En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los seis días del mes de octubre de dos mil quince, el Tribunal integrado por los Dres. **Guillermo Alberto MÜLLER**, en su carácter de Presidente, **D. Luis María PINTOS y Martín Roberto MONTENOVO**, Jueces de Cámara, proceden a dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art.

385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 62816**, **Carpeta individual n° 7178**, caratulada: **"M., G. J. s/ Inv. Homicidio en ocasión de robo"** de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación la Fiscal General Dra. **Camila Lucía Banfi Saavedra**, la Defensora Pública Dra. **Viviana A. Barillari** y el imputado **L. E. A. M.**; y

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

---- Que los días 16 y 22 de septiembre del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Guillermo Alberto Müller, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de L. E. A. M., 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 ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de L. E. A. M. contra la sentencia

condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite

el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Guillermo Alberto Müller, en segundo lugar el Dr. D. Luis María Pintos y finalmente el Dr. Martín Roberto Montenovo.-

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

I.- Ha originado la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensora Pública, Dra. Viviana Barillari, a favor de su asistido L. E. A. M., contra la Sentencia N° 2303/2015 de fecha 22 de junio de 2015, en cuanto falla condenando al nombrado a la pena de diecisiete años de prisión accesorias legales y costas por hallarlo coautor penalmente responsable del delito de robo doblemente agravado por el uso de arma de fuego y por el resultado de homicidio ocurrido con motivo u ocasión del mismo (arts. 165, 166 inc. 2º, 2do. párrafo, 54 y 45 del CP).-

1) La recurrente en su libelo impugnativo centra sus agravios en la arbitrariedad del pronunciamiento al resolver sobre la autoría, la calificación legal y la pena.-

a) Respecto a la autoría sostiene que la prueba producida

no permitió alcanzar la certeza exigida para condenar a su asistido por el homicidio de S. B..-

Señala que de los veintitrés testigos que depusieron en el

juicio sólo R. A., quien fuera novia del consorte de causa G. M. y como testigo indirecto, sindicó a A. M. como el autor del deceso de B., de la lesión de M. y de su autolesión. Agrega que este testimonio ha sido un relato de oídas, ya que la propia testigo refirió que fue su novio quien se lo manifestó, y que esto no es propiamente una prueba, a pesar de que los Jueces que conformaron la mayoría le han dado crédito.-

Concluye que resulta evidente que A. quiso beneficiar a su pareja ya que ambos ubican a su defendido en el lugar del hecho siendo el interés de M. desligarse del homicidio de S. B., lo que en definitiva logró.-

Seguidamente alude al testimonio prestado por O. C., quien resulta tío político de G. y M. M., y destaca la mendacidad con que se condujo. Según la defensa dijo: que él fue quien informó al oficial Expósito, en relación a la VW Caddy blanca hallada en su domicilio, que el automóvil no era suyo, que era de una persona de apellido G. que se encontraba en Buenos Aires y que había sido dejado en su casa para ensuciarlo; que además expresó que no se encontraba en su casa en el momento en que fue abandonado el vehículo y que fue su hija quien le contó que habían sido M. y G., pero el Oficial Expósito relató que cuando hallaron la Caddy del interior de la vivienda salió una persona que se identificó como C. y que estaba con el Dr. C.-

Resalta que la notoria mendacidad del testigo fue

claramente obviada por el Tribunal, y que también soslayaron los dichos de C. C., testigo presencial, imparcial y objetiva, que fue quien sindicó a G. M. como la persona que llevaba el arma, de lo cual dice, no fue considerado por los magistrados.-

Agrega que otro testimonio soslayado por el Tribunal fue el de A. R. C. y que de sus dichos surge claramente que su asistido ha sido ajeno al suceso que se le reprocha ya que esta testigo no lo sindicó como la persona que descendió de la Caddy con M. M..- b) Seguidamente expone sus críticas a la valoración de la

prueba indiciaria.-

Entiende que no hubo ningún indicio de presencia u oportunidad física en relación a A. M. ya que no se llevaron a cabo reconocimientos, ni se han levantado rastros, huellas de cualquier clase, impresiones digitales, manchas de sangre, trozos de indumentaria ni residuos en el lugar del hecho que se correspondan con su asistido.-

Señala que sólo se halló una única huella de su pupilo en el parante izquierdo de la puerta del conductor -lado externo- del vehículo utilitario Caddy de acuerdo a lo informado por la AFIS y que los Jueces tomaron ese dato como un indicio de que A. M. era quien condujo el rodado el día del hecho. Cuestiona que no se hallaron huellas en el interior del vehículo y que la exhaustiva revisión e hisopados tendientes al levantamiento de rastros que se tomaron en el interior del vehículo arrojaron resultado negativo en torno a su asistido.-

Luego trata el llamado anónimo recepcionado por la Brigada de Investigaciones de la Policía de la Provincia de Mendoza.-

Al respecto aclara que la cita del precedente RolinAntieco y Cárdenas-Torres que hiciera oportunamente fue a los efectos de que el Tribunal no valorara la información remitida por la Delegación de Inteligencia Criminal de la Provincia de Mendoza al Jefe de la Brigada de Investigaciones de esta ciudad en razón de la imposibilidad de control de esa fuente de información.-

Entiende que resulta imposible saber que en un micro de la Empresa A. –que no es la única empresa que tiene como destino Mendoza- viajaba L. “C.” proveniente de la provincia de Chubut, con una identidad apócrifa -circunstancia que no se acreditó- herido por un disparo de arma de fuego, por un asalto en esta localidad y que resulta evidente que ese dato fue aportado por algún integrante del entorno de G. M. y/o M. M. para deslindar su propia responsabilidad.-

Agrega que la herida contuso cortante en la rodilla izquierda que presentaría su asistido de acuerdo al examen médico efectuado por la Brigada de Investigaciones de Mendoza, no resulta compatible con un disparo de un arma 9 mm.-

Por último cuestiona el voto de la Juez Olavarría que señala que la Defensa podría haber evacuado su duda sobre la identidad de la persona que realizó el llamado anónimo solicitando la información a la empresa de telefonía correspondiente. Opina la Señora Defensora que

la Magistrada ha invertido la carga de la prueba lo que vulnera el principio de inocencia y que no sólo es arbitraria sino también contradictoria cuando en su voto hace referencia a la doctrina de la lógica desconfianza y señala que

“la falta de acreditación es causal de una legítima objeción por parte de la contraparte”.-

c) Continúa su crítica respecto a la calificación legal escogida por el Tribunal y opina que la misma -Robo doblemente agravado por el uso de arma de fuego y por el resultado de homicidio ocurrido con motivo u ocasión del mismo- no se ajusta al hecho endilgado a su asistido, debiendo enmarcarse su accionar solo en la figura penal del Art. 165 del C.P.-

Señala que al considerar un concurso ideal entre los Artículos 166, inciso segundo, párrafo segundo, y 165 del Código Penal se está computando el mismo robo dos veces, que ya está agravado por el resultado muerte, en violación a la prohibición de doble valoración.-

d) Finalmente, con relación a la pena entiende la señora Defensora que el mínimo previsto en la norma del Art. 165 del C.P. es la que más se ajusta a la conducta endilgada a su asistido, con lo cual le corresponderían diez años, lo cual respalda con antecedentes de esta Circunscripción Judicial, agregando que debe tenerse presente su falta de antecedentes y asimismo su juventud.-

En definitiva, hace reserva del caso federal y solicita se anule la sentencia impugnada y se absuelva a su asistido por el principio in dubio pro reo y peticiona subsidiariamente se tipifique la conducta en la norma del Art. 165 del C.P.P y se aplique el mínimo de pena.-

2) A su turno el Ministerio Público Fiscal, representado por la Dra. Camila Banfi Saavedra, contesta la impugnación ordinaria, solicitando su rechazo y la confirmación de la sentencia atacada en todos sus términos.-

En relación a las críticas respecto a la ponderación del testimonio de R. A. sostiene que es errado el planteo que efectúa la Señora Defensora porque los Jueces del Tribunal en cada uno de sus votos han valorado no solo a la testigo de oídas sino todo el plexo probatorio para construir tanto la materialidad como la autoría y agrega que tanto la prueba documental como la prueba científica avalan la teoría del caso fiscal en cuanto a la intervención de A. M..-

Señala que un indicio importante que acredita su presencia y la de G. M. en el interior de la camioneta el día del hecho es el resultado del informe de la sección AFIS, suscripto por la Oficial C. N. R., del que surge que cotejados los rastros levantados con las fichas dactilares de A. M. corresponden a éste.-

Agrega que en cuanto a la figura penal, a contrario de lo sostenido por la Defensa, opera en este caso un supuesto de unidad de conducta, bajo la regla del concurso ideal o formal del que trata el Art. 54

del código represivo, por tratarse de un hecho único que impacta en una multiplicidad de tipos agravados en razón del medio usado y del resultado lesivo constatado en las circunstancias de su perpetración, descartando la posibilidad de un concurso aparente, aún por aplicación del principio de consunción.-

Coincide con la Señora Defensora con respecto a la arbitraria valoración que realiza el voto de la mayoría -Odorisio y Olavarría- en relación al consorte de causa, G. M., valoración que resulta muy distinta a la planteada por el Ministerio Público Fiscal respecto de ambos coimputados. En ese sentido, destaca el voto del Dr. Nicosia quien los consideró a ambos coautores del delito de Homicidio en ocasión de robo en concurso ideal con robo agravado por el uso de armas.-

Seguidamente introduce un planteo en relación a la nulidad parcial declarada por el Tribunal colegiado con respecto a la acusación formulada por el Ministerio Público Fiscal por el delito de robo agravado por el resultado de lesiones graves causadas a las víctimas en calidad de coautores a A. M. y M. y como partícipe necesaria a M. M.. Entiende que la nulidad decretada carece de motivación suficiente y se enmarca dentro de una sentencia arbitraria, poniendo fin al proceso y fulminando la acción penal, requiriendo la corrección a este Cuerpo.-

Relata que la cuestión fue introducida por el Dr. Donnet quien invocó una deficiente conformación de la imputación penal vertida en contra de su representada (M.) en la pieza acusatoria y los Jueces

consideraron que no se encontraban descriptas las características de las lesiones padecidas por A. B. y A. S.. Destaca que en la audiencia preliminar fueron ofrecidos como prueba documental los certificados médicos que daba cuenta de las lesiones y que ninguno de los Defensores formuló objeción a su incorporación de esta prueba al debate ni tampoco cuestionaron la calificación escogida.-

Por último refiere al llamado anónimo, destacando que este agravio fue largamente analizado en la sentencia por los Jueces, quienes rechazaron por unanimidad la pretensión invalidante de la Defensa recordando lo testimoniado por el oficial de la Brigada de Investigaciones de esta ciudad, P. L., quien dio cuenta de cómo tomó conocimiento de la información. Cita la doctrina sentada por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo Roque Ruiz.-

Finalmente solicita se rechace la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa de L. A. M. y se confirme la Sentencia 2303/15.-

3) En ocasión de celebrarse la audiencia del Art. 385 del C.P.P. las partes ratificaron oralmente sus presentaciones y debatieron en torno a las mismas, por último se le concedió la palabra al imputado quien hizo uso, sosteniendo su inocencia y pidiendo justicia.-

II.- El Tribunal Colegiado el día 22 de junio del corriente año dictó sentencia condenatoria respecto de los acusados L. E. A. M. y G. J. M. por el hecho que quedó descripto del siguiente modo: "…el

ocurrido en el interior de una vivienda familiar ubicada en calle La Prensa Nº 794 de esta ciudad de propiedad de la familia B., en horas de la noche del martes 05 de agosto de 2014, cuando dos personas de sexo masculino, una de ellas pertrechada con un arma de fuego de guerra tipo pistola semiautomática calibre nueve milímetros, ingresaron a la finca, redujeron a dos de sus ocupantes, y cuando una tercera víctima intentó repelerlos mediante el uso de un arma de fuego tipo revolver, se dieron a la fuga en medio de numerosos disparos que efectuaron hacia todos los moradores, resultando con ello el fallecimiento de S. B. y lesiones de diversa gravedad a sus padres, A. B. y A. Z..

Al mismo tiempo, se sostiene en la plataforma fáctica del reproche que los ejecutores se encontraban apoyados por una tercera interviniente, quien al comando de un automóvil utilitario los transportó al lugar del hecho, los aguardó en las inmediaciones, y luego los dejó a bordo del mismo rodado".-

Entiendo pertinente destacar que el tribunal, en cuanto la atribución de los hecho no ha receptado la propuesta acusatoria en todos sus términos en relación a G. M. y M. C. M., condenando por mayoría al primero a la pena de cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión por considerarlo solo coautor del delito de Robo agravado por el uso de Arma de Fuego en grado de tentativa (arts. 166 inc. 2º, 45 y 42 C.P.), omitiendo en la parte dispositiva la adjudicación en conato, absolviendo por unanimidad a la segunda a quien se le reprochaba la intervención en

carácter de partícipe necesaria en los delitos de Robo doblemente agravado por el Uso de arma de fuego y por el resultado de Homicidio ocurrido con motivo u ocasión de robo (arts. 165, 166 inc. 2º, 54 y 45 del CP), lo que ha motivado la interposición de impugnación extraordinaria por el Ministerio Público Fiscal que se encuentra reservada (art. 378 del C.P.P.).-

Sobre el particular cabe efectuar una aclaración, pues vinculado a esta situación la Titular de la Acción en su responde pide a este tribunal una corrección de la nulidad parcial de la acusación decretada por el a quo, y más allá de la impugnación extraordinaria interpuesta, ésta Cámara tiene acotada su competencia material al recurso del imputado, decisión que en lo puntual no lo agravia por haberlo favorecido, por lo tanto no corresponde revisar tal decisión.-

1.- Durante el juicio la discusión quedó centrada en las intervenciones que a cada uno de los imputados se les recriminaba, en tanto la materialidad del hecho quedó fuera de toda discusión en razón de la contundencia y solidez del caudal probatorio.-

En cuanto al rol específico que le cupo a L. E. A. M., he de reiterar que se lo ubica como al individuo que portaba el arma de fuego y que en las circunstancias apuntadas comenzó a disparar con los resultados descriptos, aditando que incluso en la huída se infringió una herida en la pierna y lesionó gravemente a su compañero en la zona

abdominal, escapando del lugar en el vehículo utilitario marca VW Caddy, dominio XXX ***.-

La Sra. Defensora General sostiene que la prueba producida en el juicio resultó insuficiente para responsabilizar a su asistido por el homicidio de S. B. y que los escasos elementos que lo pueden comprometer han sido incorrectamente valorados en su perjuicio, lo que torna arbitraria la sentencia, cuestionando severamente el valor adjudicado a los dichos de una testigo de oídas.-

Se trata de R. A., quien por entonces era novia del consorte de causa G. M., y señaló que L. A. M. había llegado a Comodoro Rivadavia una semana antes del hecho, que es pareja de M. M., que lo conoció en la casa de ésta en el Bº San Cayetano y que G. trabajaba en la distribuidora “G.” como repartidor teniendo a cargo un automóvil. Con relación al hecho dijo que ese día era su cumpleaños y que estaba en su casa esperando a su novio, que no llegaba hasta que recibe un llamado de M. avisándole que llevaba a G. al Hospital porque tenía un tiro en la panza. Que concurrió al Hospital, que M. no estaba y que luego su novio le contó lo sucedido, le dijo que fueron a la casa con L. y entraron, que fueron solos, que lo hicieron porque necesitaban plata y que L. sin querer le había disparado al vientre con su arma tras lo cual se dieron a la fuga, que fueron hasta lo de

M. y ésta le prestó auxilio, trasladándolo primero hasta la Cínica del Valle y que L. también se había disparado por accidente en una de sus piernas.-

Los Jueces han ponderado sus dichos y consideran el relato coherente, sin lagunas, ni contradicciones y que los detalles brindados fueron corroborados por la restante prueba producida estableciendo los puntos de contacto con ellas.-

Como ya dijera al adelantar el veredicto, la gravedad de la lesión sufrida por G. M. lo dejó en evidencia pues era imprescindible la atención médica siendo depositado en el Hospital Regional luego de los primeros auxilios brindados en Clínica del Valle, para su posterior detención en tales circunstancias, y éste durante el juicio decidió declarar en ejercicio de su defensa material aceptando su intervención en el hecho con otro sujeto al que no identificó.-

Cierto es que M. trató de mejorar su situación frente a los cargos que se le formulaban, señalando que su compromiso fue solo contribuir al robo y que no sabía que su compañero se encontraba armado, narrando lo sucedido, se puede decir en forma coincidente con las víctimas, permitiendo junto a las constataciones y prueba científica reconstruir el hecho en todo su desarrollo.-

No comparto la afirmación de la impugnante de que la testigo en todo momento intentó beneficiar a quien por entonces era su novio, desde que afirma su participación en el hecho y por otra parte la lectura o análisis jurídico respecto a la intervención que le cupo a M. en el

hecho efectuada por los sentenciantes ha sido disparar, resolviéndose la cuestión por mayoría con la sólida disidencia del Dr. Nicosia y que se encuentra sujeta a revisión ante la impugnación extraordinaria intentada por el Ministerio Público Fiscal; por otra parte la joven aclaró que entre fines del año 2014 y principios del corriente rompió la relación con el nombrado y lo único que agregó a lo expresado por éste es que la persona a la que acompañó G. y que lo hirió mediante un disparo de arma de fuego es L. A. M., no resultando por cierto el único dato que lo conecta al hecho.-

Sobre la valoración de estos testimonios en definitiva no escapan a los criterios de veracidad y credibilidad, facultad propia de los jueces del tribunal y no solo han tenido en cuenta la circunstancia en que se produjo la confidencia, sino también los distintos acontecimientos del relato y por sobre ellos la corroboración a través de prueba de cargo independiente.-

Cierto es que sobre la exclusiva base del dato aportado por un testigo de oídas no se puede arribar a un pronunciamiento condenatorio; sabemos de los reparos de este tipo de prueba dada su insuficiencia por sí misma para formar convicción; dice Romero Villanueva

“que puede ser un elemento coadyuvante si concurriendo con otros elementos probatorios corroborantes alcanzan a revelarse con valor indiciario” (El testigo de oídas y su alcance” La Ley, 2005 – E 1273).-

Como primer dato relevante, no se encuentra

controvertido que A. M. había llegado a Comodoro Rivadavia unos días antes de cometer el hecho, no solo lo afirma R. A. por conocimiento directo sino también la testigo A. R. C. por resultar vecina de M. y G. M., sin dejar de atender la huella dactilar hallada en el vehículo; debe aditarse a ello que de los testimonios de A. S., A. B. y C. C. se extrae que fueron dos personas los que ejecutaron el hecho, y que una de ellas huye herida del lugar, verificándose con los rastros hallados y las pericias a las que fueron sometidos que el herido era M., por otra parte no puede escapar a este análisis, al margen de la información médica respecto al tipo de lesión que presentaba éste último y práctica quirúrgica a la que fue sometido, que el Lic. C. G. C., quien realizó la pericia criminalística permitió reconstruir las secuencias del hecho y como llega a ser lesionado M., quedando absolutamente descartada la hipótesis de autolesión como pretende la esforzada defensora y por último la conducta posterior de A. M. quien logra escapar rápidamente de la zona en un colectivo de larga distancia de la empresa A. que abordó el 6 de agosto de 2014 a las 20:45 hs. en la ciudad de Caleta Olivia con identidad apócrifa, con destino a la provincia de Mendoza, lográndose la detención en la ciudad de San Rafael el día 8 a las 04:00hs., presentando una herida en la rodilla izquierda compatible con un roce de un proyectil y conforme el dato aportado por la testigo A..-

Cabe aquí detenernos pues la impugnante, considera invalido lo actuado en relación a su asistido en virtud que su vinculación al proceso se debió a un supuesto llamado anónimo a la autoridad policial

de la provincia de Mendoza, lo que permitió la detención en dicha jurisdicción y adelantando opinión entiendo que el Tribunal ha resuelto correctamente el planteo ya que resulta evidente que esta circunstancia no fue la única fuente de información con que se contaba para lograr la individualización de uno de los posibles autores del hecho.-

Como ya mencionara al resultar gravemente herido uno de los autores y requerir inmediata asistencia médica, quedo expuesto y ello llevó a una rápida pesquisa policial obteniendo información de personas allegadas que indudablemente permitieron identificar al segundo sujeto y como bien lo evalúa el Dr. Nicosia, el dato aportado anónimamente solo permitió dar con el paradero del causante pero al fin de cuentas irrelevante para la obtención de otras evidencias.-

También cabe destacar la completa reseña de pruebas que efectuó la Dra. Olavarria que ilustran sobre el curso causal de la investigación para lograr individualizar a éste sujeto y no queda la menor duda de que al momento de obtenerse la información anónima ya se había puesto en marcha un proceso causal regular con suficiente entidad y verosimilitud para dar con el mismo, es decir que de todas maneras los investigadores habrían dado con A. M. por el resultado de las pesquisas realizadas en esta ciudad, por lo que no puede prosperar la pretendida exclusión de prueba, y así lo hemos resuelto en otros precedentes entre ellos y más recientemente en la Carpeta Nº 6151, caratulada “Cria.

Mosconi s/ Inv. Homicidio s/r/v S. M.”, sentencia Nº 22 de fecha 11 de agosto de 2014.-

En relación a lo manifestado por la testigo C., que toma la Sra. Defensora intentando ilustrar que su asistido no portaba arma, en cuanto que el individuo que aparentaba estar herido era la persona que llevaba el arma y que el otro lo ayudó, abriendo la puerta del vehículo para que este ingrese y tras ello se dirigió hacia la otra puerta retirándose, bien podemos convenir que en nada contribuye para desvincular a su asistido del hecho, no se trata de una prueba de descargo. Es factible en esa hipótesis que al ayudarlo al escapar en atención a las dificultades para desplazarse haya puesto en sus manos el arma, pero los magistrados no han interpretado en ese sentido los dichos de la testigo que sindica al que iba corriendo como el que llevaba el arma, lo que no es compatible con el estado en que se encontraba M..-

Para concluir se extrae de la sentencia en crisis el testimonio de la Srta. A. no aparece en solitario sino que junto a otros elementos incriminantes valorados por los Jueces según la sana crítica, observando las reglas de la lógica, y la experiencia formaron convicción en cuanto que L. E. A. M. es una de las personas que ingresó armada a la vivienda de la familia B. y efectúa los disparos que provocaron los diversos resultados lesivos.-

En virtud de todo lo expuesto entiendo que la sentencia

no presenta fisuras, el razonamiento de los sentenciantes luce suficientemente argumentado y sin contradicciones, por lo que corresponde confirmar en este punto el pronunciamiento.-

2.- En cuanto al agravio subsidiario vinculado a la calificación legal de la conducta reprochada a A. M., compartimos el criterio de que no corresponde la aplicación del concurso formal del art. 54 del Código Penal.-

En este caso entre el Robo calificado por el uso de arma de fuego y por el resultado de Homicidio ocurrido en tal ocasión (arts. 166 inc. 2º y 165 C.P.) existe solo un concurso aparente.-

La norma contenida en el art. 165 del C.P. tipifica una circunstancia agravante del delito de robo, la causación de la muerte producto de las violencias ejercidas. La figura penal encuentra como fundamento del mayor reproche al atentado contra la propiedad allí contenido por el resultado ilícito producido, precisamente un atentado contra la integridad física de las personas que produce la muerte. De esa suerte, la ilicitud resultante viene a materializar un tipo penal de ofensa compleja toda vez que las objetividades jurídicas que la conducta incriminada ofende, son plurales: el patrimonio y la vida, a decir de Soler consiste en la unificación de dos infracciones cuya fusión da nacimiento a una figura delictiva nueva, superior en gravedad a la que la componen tomada aisladamente (Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, 2da. Edición TEA, T II, pág. 200).- Para el caso no hay diferencia si el robo se

consuma o queda en grado de tentativa, ya que de darse el último supuesto y se produce el homicidio la figura del art. 165 del C.P. queda consumada, por todo ello reitero que entre el homicidio en ocasión de robo y el robo agravado por el uso de arma de fuego no existe concurso ideal de delitos sino uno aparente que es guiado por el principio de mayor gravedad punitiva.-

3.- En relación al agravio sobre el monto de pena hemos coincidido que la readecuación de la calificación legal de la conducta endilgada a A. M. no ha de impactar en la dosis de pena y que la interpretación y aplicación de los arts. 40 y 41 del C.P. que ha efectuado el Tribunal también debe ser confirmada en esta instancia.-

Al establecer el monto de pena los Jueces deben tomar en cuenta el hecho concreto y valorarlo en sus particularidades a fin de dejar precisada su gravedad y en el caso se extrae que los sentenciantes han sido sumamente puntillosos. Las críticas que formula la impugnante resultan a mi entender absolutamente insuficientes pues representan una diferente visión sobre la manera que debe efectuarse el proceso de determinación de la pena y solo frente a la naturaleza de los hechos la posibilidad de aplicar el mínimo legal del art. 165 del C.P. que reclama la Defensa es inviable.-

En lo puntual la sentencia cuenta con suficiente motivación que permite el control crítico racional de proceso de selección y determinación de la pena, han considerado correctamente como

agravante la naturaleza de la acción y los medios empleados. Basta atender que se trata del ingreso violento de dos sujetos a un domicilio particular a sabiendas que en su interior se hallaba la familia en horas de la noche y cuando estos descansaban, lo que implica una gravísima afectación a la privacidad e intimidad y en definitiva es un elemento de peso en el juicio de punibilidad.-

También cobra relevancia que el hecho no se concreta al azar, sino que indudablemente los autores conocían de la actividad de la familia B. y de los movimientos de sus integrantes, revelando una tarea previa de inteligencia y estudio para realizar el atraco. Resultan dirimentes los dichos de A. S., quien expresó que en todo momento los individuos la interrogaban sobre unos aparatos y por la chica, que no es otra que la hija C. B. B., quien en dicho domicilio preparaba habitualmente los sueldos de empleados no bancarizados, tarea que había realizado el día anterior.-

También resulta acertada la valoración de los medios empleados para la comisión del injusto, se trata de una pistola semi automática calibre 9 mm, es decir un arma clasificada como de guerra y la consideración, como extensión del daño causado a las víctimas, de las lesiones provocadas a A. S. y a A. B., lo que en modo alguno puede implicar una afectación al principio “ne bis in idem”.-

En cuanto a la moción que las atenuantes debieron tener mayor peso al momento de fijar la dosis de pena, bien responde los magistrados que muchas de las circunstancias apuntadas no han sido

materia de prueba y en cuanto a las penas aplicadas en otros casos de homicidio, tampoco resulta pertinente puesto que se trata de casos con diferentes características que no contribuyen a demostrar que la pena resulta desproporcionada ni irracional, por ende las críticas solo reflejan una mera disconformidad con el pronunciamiento y en definitiva el quantum fijado por el Tribunal de mérito no resulta arbitrario ni desproporcionado y corresponde confirmarlo como ya adelantara, lo que así voto.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo: I.- Me remito íntegramente a la reseña del caso que ha expuesto el Juez Müller, 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.- 1) Hemos acordado en la etapa correspondiente a la deliberación, que el tribunal de juicio ha resuelto muy adecuadamente el planteo –ahora agravio del recurso ordinario-, vinculado con la existencia de un “llamado anónimo”, en la Provincia de Mendoza, que posibilitó en definitiva que las autoridades prevencionales de aquella jurisdicción, aprehendieran al acusado A. M., en la ciudad de San Rafael, cuando viajaba desde esta zona a bordo de una unidad de transporte de larga distancia.-

Claramente, no nos hallamos frente a un supuesto de

prueba ilegal, ni de aplicación de la regla de exclusión, ya que las lesiones por arma de fuego que sufriera en el hecho, su consorte de causa, G. J. M., con la consecuente internación en un nosocomio de esta ciudad, más las averiguaciones que todo aquello desencadenó en forma inmediata, y legítimamente, en torno a las amistades, familiares, etc. de los que se acompañaban –sobre todo el vínculo de A. M. con la coimputada M. M.-, y por ende el señalamiento del nombrado como un posible coautor, desde el mismo comienzo de la pesquisa; ello nos permite concluir entonces, de modo inequívoco, que el aporte del "llamado" en cuestión, si bien sirvió para ubicar el paradero del encartado y someterlo al proceso, en cambio fue inocuo en tanto dato para averiguar sobre su posible participación en el hecho, porque esto ya se había determinado, o cuando menos estaba en curso firme de lograrse por otros medios, en esta ciudad.-

En la sentencia impugnada, la Jueza Penal del tercer voto hace una enunciación muy completa de las pruebas relevantes a tales fines, a la que cabe remitirse en honor a la brevedad, por compartir el criterio utilizado en el análisis (cfme. págs. 30 a 32, fojas 504 vta./ 505 vta.: reseña del testimonio del Oficial de la Seccional Segunda de Policía, D. M., en cuya jurisdicción se halla la Clínica del Valle, ídem del enfermero M. C., también la enfermera P. Z. B. -ambos de la Clínica referida-, Comisario R. C., la vecina del Barrio San Cayetano –última residencia de A. M. en esta ciudad-

A. R. C., J. D. G., V. G., A. O. A., D. R. A. y O. C.).-

Tal como ya lo hemos sostenido en otros precedentes de esta Cámara, es con la ayuda de la herramienta teórica que proporcionan los denominados “cursos de investigación hipotéticos” en el Derecho procesal penal, que deben solucionarse casos como el que nos ocupa; y se formula del siguiente modo: toda la prueba obtenida por los investigadores en relación con el informante “anónimo” es válida, porque ya se había puesto en marcha “un proceso causal regular”, mediante el que se hubiera logrado la obtención de esa misma prueba con un “alto grado de probabilidad”, y por ende

arribado a idéntico resultado.-

A mayor abundamiento, en el supuesto que se cuestione el rendimiento de aquel instrumento de análisis, y se exija que las pruebas validadas sean el producto de un curso de investigación “actual” -es decir, no hipotético-, “regular” y “totalmente independiente” de cualquier posible “infracción” previa de los órganos de la persecución penal, aquella línea de la pesquisa, tal como ya se adelantara precedentemente, en nuestro caso ello está salvaguardado sin duda alguna, por la inmediatez temporal con que se recabó la información, dada la situación del coimputado herido con arma de fuego, que enseguida requirió de atención médica e internación.-

Resulta de aplicación, entonces, respecto a la pretendida exclusión de prueba, la excepción conocida como de la “fuente independiente”, o del “curso de prueba independiente” (cfme. Carrió,

Alejandro D.: “Garantías constitucionales en el proceso penal”, 5ª edición, edit. hammurabi, Bs. As., año 2007, págs. 325 y ss., también citado en el voto ya individualizado de la Jueza Penal Olavarría): “ … 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”).-

Más aún, teniendo en cuenta que las autoridades prevencionales han dado cuenta, que el imputado A. M. era conocido -como “L.”, “L.”, “L. C.”, etc.- en su Provincia de origen (Mendoza), también es posible hipotizar, fundadamente, que en el caso hubiera concurrido otra posible excepción a la regla de exclusión, cual es la denominada del descubrimiento inevitable de la evidencia; es decir, que “de todas maneras tarde o temprano” (ibídem), los investigadores habrían llegado a A. M. por la información recabada en Comodoro Rivadavia, aún cuando este –a título ejemplificativo- hubiese logrado eludir o superar la instancia del control policial, en la ruta del transporte público de larga distancia, y arribar a su destino.-

Por lo demás, esta línea de interpretación restringida de la regla, está en línea con la tendencia existente actualmente en la doctrina nacional, contraria a su aplicación indiscriminada, propugnándose la

necesidad de "… introducir la noción de proporcionalidad y una matización con factores como el impacto de la violación legal, la culpabilidad del funcionario policial o judicial y la gravedad del delito investigado al decidir si la prueba debe ser excluida" (cfme. Morgenstern, Federico: "Argumentos a favor de la relativización de la regla de exclusión de prueba ilegal", en la sección Doctrina de la "Revista de Derecho Penal y Procesal Penal", de edit. AbeledoPerrot, agosto de 2014, págs. 1551 y ss.).-

2) Agravios sobre autoría, prueba de indicios.-

El tribunal de juicio ha valorado correctamente el cuadro probatorio que incrimina al recurrente, en primer lugar a partir de la defensa material del coimputado M., que describe a su compañero de andanzas –aunque no lo mencione por sus datos filiatorios-, como el autor de los disparos, inclusive en su perjuicio de manera accidental o involuntaria; descripción de la secuencia de los hechos, que se corresponde con la versión de las víctimas dueños de casa, como asimismo con prueba pericial, que acredita que se utilizó un solo arma de fuego en el hecho, todo lo cual se encuentra fuera de controversia.-

Por su parte, el extremo más opinable –en orden a la valoración de la prueba de cargo- estriba en la deposición de la exnovia de G. M., D. R. A., testigo que el tribunal de juicio reputa sólida y creíble, mientras que la Defensa se agravia por no haberse tenido en cuenta su presunto interés en el resultado del pleito (respecto a

A. M.), dada su vinculación sentimental pasada con el coimputado M. –la hipótesis defensista es que la deponente habría tratado de perjudicarlo para aliviar la situación del segundo-. En mi opinión, el punto ha sido resuelto de modo satisfactorio en la sentencia, en base al siguiente razonamiento: no es procedente impugnar los dichos de A. por parcialidad o falta de objetividad, cuando en todo momento ha admitido la participación de su expareja en el hecho, extremo que, en un orden lógico –si de subjetividad se trata-, debería haber sido lo primero que procurara desconocer o negar, para favorecerlo –si es que se considerara que toda su versión está "contaminada" por dicho ánimo, y ello merma su credibilidad-.- En torno a la descalificación de la declarante, por su condición de mera "testigo de oídas", este cuestionamiento pierde relevancia al contarse en el juicio oral y público, con la versión del coimputado M., introducida libremente, que en líneas generales corrobora todo cuanto depuso la testigo de referencia, en torno a la secuencia del hecho, aunque preservase la identidad de su consorte.-

Por otra parte, la negación de la Defensa respecto al origen de la lesión constatada en el acusado A. M., en el sentido de su incompatibilidad con una herida causada por un arma de fuego, de las características de la utilizada en el hecho, carece de todo respaldo probatorio de descargo; reduciéndose, en consecuencia, a una simple aseveración que no varía el método de análisis, ni las conclusiones obtenidas en la sentencia de condena.-

En cuanto a las restantes objeciones a las testimoniales de C. y C., entiendo que se trata de cuestiones menores, y que no alcanzan para introducir un resquicio de duda en el plexo cargoso. Efectivamente, acerca del momento en que los encartados A. M. y M. fueron vistos por la testigo C. ascendiendo a un vehículo para huir del sitio de los hechos, pueda haber existido la posibilidad que M., en algún momento, haya portado el arma de fuego, y ello no varía en absoluto la secuencia previa que se tuvo por acreditada, en el domicilio de los damnificados, en la forma ya explicitada.-

En lo concerniente a la vecina del Bo. San Cayetano, recordemos que se ha comprobado que A. M. había llegado a esta ciudad una semana antes del hecho, es decir que es posible que haya sido menos conocido para la testigo C., que el resto de los convivientes; de lo que resulta entonces que puede ser que el acusado haya llegado junto al resto, en el vehículo utilitario, pero que la vecina no lo hubiera reconocido. Todo ello sin contar con otro supuesto, que A. M. no haya llegado al referido Barrio, pues luego de ascender a la "Cady" en cercanías del lugar del hecho, descendió en otro lado, y sin que tampoco esto desvirtúe su participación previa en el ilícito.-

También debe tenerse en cuenta el ya referido menor tiempo de residencia de A. M. en nuestra zona, al momento de evaluar las versiones relativas al conocimiento que de él se tenía, como miembro integrante del grupo "de pertenencia", investigado por las autoridades

prevencionales; en tanto y en cuanto aquella extensión –inferior a la del resto-, puede influir en la cantidad de menciones de su identidad.-

Indicio de cargo: se suma a todo lo expuesto, el relevamiento de una huella digital del imputado en el vehículo, en la puerta del conductor, valorado por el tribunal de juicio de modo también muy adecuado. En efecto, y al igual que hemos razonado en los párrafos precedentes, la circunstancia que no se hubieran encontrado más rastros en el interior del rodado, no le quita valor cargoso al hallazgo referido en primer término.-

III.- Calificación legal del hecho: agravio subsidiario. Se comparte el criterio de la recurrente, no es un supuesto de concurso ideal, porque el tipo penal del art. 165 CP agota cualquier otro contenido prohibitivo posible, de los posteriores arts. 166 y 167 (cfme. TCPBA, en la obra "Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal. Casación", tomo 3, edit. Ad hoc, Bs. As., año 2003, "Extractos del tribunal de Casación Bonaerense", resumen de jurisprudencia, aplicable por analogía, pág. 459: "… entre el robo con lesiones graves resultantes, el robo calificado por el empleo de armas y el robo cometido en poblado y en banda, no existe concurso de ninguna especie, sino uno aparente que se gobierna por el principio de mayor gravedad punitiva, … el hecho del juicio termina ingresando en el supuesto del art. 166, inc. 1º del C.P., pues en ella el mayor riesgo para la vida de la víctima dejó de ser una mera expectativa

para convertirse en mal…" (cfme. Causa 2011/III – 24/10/2002 – Registro de Presidencia 9865).-

Aclaración: no es posible entrar a considerar el tema de la nulidad, parcial, de la acusación como pide el Ministerio Fiscal en su responde, en razón que independientemente del acierto o error de esta decisión, no agravia al imputado A. M. por haberlo colocado en una situación más favorable –aunque solo desde el punto de vista teóricodogmático, y no de la punibilidad real-, y esta Cámara tiene ceñida su competencia material al recurso ordinario del acusado, resultando ajenas las pretensiones en interés del acusador público –que por otra parte, ya ha interpuesto impugnaciones extraordinarias por ante la Sala Penal del STJ-. Tampoco procede corregir la calificación legal del hecho, atribuido al encartado no impugnante en esta sede (M.), dado las diferencias que se aprecian a su respecto entre la declaración de responsabilidad, y la posterior cesura de pena.-

IV.- Sin embargo, pese a la modificación del encuadre típico, en el caso concreto, ello no ha de impactar en el siguiente agravio, relativo a la sanción aplicable; es decir, no será posible aplicar el mínimo del monto de la pena previsto en la escala del art. 165 CP, que reclama la Defensa, si no que corresponde confirmar el monto de la pena impuesta en el juicio de cesura.-

En efecto, ello obedece a que –a título ejemplificativo- la

valoración como agravante del medio empleado, procede en la forma como se razonó en el fallo, aunque no se califique el hecho como constitutivo de un Robo calificado por el uso de arma de fuego (art. 166 CP); algo similar ocurre también con el resultado de lesiones, en perjuicio de A. B. y A. Z., respecto del cual se anulara parcialmente la acusación fiscal, pero que sigue integrando la extensión del daño causado –además ya vimos que el art. 165 CP, dada la magnitud del desvalor de su tipicidad, consume a cualquiera de sus sucesivos arts. 166 y 167-; y en orden a la naturaleza de la acción, debe tenerse en cuenta que se trata de un "… parámetro más que relevante en el que puede y debe computarse el plexo de circunstancias que implican una ejecución delictiva …grave… no puede dejar de considerarse que las acciones desplegadas abarcaron el ingreso violento por los autores en la vivienda en la que residían los miembros de la familia damnificada, en horario nocturno y cuando las víctimas se hallaban descansando en su interior, intrusión que más allá de la finalidad perseguida de apoderamiento de bienes ajenos, supuso al mismo tiempo una afectación consciente por los ejecutores de la expectativa razonable de intimidad y de preservación… Ese contexto ha sido en el caso aprovechado por los autores, quienes seleccionaron un conjunto de víctimas que se encontraban en un especial grado de desprotección…" (apartado IV, a) del voto del Juez Penal Nicosia a la Cuarta Cuestión, al que me remito íntegramente por compartir sus fundamentos).-

En apoyo de lo expuesto, vemos que la doctrina nacional cuando aborda, por ejemplo, la posibilidad de que concurra –en casos como el presente-, el delito de Robo con el de Violación de domicilio, luego de descartarlo; sin embargo, deja a salvo que: "No obstante, … la puesta en

riesgo de la seguridad de los moradores, conformará **elemento de ponderación en el juicio de punibilidad**" (cfme. Tozzini, Carlos A.: "Los delitos de Hurto y Robo …", ediciones Depalma, Bs. As., año 1995, pág. 362, el destacado me pertenece). Lo mismo cabe predicar de las lesiones de los mismos, aunque la acusación fuera anulada en este punto, como ya se adelantara.-

Por su parte, respecto a las atenuantes, también se comparte el criterio de los jueces de la cesura, en razón que muchas de las circunstancias invocadas no han sido materia de prueba, y por ende es imposible dotarlas de mayor relevancia a favor del encartado.-

En último término, cabe agregar que la comparación que plantea la Defensa con las penas aplicadas en otros casos de Homicidio, tampoco alcanza para conmover el criterio de la sentencia impugnada; dado que se trata de supuestos muy disímiles, que no autorizan un cotejo fundado, ni sirven para demostrar –estadística y empíricamente-, que se verifique en el presente, un caso de violación del principio de proporcionalidad, en la medida de la sanción punitiva.-

V.- Por todo lo expuesto, adhiero con mi voto a la

solución parcialmente por la afirmativa, que propone el Vocal que lidera el

Acuerdo, a la presente cuestión.-

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

I.- No he de reiterar los antecedentes del caso, agravios del recurrente, réplica del Ministerio Público y términos de la Sentencia, remitiendo para ello al cotejo realizado por el colega del primer sufragio.-

La Sra. Defensora, básicamente, ha articulado una crítica

respecto de la forma en que se dirigió la imputación jurídico-penal hacia su asistido, específicamente respecto de la existencia de un llamado telefónico

"anónimo" que habría sido determinante; cuestionado la lógica del Fallo en crisis en cuanto a la determinación de la autoría del mismo, con los alcances asignados, en el hecho de autos, al nivel de tildarla de arbitraria, peticionando por ende su invalidación y postrer absolución de L. A. M.; ha solicitado en subsidio la exclusión de uno de los tipos penales asignados idealmente al de Homicidio en ocasión de Robo, el de Robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de Tentativa, como uno de los argumentos de otra petición, la de reducción del monto de pena impuesto hacia el mínimo establecido en el art. 165 del CP.-

II.- El primero de los tópicos aludidos, resulta una buena

forma de introducción a los temas propuestos por la esforzada letrada.-

Los Jueces de grado han sido explícitos en encuadrar la

cuestión en la hipótesis de la existencia de una vía de investigación independiente al de aquel llamado anónimo, el cual solo fue útil en la medida que la Prevención mendocina fue alertada de la llegada a esa Provincia del imputado en un transporte público, lo que fue comunicado a la Policía local, la que articuló el pedido de aprehensión correspondiente al Magistrado de esta ciudad, lo que en definitiva ocurrió.-

Es que ya existía la sospecha respecto de la participación, término usado en sentido amplio, de A. M. en el suceso de autos, la cual había surgido de la herida de bala, percibida por las víctimas y testigos, recibida por su consorte de causa, G. M. en el hecho, lo que derivó en su concurrencia inmediata a una clínica para su atención, y detrás de él, la de los encargados de la pesquisa.-

Esta se extendió a sus relaciones familiares y sociales, su prima M. M., la pareja de esta, precisamente A. M., todos los cuales compartían morada, de la que estos dos últimos se habían retirado presurosamente, luego del evento de autos.-

A ello se adicionaba que en el vehículo utilizado por los autores del atraco a la vivienda de la familia damnificada, hallado de manera casi inmediata a su culminación, se encontraron huellas dactilares

del hoy recurrente, las que peritadas mediante el sistema AFIS arrojaron compatibilidad con indubitadas pertenecientes a este.-

Es decir, recurriendo a la teoría de los frutos del "árbol envenenado", receptada jurisprudencialmente por el fallo "Rayford" de la CSJN, parámetro que desde hace años se utiliza para analizar la legalidad de los cauces de investigación criminal, a dirigir la imputación hacia A. M. se hubiese llegado igual, válidamente, independientemente de la comunicación telefónica referida.-

En todo caso, lo que restaría por desentrañar es la razón por la cual, si a partir de toda la información acopiada de manera regular, era perfectamente posible consultar directamente el listado de pasajeros de los colectivos de larga distancia que partieron desde Comodoro en horario próximo posterior al suceso de autos, hacia otros destinos, especialmente Mendoza, región de la cual ya se sabía que eran oriundos los sospechados, se recurrió a invocar un llamado anónimo, innecesariamente. No tenemos la respuesta, aunque es un recurso demasiado común últimamente, y generador de no pocos inconvenientes.-

Entonces, A. M. habría sido aprehendido de todas formas, pues existían razones para vincularlo al hecho, y otras para considerar que podría eludir el llamado de la Ley, concretamente, lo estaba haciendo.-

De allí que lo que hemos interpretado como un

cuestionamiento global al comienzo de la investigación, en tanto supuestamente ilícito, carece de sustento, y la potencial invalidación consecuente, de perjuicio concreto, conforme a las normas rituales sobre el punto, que desde su diagrama, desalientan al extremo tales declaraciones (arts. 161 y ssgts del CPPCh.).-

Por ende, lo actuado en cuanto al punto ha sido válido, y tampoco debe ser excluido del plexo probatorio.-

III.- Lo expuesto ha resultado útil, como aspecto preliminar, para comenzar a poner en contexto la conducta atribuida al hoy impugnante de la Sentencia en crisis.-

Dos personas, munidas de un arma de guerra semiautomática, calibre 9mm., ingresaron a una vivienda, situada en calle La Prensa nro. 794 de esta ciudad, la noche del día 5/8/014, redujeron a algunos de sus ocupantes, pero otro, imprevistamente, pretendió repelerlos mediante el uso de otra arma de fuego, por lo cual uno de los intrusos, el que portaba la pistola semiautomática, comenzó a disparar, lesionando a algunas de las víctimas y provocando el deceso de S. B.. Luego se retiraron, en aquel rodado de color blanco, marca vw. Caddy dominio FWI-871, al que hicimos referencia en el punto anterior.-

Intentando establecer un orden de iniciativas disvaliosas, delictivas desde ya, más allá de lo que indica el catálogo represivo, pretender ingresar por la noche con armas a un domicilio ajeno, violentamente, resulta una conducta, a todas luces, de gravedad. Y lo es pues las personas encuentran reparo, sosiego y tranquilidad,

generalmente, en sus viviendas. Si allí no pueden encontrar seguridad, es difícil que la puedan hallar en otro

sitio.-

No obstante que la materialidad de lo acaecido no fue discutida, sí lo fueron los roles que les cupo a cada uno de los acusados, ilustra la mecánica del evento lo declarado por A. Z., madre de S. B., la víctima fatal. Habló de dos encapuchados que se introdujeron en su casa, la tomaron del cuello, advirtiendo que la matarían si su hijo, al que también maniataron, pretendía realizar alguna oposición. Uno de ellos, el que llevaba el arma de fuego la golpeó, le aplicó patadas ya en el piso, preguntaron por “los aparatos”, y por “donde estaba la chica”.-

Sus expresiones fueron completadas por, su marido, A. B., quién se encontraba descansando en otro lugar de la casa, cuando al advertir lo que estaba pasando con su mujer e hijo, pretendió utilizar un arma de fuego que tenía en la mesa de luz, y al apersonarse en la cocina y el living de su morada con ella, efectuó una advertencia a los intrusos, recibiendo como respuesta una cantidad de disparos que lo hirieron, a su esposa, y fatalmente a su hijo, todos efectuados desde corta distancia y en retirada.-

La vecina C. C. observó a dos personas, una que portaba un arma de fuego plateada, esa noche salir del domicilio de la familia B.. Sujetos que corrían, uno con dificultad, el otro, el que en principio llevaba el arma, no, que luego subieron a una camioneta Caddy,

de color blanco. Otra vecina, pero del Barrio San Cayetano, domiciliada en calle 2 nro. 1983, A. C., que compartía el predio con los acusados, que residían en la casa de atrás de la suya, esa noche observó arribar la camioneta Caddy, recibiendo un pedido de ayuda de la prima de M., M., pues este estaba herido.-

Las cámaras de seguridad de la Clínica del Valle registraron el ingreso de G. M. a dicho centro de salud posteriormente.-

Por los rastros hemáticos hallados en la vereda contigua a la entrada de la vivienda de la familia B., más las constancias médicas respecto de la dolencia de M., ha quedado en claro que este recibió un disparo de arma de fuego en el abdomen, como que A. M. lo recibió en su rodilla, pues incluso al ser aprehendido, aún presentaba secuelas de ello.-

Todo fue corroborado por la testigo R. A., ex pareja de M., por tanto de trato asiduo con los acusados, la cual aseveró que quién efectuó los disparos no había sido este, sino A. M., incluso el que le afectó la rodilla.-

Más allá de los cuestionamientos de la Defensa en cuanto a que A. había pretendido favorecer la situación de su ex novio, aún tomando sus expresiones como una corroboración del resto de los elementos probatorios reseñados, queda claro que ambos imputados esa noche fueron las personas que irrumpieron violentamente en la morada de los B., y que uno de ellos accionó un arma de fuego dentro de la casa, con

los resultados señalados, el deceso de S., las heridas de sus padres, y las de los propios autores.-

Sus propias manifestaciones en el evento, recordadas por la Sra. Z., los colocaron ante un intento de apoderarse de lo ajeno, el merodeo previo, de dos horas, captado por Cámaras de seguridad del Barrio, confirmado por el testigo S., vecino de la zona, más el ingreso a la vivienda por un sector accesible, un patio, cuando todos los miembros de la familia estaban dentro, los posicionaron a su vez ante una conducta planificada, con división de roles, y dominio conjunto del suceso.-

G. M. aceptó en su defensa material parte de todo ello, aunque pretendió alejarse del resultado muerte aseverando haber desconocido que su consorte llevaba consigo un arma de fuego, y mucho menos, sabido como pensaba usarla.-

La Defensa del hoy recurrente intentó lo propio, pero en

sentido inverso.-

Elaborando dos hipótesis de lo ocurrido, en una poniendo

como tirador a A. M., y en la otra a M., podemos constatar que la significación jurídica del accionar de ambos resulta idéntica.-

Primero, debemos afirmar que el asistido por la Dra. Barillari fue quién efectuó todos los disparos que generaron consecuencias para la integridad física propia y ajena.-

Para arribar a tal afirmación, la pericia realizada por el

experto C. resultó determinante, en tanto de allí se desprendió que la herida en la zona abdominal de M. no fue producto de una autolesión. A ello se sumaron los testimonios de C., en tanto en la retirada era A., herido levemente por lo que corría sin tanta dificultad, el que portaba el arma; y A..-

Pero, aún aceptando que el testimonio de C. no fue del todo claro, que A. declaró influida por cuestiones emocionales, y que la experticia aludida dejó un margen para la duda, todo lo cual considero que no sería una interpretación razonable del plexo de cargo, evaluado globalmente, la hipótesis alternativa, la que podemos resumir en la expresión

"todos los disparos los realizó M.", insisto, nos conduce al mismo resultado típico para ambos imputados.-

Comencemos por resaltar que aquí existió un plan en el que hubo decisión y ejecución común, todo lo cual quedó claramente demostrado a partir de la prueba ofrecida por el Acusador Público, y valorada correctamente por el A-quo, lo cual no fue discutido por los acusados.-

La Doctrina, cuando pretende ejemplificar sobre la coautoría, en su teoría más difundida actualmente, el co dominio del hecho, menciona casos de división de roles como el que nos ocupa (Donna, Edgardo

"La Autoría y la Participación criminal", Pag. 42 Ed. Rubinzal Culzoni).-

Pero ello no ponía de por sí a A. M. en condiciones de responder por la muerte de la víctima, pues hasta allí formaba parte solo de una empresa contra la propiedad, siempre en la hipótesis alternativa propuesta por su Defensa, que ha invocado el art. 47 del CP. el cual prevé las situaciones de "exceso cuantitativo" en el accionar del autor o coautor que va más allá de lo acordado, por lo que el o los otros coautores, partícipes o cómplices, deben responder solo por aquel ilícito que pretendieron realizar, lo que resulta una derivación evidente del principio constitucional de culpabilidad.-

No obstante, el referido "exceso de autor" debe conjugarse con el análisis del plan criminal, en que consistió, y que alternativas fácticas fueron aceptadas por sus coautores. Para ello, es necesario tener presente los requisitos legales de las figuras en juego.-

Aquí se ha aplicado el art. 165 del CP., que admite el dolo eventual, no la culpa ni la preterintención, a diferencia del art. 80 inc. 7mo. que exige dolo, pero directo. La diferenciación no deja de ser un tema complejo, pero ambas figuras requieren a nivel del aspecto subjetivo, dolo, lo que las separa es la intensidad del mismo.-

Es que el art. 80 inc. 7mo. del catálogo represivo contempla, al prever como pena la más elevada de nuestro ordenamiento jurídico criminal, la verificación de elementos típicos de mayor exigencia, sin los cuales su concurrencia debe descartarse de plano. Me refiero

específicamente a la conexión ideológica entre el homicidio y el delito fin, en los términos del mentado dolo directo y una ultrafinalidad, constitutiva de un elemento subjetivo distinto de aquel (respecto de esto último, entre otros, Creus Derecho Penal Parte especial Tomo I pag. 33).-

No es idéntica la situación de quienes asumen como probable el resultado muerte a partir de la acción que han emprendido, enderezada al logro de otros fines, de la de quienes ponen a la muerte de una persona como ineludible a efectos de preparar un delito, facilitarlo, consumarlo, ocultarlo, asegurar sus resultados o procurar la impunidad.-

La pregunta entonces se desplaza a si es posible afirmar que en dicho plan, existió una previsión compartida de utilización del arma de fuego, de la manera en que se la usó, en el supuesto de surgir imprevistos en la ejecución del atraco.-

Como sostiene Donna en su análisis de la figura del art. 165 del CP, partiendo de la interpretación de la misma solo como tipo doloso (directo, indirecto o eventual), desde la búsqueda argumental en Doctrina y Jurisprudencia españolas, atento el origen ibérico de la norma, se desprende que en el caso que uno de los autores sea el responsable material de la muerte, habrá coautoría cuando el dolo, al menos eventual, presida el actuar de los demás copartícipes y concurrentes (Donna Derecho Penal, Parte especial T. IIB Rubinzal Culzoni pag. 151 y precedentes).-

En el mismo sentido que Donna, Elizabeth Marum reseña

las opiniones de Fontán Balestra y Tozzini entre otros, los que requieren la existencia de dolo directo para el Robo, y eventual, al menos, para el Homicidio (Código Penal dirigido por Baigú y Zaffaroni, Tomo 6 pags. 229 y ssgts., Ed. Hammurabi).-

Nótese lo siguiente. Aquí la referida planificación criminal

fue evidentemente insuficiente, pues los sujetos activos del atraco no tenían conocimiento de la cantidad de personas que había dentro de la vivienda de la familia B., desconocían si allí había armas de fuego, preguntaron por "una chica", que no estaba.-

De todo ello podían surgir imponderables, desde ya no previstos, que de ocurrir solo podían ser "solucionados", a efecto de asegurar el éxito de la empresa, violentamente, en particular mediante el uso del instrumento de fuego que los intrusos llevaban consigo.-

Tanto la elaboración previa como la huida posterior dan la

pauta de un plan ejecutado sin "sobresaltos", es decir, que lo que en definitiva sucedió estuvo, a título de posibilidad, en la mente de los autores, pues en caso contrario, otro hubiese sido el comportamiento en el interior de la vivienda, existencia de reproches, y luego, en la retirada, otro tanto y no una ayuda evidente hacia el herido de mayor gravedad.-

Desde ya que es muy complejo descifrar lo que existe

dentro de la mente humana, y el interrogante propuesto se trata de ello en gran medida. Lo debemos realizar desde la exterioridad de los actos.-

Y precisamente a partir de ellos, la tesis que mejor se adecua al designio criminal evidenciado consiste en que hubo una intención innegable de apoderarse de lo ajeno, una planificación defectuosa en lo referente a los potenciales riesgos a contemplar, y una confianza en la utilización de un arma de fuego a título de primer respuesta ante cualquier inconveniente, con los resultados ya reseñados.-

En tal ecuación, inobjetablemente se presenta tanto el dolo

directo del Robo, como el eventual del Homicidio, y con ello, también en esta hipótesis analizada a efecto de agotar las posibilidades de ocurrencia fácticas del evento, la aplicación del art. 165 del CP., sin perjuicio de quién de los dos acusados hubiese efectuado el disparo a la postre mortal para S. B..-

IV.- En lo que sí asiste razón a la Defensa, es en la no concurrencia, aún de modo ideal, del ilícito indicado precedentemente, con la Tentativa de Robo agravado por la utilización de arma de fuego apta.-

Estamos ante una figura compleja, que prevé la pérdida de

una vida en la ocasión de un Robo. Es decir, el comienzo de ejecución de la acción para apoderarse de lo ajeno, que en lo concreto ingresó en la agravante del art. 166 inc. 2do., 2do. párrafo del CP, por que fue

perpetrada mediante un arma de fuego en condiciones de ser usada, devino consumada, sin perjuicio de sí sus autores lograron o no hacerse de bienes de la víctima, por la verificación de una muerte en su "motivo u ocasión".-

Si partimos de la base que al "Robo" aquí le podemos dar

el alcance de elemento normativo del tipo del Homicidio, desaparece toda posibilidad de concurrencia de cualquier clase que no sea la de leyes, pues la circunstancia que la conducta implica la afectación de dos bienes jurídicos, propiedad y vida, en lugar de uno, se encuentra prevista en tanto el mínimo del art. 165 del CP. es de diez años, dos por encima de el del art. 79 de ese orden legal.-

Bien podría haber sido sistemáticamente ubicado el art. 165 dentro de los delitos contra la vida del catálogo represivo, sin sobresaltos.-

Por ende, y en resumidas cuentas, el Legislador pretendió atrapar la fenomenología de la realidad consistente en los Homicidios cometidos en el contexto de los Robos, por lo cual, el principio constitucional del "ne bis in ídem", impide darle un doble disvalor a aquello que la norma

específica ya prevé.-

Es lo que , en líneas generales, sostiene Carlos Creus, a

quién seguimos en cuanto al punto (“Doctrina de la Suprema Corte de Buenos Aires sobre el Homicidio como agravante del Robo” LL-1993-E-153).-

No obstante, la modificación que tal criterio impone en la Sentencia de grado no implica una reducción de la sanción impuesta.-

V.- Ya hemos analizado la gravedad de la conducta de A. M., en tanto se introdujo, por la noche, violentamente, en una vivienda ajena, cuando en ella estaban sus moradores.-

Desde el plano objetivo del análisis de punibilidad, estamos ante la categoría inmediata inferior a la de las acciones de mayor relevancia del ordenamiento jurídico penal, por caso las que se agrupan en el art. 80 del CP.-

La mentada extrema violencia desplegada, más allá del deceso de S. B., hacia sus padres, sin perjuicio de la invalidación parcial de la Acusación en cuanto a la pretensión jurídico penal del Ministerio Público a su respecto, la que fue posible tener por acreditada, y valorada, en orden a la cuantificación de la condena del hoy recurrente, desde la prueba técnica y testimonial rendidas, impiden reducir el monto de la pena individualizada.-

Ello, más allá de la suerte que corra la impugnación extraordinaria interpuesta por la Sra. Fiscal.-

Por tano, la sanción tal como la determinaron los Jueces de

grado, debe ser confirmada, pues la relevancia de dicho aspecto objetivo del análisis no permite su reducción, no obstante los argumentos esbozados a favor de A. M., que tienen origen en la subjetividad del imputado. Así voto.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo: De acuerdo al resultado alcanzado por unanimidad en la primera cuestión, propongo que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado L. E. A. M., contra la sentencia de condena, dictada en fecha 22 de junio del corriente año; confirmar parcialmente la sentencia condenatoria 2303/15 dictada respecto al mencionado, readecuando la calificación legal y condenándolo en definitiva a la pena de diecisiete (17) años de prisión accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inciso 3° del CP), por ser autor penalmente responsable del delito de Homicidio ocurrido con motivo u ocasión de robo (arts. 165 y 45 del CP), por el hecho ocurrido en esta ciudad el día 5 de agosto de 2014, del cual resultaran víctimas A. B., A. Z. y el fallecimiento de S. A. B.; y tener presente la reserva del caso federal.-

Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la 30 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº

4 (antes Ley 2.200).-

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

En base al resultado alcanzado por unanimidad en la cuestión precedente, adhiero íntegramente al pronunciamiento que propone el Vocal del 1er. voto, es decir que se resuelva de la siguiente manera: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado L. E. A. M., contra la sentencia de condena, dictada en fecha 22 de junio del corriente año; confirmar parcialmente la sentencia condenatoria 2303/15 dictada respecto al mencionado, readecuando la calificación legal y condenándolo en definitiva a la pena de diecisiete (17) años de prisión accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inciso 3° del CP), por ser autor penalmente responsable del delito de Homicidio ocurrido con motivo u ocasión de robo (arts. 165 y 45 del CP), por el hecho ocurrido en esta ciudad el día 5 de agosto de 2014, del cual resultaran víctimas A. B., A. Z. y el fallecimiento de S. A. B.; y tener presente la reserva del caso federal.-

Asimismo adhiero a la regulación de Honorarios profesionales propuesta.-

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

Atento el resultado alcanzado por unanimidad en la cuestión precedente, coincido con el pronunciamiento que proponen los colegas, es decir que se resuelva de la siguiente manera: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado L. E. A. M., contra la sentencia de condena, dictada en fecha 22 de junio del

corriente año; confirmar parcialmente la sentencia condenatoria 2303/15 dictada respecto al mencionado, readecuando la calificación legal y condenándolo en definitiva a la pena de diecisiete (17) años de prisión accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inciso 3° del CP), por ser autor penalmente responsable del delito de Homicidio ocurrido con motivo u ocasión de robo (arts. 165 y 45 del CP), por el hecho ocurrido en esta ciudad el día 5 de agosto de 2014, del cual resultaran víctimas A. B., A. Z. y el fallecimiento de S. A. B.; y tener presente la reserva del caso federal.-

De igual forma coincido con la regulación de Honorarios profesionales propuesta.-

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

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

--- **1º) HACER** lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado **L. E. A. M.**, contra la sentencia de condena, dictada en fecha 22 de junio del corriente año (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).----------

---------- **2º) CONFIRMAR** parcialmente la sentencia condenatoria 2303/15 dictada respecto de **L. E. A. M.**, readecuando la calificación legal y condenándolo en definitiva a la pena de diecisiete (17) años de prisión accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inciso 3° del CP), por ser autor penalmente responsable del delito de Homicidio ocurrido con motivo u

ocasión de robo (arts. 165 y 45 del CP), por el hecho ocurrido en esta ciudad el día 5 de agosto de 2014, del cual resultaran víctimas A. B., A. Z. y el fallecimiento de S. A. B. (art. 239 y concordantes del C.P.P.).---------- **3º) TENER** presente la reserva del caso federal.---------- **4º) REGULAR** los honorarios profesionales de la Defensa Pública por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la 30 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).---------- **5º)** Cópiese, protocolícese, notifíquese.---------- La presente sentencia es firmada por dos de los Sres. Magistrados por encontrarse en uso de licencia con posterioridad a la deliberación el Dr. D. Luis María Pintos.-

Sentencia nº 27/15

Fdo. Dres. Guillermo Alberto Müller. Martín Roberto Montenovo.-