas conocidas.

Señaló que al primero lo recibió el policía M. V., de una persona de sexo femenino que sólo se identificó bajo el nombre de C., quien le hizo saber que tenía información sobre un hecho en el V. y que en el mismo habría tenido intervención "el N. S. C. de Km 5"; y el segundo fue atendido por el Oficial M. J. V., de una persona de sexo masculino que no se quiso identificar, quien refirió que S. C. y T. se iban en una camioneta y en un auto de su familia.

Destacó que la detención de C. se fundó exclusivamente en los informes policiales en los que se volcó el contenido de los llamados anónimos, ya que la testigo G. en la diligencia de recorrido fotográfico practicado sólo sindicó a T., no así a C. y, por lo tanto, no hubo otra evidencia, más allá de los llamados anónimos, que sostuvieran la orden de detención en relación a C..

Trajo a colación en aval de su postura un fragmento del voto del Juez Pintos en la Causa N° 23/04 de la Excma. Cámara Primera en lo Criminal de esta Circunscripción, plasmado con cita de Víctor Corvalán publicado en nota a fallo titulada: "El informante anónimo: 'colaborador policial' pero ineficaz como prueba de cargo …", Suplemento La Ley de

Jurisprudencia Penal, febrero 2000, págs. 20 y ss.-

Luego de transcribir una aparte del voto de la Jueza Arcuri, consignó que se ha dado validez a la información anónima, pues no había otros fundamentos en los que el Juez de Garantías pudo haber cimentado su decisión, ya que en su resolución -para vincular a C. a la investigación que se llevaba a cabo-, dio por acreditado que el rodado V. era efectivamente por él utilizado, que el conocimiento de esa situación fue adquirido de la entrevista que se mantuvo con la Sra. E. V. C., quien testimonió que su marido L. O. O. fue propietario de la unidad y que la vendió al sospechado, indicando sólo saber su nombre y que se domicilia en el barrio Km 5 de esta ciudad, alegando desconocer, donde se efectuó la entrevista y quien la llevó a cabo, pues estas personas no han sido propuestas como testigos en el juicio, vulnerando así el contradictorio -al no permitir el debido contralor- y cobrando vigor la hipótesis de la defensa en que la detención se basó en un dato anónimo, sin respaldo en ninguna otra fuente digna de verosimilitud; muy por el contrario emerge con meridiana claridad que la orden de detención librada para C. es a todas luces ilegal.-

En lo concerniente al segundo de los vicios esgrimidos, expresó que **l**os jueces han tenido por probado que el vehículo C. V., dominio XXX-XXX, color gris, hallado el 13 de julio de 2013 a las 11,40 hs., en la rotonda sita en Avda. H. Í. del O. y Ruta N° XX, con signos de haber

sufrido una colisión con el boulevar, es el que estuvo en el lugar del hecho y traslado a los autores del mismo.

Objetó, no obstante, que esta construcción no tiene basamento en los dichos de los testigos, quienes hacen referencia a que en el lugar había varios vehículos grises. El mismo testigo R. manifestó que había muchos autos grises afuera y, además, no se ha acreditado que el rodado encontrado en la rotonda este vinculado con el hecho investigado.

Más adelante se interrogó acerca de ¿cual es el procedimiento que ha seguido la Brigada de Investigaciones para llegar a relacionar un vehículo colisionado en una rotonda, con el hecho delictual acaecido en el local "V.", horas antes?, concluyendo en que fueron los supuestos "llamados anónimos", puesto que aún no se habían practicado las diligencias investigativas.

Criticó que en el discurso policial se hace referencia a tareas de "inteligencia" que nunca se llega a saber en qué consisten, para explicar lo inexplicable, es decir, como se llega al conocimiento de los hechos investigados, cuando la pista seguida para encontrar a los culpables no aparece como la secuencia lógica de elementos encadenados.

Hizo notar que los empleados del local, tanto R. como M. no reconocen como autores del hecho a T. y C.; R. no los indica y M. no los reconoció en la diligencia de reconocimiento en rueda. La única que lo hace

es la Sra. T. G., de cuyo testimonio los Jueces se han valido para elaborar su sentencia, pasando por alto que corresponde valorarlo con sumo rigor, más aún cuando la defensa cuestionó la veracidad de sus dichos, con sólidos fundamentos en prueba testimonial.-

Indicó que la testigo D. T. G., en juicio, dijo que entro al bar y vio todo lo que paso desde la ventana, la defensa le requirió que precise exactamente lo que vio, a lo que manifestó que ve a C. correr y que le van disparando.

Alegó mendacidad en su relato, al indicar que los testigos del lugar son contestes en referir que no observaron nada a través del ventanal, ni aún después de haber escuchado los disparos, dado que los vidrios estaban empañados (había mucha gente, era época invernal y el lugar estaba calefaccionado), y el personal policial y la facultativa médica manifiestan que la visibilidad fuera del local era escasa, dado que no había mucha luz artificial; circunstancias que los jueces reconocen en sus votos.

Agregó que a estos testimonios debe aditarse el de C. M. S., encargada del local, quien reveló, que hay un ventanal grande, que por la calefacción no se ve porque se empaña y había mucha gente; J. A. R., portero del bar, dijo “que los ventanales estaban empañados de punta a punta”; y D. M., quien ese día se desempeñaba como seguridad del local, refirió “que los vidrios se empañan y no se puede ver nada”.

Hizo notar que a excepción de G., ningún testigo sindico a C. y T. como los autores del hecho, tampoco se evidenció ni refirieron algún temor en ellos, y es obvio que si los vidrios estaban empañados, simplemente por condensarse el aire caliente del interior, dada la época invernal, la calefacción del ambiente, la cantidad de gente, sumado a la a la oscuridad reinante, nada pudieron observar y así lo atestiguaron.

Adujo que resulta inmotivada y por ello arbitraria, la calificación que se endilga a S. C., tipificada en el art 46 del CP, pues más allá de que no se ha acreditado -a su criterio- que su vehículo tuviera algún tipo de intervención en el hecho, y dado que la testigo G. no pudo haber visto nada de lo ocurrido -en virtud de la oscuridad reinante en el exterior del local y los vidrios empañados-, los Jueces debieron determinar en su sentencia, en base a la prueba producida, de qué manera cooperó C. en el sentido que estipula el artículo 46 de la normativa de fondo; y no queda claro qué aporte puede efectuar una persona que corre detrás de otra que va disparando, y si entienden los magistrados que lo acorraló, mínimamente debería haberse descripto dicho accionar; de no ser así son muchas las hipótesis que se pueden articular (por ejemplo, y si corrió porque quiso impedirlo?, o si lo hizo sacarle el arma? o bien para hacerlo desistir ?). Es decir, se trata de distintos los interrogantes que pueden plantearse, sin poder dar una respuesta que provoque la certeza que es legítima base de la condena.

Luego, en lo que atañe a la inaplicabilidad del art. 41 bis, expresó que, a su entender, ha quedado zanjada la cuestión a nivel Provincial por el Superior Tribunal, Sala Penal, en el precedente "D.D. A. s / Hom. Simple" Expte. 20083-D-2005".

Tras transcribir un extenso fragmento de lo allí expuesto, adujo que existen buenas razones para sostener que la agravante genérica del art. 41 bis del CP no es claramente aplicable a los delitos de homicidio (tampoco a otros, como lesiones o la amenaza agravada), que son precisamente aquellos a los que paradigmáticamente está referida. En consecuencia, y en la medida en que ni siquiera en el ámbito más obvio de su aplicación puede sostenerse sin serias dudas la operatividad de dicha agravante, de ninguna manera puede decirse que su extensión sea clara, precisa y determinada, en el sentido en que lo exige el principio de determinación o de máxima taxatividad de la ley penal (*nullum crimen, nullum poena sine lege certa*), derivado directo del principio constitucional de legalidad (CN, art. 18; CADH, arts. 8.1 y 9; PIDCyP, arts. 14.1 y 15.1).-

Por lo expuesto, requirió que se anule la sentencia impugnada y se disponga la absolución de S. A. C., formulando reserva del caso federal.-

3) El Ministerio Público Fiscal, al responder el traslado que se le corriera respecto de las impugnaciones deducidas, expresó -sobre la

impetrada a favor de T.-: en relación a la alegada prueba ilegal en que se asienta la sentencia -nulidad de la detención y de los recorridos y reconocimientos fotográficos- que el funcionario policial L. B., dejó constancia que se había notificado a la Defensa Pública y que además se contó con un testigo de actuación –A. F. J., D.N.I. N° XX-XXX-XXX-.

Destacó además que la Defensa, en el acto de reconocimiento de persona, interrogó acerca de la modalidad en que se desarrollara el acto y se indicó que le mostraron varios álbumes y reconoció a uno de los imputados que era el que portaba el arma de fuego, que fue identificado como F. T..-

Señaló que la diligencia cuestionada resulta una clara medida de investigación, según lo deja claramente establecido J. Cafferata Nores en su obra "La Prueba en el Proceso Penal", pág. 177.

Puso de relieve que D. G. desconocía al autor y al partícipe que ultimaron a M., pero recordaba sus características físicas y ello no sólo quedó asentado en el acto de recorrido fotográfico, sino también en el reconocimiento judicial y en el debate y fue lo que motivó la detención de T..

Hizo notar que al tener los datos e indicios necesarios el Ministerio Público Fiscal con el recorrido fotográfico, se solicitó la detención del nombrado la que se ordenó mediante resolución fundada del Juez Penal en auto del 13 de julio de 2013.

Descalificó los cuestionamientos de la defensa relativos al dictamen del médico-forense en cuanto hace referencia a la distancia en que se habría efectuado el disparo, señalando que si bien no es experto en distancia de disparo, su conocimiento médico le permite establecer la forma en que M. fuera ultimado.

Idéntica postura esgrimió en lo que atañe a la objeción formulada hacia el perito M. M., quien depuso sobre la mecánica del hecho, como así también sobre lo expresado por S. M..

Discrepo con la valoración efectuada por la Defensa en cuanto a los testigos R. y M. quienes, a su entender, brindaron datos útiles para la investigación; y en relación a la testigo D. G. destacó que se mantuvo firme en su relato desde el inicio, fue detallista y coherente en el recorrido fotográfico, en el acto de reconocimiento en rueda de personas indicando que hizo cada uno de los imputados, actitud que mantuvo en el debate.

En lo atingente a la calificación legal que pretende la Defensa -abuso de armas (art. 104 del CP) seguida de muerte (art. 79 del cuerpo legal citado)-, también expresó su desacuerdo señalando que conforme los medios probatorios, T. primero amenazó a M., luego sacó el arma lo intimidó y finalmente lo persiguió y le efectuó dos disparos por la espalda a media distancia que terminaron con su vida, por lo que no cabe albergar duda alguna del dolo directo de matar que guió su accionar.

Con cita del precedente “Paredes, Maximiliano Gastón s/ Homicidio s/ Impugnación” (Expte. 23126 - Folio 179 - año 2013), requirió que la agravante prevista en el art. 41 bis -utilización de arma de fuego- se mantenga y que se confirme la sentencia en todos sus términos.

En lo vinculado a la impugnación formulada respecto del imputado C., sostuvo -respecto e la prueba ilegal en que se sustentaría la sentencia- que el Juez de Garantías en el inicio de la investigación conforme a la petición fiscal fundó acabadamente la orden de detención librada contra el nombrado mediante resolución N° 6152, transcribiendo fragmentos de la motivación allí expuesta.

Consideró que la argumentación allí desarrollada, se reforzó con el reconocimiento en rueda de personas en el que la testigo T. D. G. sindicó a C. como la persona que acompañaba a T. en la audiencia del 7 de agosto de 2013.

En lo que se relaciona a la arbitraria valoración de la prueba denunciada, adujo que la construcción que hicieron los jueces no sólo se basa en el acuerdo por convención probatoria realizado en el la audiencia del 7 de agosto ya señalada, en que ambos imputados reconocieron haber circulado en el vehículo C. V. siniestrado en una de las salidas de la ciudad, sino también en el testimonio del policía S. M., que fue quien acudió hacia donde se encontraba el rodado y constató sus características, los daños que

presentaba y la forma en que habría ocurrido el accidente.

Indicó que la testigo T. D. G., cuestionado por la recurrente, fue clara y contundente en el relato que hizo acerca de lo que presenció, tanto en los instantes previos al desenlace -que observó en el exterior del local donde dialogaba con la víctima-, como luego ya desde el interior desde donde vio correr a M. y lo corrían y le iban efectuando disparos.

En lo que hace al cuestionamiento de la Defensa referido a la ausencia de motivación sobre la participación secundaria endilgada a su asistido, se limitó a transcribir fragmentos de los jueces sobre el tópico sin esgrimir respuesta alguna a la crítica formulada.

Por último y en relación a la agravante del art. 41 bis del CP, se remitido a los argumentos expuestos al responder la impugnación de la defensa del imputado T..

4) En la audiencia celebrada a tenor de lo normado en el art. 385 del CPP, las partes mantuvieron oralmente las posturas esbozadas en los escritos precedentemente reseñados.

5) La plataforma fáctica del suceso que diera origen al presente proceso, fue fijada por el órgano acusador de la siguiente manera: el 13 de julio de 2013, siendo aproximadamente las 5.30 horas la víctima S. L. M. se hallaba en el exterior del local nocturno denominado “V.”, sito a la

vera de la Ruta Nacional N° 3, pasando en dirección norte el Barrio C. de Comodoro Rivadavia. En esas circunstancias, los imputados F. J. T. y S. A. C. se aproximaron a M. manifestándole T.: "¿Vos sos vivo?" a lo cual la víctima respondió "¿qué pasa?"; T. empuñaba un arma de fuego y al lado acompañando la amenaza C. lo cubría desde atrás, ante ello M. corrió hacia un lateral intentando ponerse a salvo; conjuntamente T. y C. salieron tras él y en dicha situación T. le efectuó al menos cinco disparos con el arma de fuego que portaba. La víctima resultó finalmente acorralada y cayó herida a unos treinta metros del lugar donde se inició su persecución. Tras ello T. y C. huyeron del lugar a bordo del vehículo C. V. dominio XXX-XXX, propiedad de C.. En la agresión sufrida S. L. M. recibió un total de tres disparos, dos de ellos en la zona de la espalda -omoplato izquierdo- y el restante en el muslo de la pierna derecha, los cuales le produjeron lesiones que le ocasionaron la muerte instantes después, cuando era asistido en el mismo lugar de los hechos.-

II.- En función de los agravios planteados, considero relevante a efecto de analizar el caso que nos convoca, enunciar tres paradigmas sobre los que girará esta exposición: la pretendida invalidación de los actos de investigación, y con ellos de todo el proceso, en tanto fueron utilizadas herramientas tales como los recorridos fotográficos no efectuados en sede judicial y llamados telefónicos anónimos que aportaron la identidad

de los supuestos autores del deceso de S. M., en clave de determinar el perjuicio que su utilización generó; la conceptualización de qué requisitos debe exigirse al llamado "testimonio único designador de culpabilidad" a fin de tenerlo como pieza suficiente para arribar a un pronunciamiento condenatorio; el concepto de participación delictiva de naturaleza secundaria aplicado al caso que nos ocupa, su carácter de banal, y las consecuencias que ello acarrea; la constitucionalidad de la conjunción de la agravante genérica del art. 41 bis del CP., con el tipo del Homicidio simple del art. 79 de dicho cuerpo legal.

III.- Como lo han resaltado las partes, ya en anteriores pronunciamientos (Faguada), hemos expresado que no se encuentra vedado, a priori, el uso de álbumes fotográficos como herramientas de investigación de delitos. Corresponde retornar brevemente sobre ello.

La actividad de investigación criminal resulta una tarea compleja, fundamentalmente cuando se trata de autores ignorados.

El Ministerio Público y las autoridades prevencionales deben "comenzar de cero", donde las escasas pistas surgen de la visión que en pocos instantes pudieran haber tenido las víctimas y/o testigos presenciales sobre los autores.-

Bien podríamos afirmar que, en dichas hipótesis, la mentada investigación debe enfrentarse a un universo de posibilidades, al que

hay que comenzar a llenar de datos, pudiendo albergar una cantidad infinita de pistas, y de posibles sospechosos.

En tal contexto, la utilización de galerías de fotos de personas con antecedentes policiales en hechos de las características del que se investiga resulta perfectamente posible, desde un punto de vista lógico y también normativo, en nuestra Ley adjetiva (arts. 112, 116, 120 inc. 4to. del CPPCh.), constituyendo una iniciativa autónoma para la Policía judicial y el Ministerio Fiscal.

Dijimos en aquella oportunidad que si la autoridad prevencional se encarga de investigar, incorporar la mayor cantidad de datos posibles referidos a un suceso delictivo, el Acusador Público debe, sobre esa base, "construir una imputación", concepto normativo material y procesal que se vincula con la posibilidad de atribuir tal suceso a determinadas personas, decidiendo cual de esos datos son evidencias idóneas a efecto de convertirse en prueba para el Juicio, a su vez útiles para vencer el estado de inocencia del que gozan los eventuales sospechados, todo ello en caso de así corresponder, pues el cometido de la Policía y del Ministerio Fiscal no es conseguir culpables "a cualquier costo", ya que este último si bien debe promover y ejercitar la acción penal pública, lo hace respetando el principio de legalidad (arts 194 y 195 inc. 3ro., Constitución del Chubut).-

Debe ser el Acusador Público, en un sistema de

enjuiciamiento penal de los caracteres del vigente en nuestra Provincia, el responsable último de cómo se investiga, los medios que se utilizan para obtener la verdad real, y la forma en que ello será presentado ante los Jueces.-

Entonces, en las ocasiones en las que se carece de toda pista, puede acudirse a la herramienta del álbum de fotografías de personas detenidas o demoradas por la Policía para ser exhibidas a los testigos de un delito en los albores de la pesquisa, pero ello conlleva al menos un gran inconveniente.-

Expresamos en el precedente que venimos reseñando, concepto que mantenemos, y en cuyo derredor giró un debate argumental entre las partes de este caso, que uno de tales inconvenientes radica no en la obligatoria presencia del Defensor designado, pues hasta allí no existe imputación a persona alguna, resultando excepcionales los casos en los que el rito prevé el control por un abogado público de una medida de prueba (por ej. el art. 280 del CPPCh.), cuando existe urgencia en realizarla y no hay sospechosos de cometer un delito.-

El mentado inconveniente remite a la imposibilidad de efectuar un Reconocimiento en rueda posterior, lo que ocurrió aquí respecto de T., pues si se le exhiben fotos a los testigos y/o víctimas, y luego se conforma una rueda de personas con el individuo fotografiado, más allá que se cumplan todos los recaudos legales de tal medida, ya en sede

jurisdiccional, pues habría “imputado” (art. 210 CPPCh), la imposibilidad de determinar si el reconociente identificó al sujeto que vio en el hecho o a la imagen de la toma fotográfica se torna insuperable, con ella se impone el principio de la duda, y la desvinculación del encartado (arts. 285 inc. 6to. y 28 del CPPCh.).-

Es que el testigo ha fijado sus recuerdos y evocaciones a una foto, la cual puede observar detenidamente y por el tiempo necesario, a diferencia de lo divisable en hechos cuya rapidez de desarrollo le impiden retener gran cantidad de detalles. Entonces, el método de exhibir fotografías de personas “prontuariadas”, para una vez individualizada alguna por la victima o testigo, vincular al señalado a la causa, solicitando luego su inclusión en una rueda de personas, y de ser reconocido (hipótesis más que probable), cerrar el ítem autoría de la imputación, no es un camino adecuado para superar el estado de inocencia. Y ello debe ser sopesado por el Ministerio Público.

Nos inclinamos por la utilización de retratos hablados, desde el obstáculo indicado, pero insisto, de no contar con aquellos, el álbum puede suplirlos, en la medida en que sea usado solo como la posibilidad de restringir el universo de opciones propio de los casos de autores ignorados a uno más pequeño, pues el señalamiento de un individuo en tal álbum debería operar como la descripción de una morfología y no de un sujeto, sin perjuicio

que a partir de allí se desprenda una sospecha sobre tal sujeto, y todos aquellos afines en cuanto a características físicas.

En el sub-judice, sin embargo, no era necesario recurrir ni a ellos, ni a las llamadas anónimas, menos si estas fueron efectuadas a teléfonos móviles desconocidos para la población en general. Existía desde prácticamente el inicio otra vía de investigación, y tal extremo, tanto torna llamativo el recurso de darle valor a una llamada anónima, como opera en desmedro de las pretensiones invalidantes de ambas Defensas.

Lo que pretendo significar es que el vicio señalado ha existido, pues no correspondía en este caso, ni hacía falta, recurrir a álbumes de fotos y/o darle valor a supuestas llamadas anónimas que brindan datos precisos de lo ocurrido, pues desde instantes inmediatos posteriores al momento del hecho, existía una vía alternativa de investigación que era posible recorrer, con éxito.

Y esta tenía que ver con el vehículo que esa noche utilizaron T. y C..

Conforme lo constató a partir de las expresiones de una vecina, dato no cuestionado por las Defensas, más allá que la identidad de la persona no fue suministrada, el Oficial M. del numerario de la Comisaría de Km. 8, que sí concurrió al Debate, el mediodía del día 13/7/2013, se hallaba en la rotonda ubicada en la intersección de las Ruta 39, la Avenida H. y la

calle Í. de O., un rodado marca C. V. dominio XXX-XXX, color gris, dañado, que venía circulando por el camino Intendente M., habiendo colisionado con el boulevard, la rotonda, quedando detenido. Luego, del mismo descendieron dos sujetos vestidos con ropa oscura, intentaron empujarlo sin éxito, y se retiraron.

Todo esto ocurrió a las 7 de la mañana, aproximadamente, del día referido. M. fue ultimado un poco más de una hora antes, luego de las 5:30, y el camino por donde circulaba el automóvil une el sitio donde se encuentra el pub "V." y el barrio donde se hallan los domicilios de T. y C..

A ello cabe agregar que el encargado del acceso del boliche, J. A. R., declaró en Juicio que esa noche dos personas que se movilizaban en un auto de color gris pretendieron ingresar al local próximo al horario de cierre, 5:30 hs., les negó el acceso, pero les suministró jarras de cerveza, las que consumieron en el rodado; que la testigo G. recordó que los sujetos que enfrentaron a M. vestían camperas roja y gris, y jeans, lo que bien podría integrar el rubro "ropa oscura"; y que por convención probatoria las partes tuvieron por cierto que en días anteriores T. y C. circularon en el C. V. aludido, y que el bien es de propiedad del último de los nombrados.

Si a todo ello sumamos que a la testigo G. no se le exhibieron fotografías de C., participando ambos directamente de un Reconocimiento en rueda de personas, positivo en cuanto a la sindicación del

primero como una de las personas que abordaron a M., podemos concluir que a su respecto la pesquisa hubiese arribado tarde o temprano, sin transitar el sendero de los álbumes de prontuariados y los datos anónimos. Y a poco más de andar, la sospecha se habría proyectado sobre T..

El rico precedente "Rayford" de la CSJN, que receptó la "teoría de los frutos del árbol envenenado", se suele utilizar como pauta a efecto de determinar el alance de los vicios en el proceso penal. Tomándolo como guía, debemos decir que asiste razón a las Defensas en que hubo vicios en la construcción de la imputación, pero que existía una vía alternativa, concreta, de averiguación de la verdad que tarde o temprano hubiese llegado a los acusados.

La única diferencia habría radicado en que con la manera directa, y anómala, de realizar la pesquisa, primero se arribó a T. y por su intermedio a C.. Por el otro camino, el regular habría sido al revés.

La colisión del rodado gris en ese lugar y a esa hora, sus dos ocupantes de ropas similares a las de los sujetos del exterior de V. quienes enfrentaron a M., podían generar una línea de investigación conducente, y veloz, al logro del grado de sospecha necesario, que al comienzo de una pesquisa es muy inferior a la certeza propia de las Sentencias condenatorias, para direccionar la acción penal hacia los luego acusados.

No obstante, se optó por soluciones directas, que dejaron la sensación de que de antemano se sabía la identidad del autor o los autores, pero poco se supo, y no se sabe al día de hoy, del móvil del hecho, el que si bien no forma parte del tipo del art. 79 del CP., hubiese ayudado, y mucho, a la presentación del "caso" del Acusador.

Más allá de los interrogantes que aún subsisten y las particularidades de la investigación en el sub-judice, por las razones expuestas, el rechazo por el A-quo de las nulidades opuestas por las Defensas debe ser confirmado.

Para concluir este acápite, no puedo menos que compartir plenamente la sugerencia efectuada por la Dra. Arcuri en su sufragio.

IV.- No resulta menor el detalle de la existencia en el caso de un único testimonio de cargo, o "designador de culpabilidad" como lo hemos denominado.

Tengo una postura tomada respecto de los supuestos de testigos únicos (vertido por ejemplo, entre otros, en el precedente de este Tribunal como Cámara del Crimen "Baeza"), que si bien no implica un regreso al antiguo principio de interpretación probatoria, propio de los sistemas de prueba tasada, que impedían adjudicar responsabilidad penal sobre la base de un único testimonio de cargo, se inclina por la estrictez en el análisis de tal deposición, sobre todo cuando no existen otros indicios

corroborantes del mismo (conf. Jauchen E., Tratado de la prueba en Materia penal, Rubinzal Culzoni, pags. 372 y ssgts).-

Pero aquí si los hay. El testimonio de D. G. ha salido airoso en cuanto a la doble constatación que corresponde efectuar, las inherentes a su coherencia interna, y externa. Se ha mantenido firme en una sola versión a lo largo del proceso, tomando ello como sus percepciones del suceso, que trasfirió a la Oficial de Policía J. T., la ex pareja de la victima L. C., instantes después del hecho, a las entrevistas que mantuvo con los integrantes del Ministerio Fiscal, y, por fin, a su declaración propiamente dicha, en Juicio.

En lo que hace a la coherencia externa, coincidió a grandes trazos con las deposiciones de los testigos R. y M., en lo poco que estos aportaron.

Y, en lo que me parece primordial, no se ha efectuado propuesta alguna para explicar la razón por la que G. pretenderá perjudicar a los acusados. Superó exitosamente el contra examen al que fue sometida, y siempre mantuvo su postura de que nunca olvidaría el rostro de las personas que indicó esa noche como quienes emprendieron contra M., a los que en definitiva, y sin perjuicio de lo dicho sobre la cuestión precedente, reconoció judicialmente.

Entonces, debemos estar, como el A-quo, a su versión y

en ella, T. portaba el arma de fuego y C. lo acompañaba, lo que equivales a decir que el primero fue el que efectuó los disparos a la postre mortales para la víctima.

Toda la crítica que pretendió fundarse en la escasa visibilidad desde dentro del local a raíz de los vidrios empañados, que impidieron la observación del momento culminante del hecho, chocan contra la circunstancia de que G., lo que observó, lo hizo fuera del comercio, y nunca sostuvo haber presenciado el momento exacto en el que los disparos alcanzaron al difunto.

El extremo aludido, que T. fue el que realizó tal acción, emergía como inferencia derivada de que el sujeto que portaba el arma de fuego instantes antes, lo que sí divisó la testigo, fue en definitiva el que ultimó a M., aspecto sobre el cual poco se podía discutir.

Por ello, en cuanto al punto, los Jueces de grado estuvieron correctamente a la descripción del Acusador en orden a lo ocurrido, y por ende la lógica del fallo en tal sentido no merece objeciones.

V.- Pero tal inferencia no alcanza a C., A priori era difícil argumentar una participación necesaria, o secundaria, en un Homicidio producido por disparos de arma de fuego, de un sujeto activo que no efectuó los disparos, no cooperó en "cerrar" el camino de la huida de la víctima, sí acompañó al tirador, antes, durante y después, por lo que debemos estar a

que compartió el designio criminal, pero lo que no queda claro es cual fue su aporte al tipo objetivo, a la muerte propiamente dicha.

Tampoco es posible asignarle un rol en el abandono de la escena del hecho, pues si nadie de los presentes pudo observar el momento de la muerte de M., menos pudieron advertir la salida de los acusados, concretamente quién de ellos conducía el vehículo V.. más allá de la titularidad registral de este, por lo cual, duda mediante (art. 28 CPPCh.), no es posible atribuir tal conducta a C., no obstante que por ello no fuera acusado.

Es que, concretamente, no hubo un aporte objetivo de C. en cuanto a la muerte de la víctima, y por más que podamos convenir en que subjetivamente compartió el designio criminal de T., la responsabilidad penal en nuestro sistema normativo no es equiparable con un "Derecho Penal del ánimo", que pune las intenciones, más allá que no se trasluzcan en cooperación al delito emprendido por otra persona.

No obstante que la mentada cooperación pueda consistir en un aporte material o intelectual, este último aspecto no fue materia de acusación, en tanto descripción de su modalidad, y mucho menos de acreditación en Juicio. Y respecto del primero, no hubo ayuda eficaz previa al hecho, en todo caso no fue detallada ni probada, tampoco durante el mismo, y luego, una vez el crimen consumado, las chances de complicidad cedían ante

la existencia de un Delito autónomo, el del art. 277 CP., el cual no fue reprochado, pero que a todo evento prevé una excusa absolutoria en su última parte que hubiese alcanzado a C..

Para determinar si el acompañamiento de C. a T. en el momento culminante del suceso pudo importar alguna clase de aporte, corresponde definir el concepto de aporte eficiente, y este es aquel que posibilita, facilita, acelera o intensifica el hecho principal, de modo tal que un auxilio pequeño, en tanto favorecedor a título causal del delito, resulta punible, y uno de gran entidad del que el autor no se sirve, no (conf. Donna, Edgardo "La Autoría y la Participación criminal" pags. 108/110, Ed. Rubinzal Culzoni).

Siguiendo pautas de imputación objetiva, si el auxilio no significa un aumento indebido del riesgo para el bien jurídico, es neutro, y como tal, carente de Tipicidad objetiva.

Tal es la situación en la que consideramos se ha encontrado C., que estuvo junto a T. cuando efectuaba los disparos, lo que en sí mismo no importó una ayuda siquiera secundaria al resultado, más aún teniendo en cuenta el medio elegido por el autor para ultimar a la víctima, un arma de fuego, en sí misma con capacidad de autoabastecerse sin ayuda.

Toda otra hipótesis de cooperación no fue planteada ni probada, por lo cual, este agravio de la Defensa debe prosperar, imponiendo

revocar la Sentencia en cuanto asigna responsabilidad penal a C., procediéndose por ende a su absolución.

VI.- Por último, quién suscribe tiene postura tomada en sentido negativo, desde el plano de constitucionalidad, sobre la aplicación conjunta de los arts. 41 bis y 79 del CP., sobre la base de argumentos que en mi concepto aún no han sido analizados por la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia provincial, la cual, al igual que mis colegas de esta Cámara, tienen posición contraria.

Tratándose de fundamentos similares a los esbozados aquí por ambas Defensas, que reitero comparto, a ellos remito, en honor a la brevedad, consistiendo en este punto el único tramo de este decisorio en el que no se ha arribado luego de la deliberación, a un criterio unánime. Así voto.-

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

I.- En función de evitar reiteraciones estériles he de omitir el detalle de los antecedentes del caso traído a conocimiento de este Tribunal y de los términos de las impugnaciones deducidas por las defensas de los imputados, remitiéndome a la completa reseña efectuada por mi par que lidera votación.-

He de seguir para mi exposición una serie de temas que considero trascendentes para la decisión que se vinculan estrechamente con

los puntos de agravios planteados por los impugnantes.-

1.- En forma absolutamente coincidente las defensas plantean que la sentencia se apoya en prueba ilegal y afirman que tanto la detención, recorridos fotográficos y llamados anónimos resultan nulos, y que a consecuencia de ello deben caer los actos producidos como derivación de aquellos, incluidas las declaraciones de la Sra. T. D. G. (Art. 372 inc. 4 del C.P.P.).-

Adelantando opinión, y conforme lo tratáramos en el proceso deliberativo, si bien algunas de las observaciones efectuadas por las Defensoras Públicas resultan ajustadas no alcanzan para invalidar pruebas obtenidas por el Ministerio Público Fiscal y producidas en el juicio.-

Se extrae de lo actuado en la audiencia de juicio que, tanto la defensa técnica de T. como la de C. como estrategia optaron por la teoría negativa del caso, sosteniendo la insuficiencia de las pruebas aportadas por el Ministerio Público Fiscal para acreditar la autoría, participación y responsabilidad de sus asistidos en el hecho, planteando desde luego las nulidades de los actos mencionados.-

Al respecto debo señalar que las respuestas brindadas por los Jueces de Juicio no resultaron profusas, a excepción de la Dra. Arcuri que se detuvo en cada una de ellas, lo que no fue observado por las impugnantes.-

Estrictamente el coincidente cuestionamiento de las

defensas apunta a marcar irregularidades en la construcción del caso por el Ministerio Público Fiscal que se apoya en definitiva en medios no admitidos como información anónima y en recorridos fotográficos que se practicaron sin respetar formas sustanciales afectando las garantías de defensa en juicio y debido proceso, logrando de esa manera la individualización de sus asistidos y la detención de los mismos.-

a.- Extraigo del desarrollo del juicio y de la sentencia que no resultó materia de controversia la existencia del hecho objeto del proceso y los Jueces del Tribunal han tenido por cierto y probado que el día 13 de julio de 2013, siendo aproximadamente las 5:30 horas, en circunstancias que S. L. M. se hallaba en el exterior del local nocturno "V.", ubicado a la vera de la Ruta Nacional N° 3, próximo al Barrio C. de esta ciudad, se le aproximaron dos sujetos intercambiando palabras con uno de ellos, quien extrajo un arma de fuego efectuándole varios disparos, siendo alcanzado por tres, impactando dos en la zona de la espalda -omóplato izquierdo- y uno en el muslo de la pierna derecha, falleciendo en forma casi instantánea ya que los disparos que dieron en la parte superior comprometieron la arteria aorta y la vena cava provocando una hemorragia masiva, con hemoneumotorax.-

Los sentenciantes toman en cuenta fundamentalmente el testimonio de D. T. G. quien se hallaba con la víctima al momento del hecho, la autopsia practicada por el Dr. C. G., del testimonio de la Dra. Nélida

Troncoso quien concurrió al lugar en la ambulancia del Periférico del Barrio 30 de octubre ante el requerimiento desde el local “V.”, constatando en el exterior la presencia de una persona sin vida y el testimonio de la Oficial Ayudante J. T., que prestaba servicios en la Comisaría Distrito M. y se constituyó inmediatamente en el lugar para efectuar la constatación e inspección correspondiente.-

También se extrae de lo actuado que el Fiscal actuante se presentó en el lugar rápidamente haciéndose cargo de la investigación, lo que ratificó en la audiencia del Art. 385 del C.P.P.-

En dicho orden lo primero que se ha cuestionado es el inicio de la investigación y la incidencia en ella de dos llamados anónimos del que surgirían datos precisos respecto a los presuntos autores del hecho y la vinculación de un automóvil siniestrado en proximidades.-

Lo particular es que estos llamados fueron hechos a dos celulares pertenecientes a la Brigada de Investigaciones que no estas destinados para la recepción de denuncias o aportes de datos en la investigación de hechos delictivos, es decir no resultan de conocimiento público, sino que son propios de las tareas que desarrolla la Brigada caracterizada por su reserva. Desde luego que ello imposibilita el control y se extrae de los sufragios que los jueces no otorgaron validez al contenido de la información vertida por los testigos M. S. V. y J. M. V., funcionarios

policiales pertenecientes a la Brigada que recibieron las aludidas llamadas.-

Podemos decir en cuanto al valor de la información emanada de una fuente anónima que, es un deber corroborar todos los datos que anoticien o aporten al esclarecimiento de la verdad, es decir debe encontrar respaldo; así se expide la Dra. Arcuri y es válido traer el precedente "García, J. L. s/ Homicidio r/v", carpeta N° 4868, Sentencia N° 31 del 8 de noviembre de 2013 en el que esta Cámara se ha pronunciado en tal dirección.-

En el caso existía una línea de investigación independiente a partir de las manifestaciones de una testigo presencial, no cuestionada, que pudo ver a los dos sujetos, describirlos y otros testimonios que indican la concurrencia al sitio de estas personas en un automóvil gris, contando el Juez de Garantías con elementos respaldatorios para motivar la orden de detención que en definitiva emitió.-

También considero válida la observación del Dr. Juárez al expedirse sobre el punto, en cuanto que la defensa al momento de la audiencia de control de detención no formuló objeción alguna, trayendo el planteo recién en la instancia de juicio.-

En el sub-judice en definitiva no era necesario acudir a información anónima, menos en la forma que fue recibida que la hace más sospechosa; como acabo de decir existían otras vías de investigación

independientes que permitían llegar a la verdad y los Jueces como ya señalara no han otorgado valor y por ello pierde entidad el planteo de ambas defensas.-

b.- En cuanto al recorrido fotográfico que realizara la testigo G., sabemos que como herramientas de investigación se encuentra habilitada por el Art. 210 del ritual, siempre con autorización del Juez y observando los recaudos que el Art. 211 del mismo cuerpo legal impone, encontrándose facultada la policía judicial a practicar diligencias orientadas a la individualización física de los autores y partícipes del hecho punible con los límites establecidos en la ley (Art. 120 inc. 7 del C.P.P.).-

Sucedió aquí, que la testigo T. D. G. a pocas horas del hecho, y luego de ser ubicado el automóvil en el que presuntamente se desplazaban los dos sujetos, fue llevada a dependencias de la Brigada de Investigaciones para efectuar un recorrido fotográfico, reconociendo a uno de los imputados; dijo el Fiscal en al audiencia que el mismo se practicó bajo su supervisión y en su presencia, lo que no cambia en nada la situación porque ello no da validez del acto pues indudablemente se debe practicar conforme los recaudos legales.-

La situación que se plantea en el caso es idéntica a la ocurrida en autos “Lincheo, Sandro Marcelo s/ Robo agravado”, Carpeta N° 2399 de la Oficina Judicial de ComodO. Rivadavia, en el que el máximo

Tribunal provincial en su intervención a partir del recurso extraordinario del Ministerio Público Fiscal ha convalidado estos procedimientos.-

El problema que deja planteado esta práctica es su impacto en el posterior reconocimiento en rueda de personas, puntualmente en el caso de T., puesto que en relación a C. no cabe efectuar observación alguna ya que fue identificado exclusivamente en rueda de personas que se practicó con todos los recaudos legales no siendo tachado de nulidad por su Defensora, Dra. B., quien estrictamente cuestionó la investigación y valor que se le dio a la información anónima, que entiende fue el verdadero sustento de la orden de detención extendida por el Juez de Garantías sobre lo que ya me expresé en el punto anterior.-

Retomando, es indudable que un inicial reconocimiento por vía de un recorrido fotográfico influye en el posterior reconocimiento en rueda de personas, puesto que, más allá de cumplirse con las exigencias legales, realmente no se puede determinar fehacientemente a quien está reconociendo, si a la persona que ya vio detenidamente en una fotografía o la persona que vio rápidamente o por un instante en el hecho; por ello me animo a decir que no es un método o práctica adecuada para establecer autoría y/o participación, pudiendo emplearse otras herramientas, máxime cuando existen otras vías de investigación como en el caso bajo examen, pero parece que la rapidez mediática para dar por esclarecido un hecho que anima a los

investigadores policiales supera la cautela y seriedad que merece una investigación preliminar o preparatoria que, correctamente dirigida, permite arribar al resultado buscado con solides y aportando evidencias idóneas cuya obtención no pueda ser cuestionada a efectos de sostener en juicio la acusación.-

Así entiendo más que atinada la sugerencia que efectúa la Dra. Arcuri al titular de la acción, al concluir su respuesta a las nulidades planteadas por las defensas, en el sentido de instruir a la Brigada de Investigaciones de la Policía un protocolo adecuado de registro y corroboración de identidad de informantes anónimos, a lo que me permito agregar de supuestos en que resulta válido un recorrido fotográfico y de los recaudos que se deben observar para poder obtener la autorización judicial conforme lo establecen los Arts. 210 y 211 del C.P.P.; en definitiva que resulte claro que la investigación es dirigida por el Fiscal puesto que es el responsable de cómo se realiza la tarea, los medios que ha de valerse para esclarecer el hecho y la forma que los presentará en el juicio para sostener la acusación.-

Conforme lo tratáramos en el proceso deliberativo hemos acordado que en este caso no resultaba necesario acudir a “supuestas” llamadas anónimas y a recorridos fotográficos, dado que inmediatamente después del episodio se contaba con una testigo presencial y la información

que aportaban otras personas que se hallaban en el local nocturno de la concurrencia de dos sujetos en un automóvil gris, me refiero a J. A. R., empleado que controlaba el ingreso al local, incluso señaló que no pudieron hacerlo pero si les dieron cerveza la que tO.on en el automóvil.-

G. describió la vestimenta de los dos individuos, y cerca del mediodía el Oficial M. de la Comisaría de Km. 8 concurrió a la rotonda ubicada entre la Av. N. H., I. O. y Ruta Provincial N° XX puesto que allí se encontraba un automóvil C. V. color gris siniestrado, habiendo subido a la misma impactando con una palma de luz, dejándolo abandonado sus ocupantes, y efectuadas las averiguaciones de rigor una vecina informó al oficial que había sido como a las 7:00 hs., y que descendieron dos sujetos con ropa oscura intentando sacarlo pero no pudieron y se retiraron.-

Esto fue lo declarado por el funcionario en el juicio sin ser cuestionadas ni observadas sus manifestaciones; también se pudo establecer que el vehículo circulaba por el camino “M.” que permite llegar al Barrio donde se domicilian los imputados desde el Bar V. y que el automóvil era de propiedad de S. C. lo que fue materia de convención probatoria.-

Así el reconocimiento en rueda de personas del que participó G. con resultado positivo en cuanto a la sindicación de C. como una de las personas que abordaron a M., no cuestionado por las defensas, a lo que adito no se encuentra contaminado por un recorrido fotográfico previo,

hubiese permitido llegar a T. sin recurrir a las cuestionadas prácticas, es decir existía una línea alternativa y válida de investigación por la que se llegaría indudablemente en un tiempo algo mayor pero sólidamente a individualizar al otro sujeto, por lo que adhiero a la propuesta de mi par que lidera la votación y confirmar el pronunciamiento en cuanto rechazar las nulidades articuladas por las Sras. Defensoras.-

2.- El segundo agravio esgrimido por las impugnantes también es coincidente y sostienen que la construcción sobre autoría y participación que realizan los sentenciantes es producto de una arbitraria valoración del plexo probatorio.-

Por su parte el Fiscal interviniente se limitó a responder las impugnaciones de manera general, validando la información anónima y el recorrido fotográfico, no aportando en lo sustancial a la defensa del pronunciamiento atacado, en tanto en la audiencia del Art. 385 del C.P.P. tampoco hizo aportes de interés volviendo a valorar toda la prueba producida en el juicio oral y público.-

Conforme el desarrollo que vengo efectuando queda absolutamente claro que el testimonio de T. D. G. ha sido determinante para que los Jueces del Tribunal concluyeran que T. es la persona que portaba un arma de fuego y efectuó los disparos a M. y que C. es quien lo acompañaba en la ocasión, motivando adecuadamente esta cuestión.-

En efecto, de los votos de los sentenciantes extraigo que, sin perjuicio de su vinculación al hecho como testigo presencial, D. T. G. es absolutamente ajena al suceso en el sentido que no conocía a las personas que abordaron a la víctima y por la forma imprevista que acontece el hecho, permite descartar cualquier posibilidad de animosidad o perjuicio hacia los imputados; ni las defensas han intentado esbozar alguna razón por la que la testigo pudo haberse manifestado en determinado sentido, y superó airosamente el contra examen al que fue sometida.-

Sin perjuicio que la situación vivida por la testigo y las consecuencias del hecho resultan conmocionantes, se mantuvo firme en cuanto al registro de las personas que abordaron a M., señalando que nunca olvidará el rostro, para luego reconocerlos en rueda de personas. De esta manera debemos tener por cierto que T. portaba el arma de fuego y C. quien lo acompañaba.-

La única observación que formularon las impugnantes se refieren a la escasa visibilidad desde el local hacia el exterior, no sólo por la poca iluminación artificial sino también porque al haber tanta gente en su interior los vidrios se hallaban empañados y ello razonablemente impidió observar el momento en el que ultimaban a M., pero lo que observó G. es que se le acercaron los dos sujetos, increpándolo el que esgrimía el arma de fuego y que ante tal situación ella volvió hacia el local y desde la puerta al intentar

ingresar vió que lo corrían a M. y que la persona que portaba el arma, que individualiza como lo que vestía una campera roja, comenzó a dispararle, escuchando cinco detonaciones por lo que el cuestionamiento que realizan no tiene ningún sustento, G. nunca dijo que desde el interior del local vió cuando lo ultimaban a "C.".-

Los Jueces no solo verificaron la coherencia interna, sino también cotejaron con el resto del caudal probatorio encontrando apoyo en otros testimonios; así la Oficial J. T. expresó que al arribar al lugar se encontraba junto a la víctima una chica de apellido G. y en iguales términos se expidió la Sra. L. C., ex mujer de M., que llegó rápidamente al sitio por llamado de sus hijas y vienen a corroborar la presencia de G. en el lugar.-

También coincide con lo expuesto por J. A. R. quien oficiaba como seguridad, afirmando que M. concurrió al bar, que era cliente y que salió del local pudiendo apreciar que se quedó charlando con gente en el exterior y que escuchó disparos; lo mismo declara D. A. M., quien también se desempeñaba como seguridad del bar, confirmando la presencia en el exterior del local de dos personas, que intentaron ingresar a los que se les negó el acceso puesto que era hora de cierre y que sólo se les vendió dos cervezas, que luego escuchó al menos tres disparos y que ante el aviso la gente se alteró y cerraron la puertas no obstante comenzaron a retirarse.-

Por último cabe mencionar que también es coincidente el

relato con lo constatado por la autoridad prevencional en relación al lugar donde fue hallado el cuerpo, y la prueba científica que establece que los disparos son desde atrás, propios de una persecución como lo menciona G., de manera entonces que este testimonio no solo esta dotado de coherencia interna, como ya explicara, sino también de coherencia externa y nada impide en el sistema actual de valoración de la prueba que el Juez pueda convencerse por lo que diga un único testigo cuando sometido a un test de fidelidad interno y externo sale indemne (cfme. Voto del Dr. Pfleger, sentencia N° 75/06, 15/12/06), y en igual dirección esta Cámara se pronunció en la Carpeta N° 4179, "Caamaño, L. A. s/ Homicidio r/víctima", Sentencia N° 21 del 7 de agosto de 2013.-

Por todo ello este agravio tampoco puede prosperar correspondiendo el rechazo y así lo voto.-

3.- La defensa de S. C. también se agravia, considerando inmotivado y arbitrario el pronunciamiento, en cuanto se le adjudica a su asistido participación secundaria en los términos del Art. 46 del C.P., propiciando desde luego la absolución dado que no se estableció una cooperación o aporte en el sentido que exige la norma.-

Coincidentemente los Jueces del Tribunal adjudican a C. el carácter de partícipe secundario por cuanto concurrió con el auto y al intentar eludir M. la situación acompañó a T. en la persecución para luego

huir del lugar en el vehículo de su propiedad.-

Adelantando opinión considero que los fundamentos brindados por los sentenciantes no son suficientes, incluso me animo a decir que no detallan mínimamente un accionar que corresponda ubicar en el Art. 46 del C.P.-

Conforme el Art. 46 del Código Penal se considera partícipe o cómplice secundario a "los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo", es decir que su aporte no resulta esencial a los fines de la comisión.-

De acuerdo al desarrollo que vengo efectuando, quedó establecido que fue T. quien increpó a M. provocándolo verbalmente diciéndole "vos sos vivo" y ante la situación la víctima contestó "que te pasa" y al advertir que empuñaba un arma de fuego pretendió eludirlo corriendo hacia un lateral del bar, disparando entonces el agresor desde atrás. T. era acompañado por C. quien no interviene en el intercambio de palabras y sigue a su hermano cuando perseguía a M., para luego huir del lugar en el automóvil C. V. color gris en el que habían concurrido y que era de su propiedad.-

Estas son las únicas acciones que desarrolló C. conforme a la prueba rendida, y resulta inmotivada la afirmación de los Dres. Rago y

Juárez que colaboró para acorralar a la víctima como bien lo marcó la impugnante y por otra parte tampoco se pudo establecer quien conducía el automóvil, al margen de su propiedad.-

Cuando hablamos de complicidad el cómplice debe saber que presta una aporte o cooperación a un hecho punible y la diferencia de importancia del aporte al hecho principal determina diferencias en el grado de responsabilidad del partícipe -Arts. 45 y 46 del C.P.-

La complicidad secundaria de acuerdo a nuestra ley es una colaboración que se efectúa al injusto del autor y las hipótesis son dos, cooperar de cualquier modo, no esencial, a la ejecución y la ayuda posterior a ésta, mediando promesa anterior; en el caso estaríamos hablando de la primer hipótesis quedando en evidencia que la conducta atribuida al nombrado no ha sumado o ayudado a la acción típica.-

En definitiva el solo hecho de encontrarse C. al lado de su hermano, mientras este agrede a M. y dispara el arma y retirarse en automóvil, no puede ser encuadrado como participación habida cuenta que no puede otorgarse el carácter de cooperador o ayuda en la ejecución del hecho a tenor del Art. 46 del C.P. y como ya dije al iniciar el tratamiento de esta cuestión, las conclusiones de los Jueces aparecen inmotivadas tornando arbitraria la sentencia en este punto. Para concluir resulta ajustado traer un fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal, sala II, del 1/6/2010, autos

"Mamaní, Elena y otros s/ Recurso de Casación", C. 9931, reg. 16500.2, citado por Donna en su obra "El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia", 2° Edición, Tomo I, Editorial Rubinzal-Culzoni, pág. 439, que dice: "Es arbitraria la sentencia que no da cuenta ni precisa cuales fueron las colaboraciones no esenciales para el ilícito de parte de los hijos de los imputados, ni por qué el supuesto conocimiento de la actividad ilícita de sus padres deviene en una participación secundaria -no cabe sustentar la participación secundaria en el ilícito en el mero hecho de viajar junto con sus tíos a la Provincia de Salta-; la falta de determinación sobre la naturaleza de esas conductas inhibe la posibilidad de sostener un juicio de responsabilidad penal. El voto concurrente agregó que la condena como cooperadores secundarios, sin determinación de la sustancia y naturaleza de la cooperación, aparece fundada puramente en las relaciones personales entre los autores y quienes vienen condenados como partícipes secundarios y constituye una pena de sospecha contraria al estado de inocencia (Dres. Yacobucci, Mitchell y García –voto concurrente-)"; por todo ello debe prosperar la impugnación y revocar la sentencia en este punto lo que así voto.-

IV.- El último agravio se vincula a la inaplicabilidad del Art. 41 bis del C.P. que reclama la Defensa de F. T. desde el juicio y la ausencia de respuesta de los Jueces a tal petición, considerando así inmotivada tal decisión.-

Corresponde decir inicialmente que por imperio constitucional y ritual la cesura de pena debe dar lugar a decisiones fundadas que no necesariamente deben responder a esquemas rígidos en su construcción, sin dejar de atender el principio "ne bis in idem", y en el caso han dado los Jueces suficiente motivación.-

Con respecto a la aplicación de la agravante genérica del Art. 41 bis del C.P. ya nos hemos pronunciado reiteradamente, cabe mencionar la sentencia N° 21/2010, confirmada por el S.T.J. el 1 de noviembre de 2011, sentencia N° 13/2012, 22/2013, recientemente la emitida el 18/6/14 N° 16/14.-

La procedencia de esta agravante radica en que, como medio violento, el arma de fuego brinda más seguridad, al mismo tiempo anula las posibilidades defensivas de la víctima, todo lo cual revela una superior magnitud de injusto, con la reserva en lo particular que su aplicación no es automática, puesto que debe analizarse si se emplea o se vale el autor de ella para no correr riesgo y actuar sobre seguro y que la violencia o intimidación necesariamente deben ser previas ya que el delito de homicidio contiene en el tipo la violencia y en el caso, T. ha actuado de tal manera y por ello es acertada la decisión del a quo, por ello voto por el rechazo del agravio.-

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

I.- Me remito íntegramente a la reseña del caso que ha expuesto el Juez Montenovo, toda vez que la misma 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.- Agravios vinculados con la validez del procedimiento de detención de los encartados.-

1) Por un lado, debemos comenzar el tratamiento de este asunto, señalando que dicho planteo ha consistido en renovar una pretensión nulidicente, que ya fuera hecha valer durante la audiencia de debate, y obviamente tuviera una resolución con sentido negativo –de allí el origen, entonces, del agravio contra la sentencia adversa (de condena), prácticamente en iguales términos al pedido de invalidación original-.-

A todo evento, recordemos que la única posibilidad (desde lo procedimental) que existe, de analizar a esta altura del proceso -etapa de impugnación ordinaria-, una cuestión vinculada con el inicio de la causa, cual es la regularidad de la detención ordenada –oportunamente- contra los imputados T. y C., es desde la óptica de una posible violación de garantías constitucionales, y además susceptible de tener proyección a todo el curso posterior de lo actuado (arts. 161 y ss., y ccs. del CPP).-

Es cierto, nobleza obliga, que debemos admitir que la

sentencia recurrida no ha profundizado en demasía el examen del planteo, limitándose –prácticamente- a enarbolar como único fundamento de la validez de lo actuado, que aquella orden de detención había sido dictada por un magistrado (de turno); y asimismo que este se había basado, a su vez, en los motivos que le había proporcionado la investigación –prevencional (sobre todo la División Brigada de Investigaciones de la Policía provincial) y fiscal-.-

En este contexto de interpretación, es que podría operar la regla de exclusión probatoria (principio de legalidad de la prueba, art. 26 del CPP); en la medida en que para avanzar en el procedimiento en contra de los acusados, se han utilizado: información emanada de fuentes anónimas, sin corroboración suficiente, y el denominado "recorrido fotográfico" sobre individuos que, siguiendo otras vías de pesquisa, se podrían haber identificado; para luego, sí ser sometidas a una prueba de reconocimiento de personas, en legal forma.-

A mayor abundamiento, debe tenerse presente que la legitimidad de los referidos "muestreos" –o "recorrido/as"-, en tanto simples medidas iniciales de investigación a cargo de la autoridad prevencional, está supeditada a algunas condiciones de procedencia, como ser –entre otras-: que exista peligro en la demora susceptible de comprometer el éxito de la investigación; la imposibilidad de someter al presunto autor del hecho a una

rueda de reconocimiento formal; etc.; toda vez que son conocidas las limitaciones que presentan, y que impiden sean considerados medios de prueba plenos -en nuestro caso, precisamente, el único dato que apuntaba en tal sentido, esto es, el supuesto alejamiento inminente de la zona por parte de los autores, que presumiblemente avalaba la práctica de la medida con urgencia, provenía de un informante anónimo (llamada al teléfono móvil de servicio del Sub-Comisario M. J. V., Jefe de la División Drogas Peligrosas y Leyes Especiales), sin ningún otro aval probatorio, ni posibilidad alguna de contralor, aunque sea en posteriores etapas del proceso cuando se actualiza el principio del contradictorio-.-

La doctrina ha llamado la atención sobre "la opacidad" de este tipo de actuaciones policiales, que puede llegar a ser "total": "… Así, es lo más seguro que no pueda saberse cómo discurrió la exhibición de fotografías, ni calidad de estas, ni el criterio de selección, ni si se dio o no al testigo algún tipo de información previa al respecto, ni de qué carácter, ni cuántas veces fue sometido a esta práctica. De donde resulta que el perfil de una actividad policial de riesgo, por los posibles efectos contaminantes de lo que posteriormente se haga en sede judicial, permanecerá en la sombra, sin que quepa hacer luz sobre ella para adoptar eventuales cautelas; con el resultado de una más que probable gravísima indefensión" (cfme. Andrés Ibáñez, Perfecto: "Prueba y convicción judicial en el proceso penal", edit.

hammurabi, Bs. As., 2009, pág. 118). El formulario glosado en el Legajo de investigación fiscal no alcanza para neutralizar los peligros expuestos (acta de recorrido fotográfico, de fecha 13 de julio de 2013, suscripta por el Cabo Primero, L. R. B.).-

En nuestro voto de la sentencia n° 31/2013, hubimos de recordar además, que la labor de investigación no culmina con el "esclarecimiento" en el comienzo del proceso; sino que debe asegurarse una proyección adecuada luego, en las etapas de acusación y audiencia de debate (adviértase que los arts. 1 y 9, a. de la ley orgánica del Ministerio Público Fiscal prescriben que es función del mismo, conjuntamente, tanto "investigar" los hechos delictivos –y "Dirigir a la Policía de Investigaciones Judiciales", art. 9, inc. c.-, como "promover, preparar y ejercer la persecución penal ante los tribunales competentes"; y del juego armónico de los arts. 25, 26, 329 y ccs. del C.P.P., no ya solo al acusador sino también al juzgador, se les impone el deber de valorar, "sometidos a la crítica racional, los medios de prueba **obtenidos por un procedimiento permitido** e incorporados al debate conforme a las disposiciones de la ley", (el destacado me pertenece)-.-

2) Efectuada esta introducción al tema, yendo ahora a la solución de fondo, hemos acordado en la deliberación que, en el caso concreto, cualquier posible cuestionamiento a la regularidad del procedimiento de investigación descripto *ut supra*, y que culminara con la

identificación del acusado F. J. T., por parte de la testigo de cargo D. T. G., en el recorrido fotográfico y la posterior detención del mismo y de C.; se supera con la utilización del instrumento de análisis teórico conocido como "cursos causales hipotéticos", tal como ya lo hemos aplicado en otros precedentes de esta Cámara (v.g. la sentencia n° 31/2013, ya citada).-

En efecto, ha quedado demostrado con certeza, en la audiencia de debate, que en la propia mañana del hecho –con proximidad temporal y espacial- un vehículo marca "C.", modelo "V.", de color gris, identificado con el dominio XXX-XXX, propiedad del coimputado S. A. C., y que reunía características compatibles con la descripción efectuada por testigos presenciales del lugar del suceso -acerca del automóvil en el que se conducían los acusados-, fue hallado embestido en la rotonda sita en Avda. N. H., Í. del O. y ruta provincial n° 39, procedente del camino "Intendente M." (Km. 5).-

Recordemos, por otra parte, que oportunamente –con fecha 7 de agosto de 2013-, se había homologado una convención probatoria consistente en que los mismos admitieron haber circulado "dentro del habitáculo" del vehículo referido, en la época cercana al hecho (13 de julio de 2013); lo que evidencia que la Defensa de los mismos, no controvierte la vinculación de los dos (2) encartados con el rodado, en aquel tiempo –esta conducta procesal también sirve como argumento de apoyo de la solución

que se adopta, siguiendo el cauce de la doctrina de los actos propios-. Sin perjuicio de lo expuesto, se hace constar que la homologación referida alude al día 13 de "junio" de 2013, probablemente debido a un error material.-

Y en otro orden, también merece destacarse que C. fue reconocido más tarde en rueda de personas, por la testigo presencial ya mencionada, sin que antes lo hubiera hecho en el recorrido fotográfico, es decir con un valor probatorio más que pleno; circunstancia que, en definitiva, terminó de confirmar la seriedad de aquel curso alternativo, que siempre debe escrutarse con mucha estrictez (cfme. Carrió, A. D.: "Garantías constitucionales en el proceso penal", 5ª edición, edit. hammurabi, Bs. As., año 2007, págs. 325 y ss.: " … la excepción de la 'fuente independiente' o del 'curso de prueba independiente' tiene en verdad un alcance bastante restringido. Así, esta excepción no sirve para casos donde algún funcionario simplemente imagine que a la prueba cuestionada podía llegarse por un camino hipotético. Ese curso de prueba alternativo debe constar en la causa, de manera que sea claro que el mismo no es una invención *a posteriori* de quien pretende invocarlo. Al mismo tiempo, debe tratarse de un curso de prueba con suficiente entidad y verosimilitud como para suponer que la prueba cuestionada habría sido adquirida de todas formas, con la simple utilización lógica de dicho camino alternativo o independiente").-

En cierto sentido, volviendo al punto relativo al vehículo

en el que se habían transportado los sospechosos, también podría afirmarse fundadamente que dadas las condiciones del hallazgo posterior del mismo, en la vía pública y abandonado, concurriría en el caso otra posible excepción a la regla de exclusión probatoria; cual es la denominada del descubrimiento inevitable de la evidencia, es decir que "de todas maneras tarde o temprano", los investigadores habrían llegado a T. y C., ya que la prueba (el automóvil) "no podía haber permanecido oculta" (cfme. ibídem).-

III.- Autoría del acusado T..-

Debe descartarse en primer lugar, el planteo de arbitrariedad de la sentencia recurrida, toda vez que el fallo contiene –en este punto- un razonamiento claro, completo, coordinado entre los distintos argumentos, y entre estos y las conclusiones, apoyado en los elementos de autos y en las normas jurídicas vigentes; de manera que, sin dificultad, se advierte una correcta valoración de la prueba para obtener los elementos de hecho, y una adecuada elección de la ley para obtener su encuadramiento jurídico.-

En dicho marco de análisis, los agravios intentados resultan solo meras discrepancias con las conclusiones a las que arribara el colegiado sentenciante, pero sin vigor suficiente como para conmoverlas.-

1) La pretendida descalificación de la testigo G.:

En la sentencia se ha tenido en cuenta la jurisprudencia de

la Sala Penal del STJ, acerca de la valoración del testigo único, para concluir que "… el testimonio de G. ha superado el test de coherencia interna y externa, …" (del voto de la Jueza Penal Arcuri a la primera cuestión); lo que merece ser objeto de confirmación en esta instancia, teniendo en cuenta sobre todo que: la presencia de la nombrada en el lugar del hecho, no puede ser puesta en tela de juicio, ya que está corroborada desde el mismo momento inicial de la investigación, por una multiplicidad de testimonios; no conocía a los imputados; las condiciones de percepción, tanto de los autores, como de la secuencia del hecho, tampoco es posible de desmerecer, desde que la misma tuvo lugar mayormente en el exterior del local nocturno –entonces, carece de la pretendida relevancia la cualidad de "empañados" que presentaban los ventanales de "V.", que habrían impedido la visión hacia afuera-; y también que los disparos efectuados a la víctima, según permite reconstruirlo la secuencia sobre la mecánica del hecho, son susceptibles de provocar el cuadro lesional que se ha acreditado por prueba médica científica e independiente.-

Nuevamente, trayendo a colación los criterios usualmente aplicados por el STJ, advertimos que también se ha destacado "… la imposibilidad natural de lograr … el 'testimonio perfecto' y en cambio sí rescatar la cualidad del 'testimonio lógicamente aceptable', categoría que se abastece con la observación imparcial de **su contenido en sí y en relación**

con otras circunstancias igualmente valiosas …" (cfme. voto del Ministro Pfleger en la sentencia n° 11/2014, dictada con fecha 28/2/2014, confirmatoria de la n° 12/13 de esta Cámara en lo Penal, el destacado ha sido agregado al original).-

2) En otro orden, los agravios relativos a la hipótesis de una posibilidad de autoría alternativa del hecho, no encuentran asidero en las pruebas del caso. La descalificación de la testigo única G. por su interés en el caso, en tanto presupuesto básico de aquella hipótesis –v.g. la testigo incrimina a los acusados para encubrir a otro/s autor/es-, no ha sido ni siquiera intentada, en el marco de la actividad probatoria producida en la audiencia de debate.-

Sobre este particular, recordemos que el contradictorio opera permitiendo distintos tipos de controles probatorios; uno de los cuales consiste en "…la posibilidad de proponer pruebas de segundo orden (o pruebas sobre la prueba) que impugnen la fiabilidad de pruebas ofrecidas por la otra parte" –para lo cual deberán conocerse con antelación "las circunstancias de los testigos que puedan influir sobre su fiabilidad (por ejemplo, sus antecedentes o su relación con el caso), etc."- (cfme. Ferrer Beltrán, "La valoración racional de la prueba", edit. Marcial Pons, año 2007, pág. 88; por su parte, Lorenzo –"Manual de litigación", ediciones Didot, Bs. As., 2012, pág. 213-, destaca en relación con la preparación del

contraexamen de los testigos, que es importante para su planificación "diferenciar entre dos grandes tipos de objetivos: sobre el testigo o sobre el testimonio", en el primer caso "… probablemente requiera mostrar que el testigo tiene algún interés concreto en el caso (sea por su relación con la parte que lo propuso, sea porque obtuvo un pago por su testimonio, sea por una enemistad con la contraparte, etc.). Nótese que esta es la versión más controversial de contraexamen y, por tanto, si quiero demostrar que el testigo está mintiendo intencionalmente, tendré que tener la prueba de respaldo…".-

En consecuencia, si no se utilizaron estas herramientas de litigación, la ausencia de prueba sobre el punto, debe necesariamente sellar de modo adverso la objeción defensista en contra de la hipótesis de acusación.-

No hay nada que avale ninguna de las hipótesis alternativas, que propone la Defensa: autoría de la testigo G.; o bien, como ya se anticipara, en cabeza de otro/s sujeto/s que no sean los encartados, y que la testigo de cargo busca encubrir, por ejemplo. Si bien es muy difícil probar un hecho "hasta las ultimísimas consecuencias", de lo que se trata es que la hipótesis alternativa a la que deriva de las inferencias inculpatorias, "no esté basada a su vez también en buenas inferencias". Porque si "por supuesto que todo puede haber sucedido de otro modo", de lo que se trata es de que esa hipótesis alternativa pueda ser demostrada; en consecuencia, si la misma –hipótesis alternativa- es la inocencia, pero no es posible esa demostración,

entonces "**debe declararse la culpabilidad** si esta última sí posee, en cambio, una **base inferencial bien construida**" (cfme. Nieva Fenoll, Jordi: "Fundamentos de Derecho Procesal Penal", edit. B de F Ltda. Montevideo, año 2012, págs. 281 y ss., el destacado ha sido agregado al original, citado en mis votos en las sentencias nº 22, 26 y 27/12, y 24/13, entre otras).-

IV.- El otro motivo de agravio, en relación con el acusado T., está dado por la aplicación al caso de la agravante genérica del art. 41 bis CP. Sobre el particular, he de reiterar una vez más mi posición contraria al planteo, tal como nos hemos pronunciado ya en plurales precedentes; por caso, en la sentencia registrada bajo el n° 21 –año 2010- folio 437, que fuera confirmada por la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, mediante sentencia nº 65/11, de fecha 1 de noviembre del año 2011, y también en las n° 27/11, 06/12, y 22/13, todas de esta Cámara en lo Penal, entre otras.-

Debe tenerse presente, previo a toda otra consideración, que a diferencia de la técnica legislativa que el CP utiliza en los arts. 40 y 41, donde no se fija el carácter agravante o atenuante de los elementos a los que alude (v.g. el medio empleado para cometer el delito); en los noveles apartados bis, ter y quáter del citado art. 41, en cambio, es la propia ley la que define la calidad agravante de los supuestos como un factor general –y no dependiendo de la regulación de cada delito, en la parte especial del Código-, para luego modificar las escalas penales de dichas figuras especiales,

mediante la variación de mínimos y máximos -es decir que, además, no se trata ya de pautas destinadas a la individualización judicial de la pena-.-

En mi voto en la citada n° 21/10 recordé -entre otros fundamentos- que, según la jurisprudencia de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, en consecuencia de lo expuesto en el párrafo precedente, la agravante debe aplicarse específicamente en el caso del **delito de homicidio simple**, pues "se trata de un delito **doloso** que exige violencia contra la víctima y **no** contiene en forma expresa dentro de su estructura la circunstancia agravante del empleo de un arma de fuego" (TS Córdoba, sala penal, agosto 27 de 2003, en Suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal de "La Ley", octubre de 2003, pág.73, el destacado ha sido agregado al original).-

Más ampliamente, también este Tribunal Superior ha sostenido que el art. 41 bis contiene una figura calificante, que actúa sobre todos los tipos que conforman la parte especial del Código Penal y leyes federales cuando esta circunstancia no se encuentre ya incluida como circunstancia típica, y no constituye una mera agravante general, sino una norma que repercute sobre la magnitud de los marcos punitivos establecidos en la parte especial y las leyes complementarias, por la incorporación de una modalidad típica de ejecución de un delito violento (uso de arma de fuego) no contemplada por aquellos (causas: "Lezcano, J. L." y "Marquez, Cristian A.",

del 17/10/2003 y 7/7/2004, respectivamente, publicados en “Summa Penal. Doctrina - Legislación - Jurisprudencia”, Tomo IV, Patricia Ziffer, Directora, Horacio J. Romero Villanueva, Jurisprudencia, pág. 3820, edit. Abeledo Perrot).-

En otros casos, también citados en la publicación referida, se advierte que el TSJ cordobés entendió respecto a la aplicabilidad de esta agravante, en el supuesto del delito de Homicidio, que es procedente dado que como medio violento el arma de fuego brinda más seguridad, al mismo tiempo que anula las posibilidades defensivas de su víctima, todo lo cual revela una superior magnitud de injusto (v. causas: “Nieto, Víctor H.” del 27/8/2003, y “Márquez” ya citada).-

Nuestro Superior Tribunal de Justicia, v.g. en la sentencia nº 27/14 de fecha 06/06/2014, entre muchas otras, ha sostenido que: “…Ley 25.297 incorporó al art. 41 bis del Código Penal una circunstancia de agravación de los tipos penales cuando aquellos se ejecutan con violencia o intimidación contra las personas mediante empleo de un arma de fuego. De esta manera transfiere lo que antes era valorado como un elemento que permitía aumentar la cuantificación de la pena, por la naturaleza del medio empleado, al nivel de la tipicidad que incorpora aquella circunstancia como elemento objetivo, como una calificante genérica respecto de todos los tipos penales que pueden cometerse con las referidas modalidaes…” (voto del

Ministro Pfleger).-

En cuanto a la argumentación que ha pretendido que el art. 41 bis CP violenta el principio de legalidad, y sobre todo en su variante de *lex certa*, comparto el criterio de la SCBA, en cuanto que: "la sola circunstancia de que la regla incorporada agregue una disposición genérica en la Parte General del Código Penal, destinada a jugar en relación a los tipos pertinentes de la parte especial,… no constituye una afectación del principio de legalidad" -del voto del Dr. Hitters- (cfme. SCBA 6/2/2008, "S.S. y O.S. s/ Recurso de casación", P. 93.717; y también 25/4/2012, "P., J. E.", voto del Dr. De Lázzari, publicada en "Revista de Derecho Penal y Procesal Penal", edit. AbeledoPerrot, noviembre 2012, págs. 1975 y ss.).-

En tanto, el TCPBA ha sostenido que: "…El artículo 41 bis del Código Penal -conforme ley 25.297- introdujo una agravante genérica, ante la imposibilidad de modificar delito por delito, como se hiciera a través de la ley 25.087 que llevó a los denominados abusos sexuales agravados a una escala más severa, en el caso del empleo de armas. La norma se aplica a los delitos que se cometen con violencia física contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego, cuando es factible llevarlos a cabo en otro tipo de armas o sin ellas -del voto del Dr. Borinsky -SD- -" (cfme. Trib. Cas. Pen de Buenos Aires, sala III, 2-10-2008, "S.C. A. s/ Recurso de casación", c. 5705); "… La agravante del artículo 41 bis del Código Penal ha sido

correctamente aplicada en lo que respecta a los **delitos de homicidio** y lesiones graves pues, a diferencia, por ejemplo, del tipo penal de robo calificado, que alude al empleo de "armas", vocablo que ineludiblemente comprende a las armas de fuego, los **tipos penales de los artículos 79** y 90 **del Código Penal** no aluden específicamente a ningún medio comisivo en particular … las muertes o las lesiones cometidas dolosamente y 'sin armas' no impedirán la subsunción típica, lo que denota que el empleo de armas no forma necesaria y excluyentemente parte del tipo penal…" (cfme. Trib. Cas. Pen. Buenos Aires, sala III, 27-9-2007, "C.R. s/ Recurso de casación", RSD-642-7 S. En el mismo sentido Trib. Cas. Pen. de Buenos Aires, sala III, 15-4-2008, "B. V. s/ Recurso de casación", RSD-560-8 S.) -cfme. Edgardo Alberto Donna en su obra: "El código penal y su interpretación en la jurisprudencia", Actualización al 31 de diciembre de 2009, Tomo I, arts. 1° al 161, Editorial Rubinzal – Culzoni, págs. 151 y 152-, el destacado me pertenece.-

Más recientemente, este Tribunal en pleno hubo de ratificar que "es aplicable la agravante genérica consagrada en el art. 41 bis. CPen., a la figura tipificada en el art. 79 del mismo cuerpo legal" (causa 36328, caratulada "R., F.A. s/ recurso de casación" rta. el 19/4/2013, publicado en "Jurisprudencia Argentina", 3, Bs. As. 17/7/2013).-

En consecuencia, sumo mi voto en este punto al del colega que sufragara en segundo término, en sentido negativo a la cuestión

planteada, en lo concerniente a la situación procesal del imputado T..-

V.- La participación del acusado C..-

La sentencia no acierta en definir un rol preciso, susceptible de atrapar su conducta en una forma de participación punible, aunque más no sea secundaria.-

Si bien no desconocemos la dificultad que supone un concepto negativo, como el de la participación secundaria -ya que se define por oposición a la primaria, art. 46 CP., prestar un auxilio que no es indispensable para la comisión del hecho delictuoso, por parte de quien además carece de la dominabilidad del hecho-; también es cierto que la doctrina nacional ha elaborado algunos criterios muy útiles sobre el particular, que estimo de aplicación en nuestro caso, como ser que para los cómplices secundarios " … la imputación objetiva de la ofensa **requiere que el aporte al hecho sea objetivamente significativo** o *no banal* …" (cfme. Zaffaroni: "Estructura básica del Derecho Penal", edit. Ediar, año 2009, pág. 98, el destacado ha sido agregado al original).-

En el presente caso, advertimos que ya desde el comienzo de la investigación, no pudo establecerse con precisión el rol de C., en cuanto a si la actividad desplegada en perjuicio de la víctima en el momento del hecho, y también inmediatamente después, tuvo alguna relevancia causal para posibilitar el resultado fatal –en términos de: formar parte de un plan, que

incluía tanto como “rodear” o “encerrar”, “emboscar” a M., para facilitar así la acción del tirador; y también luego, conducir el vehículo en el que los consortes de causa se alejaron inmediatamente del lugar del hecho-. No habiéndose acreditado ninguno de tales extremos con certeza suficiente – recordemos que el art. 46 CP exige en el caso de la cooperación posterior, que la misma encuentre su origen en una promesa anterior, ya que de lo contrario se tratará de un delito de Encubrimiento- se impone la operatividad del principio *favor rei*, y la consecuente revocación de la sentencia en este punto.-

VI.- Por las razones expuestas en el apartado precedente, sumo mi voto a la solución por la afirmativa, que corresponde adoptar en todo lo concerniente a la impugnación del coimputado C..-

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

En orden al resultado al que se ha arribado en la cuestión precedente propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado S. A. C., contra la sentencia Nº 1063/14; revocar la misma y en consecuencia absolver al mencionado, en orden al delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego, en calidad de partícipe secundario (arts. 41 bis, 46 y 79 del CP), por el hecho ocurrido en esta ciudad el 13 de julio de 2013, en perjuicio de S. L. M.; asimismo, rechazar la impugnación ordinaria promovida por la Defensa del

acusado F. J. T., confirmando la sentencia Nº 1063/14, en tanto condena al nombrado a la pena de diez años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inciso 3° del CP), por ser autor penalmente responsable del delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego (arts. 41 bis, 45 y 79 del CP), por el hecho ocurrido en esta ciudad el 13 de julio de 2013, en perjuicio de S. L. M..-

Tener presente la reserva de caso federal efectuada por la Defensa de F. J. T.; y ordenar la libertad de S. A. C..-

Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública, por las tareas cumplidas respecto de S. A. C. en la etapa de impugnación, en 25 JUS y por las tareas cumplidas respecto de F. J. T., en la etapa de impugnación, en 20 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4, art. 13 -antes Ley 2.200-).-

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

Adhiero a la propuesta de pronunciamiento, formulada por el colegas que vota en primer término, en orden al resultado que se llega por mayoría en el Acuerdo, es decir que corresponde: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado S. A. C., contra la sentencia Nº 1063/14; revocar la misma y en consecuencia absolver al nombrado, en orden al delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego, en calidad de partícipe secundario (arts. 41 bis, 46 y 79 del CP), por el

hecho ocurrido en esta ciudad el 13 de julio de 2013, en perjuicio de S. L. M.; asimismo, rechazar la impugnación ordinaria promovida por la Defensa del acusado F. J. T., confirmando la sentencia Nº 1063/14, en tanto condena al nombrado a la pena de diez años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inciso 3° del CP), por ser autor penalmente responsable del delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego (arts. 41 bis, 45 y 79 del CP), por el hecho ocurrido en esta ciudad el 13 de julio de 2013, en perjuicio de S. L. M..-

Tener presente la reserva de caso federal efectuada por la Defensa de F. J. T.; y ordenar la libertad de S. A. C..-

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

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

Adhiero íntegramente a la propuesta de pronunciamiento, formulada por los colegas que me preceden en el orden de votación, atento al resultado que se llega por mayoría en el Acuerdo, es decir que corresponde: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado S. A. C., contra la sentencia Nº 1063/14; revocar la misma y en consecuencia absolver al mencionado *ut supra*, en orden al delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego, en calidad de partícipe secundario (arts. 41 bis, 46 y 79 del CP), por el hecho ocurrido en esta ciudad el 13 de julio de 2013, en perjuicio

de S. L. M.; asimismo, rechazar la impugnación ordinaria promovida por la Defensa del acusado F. J. T., confirmando la sentencia Nº 1063/14, en tanto condena al nombrado a la pena de diez años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inciso 3° del CP), por ser autor penalmente responsable del delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego (arts. 41 bis, 45 y 79 del CP), por el hecho ocurrido en esta ciudad el 13 de julio de 2013, en perjuicio de S. L. M..-

Tener presente la reserva de caso federal efectuada por la Defensa de F. J. T.; y ordenar la libertad de S. A. C..-

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

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por mayoría,

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

1º) HACER LUGAR a la impugnación deducida por la Defensa del acusado **S. A. C.**, contra la sentencia Nº 1063/14 de fecha 7 de abril de 2014 (arts. 374, 376 inc. 5° del CPP y 18 CN).----------

2º) REVOCAR la sentencia mencionada y en consecuencia **absolver** a **S. A. C.**, en orden al delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego, en calidad de partícipe secundario (arts. 41 bis, 46 y 79 del CP), por el hecho ocurrido en esta ciudad el 13 de julio de 2013, en perjuicio de S. L. M..-------

---

3°) RECHAZAR la impugnación ordinaria promovida por la Defensa del acusado **F. J. T.** y **CONFIRMAR** la sentencia Nº 1063/14, en tanto condena al nombrado a la pena de diez años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inciso 3° del CP), por ser autor penalmente responsable del delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego (arts. 41 bis, 45 y 79 del CP), por el hecho ocurrido en esta ciudad el 13 de julio de 2013, en perjuicio de S. L. M..----------

4º) TENER presente la reserva de caso federal efectuada por la Defensa de F. J. T..----------

5°) ORDENAR la libertad de **S. A. C.**, previo constatar la inexistencia de órdenes de detención o medidas de coerción personal emanadas de otro magistrado y en otra causa, y labrar acta en la que fije domicilio del que no podrá ausentarse por largo tiempo ni mudarlo, sin la debida comunicación a la referida dependencia judicial, hasta tanto quede firme el presente pronunciamiento (art. 333 del CPP). A tal fin líbrese Oficio a la Directora de la Oficina Judicial.---------- **6º**) **REGULAR** los honorarios profesionales de la Defensa Pública, por las tareas cumplidas respecto de **S. A. C.** en la etapa de impugnación, en 25 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4, art. 13 -antes Ley 2.200-).----------

---

7º) REGULAR los honorarios profesionales de la Defensa Pública, por las tareas cumplidas respecto de **F. J. T.**, en la etapa de impugnación, en 20 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4, art. 13 -antes Ley 2.200-).----------

8º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

La presente es firmada por dos de los Sres. Magistrados por encontrarse en uso de licencia el Dr. M. Roberto Montenovo con posterioridad a la deliberación.-

Sentencia 22/14

Fdo. Dres. Guillermo Alberto Müller. Daniel L. M. Pintos.