En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los veinticinco días del mes de agosto de dos mil catorce, el Tribunal integrado por los Dres. **Daniel Luis María PINTOS**, en su carácter de Presidente, **Martín Roberto MONTENOVO y Guillermo Alberto MÜLLER**, Jueces de Cámara, procede a dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, la cual será leída en el día de mañana, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 53421**, **carpeta individual n° 5936**, caratulada: **"C., M. y otros s/ Homicidio"** de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación el Sr. Fiscal general, Dr. Marcelo Crettón, la parte querellante el Dr. D. L. por G. C., padre de B. D., el Sr. Defensor Público Dr. E. M., y los imputados **M. E. y O. O. C.**; y

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

---- Que los días 6 y 11 del corriente mes y año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Daniel Luis María Pintos, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de M. E. y O. O. 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 ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de M. E. y O. O. 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. Daniel Luis María Pintos, en segundo lugar el Dr. Martín Roberto Montenovo y finalmente el Dr. Guillermo Alberto Müller.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo: I.- Ha suscitado la intervención de esta Alzada la impugnación ordinaria deducida por la Defensa de los imputados M. E. C. y O. O. C., contra la sentencia Nº 1300/14, de fecha 22 de abril de 2014, por la que se declarara al primero de los nombrados 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 once años de prisión, accesorias legales y costas (artículos 12 y 29 inciso 3° del cuerpo legal citado, y 239, 240 y 241 del CPP), y al segundo de ellos partícipe secundario del delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego (artículos 41 bis, 46 y 79 del C.P.), y se lo condenara a la pena de

cinco años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas (artículos 12 y 29 inciso 3° del cuerpo legal citado, y 239, 240 y 241 del CPP), en razón del hecho ocurrido en esta ciudad el 12 de mayo de 2013 en perjuicio de B. C..-

1) El Dr. E. M., en ejercicio de la defensa de ambos imputados, inició la argumentación de la vía recursiva consignando que en nuestro país la certeza es un requisito ineludible para poder condenar.-

Luego de transcribir extensos fragmentos de los votos emitidos por los integrantes del *A quo*, destacó que la pretendida contundencia que se ha pretendido asignarle a los dichos cargosos vertidos por el testigo V. en Cámara Gesell, no es tal. En sustento de tal afirmación señaló que todos los testigos que depusieron en el debate, tanto los que se encontraban en casa de los C. como el propio personal policial, fueron contestes al referir que la noche en que se verificara el suceso, era muy oscura y extremadamente ventosa, circunstancia que aumentaba el polvo en suspensión y hacia muy dificultosa la visión, a lo que debe aditarse el hecho de que la mayor parte de la iluminación, era escasa dado que se encontraba roto el alumbrado público.-

A mayor abundamiento, puntualizó, el Comisario S. explicó que para poder verificar el estado de salud de C. víctima del suceso- y el lugar en el que cayera, se debió recurrir a iluminación del móvil policial y a la de su propio celular, todo lo cual indica que las condiciones de percepción del testigo no eran óptimas y por lo tanto, no permite una explicación lógica de cómo pudo captar los detalles que luego narrara en su declaración. Objetó que le resultó llamativo la forma en que interrumpiera su testimonio en Cámara Gesell manifestando que le estaban preguntando muchas cosas, indicando además haber quedado con la sensación de que su deposición en el recinto mencionado aparecía como guionada.-

Criticó el testimonio del Licenciado en Criminalística G. G. M. M. por su escaso aporte en la elucidación del hecho, expresando que dijo haber analizado varias hipótesis y escogió la más probable de acuerdo a su criterio, sin especificar cuáles habían sido los parámetros que había tomado del legajo fiscal para emitir sus conclusiones.-

También objetó el informe del Médico Forense, Dr. L., del que sólo pudo extraerse que los disparos que terminaron con la vida de C. fueron efectuados a corta distancia, sin poder determinar el calibre del arma, y ello fue así, precisó, en razón de que no se preservó el lugar como correspondía.-

A todo evento y para el caso de que se concluya que M. C. fuera el autor de la muerte de C., puso de relieve que no existe explicación lógica para fundar la condena dictada respecto de O. C., pues el testigo estrella de la Fiscalía, sobre cuyos dichos se fundó la sentencia, fue claro y contundente al manifestar que el nombrado se quedó parado en la esquina y nada hizo, sólo miró.-

En tal sentido, agregó, el tribunal debió analizar profundamente la actividad que desplegara O. C. para endilgarle la participación secundaria, pues son las circunstancias de hecho las que discernirán su necesariedad de su intervención o no, y del relato del joven V. surge que no desplegó ninguna actividad que pudiera contribuir al resultado letal verificado -muerte de C.-. Por todo ello, y en relación al primer punto de agravio, concluyó solicitando que se anule el fallo y de disponga la absolución de sus defendidos.-

En lo atingente a la individualización de la pena, que también fue motivo de agravio, entendió que en el caso y en virtud de la falta de antecedentes de sus asistidos que es demostrativo de que el suceso bajo análisis es un hecho aislado en el que se vieron circunstancialmente envueltos, el monto fijado resulta excesivo.-

En tal dirección, propició ocho años de prisión para M. C. y cuatro años de prisión para O. C. debiendo excluirse la agravante del

art. 41 bis del CP, pues conforme al testimonio de M. M., no puede descartarse que el hecho haya acontecido en el marco de un enfrentamiento con armas, y por consiguiente el fundamento acerca del aumento del poder ofensivo, es contrarrestado por el adversario que también se encuentra armado.-

Alegó que el fin de la pena es lograr la resocialización, y aquella que supere el mínimo sería injusta pues lo único que se lograría con una pena mayor sería apartarlo de la sociedad, dificultando sobremanera toda posibilidad de reinserción una vez cumplida la misma.-

A todo evento formuló reserva del caso federal, en el entendimiento de que el decisorio cuestionado, vulnera principios y garantías de raigambre constitucional como el estado de inocencia, la imparcialidad del Tribunal, el derecho de defensa en juicio y el debido proceso (arts. 18, 31, 75 inc 22 de la CN; Arts. 10 y 11 inc. 1 Declar. Universal de Derechos Humanos; Art. 14 Pacto Intern. de derechos Civiles y Políticos; Art. 8 incs. 1 y 2 Pacto de San José de Costa Rica; Ley 48 Art. 14).-

2) El Ministerio Público Fiscal, al responder el traslado que se le corriera respecto de las impugnaciones deducidas, expresó que el testimonio rendido en Cámara Gesell por el menor V., resultó claro en

cuanto expresó que a los imputados los conocía del barrio y efectuó la detallada narración acerca de lo que observara, es decir el momento en que C. fuera derribado, tras ser perseguido, por uno de los tres sujetos que lo perseguían, y a M. ponerle el arma en la cabeza, mientras se encontraba de rodillas, y efectuarle el disparo -uno solo- en la cabeza. También refirió que al otro pibe que acompañaba a los dos lo conoce por el sobrenombre de "P." -aclarando que es de apellido C.-, que se quedó parado y vio todo.-

Adujo el informe del Médico Forense, Dr. L., avala la afirmación del joven V. en cuanto a la corta distancia a la M. C. accionara el arma, tomando como parámetro la quemadura que presentaba C. en la zona por donde ingresó el proyectil, refiriendo también que encontró escoriaciones en cara anterior de ambas rodillas, que demuestran la posición de suplica en que se encontraba al momento del ataque.-

Alegó que la pericia del licenciado M. M. resulta ilustrativa, en cuanto permitió determinar que C. fue arrastrado y que estaba de rodillas y que estas secuencias son previas al óbito, pues por la posición de las piernas y por la zona de la herida era imposible que se pudiera mover el cuerpo.-

Indicó además que el testigo T. efectuó una

declaración clara y precisa respecto a los momentos previos al incidente y a participación que le cupo a O. C. en el suceso, y luego de acaecido el mismo le mencionó que se había mandado una macana,
llegando a confiarle “creo que se la puse” (sic).-

En cuanto a la participación secundaria que los magistrados endilgaron a este último, destacó que se encuentra fundada acabadamente tal rol, por considerar que la persecución realizada junto al autor material -su hermano- y a otra persona, no sólo aumentó su poder ofensivo y la desprotección de la víctima, sino que también brindó su apoyo una vez reducido y por último huyo con su hermano y el restante individuo haciendo desaparecer el arma homicida.-

En lo que atañe al agravio referido a la pena impuesta, señaló que en la audiencia de cesura fundó acabadamente las agravantes y atenuantes, peticionando su individualización en doce años de prisión para M. C. y en seis para O. C..-

Por lo demás, *ad remissionem*, cabe interpretar que comparte los argumentos expuestos por el *A quo* en la sentencia impugnada al trascribir los votos emitidos por sus integrantes en lo que se refiere al punto donde, en líneas generales y coincidentes, los sentenciantes tuvieron en cuenta para su mensuración las pautas fijadas en el art. 41 del CP,

poniendo de relieve que son más las circunstancias atenuantes que las agravantes, por lo que el monto no ha de superar en demasía el mínimo legal. Así ponderaron la falta de antecedentes penales, la juventud de ambos -M. C. cuenta con diecinueve años de edad y O. C. con veintiuno-, claro indicador de inexperiencia e inmadurez pero, como contrapartida, indican una concreta posibilidad de resocialización, su escaso grado de instrucción y el medio en el que desenvuelven sus vidas; y como agravantes la extensión del daño causado -pérdida de una vida joven sin motivo alguno-, la pluralidad de atacantes que aumentó el poder ofensivo y un estado de mayor indefensión en la víctima.-

Por todo ello, concluyó solicitando el rechazo del planteo de la Defensa en todas sus partes.-

3) El Querellante particular en representación de G. C., Dr. D. L., luego de reseñar los hechos bajo análisis, destacó su complejidad de la causa tanto por la cantidad de acusados como de víctimas.

En líneas generales indicó que los dichos del menor V. en Cámara Gesell, como así también del restante plexo probatorio colectado en la audiencia de debate, a saber: informes de los peritos B. y L.; las actuaciones desplegadas por los policías S., L., M. y E., constituyen

elementos suficientes como para ubicar a M. y O. C. en el lugar de los hechos donde se produjera el fatal desenlace.-

Puntualizó que todo ello, aditado a los dichos del testigo S. T., quien era conocido de los C., permiten tener por probados los hechos con toda claridad por lo que, a su entender, la sentencia debe ser confirmada en todos sus términos.-

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.-

II.- En primer término, hemos coincidido en la deliberación, que resulta pertinente formular una serie de observaciones, en torno a la prueba testimonial producida en el marco de los arts. 193 y 279 del CPP, es decir como anticipo jurisdiccional de prueba durante la Etapa preparatoria (arts. 256 y ss., y ccs. del CPP) –cfme. Solicitud jurisdiccional n° 10.041, resolución n° 5934/2013, de fecha 27 de junio de 2013, suscripta por la Jueza Penal Raquel Susana Tassello, quien también intervino en la diligencia de Cámara Gessell, según se desprende de la videograbación que hemos tenido oportunidad de valorar mediante su reproducción, al igual que lo hiciera el tribunal colegiado de juicio, en la audiencia de debate-.-

Si bien es cierto que el texto actualmente vigente del citado art. 193 CPP, producto de la reforma introducida por la Ley XV n° 15, de fecha 26 de agosto de 2010, habilita la posibilidad de estos "testimonios especiales", aún una vez cumplidos ya los 16 años de edad, como fue el caso del joven Mauricio V.; de todos modos, continúa vigente el resto de las exigencias rituales que prevé la norma de marras, sobre todo que esta modalidad se aplique "fundadamente".-

En lo formal, el auto citado (protocolizado bajo el n° 5934/2013) cumple con este requisito, pero si se profundiza el análisis se advierte que los motivos expuestos -" … tratarse de una investigación sobre un delito de homicidio, con varios imputados y el testigo un menor de 18 años de edad …"-, no parecen suficientes para justificar este procedimiento excepcional.-

Otra de las particularidades que presenta el caso, es que la funcionaria del Ministerio Público Fiscal que solicitó la diligencia, hubo de apoyarse en necesidades propias de la investigación, más que en circunstancias de riesgo para la integridad física o psíquica del testigo; de manera entonces que, una vez asegurada ya la versión del joven para la causa y en beneficio de los intereses de la acusación, pareciera que no existía impedimento para que -cuando menos-, se intentara luego la

asistencia de V. al juicio oral y público. Sin embargo, en la audiencia preliminar directamente se optó por ofrecer como prueba el contenido del anticipo jurisdiccional ya citado, sin que exista ninguna invocación –a título ejemplificativo- de aquellos potenciales peligros para el declarante, ni en general ningún tipo de controversia sobre el punto; quedando así integrado entonces, el cuadro probatorio del debate, con esta versión inicial del testigo.-

Por último, la metodología seguida en la entrevista en Cámara Gesell, tampoco observa las reglas comúnmente aplicadas en la litigación de los procesos adversariales, en el sentido que cualquier lectura de declaraciones previas –en nuestro caso, dichos del joven frente a funcionarios prevencionales de la Brigada de Investigaciones-, puede utilizarse como herramienta de apoyo, pero recién una vez que ya el testigo ha dado su versión; o, por lo menos, comenzó su relato, y es necesario entonces aclarar datos, ampliar información, salvar contradicciones, etc. Mientras que en el presente, el acto procesal dio inicio con la lectura de la actuación prevencional, seguido de un pedido de ratificación de su contenido por parte de la Psicóloga forense, con resultado afirmativo.-

Sin perjuicio de todo lo expuesto hasta aquí, no

habiendo sido -como ya lo anticipáramos- ninguno de estos temas motivo de cuestionamiento, en el caso corresponde interpretar que existió una suerte de renuncia –en esta prueba puntual-, a los principios de inmediación, contradicción, concentración, etc., en tanto garantías mínimas de un proceso penal equitativo; tal como lo hemos resuelto, por caso, en la sentencia n° 17/2010 de esta Cámara en lo Penal, admitiendo la validez de todo lo actuado. Por ende, corresponde entonces abordar a continuación, los agravios relativos a la merituación del contenido del testimonio anticipado, recibido bajo juramento (art. 192, 1er. párrafo CPP), pero sin ninguna otra consideración relativa a la forma en que fue recepcionado, y luego introducido en el juicio oral y público.-

Obiter dicta, solo recordaremos que en aquel decisorio se destacó, entre otras circunstancias relevantes, que claramente se estatuye en el art. 193 CPP, que el procedimiento especial no es de aplicación automática, por razón de la edad del testigo, sino sujeto a la resolución fundada del órgano jurisdiccional; como así también que siempre debe buscarse un resultado equilibrado, que resguarde en la medida de las posibilidades, todos los intereses en juego en el proceso penal, o la mayor cantidad posible de ellos –las excepciones al principio adversarial entonces deben satisfacer un control de proporcionalidad, ya que el *fair trial* requiere que el interés de la defensa sea puesto en balance

con los de los testigos citados a declarar, siempre y cuando se encuentren en riesgo la vida, libertad, o seguridad de la persona-.-

Con mayor profundidad, se citó también la doctrina que enseña: “Cabe aquí evocar el caso ‘Doorson vs. Países Bajos’, donde el TEDH se había ocupado ya del posible conflicto entre el derecho del imputado a un juicio equitativo, y la necesidad de protección de los intereses de la víctima o testigos. Así dijo: ‘el art. 6 no requiere explícitamente que sean tomados en consideración los intereses de los testigos en general, y los de las víctimas llamadas a testificar, en particular. Sin embargo, pueden estar en cuestión su **vida, libertad o seguridad personal**... Los intereses de testigos y víctimas están **en principio protegidos por otras previsiones** sustantivas de la Convención, que implican que los Estados contratantes deben organizar sus procedimientos criminales de tal modo que esos intereses **no sean injustificadamente puestos en peligro**. Frente a esto, los principios del juicio equitativo también requieren que, dado el caso, los intereses de la defensa sean puestos en balance con aquellos de los testigos o víctimas llamados a testificar’...” (cfme. Luis M. García, publicado en La Ley 2002-F, 15 Sup. Penal 2002, (septiembre), 3, en su artículo “El derecho a interrogar a los testigos de cargo en caso de abuso sexual sobre niños” el destacado me pertenece).-

En lo único que difiere nuestro actual caso, con el precedente que se viene citando, es que aquí la medida de prueba (testimonio especial) se practicó a solo dos meses del hecho, en cambio en el que fuera motivo de juzgamiento en la sentencia n° 17/2010, se dispuso la modalidad de la deposición en la audiencia preliminar, con miras al juicio oral, es decir ya con la Etapa preparatoria concluida. Tal vez esta circunstancia explique, aunque sea en parte, que la recepción del testimonio anticipado no evidencie "un trabajo de preparación", por parte del proponente de la diligencia, como hubiera sido de esperar en un sistema procesal de corte acusatorio (cfme. Lorenzo, Leticia: "Manual de litigación", edit. Didot, Bs. As. 2012, págs. 203 y ss.).-

III.- 1) No se ha producido en el caso, contraprueba idónea que permita poner en duda la capacidad de percepción visual, auditiva, etc. del joven, respecto al tramo del hecho que le costara la vida a B. D. C.; a título meramente ejemplificativo, la reconstrucción del hecho con la versión del testigo de cargo, y/o la recreación de las condiciones ambientales, de luminosidad, distancia, etc., a través de mediciones, planos, croquis, y en general "operaciones técnico-científicas pertinentes" (art. 169 CPP), susceptibles de poner en crisis la hipótesis de trabajo de la investigación fiscal.-

Recordemos, en apoyo de la credibilidad de este testimonio, que el Oficial ayudante J. J. L., con prestación de servicios en la Comisaría Seccional 7ª, reveló en su deposición ante el colegiado de juicio que "justo en frente" al lugar del hecho, vivía un testigo que ya en los primeros momentos de la actividad prevencional *in situ*, mencionó como autor del mismo, a "un tal M. C."; siendo derivado para su entrevista, al personal de la Brigada de investigaciones.-

En el primer voto de la sentencia motivo de impugnación ordinaria, se lee sobre el particular: "…corresponde poner de relieve el testimonio del Oficial Ayudante J. J. L., quien al presentarse en el lugar en que se hallaba tirado C., refirió que al tratar de buscar testigos entre los vecinos, ninguno 'quería salir de su casa'; pero no obstante ello, logró la versión de una persona que vive cerca, que hizo mención a que 'hubo tres personas', mencionando entre ellos a M. C.. Que los tres lo corrieron, pero uno hizo el disparo. Se trataba de un menor que refirió 'que eran los C.' que viven en el barrio, en la casa donde antes vivía un tal Lucho Funes…".-

2) El contenido de la misma, que le fuera leído al testigo durante su deposición en Cámara Gesell, y ratificado en todos sus términos, reza del siguiente modo: "…Yo estaba durmiendo en el sillón

como a las 04:30hs., cuando me levanté para dejar un vaso en la cocina, escuché unos gritos y me asomé a la ventana que a la calle, justo en ese momento veo a tres pibes que corrían a uno viniendo desde la calle que da contra el cerro con dirección hacia la calle que da frente a mi casa. Uno de estos tres pibes lo alcanza y le pega una patada … y lo tira al que se escapaba, quedando en posición de perrito. Luego viene otro pibe al que reconozco con el nombre de 'M.' … quien le pone un arma calibre 22 en la cabeza y le dispara un solo tiro. Cuando le puso 'M.' el arma en la cabeza al otro pibe que estaba como perrito, le decía: 'He amigo… perdoname…', y M. le dijo: '…no … no… no vas a venir más acá…' y ahí le dispara al otro pibe que acompañaba a los dos que fue ya mencionado lo conozco con el sobrenombre de 'P.'. Quien se quedó parado y miró todo. Luego los tres salieron corriendo por el mismo lugar por donde vinieron y el pibe quedó tirado frente a mi casa boca abajo, ahí fue cuando fui a despertar a mi mamá. Después ella llamó a la policía…".-

En orden a la sinceridad del joven, merece destacarse de la entrevista citada, que así como el mismo ha explicado que conoce al acusado M. C. y hermanos del Barrio en el que residían, lo que justifica sus dichos sobre la identidad del autor del hecho; también manifestó ignorar por completo la de la víctima, lo que descarta cualquier posible interés en el resultado de la presente causa. Es decir que no puede

hipotizarse que V. puede haber incriminado a C., por ánimo de venganza u odio, ni por afecto hacia los ofendidos, damnificados, etc.3) La coherencia externa de la versión está asegurada por el informe de autopsia, de fecha 20 de mayo de 2013, que produjera el Médico forense Dr. O. L., el cual da cuenta que: "…al examen externo… excoriaciones en cara anterior de ambas **rodillas** …en región de la sien izquierda presenta orificio contuso penetrante, de 3 por 1 cm de longitud en proceso de cicatrización… observándose bordes de la herida anfractuosos, … Se introduce un estilete penetrando a planos profundos, se comprueba que el primer **trayecto** intracorporal fue de izquierda a derecha, **de arriba hacia abajo** y de adelante hacia atrás, sobre región temporal derecha parte posterior de este se observa, orificio de 0,7 mm de diámetro, sin anillo de contusión y de forma irregular…Examen interno… Se realizó craneotomía, se observa sobre sien izquierda hematoma de tejidos musculares en la calota craneana, al igual que en región temporal derecha… en su trayecto atravesó hueso frontal parte izquierda ambos lóbulos cerebrales, y perforación de hueso temporal derecho… Conclusiones médico legales: La muerte cerebral de C. B. D., fue provocada por herida de arma de fuego, la trayectoria ya se describió anteriormente. El proyectil salió del cráneo, produciéndole importante lesión y hemorragia cerebral, lo que le provocó la muerte cerebral y

posteriormente el paro cardio- respiratorio…", el destacado ha sido agregado al original.-

4) El agravio relativo a la falta de correlación entre el testimonio del joven y la labor del Lic. en Criminalística, G. G. M. M., no debe ser objeto de tratamiento, ya que existe un impedimento lógico para ello; toda vez que los miembros del tribunal colegiado de juicio, no han conformado una mayoría sobre el punto, y ese sería el presupuesto para recién luego verificar la coherencia con otra/s prueba/s –adviértase que el Juez Penal del 1er. voto le resta valor probatorio a las conclusiones de M., por su falta de concordancia con las de otro perito (Enhes); el del 2° voto, por su parte, es el único que sí le reconoce mérito corroborante del testimonio del joven V., en particular respecto a la posición de la víctima al momento de recibir el disparo; y finalmente, el 3er. sufragante meritúa el peritaje solo en relación a las víctimas N. y G., o sea los hechos que no son materia de la competencia de este tribunal de impugnación-.-

IV.- El otro motivo de agravio, en relación con el acusado M. C., 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 muchas otras.-

1) 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, José 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, V. 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).-

2) En el escrito de interposición del recurso ordinario, no se ha incluido ningún agravio subsidiario, sobre una posible calificación del hecho, alternativa y más benigna, cual es el Homicidio en agresión (art.

95 CP). Sin embargo, en la oportunidad procesal del art. 385 CPP, al referirse al gravamen que venimos abordando en relación con la calificante genérica del art. 41 bis CP, se han vinculado los dos asuntos; de manera entonces que, a todo evento, haremos una breve consideración sobre el particular, inclinándonos por la solución negativa, es decir que debe confirmarse la tipificación de la sentencia impugnada, Homicidio simple (art. 79 CP), no atenuado, y con la agravante de marras.-

Tengo en cuenta para ello –y siempre en referencia al testimonio único de cargo, que se ha venido valorando hasta aquí, como base de la declaración de responsabilidad de M. C.-, que en el momento del disparo solo se aprecia la actividad de este, como jurídicamente relevante para la consumación del resultado, y a O. C. con una actitud pasiva, como más adelante se analizará en profundidad; debiendo recordarse que la restante intervención, que sí podría reputarse –causalmente-, digna de se en consideración – según el joven testigo un sujeto golpeó desde atrás a la víctima y lo derribó, colocándolo en una situación de absoluta inferioridad, frente al tirador-, fue encuadrada por las acusaciones pública y privada, en un supuesto de participación primaria en el delito de Homicidio simple con la agravante del art. 41 bis CP –tampoco atenuado-, y motivo de absolución en el fallo ahora recurrido, por ende con

valor de cosa juzgada, ya que no ha sido materia de impugnación extraordinaria por parte de los acusadores.-

En consecuencia, en un marco procesal como el descripto, no parece posible modificar en la presente etapa el encuadramiento del caso, respecto al coimputado M. C., en la forma pretendida por la Defensa, por afectación del principio de congruencia; ya que en todo momento hasta el presente, se consideró al homicidio de C. como el resultado de una acción imputable a un autor y dos partícipes, pero no un supuesto de agresión del art. 95 CP –figura que además requiere la existencia de un acometimiento tumultuoso, sobre el cual no se ha debatido adecuadamente-.V.- La pena de M. C..-

Hemos tenido en cuenta de modo reiterado que la jurisprudencia, en líneas generales, opta por aplicar el mínimo de pena, únicamente en los casos en que solo operan circunstancias de atenuación, en el entendimiento que son estas las situaciones que permiten concluir que el imputado “ha revelado el menor compromiso en la lesión al bien jurídico de que se trate”. Pero, por el contrario, cuando median razones de agravación de la sanción penal, el juez podrá adentrarse en la escala legal para estimarla “alejándose del mínimo”, y siempre “razonablemente”

(TCPBA, Sala I, causa n° 513, 25/8/00; “Espíndola, Ramona”, publicada en “Cuadernos … Casación”; Edit. Ad-Hoc, t. 2, ob. cit. págs. 466 y ss.).-

Es lo que ha sucedido en nuestro caso, ya que la sentencia impugnada fundadamente ha fijado el cuántum un poco por encima del mínimo; teniendo en cuenta para ello: sobre todo la conducta precedente a hecho, ya que perseguían a la víctima, y el modo de acción desarrollada, consistente en haberle disparado cuando estaba reducida frente a dos personas.-

VI.- La participación secundaria del acusado O. O. 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 nuestro caso, la testimonial de V. S. T., mencionado por los restantes testigos como "el S. de P.", podría aportar en tanto prueba de referencia, un indicio de conducta posterior en contra del coimputado O. "P." C.; en el sentido que, luego de producido el hecho, el acusado le contó que se había mandado una macana o "cagada", y que creía que se "la había puesto". Aunque, por cierto, estas manifestaciones pueden resultar un tanto indeterminadas, como lo pone de resalto en su voto el Juez Penal Casal, de todos modos concurrirían a abonar la hipótesis de una posible intervención de este imputado, en el suceso tomado en su conjunto.-

Ahora bien, como la sentencia impugnada ha provocado de alguna manera, una segmentación del hecho, desde que lo relativo a los óbitos de G. y N., ya no forma parte del análisis que debe practicar este Cuerpo; entonces ateniéndonos al tramo final, que cegara la vida de C., y que ha sido percibido por el testigo V., aquella tesis de la posible participación punible de O. C., se neutraliza luego con la deposición del joven, que lo sitúa en actitud pasiva, frente al accionar de su consorte de causa M. en el momento decisivo.-

En la audiencia del art. 385 CPP, las partes acusadoras han intentado rebatir la posición del recurrente, y a la vez robustecer los fundamentos de la condena, en orden a la aplicación al caso del art. 46 CP. Entiendo que los argumentos vertidos en la oportunidad, no alcanzan para conmover la conclusión ya anticipada; en cuanto al querellante, porque la conducta omisiva de "no hacer nada para evitarlo", es insuficiente para ser catalogado de aporte causal al hecho, y en lo referente al Fiscal, dado que "la sola presencia … acompañando intenciones" que cita como criterio jurisprudencial, es posible que en algunos supuestos pueda llegar a configurar una cooperación punible, según la importancia de esa presencia en el contexto del hecho, pero no cuando simplemente se ubica al sujeto como parado, a un costado de la escena, sin que se describa ninguna otra actitud, en algún modo coadyuvante del curso de los acontecimientos rumbo al resultado fatal.-

En apoyo de lo expuesto, y como argumentación a contrario, se lee en la obra: "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jursiprudencial", con dirección de David Baigún y Eugenio Zaffaroni, coordinación de Marco Terragni, tomo 2, , aporte de M. Rusconi, pág. 174 y ss.: "La figura de la complicidad considera a aquellos agentes que han prestado una colaboración al hecho del autor. Esta colaboración puede ser **de cualquier tipo** siempre que las

características propias de la ayuda que se presta puedan justificar **cierta relación fáctica con el hecho**. Esta complicidad puede ser **intelectual o física**. En el caso de la complicidad psíquica o intelectual, **debe exteriorizarse a través de un fortalecimiento de la voluntad de acción** del autor principal. ... En cuanto al **tipo subjetivo** del cómplice, su dolo debe referirse **tanto** a la propia colaboración en el hecho **como** al tipo objetivo y subjetivo del autor principal...” (el destacado me pertenece).-

Propongo al Acuerdo, en consecuencia, revocar la sentencia en este punto.-

VII.- La cuestión propuesta en primer término, merece entonces en definitiva una solución parcialmente por la afirmativa, lo que así se propone al Acuerdo, en la forma que se detallará a continuación, en la segunda.-

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

I.- No he de reiterar los antecedentes del caso, posturas de las partes y términos del fallo impugnado, salvo en algún aspecto puntual propio de esta exposición, remitiendo para ello, en cuanto a la generalidad, a la reseña que comienza el primer sufragio de este acto.-

II.- Los temas a tratar han quedado delimitados

claramente, y resultan ser la apreciación de la prueba por el A-quo, en particular el testimonio del menor V.; el grado de participación criminal de O. C.; y la aplicación de la agravante genérica del art.

41 bis del CP. al caso.-

Pero previamente me permito efectuar algunas breves reflexiones.-

En la madrugada del día 12/5/011 fueron asesinadas en la vía pública tres personas, G. G., M. N. y B. C., en el Barrio Zona de Q. X de esta ciudad, los primeros en la calle C. XXX y el restante en las arterias M. y C. XXX. Murieron por acción de armas de fuego, en el orden expuesto, y en un lapso breve.-

Podemos calificar el episodio, entonces, como de suma gravedad. Ahora bien, el precepto del art. 79 del CP., no exige acreditar el móvil delictivo, pero va de suyo que para sustentar una hipótesis sobre lo ocurrido, para explicar la razón de lo acaecido, es conveniente hacerlo. Ayuda al "caso", principalmente del o los Acusadores, término asociado a la moderna dogmática procesal.-

Aquí el móvil aún no lo sabemos. De hecho, no ha habido responsables por los dos primeros decesos, y difícilmente los haya, en función de la información acopiada, el temperamento absolutorio

adoptado por el Tribunal de Juicio, y la ausencia de impugnación al respecto.-

Se ha expresado en el Debate, y también en esta etapa, que la noche del suceso las condiciones climáticas imperantes eran desfavorables, derivadas del accionar del viento, característica saliente de esta zona del país, y la visibilidad, propiciada por el alumbrado público, y de las viviendas, del sitio donde fueron hallados los cadáveres era precaria. No es mi intención discutir ambos extremos, pero sí enunciar que no pueden explicar la ausencia de una tesis expositiva sobre lo acontecido, insistimos, de inusitada gravedad.-

En muchas ocasiones hemos advertido sobre la limitación al concepto de "verdad real", asociado históricamente al proceso penal, que importan los sistemas rituales de sesgo adversarial, en los que la actividad de las partes resulta esencial tanto para aportar al mismo, como para construir otra clase de verdad, consensual o "procesal", que, reitero, lo limita.-

En definitiva, se trata de consagrar hipótesis racionales sobre lo acaecido, que puedan imponerse a otras, menos convincentes, y a ello lo conceptuamos como "más allá de toda duda razonable", cuando de superar el estado de inocencia se trata. En última instancia, y en términos

absolutos, no culminamos reproduciendo el hecho, sino explicándolo dentro de lo posible.-

Aunque ello no significa de ningún modo que el concepto de verdad real haya desaparecido completamente, y que por ende no haga falta darle a los sucesos una cobertura que comience por intentar descubrir, y comunicar, por qué ocurren.-

Aquí dicho segmento del caso no ha sido cubierto, o lo ha sido superficialmente, desde la afirmación que agresores y agredidos compartían una reunión que incluyó, al menos, el consumo de bebidas alcohólicas, cónclave que derivó en el luctuoso resultado verificado. Quizás de haberse profundizado sobre el punto, los antecedentes de ambos grupos, sus diferencias, las chances de enderezar un reproche efectivo por los primeros dos decesos habrían aumentado notoriamente.-

Igualmente, lo expuesto no opaca el análisis, ya anunciado, que corresponde realizar sobre el pronunciamiento condenatorio que recayera sobre M. y O. C. por la muerte de C., como veremos a continuación.-

III.- Lo primero que cabe decir en torno a la

declaración del joven M. V. es que ha presentado una serie de particularidades, aunque ninguna de ellas permite efectuar el juicio de mérito que pretende la Defensa.-

Primero, en tanto anticipo jurisdiccional (art. 279 CPPCh.), excepción al principio de la centralidad del Juicio Oral, uno de los rectores del sistema ritual vigente, debió pedirse y concederse en función de alguno de los supuestos contemplados en la norma indicada. En última instancia, interpretar el alcance de cada uno de ellos resulta materia netamente jurisdiccional.-

Ahora bien, garantizar el "éxito de la investigación", fundamento en este caso del pedido, no parecía incluirse fácilmente en alguno de dichos supuestos. No obstante, el adelanto de la declaración testimonial de quién sería el núcleo de la prueba de cargo se realizó previamente al Debate.-

Otra cuestión llamativa significó la forma del acto. Si bien el art. 193 del rito prevé para la declaración de menores de 18 años la disposición de un habitáculo especial (Cámara Gesell), y el auxilio de un perito psicólogo, ambos extremos derivan del shock traumático sufrido por el menor, en tanto víctima, o testigo, de un hecho delictivo conmocionante, lo que aquí no fue alegado ni acreditado.-

Luego, ya en el acto en sí, al joven se le leyó lo que había expresado en la Seccional policial, confirmó que así había ocurrido, agregó algunos detalles sobre la vestimenta de M. C., y no contestó preguntas.-

Todo ello sucedió en presencia de la Defensa, la que cuestionó el mérito de la declaración, pero no la forma, por lo que, más allá de lo apuntado, nada debemos decidir en torno a la metodología utilizada (art. 162 2do. párrafo CPPCh.).-

Pero la forma algo predica sobre el fondo. En términos aislados, un testimonio adelantado que solo confirma manifestaciones anteriores, sin permitir el contra examen implica un juicio de mérito menos contundente que otro brindado en Juicio, mediante un relato que luego admite un interrogatorio de las partes, dicho ello en términos de coherencia interna (conf. Jauchen Eduardo, Tratado de la prueba en Materia penal, Rubinzal Culzoni, pags. 372 y ssgts).-

No obstante, no se han sugerido razones que fundamenten una posible mendacidad del joven, ni el motivo por el que pretendería perjudicar a M. C., aunque no a su hermano O. (el que, como veremos a continuación, queda desligado de reproche conforme la versión del adolescente).-

Más allá de sus particularidades, considerar a V. como un órgano de prueba “fabricado”, no se condice con el plexo rendido, el que a título de coherencia externa, presenta su mejor faceta, ya que la autopsia avala la mecánica del hecho descripta por el joven, un disparo a corta distancia efectuado hacia una persona ubicada de rodillas pidiendo una suerte de clemencia, que no le fue otorgada por el tirador, que activó el arma desde una posición superior a la de la víctima.-

También apuntan en tal sentido las declaraciones de los funcionarios policiales L. y E., el primero que halló al joven en el lugar del hecho, lo escuchó dar una versión similar a la de la Cámara Gesell, y el segundo que lo entrevistó, obteniendo las expresiones que luego serían confirmadas por el testigo mediante su testimonio especial.

Ello refuerza también el ítem coherencia interna, aspecto criticado por el esforzado Defensor.-

Por último, S. T. al menos aportó a ubicar a victimario y víctima en tiempo y espacio compatibles con lo declarado por el menor.-

En síntesis, V. conocía a M. C. del Barrio, lo identificó al momento de culminar con la vida de C., aclaró algo más respecto de su vestimenta, no atribuyó a su hermano un rol activo en cuanto a ese

segmento de lo acaecido, sus expresiones coincidieron con otras piezas del plexo, siendo la única forma de objetar el mérito de su versión sostener que se trató de una prueba construida, sobre lo que solo existen las insinuaciones de la Defensa, y nada más.-

Por ello, el temperamento del A-quo hacia M. C., en tanto la lógica del fallo transitó los caminos apuntados, merece ser confirmado.-

IV.- El Sr. Fiscal ha pretendido que este caso se diferencia del analizado en la Sentencia Nro. 22/14, en lo que atañe a O. C., postura que no comparto.-

Aquí, y también en el precedente citado, se atribuyó responsabilidad penal a una persona; "P." C., que de acuerdo a la prueba de cargo, representada en este caso por el joven V., que observó desde cierta distancia como un sujeto, M. C., ultimaba a C..-

Si bien podríamos decir que "P." era parte del grupo agresor, y podríamos asignarle hasta un compromiso de carácter subjetivo con el resultado fatal, lo que no estamos en condiciones de verificar es un aporte objetivo al hecho del autor, y es desde tal convicción que el mentado precedente adquiere actualidad: "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..". Y aquí también a O. C..

"…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".

Como en dicho caso, tal es la situación en la que consideramos se ha encontrado O. C., que estuvo junto, aunque a cierta distancia, a su hermano 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 O. C., procediéndose por ende a su absolución.

V.- Por último, el tema de la aplicación del art. 41 bis conjuntamente con el art. 79, ambos del CP.-

Tengo una postura sentada al respecto, que no coincide con la de mis colegas, y que, entre otros argumentos, considera al delito de Homicidio simple cometido mediante armas de fuego como una figura agravada del tipo básico, el del Abuso de armas (art. 104 del CP), ilícito al que no se le puede adunar la agravante genérica de mención pues ya

contempla la utilización de armas de fuego, por lo que tal prohibición se extendería a la figura especial, la del Homicidio simple.

Lo he expresado en sendos precedentes (Sentencias 16 y 22/14 entre otras), y dicha argumentación no ha sido materia de pronunciamiento por el máximo Tribunal Provincial, pero si lo que la Defensa pretende en este caso es la reducción de la dosis de pena, me permito una última reflexión.

Si hemos de estar a lo que describió el joven V., la conducta de una persona que desde corta distancia acciona un arma de fuego contra zonas vitales del cuerpo de otra que se encuentra hincada sobre sus rodillas, pidiendo una suerte de clemencia, ingresaría, al menos desde el aspecto objetivo, en el tipo del art. 80 inc. 2, del CP., en el supuesto de Alevosía (conforme Santiago Mir Puig Derecho penal, Parte general, 7ma. Edición, B de F, Montevideo, pag. 618).-

Luego, restaría determinar sí el autor generó tal situación de indefensión para concretar su cometido, aspecto subjetivo de la hipótesis señalada. No debemos introducirnos en ello ya que por evidentes razones procesales, basadas en el principio de la prohibición de la “reformatio in pejus” (art. 369 último párrafo CPPCh.), no es posible modificar el fallo en perjuicio del condenado.-

Pero sí nos sirve el apuntado método de análisis para determinar lo siguiente: M. C. sabía la situación de indefensión de la víctima, pues la estaba observando, y escuchando pedir clemencia. Y a pesar de ello accionó el arma de fuego.

Si el modo de terminar con la vida de un semejante remite al disvalor de acción, y ello, desde el hecho en sí, y las previsiones del art. 41 del CP., importan un motivo de agravación de la sanción, más allá de la aplicación del art. 41 bis del catálogo represivo, la dosis de pena aquí determinada, once años de prisión, se compadece con las características apuntadas del suceso y la conducta acreditada del acusado, del que, al menos es posible decir, que lejos estuvo de motivarse en la norma, la de no matar, ni siquiera cuando la víctima solicitada compasión.-

Entonces, la discusión sobre la aplicación de la agravante genérica pierde entidad, dado que aún desde la escala del Homicidio simple la cuantificación se presenta como adecuada.-

Por tanto, en cuanto al punto, la Sentencia merece ser confirmada. Así voto.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo: I.- En lo concerniente a los antecedentes del caso

traído a conocimiento del Tribunal y los términos de la impugnación deducida por la Defensa, me remito a la completa reseña efectuada por mi colega que lidera la votación, por lo que paso a tratar los agravios esgrimidos.-

1.- El primero de ellos parte de lo que considera una parcializada ponderación de la prueba, la que según su apreciación resultó absolutamente insuficiente para alcanzar el grado de certeza indispensable para condenar a sus asistidos, afirmando que el planteo lógico y claro correspondiente a la defensa material, sostenido por la defensa técnica, no fue rebatido, por el contrario fue confirmado, y al no existir certeza respecto a la autoría y participación que se les adjudica, corresponde la absolución.-

Denuncia que el pronunciamiento se apoya fundamentalmente en los dichos del testigo único, Mauricio E.
V. quien declarara bajo el procedimiento de Cámara Gesell y que los mismos no han sido valorados conforme los principios que rigen nuestro sistema procesal, indicando la manera que debieron ser ponderados.-

Esta crítica sobre la que estructura el recurso, nos lleva imperiosamente a analizar si los Jueces han valorado debidamente el plexo probatorio y si la construcción es derivación razonada y lógica del mismo.-

Debo destacar que de los argumentos esgrimidos por el impugnante no extraigo cuestionamiento algún direccionado a denunciar contradicciones en el razonamiento seguido por los Sres. Jueces y como bien destacan estos en sus sufragios no fue discutida la existencia de los hechos tal como fueron desarrollados por los acusadores.-

a.- Se trata de un episodio extremadamente grave en el que perdieron la vida tres jóvenes, de los cuales, y como es habitual, poco se sabe cuando ello puede resultar relevante a los fines del esclarecimiento. Se pudo establecer que el día 12 de mayo de 2013 siendo estimativamente las 4:30hs. G. G., M. E. N. y B. C. fueron ultimados a balazos secuencialmente, en el orden señalado en inmediaciones de la Zona de Q. X de esta ciudad, más precisamente en calle C. XXX los dos primeros y en calle M. y C. XXX el tercero. Los tres recibieron un disparo de arma de fuego en la cabeza falleciendo los dos primeros en forma inmediata, en tanto C. quedó gravemente herido falleciendo al quinto día del suceso.-

El homicidio de G. G. fue atribuido a O. C. en carácter de autor y a J. R. N. y M. C. en carácter de partícipes necesarios. La muerte de M. E. N. les fue atribuida a los nombrados como coautores del delito de Homicidio en agresión agravado por el uso de arma de fuego siendo absueltos de tales cargos puesto que los acusadores no lograron acreditar la autoría y participación que les adjudicaban con fundamento en el art. 28 del C.P.P..-

Por último y en relación al hecho por el que resultan

condenados O. y M. C., cabe señalar que también se le atribuyó a J. R. N. siendo absuelto del cargo de partícipe necesario del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en perjuicio de B. C. y por los mismos motivos, insuficiencia de pruebas para determinar su intervención.-

Es conveniente señalar que si bien no corresponde a este cuerpo efectuar una revisión de tales decisiones, sí deben atenderse los fundamentos de las mismas para poder resolver la cuestión central dado que el impugnante sostiene que precisamente esa insuficiencia probatoria también corresponde al hecho por el que en definitiva resultan condenados sus asistidos.-

Por último entiendo pertinente destacar una circunstancia, al menos llamativa dado el tenor de las respuestas que dieron los acusadores a la impugnación planteada por la defensa, en cuanto no han interpuesto impugnación extraordinaria contra el pronunciamiento absolutorio que desvinculara a los imputados de los cargos detallados *ut supra*, conforme lo expresaran en la audiencia del art. 385 del C.P.P., lo que no es un dato menor.-

b.- Este incidente con múltiples resultados lesivos,

como ya dije, fue acreditado con la prueba rendida en el juicio, la que no alcanzó a los fines de establecer con certeza a los autores y partícipes de la muerte de G. G. y M. E. N., pero en relación a la tercera víctima, B. C. se contó con el testimonio de una persona que dijo haber observado lo acontecido frente a su domicilio y sus dichos resultan determinantes para que los sentenciantes concluyeran que M. E. C. es la persona que portaba el arma y efectuó el disparo a C. y que su hermano O. O. C. es quien lo acompañaba en la ocasión, no alcanzando a identificar a un tercer sujeto y por ello la absolución de J. R. N. a quien el Ministerio

Público Fiscal le atribuía una participación necesaria en el homicidio.-

El impugnante sostiene que es errónea la valoración del testimonio de Mauricio E. V., y las observaciones y críticas que formula se reducen a una cuestión de mérito de la prueba.-

Los funcionarios policiales que se constituyeron en el lugar ante la noticia criminis han manifestado al prestar declaración en el juicio que ciertamente el lugar no contaba con suficiente alumbrado público, lo que afectaba seriamente la visibilidad, incluso dirá el Oficial S. que debieron auxiliarse con las luces del móvil policial y hasta con la del teléfono celular para realizar las diligencias de práctica y que además las

condiciones climáticas eran pésima pues imperaban fuertes vientos dificultando aun más la visión.-

El testigo en Cámara Gesell ratifica lo manifestado a la autoridad policial en la entrevista que se le realizó poco después de ocurridos los hechos, como testigo de identidad reservada, llevada adelante por el Of. R. S. E.. V. ha dicho que siendo aproximadamente las 4:30 hs. se encontraba en su domicilio mirando televisión luego de comer y que escuchó unos gritos asomándose a la ventana que da a a la calle y pudo ver que tres pibes corrían a otro, que uno de estos tres jóvenes lo alcanza y le pega una patada en el culo y lo tira, quedando en posición de perrito. Luego se le acerca otro de los pibes al que conoce como "M." y le pone un arma en la cabeza y le dispara un solo tiro. Que alcanzó a escuchar que el pibe que perseguían le pedía perdón y no obstante M. disparó. Que el tercero era el "P." pero que se quedó parado y solo miraba, para luego salir corriendo por el mismo lugar por donde vinieron avisándole a su madre lo sucedido.-

El defensor pone en dudas la veracidad del testigo afirmando que la escasa iluminación y las adversas condiciones climáticas imperantes impedían razonablemente observar con precisión lo que acontecía en la vía pública desde la ventana de su casa, destacando que

existe una distancia aproximada de 30 mts. y también que resulta inverosímil que haya logrado escuchar lo que pudieron decirse víctima y victimario en la ocasión. Por último destaca que le resultó llamativo como el menor interrumpió su testimonio expresando que le estaban preguntando mucho y que le dio la sensación que declaraba en forma guionada.-

Desde luego se impuso en el proceso deliberativo recurrir al registro del acto para examinar debidamente la prueba, y sin lugar a dudas cabe efectuar algunas observaciones respecto al procedimiento empleado para recepcionar la declaración y la forma en que se desarrolló la misma.-

El suscripto en la audiencia del art. 385 del C.P.P., al hacer referencia las partes que el testigo declaró en Cámara Gesell porque era menor, consultó la edad del mismo y señalaron que contaba con quince (15) años de edad.-

La pregunta fue formulada porque de acuerdo a los argumentos que brindaban las partes, no parecía necesario en principio recurrir a ese procedimiento especial –Cámara Gesell- para recepcionar la declaración, ni que se concretara como anticipo jurisdiccional de prueba, aunque ello no fue cuestionado por la defensa durante el desarrollo del proceso.-

Se extrae de la prueba producida que en virtud de las primeras diligencias de investigación que se realizaron en el sito se logró identificar un testigo que vivía frente al lugar donde dan muerte a C., quien inmediatamente mencionó a M. C. como el autor, para luego realizarle una entrevista por personal de la Brigada de Investigaciones; así expuso el Of. Ayte. J. J. L..-

La identidad del mismo se mantuvo en reserva y luego el Ministerio Público Fiscal solicitó su declaración como anticipo jurisdiccional de prueba y en Cámara Gesell invocando como único fundamento que era menor de 18 años y que podría aportar datos significativos para la investigación.-

Si bien la peticionante invoca en apoyo las previsiones del art. 279 C.P.P., no se verifica ninguno de los casos contemplados en la norma que autorice el anticipo jurisdiccional, menos que era necesario recepcionar la declaración por el procedimiento de Cámara Gesell y asistido por un psicólogo, apareciendo la decisión de la Juez de Garantía cumpliendo solo con la forma exigida por el art. 193 del mismo cuerpo legal, no obstante la defensa no se opuso, no efectuó observaciones ni reservas.-

El joven tenía 16 años, no 15 como dijeron las partes,

se le recepcionó juramento o promesa de decir verdad, y no fue invitado a efectuar un relato, sino que se le leyó íntegramente lo manifestado a la autoridad policial en la entrevista ya mencionada, ratificando la versión dada en esa oportunidad, para responder luego pocas preguntas hasta negarse a seguir respondiendo al interrogatorio como bien señala el Defensor en la impugnación, pero como ya dije ningún cuestionamiento formuló durante todo el desarrollo del proceso, admitiendo la validez de lo actuado.-

c.- Efectuadas estas observaciones en torno a la prueba testimonial, paso a tratar los agravios relativos a la merituación de dicha prueba.-

Conforme el desarrollo que vengo efectuando no hay dudas que el testimonio de M. E. V. ha sido determinante para que los jueces del tribunal concluyeran que M.
C. es la persona que portaba el arma de fuego y efectuó el disparo a C. y que su hermano O. es uno de los individuos que lo acompañaban.-

En orden a la credibilidad de este testimonio entiendo pertinente destacar que V. fue absolutamente ajeno al suceso en sentido que no conocía a la víctima, sí al autor, y a uno de sus acompañantes por residir en el mismo barrio, lo que descarta cualquier posibilidad de

animosidad o interés en el resultado del proceso, en el sentido de intentar perjudicar a los C..-

Tenemos entonces, de acuerdo al relato del Of. Ayte. L., que inmediatamente se dio con un testigo presencial que sindicaba a M. C. como autor del hecho y que fue entrevistada luego por personal de la Brigada de Investigaciones, sobre lo que depuso el Of. E., dando cuenta de lo manifestado por el joven en la ocasión, lo que mantuvo al momento de declarar en Cámara Gesell, y ello ha sido considerado por los jueces.-

En lo que hace a la coherencia externa, también cotejaron la versión con el resto del caudal probatorio. Cabe destacar el informe de autopsia que produjera el Dr. O. L., Médico Forense, dando cuenta de la herida que presentaba C. en la cabeza, y también escoriaciones en las rodillas lo que concuerda perfectamente con el relato del testigo en cuanto cayo de rodillas la víctima y M. disparó a la cabeza a corta distancia.-

Por último corresponde mencionar el relato que efectuó S. T. quien se ubica momentos previos en la casa de los C., indicando que en un momento llegaron las víctimas y que uno de ellos, por G., provocaba a los allí reunidos por lo que se retiró a otra habitación y en

definitiva ello viene a corroborar la presencia de los protagonistas en el lugar, lo que así ponderaron los sentenciantes.-

También se agravio la Defensa por cuanto entiende que no existe correspondencia entre el dictamen del perito G. M. M., Lic. En Criminología y la versión del testigo V., pero los miembros del Tribunal en mayoría le restan valor al trabajo, así el Dr. R. y el Dr. C., por ende carece de virtualidad su tratamiento.-

En definitiva los Jueces para arribar a esta primer conclusión han ponderado debidamente la prueba y corresponde el rechazo de este agravio y así lo voto.-

2.- El impugnante también se agravio por cuanto se le adjudicó a O. C. participación secundaria en los términos del art. 46 del C.P.. Sostiene que el pronunciamiento en este punto resulta inmotivado propiciando en definitiva la absolución del nombrado.-

Como ya dejara sentado el testigo único ha dicho que eran tres las personas que corrían a la víctima y que dos toman participación activa para abordarlo y darle muerte, en tanto el tercero, a quien identifica como el "P.", dijo "se quedó parado y miró todo" y luego se retiraron.-

Los jueces del Tribunal coincidentemente concluyen

que la intervención de O. C. en carácter de partícipe secundario surge de su concurrencia en los momentos previos, cuando participó en la persecución de la víctima, su permanencia junto al autor y posterior huida del lugar.-

Conforme tratamos la cuestión en el proceso deliberativo, hemos concluido que carece de asidero el pronunciamiento en este punto pues las acciones desplegadas por el imputado no son susceptibles de ser atrapadas en algunas de las formas de participación.-

Como se puede apreciar no se extrae por parte de O. C. una conducta que constituya un aporte al hecho que resulte significativo; cuando hablamos de complicidad el sujeto debe saber que presta una colaboración a un hecho punible y conforme la prueba producida tal conducta no ha sumado o ayudado a la acción típica.-

En definitiva el solo hecho de quedarse parado O. C. mirando como su hermano le dispara con el arma a C. y luego retirarse, nos ubica ante una actitud absolutamente pasiva que no puede ser encuadrada como participación, habida cuenta que no ha cooperado o ayudado en la ejecución del ilícito y como ya dije al iniciar el tratamiento de esta cuestión, las conclusiones de los jueces además aparecen inmotivadas tornando arbitraria la sentencia en este punto y por ello corresponde revocarla y así lo voto.-

3.- El último agravio se vincula al monto de la pena impuesto y la inaplicabilidad del Art. 41 bis del C.P. que reclama la Defensa de M. C. denunciando que los acusadores no fundaron el pedido de pena.-

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, Nº 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.-

De acuerdo a la escala penal prevista para el delito que se le reprocha a M. C., el mínimo legal se ubica en los diez (10) años y ocho (8) meses de prisión, fijando los jueces un monto escasamente por encima del mínimo, once (11) años de prisión. Ahora bien, conforme los fundamentos brindados para arribar a este quantum no encuentro que los jueces se hayan apartado caprichosamente del mínimo y han considerado y ponderado adecuadamente las pautas mensurativas de los arts. 40 y 41 del C.P. otorgando mayor peso a aquellas receptadas como atenuantes; aunque desde luego que las circunstancias puntuales del hecho como la persecución de la víctima, el modo de acción desarrollada reduciéndola frente a dos personas y disparar a la cabeza a corta distancia, justifican sobradamente la elevación de la escala, por ello debe ser confirmada la sentencia en este punto y así voto.-

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

El pronunciamiento que corresponde adopta por mayoría, en mi opinión, es el siguiente -de acuerdo con el resultado del tratamiento de la cuestión precedente-: hacer lugar a la impugnación

deducida por la Defensa del acusado O. O. C., contra la sentencia Nº 1300/14 de fecha 22 de abril de 2014; 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); rechazar la impugnación promovida por la Defensa del acusado M. E. C. y confirmar la sentencia Nº 1300/14, en tanto condena al nombrado a la pena de once (11) años 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 12 de mayo de 2013, en perjuicio de B. C..-

Asimismo corresponde tener presente la reserva de caso federal efectuada por la Defensa de M. E. C., como así también ordenar la libertad de O. O. C..-

Igualmente deben regularse los honorarios profesionales de la Defensa Pública, por las tareas cumplidas en la etapa de impugnación, en 30 JUS y del Dr. D. L., por las tareas cumplidas en la etapa de impugnación en representación del querellante

G. C., 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. **MONTENOVO** dijo:

De acuerdo al tratamiento al que se ha arribado en la cuestión precedente coincido con lo propuesto por el colega que vota en primer término, es decir que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado O. O. C., contra la sentencia Nº 1300/14 de fecha 22 de abril de 2014; 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); rechazar la impugnación promovida por la Defensa del acusado M. E. C. y confirmar la sentencia Nº 1300/14, en tanto condena al nombrado a la pena de once (11) años 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 12 de mayo de 2013, en perjuicio de B. C..-

Asimismo coincido con la regulación de honorarios propuesta.-

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

En orden al tratamiento al que se ha arribado en la

cuestión precedente adhiero a lo propuesto por los colegas que votan en primer lugar, es decir que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado O. O. C., contra la sentencia Nº 1300/14 de fecha 22 de abril de 2014; 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); rechazar la impugnación promovida por la Defensa del acusado M. E. C. y confirmar la sentencia Nº 1300/14, en tanto condena al nombrado a la pena de once (11) años 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 12 de mayo de 2013, en perjuicio de B. C..-

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

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 **O. O. C.**, contra la sentencia Nº 1300/14 de fecha

22 de abril de 2014 (arts. 374, 376 inc. 5° del CPP y 18 CN).----------

---

2º) REVOCAR la sentencia mencionada y en consecuencia **ABSOLVER** a **O. O. 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 12 de mayo de 2013, en perjuicio de B. C..----------

---

3°) RECHAZAR la impugnación promovida por la Defensa del acusado **M. E. C.** y **CONFIRMAR** la sentencia Nº 1300/14, en tanto condena al nombrado a la pena de once (11) años 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 12 de mayo de 2013, en perjuicio de B. C..----------

---

4º) TENER presente la reserva de caso federal efectuada por la Defensa de M. E. C..----------

5°) ORDENAR la libertad de **O. O. 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 en la etapa de impugnación, en 30 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4, art. 13 -antes Ley 2.200-).----------

7º) REGULAR los honorarios profesionales del Dr. D. L., por las tareas cumplidas en la etapa de impugnación en representación del querellante G. C., 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 con posterioridad a la deliberación el Dr. Daniel Luis María Pintos.-

Sentencia nº 24/14

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