En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los ocho días del mes de enero de dos mil dieciocho, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres. **M. Roberto MONTENOVO**, en su carácter de Presidente, **Guillermo Alberto MÜLLER y Daniel Luis María PINTOS**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 80832**, **Carpeta individual n° 9357**, caratulada: **"U., E. M. y H., L. s/ Homicidio en ocasión de robo"** de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación la Fiscal General Dra. **Camila Banfi Saavedra**, la Defensora Pública, Dra. **María de los Angeles Garro** (U.)**,** el Defensor de Confianza, Dr. **G. I.** (H.) y los imputados **E. M. U. y L. E. H.**; y

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

Que los días catorce y veinte de diciembre del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. M. Roberto Montenovo, en la que se produjo la fundamentación de las impugnaciones ordinarias presentadas por las Defensas técnicas de E. M. U. y L. E. H., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Deben admitirse las impugnaciones

interpuestas por las Defensas de E. M. U. y L. E. H. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

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

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

I.- El hecho por el que se comenzó el presente trámite y por el que en definitiva resultaron condenados ambos imputados, fue el detallado por el Ministerio Fiscal, en tanto el día 20 de enero de 2017, aproximadamente a las 20 hs. E. M. U. y L. H. se presentaron en el comercio "Tienda R.", sito en calle C. nº 2649, donde se encontraban E. G. T., J. J. B. G. y B. E. M. e ingresaron al mismo simulando querer comprar ropas, se probaron algunas prendas de vestir y calzado, y al momento de abonar las mismas, U. extrajo de sus ropas un arma de fuego calibre 32 largo y gritó: "...esto es un asalto ....dame toda la plata…", al manifestar las víctimas no tener dinero efectuó dos disparos: uno de ellos impactó en el muslo izquierdo del Sr. B. E. y el otro disparo a la altura del pecho de J. J. B. G.. Luego se dieron a la fuga sustrayendo: 01 campera tipo rompe-viento de tela de sire, color blanca nueva, 01 campera de algodón color azul Francia nueva, 01 par zapatilla color negro y gris de lona, nueva talle 40/41 y prendas de vestir nuevas. Aproximadamente a las 23:40 horas del mismo día, J. J. B. G., falleció en el Hospital Regional por un shock hemorrágico irreversible debido a herida de arma de fuego toráxico-abdominal. En tanto, B. M. E.,

producto del accionar del U., presentó orificio de entrada de arma de fuego en muslo izquierdo, quedando alojado el proyectil en el interior de su cuerpo.-

Formulada la acusación, en ella se encuadró la conducta descripta bajo la figura penal de Homicidio en ocasión de robo en concurso ideal con Robo agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con Robo simple, debiendo responder ambos imputados en calidad de coautores (arts. 164, 165, 166 inc 2°, 45, 54 y 55 CP). Siendo la pretensión punitiva de veinte años para U. y quince para H..-

a) Durante el debate, la fiscalía, ya en la etapa de alegatos, requirió respecto del primer hecho que se calificara como robo simple en calidad de coautores (arts. 164 y 45 del CP) y por imperio del beneficio de la duda, la absolución de ambos imputados. Subsistiendo el segundo hecho llevado a cabo en la misma fecha 20/01/17 pasadas las 20:00 horas, por el que, en razón del medio empleado y el resultado mortal verificado en el contexto de la acción del despojo, calificó como constitutivo del delito de Homicidio en ocasión de robo en concurso ideal con Robo agravado por haber sido cometido con arma de fuego, debiendo responder ambos imputados en carácter de coautores (arts. 165, 166 inc. 2°, párrafo 2°, 54 y 45 del CP). Afirmó que a través de la prueba rendida quedó demostrada tanto la materialidad como la coautoría de los encartados.-

A su turno la defensa de U. propició la absolución de su asistido por el beneficio de la duda, fundó su teoría en que el hecho había sido protagonizado por un tercero, quien fue detenido por la policía en

compañía de los acusados, y en cuyo domicilio se encontró evidencia incriminatoria. Por otro lado, la Defensa de H., por entonces a cargo de los Defensores de Confianza, Dres. F. y M., solicitó la absolución del causante, al considerar que el mismo estuvo junto a U. en el lugar y en el momento del hecho, no obstante del relato fiscal no surgió cual fue su actividad, ni su rol, ni si compartió el designio criminal. -

Finalizada la primer etapa del debate, los acusados fueron declarados responsables como coautores del delito de Homicidio cometido en Ocasión de Robo (arts. 165 y 45 del CP), al sostener el Tribunal que entre otros, conforme el criterio de esta Cámara en el caso "Avila-Maya", confirmado por sentencia 47/16 del STJ, no hubo concurrencia ideal, sino solo aparente, entre las figuras del art 166 inc 2º, párrafo segundo y 165 del CP, por el que la primera de ellas resulta desplazada por la segunda, definitivamente mas grave. Ante ello y ya en la etapa de cesura, la Fiscal General reclamó la imposición de una pena de veinte (20) años de prisión para U. y diecisiete (17) años de prisión para H.. Por su parte las Defensas de ambos imputados, requirieron la imposición de la pena mínima para sus asistidos.-

b) El Tribunal de Juicio consideró de forma unánime que durante el desarrollo del debate en función de la prueba allí producida, quedó comprobada la materialidad del hecho descripto, ocurrido el día 20/01/17 aproximadamente a las 20 hs. en el comercio "Tienda R.", lo que se acreditó a través de las declaraciones de los testigos presenciales y damnificados del hecho, Sres. E. G. T. y M. B. E. -progenitores del joven fallecido-, lo que

fue corroborado por los testimonios del Sr. R. Q. T. y de su esposa, Sra. L. E., ambos vecinos del comercio donde se cometió el hecho. Así también por los empleados policiales, J. J. L., G. G. e I. M., quienes arribaron al lugar del evento, realizaron la inspección ocular del local comercial, y aprehendieron a los imputados minutos mas tarde en la esquina de calles C. y C., ante el aviso de la Sra. E..-

Respecto del arma de fuego utilizada, se probó mediante el examen pericial efectuado por G. M. M., que fue un revolver calibre 32 largo. Finalmente se desprendió de la autopsia efectuada por la Medica Forense Magalí Fuscagni, que la causa de la muerte del John Bustamante, fue un paro cardiorrespiratorio traumático por lesión cardíaca con proyectil de arma de fuego.-

La coautoría en cabeza de los imputados quedó debidamente probada, por las declaraciones de los testigos ya mencionados, por el reconocimiento en rueda efectuado de ambos imputados por el progenitor del joven fallecido. Se tuvo en cuenta, en relación a H., como indicio de motivo, la necesidad de proveerse de vestimenta para una fiesta de cumpleaños esa misma noche, de acuerdo a los dichos de las testigos de descargo -su madre y una amiga-. Además del resultado positivo del allanamiento, en el domicilio de A. R., quien de acuerdo a los testimonios brindados no estuvo en el momento del hecho, a diferencia de lo sostenido por la defensa de U., con quién sí se lo vio horas antes al atraco, tal lo declarado por el testigo B.. Así el rol que cumplió U. fue el uso del arma de fuego -revolver calibre 32 largo, conforme el examen pericial de M. M. para

neutralizar la resistencia de los damnificados, y el de H., de llevarse junto al primero las prendas que previamente habían elegido. -

De esta manera, el Tribunal por unanimidad y en lo que aquí interesa condenó mediante Sentencia N° 4349/2017 de fecha 18/10/17, a E. M. U. y a L. E. H., a la pena de diecisiete y dieciséis años de prisión respectivamente, accesorias legales y el pago de costas por ser coautores penalmente responsables del delito de Homicidio en Ocasión de Robo (arts. 165 y 45 del CP), en razón del hecho ocurrido en esta ciudad el día 20 de enero de 2017 a las 20:30 horas aproximadamente, del cual resultaran víctimas B. M. E., E. G. T., y el fallecimiento de J. B. G..-

c) Contra dicho decisorio, las defensas de los imputados dedujeron impugnación ordinaria, escritos ratificados, y cuyos fundamentos fueron ampliados en la audiencia del art. 385 del CPP.-

Así la defensa de U., a cargo de las Defensoras Públicas, Dras. Lucia Pettinari y María de los Ángeles Garro, solicitó la readecuación de la pena impuesta a su asistido por la mínima prevista en el art. 165 del CP, esto es 10 años de prisión, ello en razón de la finalidad de la pena y los principios de humanidad, proporcionalidad y de resocialización, además de la juventud de U. y la presencia de indicadores de vulnerabilidad que lo colocaron desde temprana edad en situación de riesgo y desprotección. En la audiencia de impugnación se trajo a consideración del Tribunal, a los efectos de merituar la pena, un antecedente dictado dentro de esta Jurisdicción en la Carpeta Judicial 4103, donde se condenó a los coimputados a la pena de 11 años de prisión por el delito de homicidio cometido en ocasión de robo. Por

último hizo reserva del caso federal.-

Por su parte, la Defensa de H., a cargo del Defensor de Confianza, Dr. G. I., quien asumió la misma luego de dictada la sentencia, fundó la impugnación en los términos de los arts. 374 y 375 del CPP, consideró que su asistido fue condenado producto de una sentencia arbitraria, entendió como excesiva la imposición de pena seleccionada, por lo que requirió se readecue la intervención de H. en el hecho, así en la audiencia de impugnación y en función de quién efectuó el disparo del arma, propuso como discusión en cuanto a la atribución de responsabilidad, se ubique a su asistido como cómplice y no como coautor, ubicándolo solamente en el robo que fueron a consumar, agregó que la bolsa de indumentaria no fue encontrada en su domicilio, sino en uno que él no frecuentaba. Respecto a la dosificación, y aún en el caso de mantenerse su participación, peticionó se reduzca la pena hacia el mínimo, habida cuenta que de concurrir agravantes, estos se neutralizan con la falta de antecedentes penales y básicamente la edad de H..-

También en dicha oportunidad añadió que el Tribunal bajó solo un año la pena de su defendido en relación a la aplicada a U. quien tuvo el rol protagónico. Y trajo como nuevo elemento, la problemática de H. relacionada al consumo de sustancias prohibidas, lo que reflexionó debió tener al menos algún tipo de discusión para que repercuta de manera positiva a su favor a la hora de mensurar la pena, por lo que peticionó no se considere extemporánea incluir tal posibilidad.-

El Ministerio Fiscal contestó por escrito, y también lo hizo

en la mentada audiencia. Impetró se rechacen las impugnaciones ordinarias interpuestas en favor de ambos imputados. Respecto de los agravios expuestos por la defensa de U., propició su rechazo, por haber fundado el Tribunal de Juicio suficientemente las razones por las que se han apartado del mínimo previsto por la ley para el tipo escogido del art. 165 del C.P., así detalló las agravantes y atenuantes tenidas en cuenta por los Magistrados a la hora de dosificar a pena.-

Respecto a la impugnación deducida por el defensor de H., señaló en principio que la misma es abstracta, infundada y vacía de contenido, que son meras discrepancias de criterios con el Tribunal, que surge de una visión parcializada del plexo probatorio y caprichosa al intentar forzar calificaciones jurídicas que no encuentran respaldo en la prueba rendida en el Juicio. Consideró que la decisión atacada no resulta arbitraria, que los Magistrados han hecho una minuciosa descripción del material probatorio, y han sido valorados de acuerdo a la exigencia del art. 25, 3° párrafo del CPP. En audiencia, y en referencia a lo manifestado por el defensor de H., indicó que la calificación jurídica ha sido abordada por el Tribunal de manera sólida y de ninguna manera puede entenderse en los términos el art. 47 del CP, así como también ha sido minucioso en análisis paralelo de U. y H. respeto a las pautas mensurativas del art. 40 y 41 del CP, detallando tanto agravantes como atenuantes. Agregó que la defensa de los imputados no ha presentado, en ningún momento del proceso, prueba respecto de las adicciones de los jóvenes, además que al tiempo de su detención no se evidenció que estuvieran bajo el efecto de ninguna droga ni alcohol, por lo que tampoco se

procedió a tomar ninguna muestra ni análisis, quedando tal circunstancias sólo en meras conjeturas de la defensa.-

En función de ello, solicitó se confirme la sentencia recurrida en todos sus términos en razón de la condena impuesta a E. M. U. y L. H..-

II.- Como ya hemos consignado, dos han sido los agravios propuestos por las Defensas como crítica a la Sentencia de condena dictada en autos, relativos a la ausencia de tipo subjetivo del Homicidio doloso respecto de la conducta de H., y a la cuantía de la sanción impuesta en orden a ambos acusados.-

Los demás segmentos del Fallo han quedado incólumes, por lo cual materialidad, autoría y preceptos jurídicos aplicables, esto último sin perjuicio de lo ya aludido en cuanto a H., no han merecido observación por los esforzados Defensores técnicos, no obstante lo cual, tampoco lo han de ser por este Tribunal, en el marco del análisis propio del control oficioso de constitucionalidad al que alude el art. 369 del CPPCh., pues la Sentencia en crisis y el Debate que la precedió han superado el test de regularidad que corresponde realizar, por lo que respecto a dichos temas, cabe remitirse al desarrollo realizado por los Jueces de grado, sintetizado en la reseña precedente.-

III.- Desde hace años (Sentencias nros. 3 y 27/15, entre otras), coincidimos con aquel sector de la Doctrina que solo admite respecto del art. 165 del CP., a título subjetivo, la existencia de Dolo en la conducta del autor, ya sea directo o eventual.-

También nos hemos pronunciado reiteradamente (por caso, recientemente, en la Sentencia nro. 18/16 "Soto – Serrano"), aceptando aquella última modalidad de Dolo, aunque con un criterio restrictivo, pues comparto las objeciones que efectúa Marco Terragni ("Dolo eventual y Culpa Consciente", Ed. Rubinzal Culzoni, pags. 185/186), sobre la necesaria estrictez en la apreciación sobre su existencia, y también, que el mismo suele verificarse en ocasiones en que el sujeto activo elige un objetivo principal como bien penalmente tutelado a lesionar, pero lo hace respecto de otro, a partir del riesgo por él creado, conocido previamente y, aceptado, todo lo cual debe medirse especialmente atendiendo a la selección de medios empleados, y a las circunstancias de su utilización.-

Retornando a las exigencias del Homicidio en ocasión de Robo, la distinción con su par denominado "criminis causa" del art. 80 inc. 7mo. del catálogo represivo no resulta sencilla, menos aún en circunstancias, como las del sub-júdice, en las que U. accionó el arma de fuego que portaba cuando una de las víctimas se interpuso a efecto de evitar que él y su consorte salieran del comercio con la res furtiva.-

Hemos decidido recurrentemente que el Homicidio criminis causa solo admite dolo directo, a diferencia del precepto del art. 165 del CP., que acepta todas sus clases, interpretación que se basa en la evidente diferencia de previsión punitiva entre ambos, lo que invita a dotar de mayores requisitos de aplicación al precepto del art. 80 inc. 7mo.-

No obstante, ya dejamos en claro que tal aspecto de la Sentencia no ha recibido objeciones, y el tipo penal seleccionado claramente

podía ser uno de los utilizados, por lo cual nada cabe adicionar a lo expresado por los Jueces de grado en cuanto al punto, pudiendo la cuestión, a todo evento, recobrar relevancia en el tratamiento del agravio siguiente.-

U. actuó con dolo directo, a partir tanto de que llevaba el arma de fuego, por lo cual escogió un medio realmente peligroso, sabiendo que dicho peligro podía afectar a terceros, lo que en definitiva ocurrió, respecto de la víctima fatal, de su padre, a quién también lesionó aunque no mortalmente, como por la forma en que la usó, efectuando disparos desde corta distancia hacia zonas vitales del cuerpo humano.-

Definido ello, pierde relevancia en el caso la crítica de Terragni (ob. cit. pags. 139/140), atinente a que no sería posible considerar que el autor obró con dolo eventual, y también él o los coautores, en atención a la existencia del vallado impuesto por el art. 47 del CP., tributario del principio constitucional de culpabilidad, conforme al cual, solo se responde penalmente respeco de aquel resultado que se quiso, o se aceptó.-

Es sabido que resulta sumamente complejo descifrar cual fue la intención de las personas más allá de sus conductas verificadas, para lo cual sería necesario conocer sus pensamientos pasados. Pero, art. 19 de la Carta Magna mediante, debemos, a los fines de esta clase de análisis, contentarnos con los actos externos. Y estos, en cuanto a H., arrojaban un resultado concreto.-

Hemos visto que ingresó junto a su consorte al comercio, desplegó idéntica actividad, y luego de efectuados los disparos de arma de fuego por U., continuó apoderándose de objetos ajenos, para salir del sitio con

los mismos.-

Más allá que desde lo expuesto sea posible afirmar por vía indiciaria que H. sabía desde un principio que U. llevaba consigo un arma de fuego dado la manera en que implementaron su faena ilícita, el tramo de su conducta, que lo compromete con el resultado muerte fue lo que realizó luego de la utilización del instrumento lesivo por su consorte.-

Continuó introduciendo objetos en una bolsa y se retiró junto al otro acusado del comercio, e incluso intentó resguardar la res furtiva.-

Allí, continuando con los actos propios de la sustracción, por lo cual fue considerado coautor de Robo, y aceptando que para ello fue necesario "reducir" a las víctimas de la forma ya detallada, se encuentra su vinculación con el deceso, y con el dispositivo legal en el que el Tribunal de grado ha analizado su acción.-

Precisamente, el A-quo, acertadamente en mi criterio, no extendió las consecuencias del aludido conocimiento de H. sobre la portación del arma de fuego por U., hacia la manera en que este la utilizó, pues ello hubiese significado un punto de crítica desde los alcances del mentado art. 47 del CP., tal como la Defensa lo intenta aquí.-

Dicho razonamiento podría haber implicado una suerte de objetivación de la responsabilidad penal, como tal indebida, una suerte de asunción de todo riesgo potencial generado desde la portación de un arma de fuego por otro, lesiva del principio de culpabilidad, pues H. bien pudo consentir llevar un arma de fuego, pero a fines exclusivamente intimidatorios, cuadro fáctico que lo alejaba del resultado fatal.-

Pero una vez conocido tal resultado muerte, haberse posicionado continuando en el rol de coautor de la sustracción, en paridad de condiciones en la huida con su ladero, lo mantuvo en tal calidad, más aún teniendo en cuenta que como Delito pluriofensivo, el Homicidio en ocasión de Robo se consuma con tal resultado muerte, sin perjuicio del desapoderamiento o no de bienes ajenos.-

Concretamente entonces, H. aceptó la conducta de su consorte, que ya dijimos que actuó con dolo directo.-

Si bien la Defensa no lo planteó, una objeción posible al esquema que consagraron los Jueces del Juicio radicaba en la imposibilidad de exigir otra conducta a H., diferente de la de continuar con el plan criminal concebido originalmente, sin poner en riesgo su propia vida o integridad física, reducción del ámbito de libertad que confiere sustento dogmático al estado de necesidad exculpante.-

Sin embargo, a riesgo de argumento sencillo, estaba en condiciones H. de desvincularse de lo ocurrido, abandonando la empresa delictiva en ese mismo acto, el de la ocurrencia de los disparos, pudiendo así desligarse del resultado acaecido. Nada de ello hizo, pues se quedó y continuó imperturbable con la sustracción a la par de su acompañante.-

En definitiva, considero que a partir de los fundamentos vertidos por el A-quo, corresponde sostener que el imputado de mención actuó con dolo eventual respecto del deceso y las lesiones de las víctimas.-

Ahora bien, es sabido que las reglas básicas de la participación criminal se edifican sobre el principio consistente en que el

autor tiene decidido un plan delictivo, y con él colaboran otras personas, colaboración que no resulta a priori factible si lo que hace el autor es aceptar la posibilidad de concreción de ciertos riesgos jurídicamente desaprobados a partir de su conducta, pero que no fueron buscados directamente.-

Lo propio cabe para la coautoría, pues un riesgo jurídicamente desaprobado que un coautor acepta, no parece transmisible automáticamente a otro coautor. Considero que en ello se basa la objeción arriba mencionada, expuesta por Marco Terragni.-

Aunque U. actuó con dolo directo de matar y lesionar, y H. aceptó ello como una contingencia del plan criminal. En tales condiciones, la objeción apuntada pierde relevancia y es posible adjudicar el resultado muerte y/o lesiones al coautor que lo asumió como factible.-

A todo evento, la cuestión, también, impacta en el tratamiento del siguiente agravio.-

IV.- En cuanto a la dosificación seré breve pues comparto, en líneas generales, los fundamentos del Fallo en crisis.-

Lo que corresponde interpretar como criterio utilizado por el A-quo ha sido que la faz objetiva del injusto, aquello que surge de la conducta de los acusados en el hecho, uno de los parámetros a tener en cuenta conforme el art. 41 del CP., en tanto no haya tenido relevancia ya en el análisis de tipicidad, constituían un factor de agravación.-

El dolo directo de matar adjudicado a U., y la manera de llevar a cabo la acción homicida, y también la lesiva de la integridad física del padre del difunto, lo demostraban.-

Luego, ya desde lo subjetivo, posee antecedentes computables, lo cual en principio podría tener sus consecuencias específicas respecto del aumento de la dosis de pena.-

Siempre dentro del mismo aspecto, su historia de vida, caracterizada por la ausencia de posibilidades de acceso a la educación y medios de subsistencia suficientes, operaban en sentido de atenuación.-

Entonces, el Tribunal decidió reducir la sanción de U. por razones de su historia de vida, que de no haber existido, la cuantía de la misma hubiese sido mayor. Cabe recordar aquí que su conducta pudo haber sido presentada como un Homicidio criminis causa.-

H. no tenía similitudes con su consorte respecto a los factores subjetivos a tener en cuenta, solo en la edad, aspecto beneficioso para ambos, pero no en su historia personal. Fue alegada en su favor una supuesta adicción a estupefacientes carente de acreditación alguna.-

Aunque haber contado con medios de vida suficientes, y por ello con un mayor conocimiento de la noción de antijuridicidad de sus actos, y aún así aceptado la conducta de su consorte que derivó en los resultados señalados, en el contexto de un hecho indudablemente grave, un sangriento atraco, operaba en calidad de agravante.-

En tales condiciones, la pena impuesta a H. no se presenta como un despliegue irracional en calidad de respuesta contingente, y por ende, menos aún la impuesta a U., que pudo haber sido mayor, no obstante se redujo en virtud de factores subjetivos propios no transmisibles al primero.-

Por ello, corresponde rechazar los agravios atinentes al punto y confirmar la Sentencia también en cuento al mismo. Así voto.-

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

I.- Con la finalidad de evitar reiteraciones innecesarias, me remito a la completa reseña efectuada por el Juez Montenovo toda vez que contiene los antecedentes fundamentales de lo actuado en la presente etapa.-

La sentencia de condena ha sido impugnada por ambos imputados y conforme el orden de tratamiento brindado en la audiencia del art. 385 del C.P.P. y el tenor de los agravios, corresponde dar respuesta en primer término al recurso interpuesto por el Dr. G. I., quien asumió la defensa de L. E. H. luego de haber recaído la condena.-

1.- Sintéticamente cuestiona la decisión del Tribunal de grado de adjudicar en carácter de coautor el delito de Homicidio en Ocasión de Robo (arts. 165 y 45 del C.P.) y para ello parte de la indiscutida circunstancia de que si bien su defendido estuvo en el lugar no tuvo el rol protagónico que se le endilga. Siguiendo el sufragio del Dr. Nicosia, quien lideró la votación, sostiene que la cuestión estriba en determinar al sujeto activo del homicidio y del robo, y en tal caso cual ha sido la participación que cada uno de los imputados tuvo en el hecho en punto al dominio del mismo, afirmando que solo se le debe atribuir a U. resultando un elemento distintivo del episodio el carácter sorpresivo del obrar del nombrado que dejó atónito a su asistido, considerando así que su aporte resultó insignificante, ya que no determinó al autor y solo podría asignársele una participación en el

hecho de U. en tanto el aporte no ha sido el hecho sino a la tarea criminal de éste, lo que debe distinguirse pues ello restringe el reproche.-

Subsidiariamente también cuestionó la dosis de pena impuesta, lo que trataré por razones de orden en la siguiente cuestión juntamente con el recurso de defensa pública por E. M. U. por encontrarse dirigidos los agravios a la decisión del Tribunal aquo sobre el punto.-

a.- Para desentrañar la cuestión resulta imperioso remitirnos al hecho, el que no se encuentra controvertido en ninguno de sus pasajes, siendo relevante destacar que los imputados arribaron juntos al comercio, que mostraron interés en diversas prendas y calzados probándoselos, seleccionando aquella mercadería que resultó de interés y al momento de ser requeridos para el pago de las mismas, uno de ellos extrajo un arma de fuego tipo revólver calibre 32 y efectuó un primer disparo en dirección al hijo de la propietaria que se había ubicado sobre la puerta de acceso del local y luego un segundo dirigido al esposo de la Sra. E. G. T., cuando se disponía a auxiliar a su hijo, exigiendo además a la nombrada que entregara el dinero y ante la negativa tomaron las prendas dispuestas ya en bolsas y dos cajas exhibidas en vidriera retirándose raudamente en dirección a calle C..-

A criterio del impugnante el Tribunal indudablemente tuvo por probado que su asistido solo desempeñó un rol secundario en el hecho, planteado como cuestión a dilucidar si en definitiva el fallo respeta el principio de culpabilidad en función de las acciones desplegada y el conocimiento que puede inferirse tenía H. acerca de la existencia del arma y

en su caso de la manera en que iba a ser empleada.-

Desde luego que ambos extremos resultan de difícil comprobación, ahora bien se extrae del acontecer una serie de datos objetivos que han sido válidamente considerados por los Magistrados al momento de dar respuesta a la cuestión.-

En primer término no puede escapar a este análisis que los imputados conocían el lugar, al menos uno de ellos pertenecía al barrio, concurrieron a un horario posterior al que formalmente cierra el comercio, debieron esperar para ser atendidos ante el reparo de la propietaria que requirió a su marido la acompañe mientras estas personas permanecieran en el local, que la atención se extendió aproximadamente veinte minutos y desde luego era evidente la sospecha sobre el posible comportamiento de estos sujetos, que incluso motivó que al arribar el hijo de la propietaria de la tienda, John B., se le indicara que también permanezca en el local, circunstancia que no pasó inadvertida para los individuos que tenían indudablemente como designio apoderarse ilegítimamente de bienes, y llegado el momento de definiciones el joven John se ubicó sobre la puerta de ingreso bloqueando el paso ante lo que se hacía evidente, y sin más uno de ellos extrajo un arma de fuego le disparó para luego, ante el desplazamiento del Sr. M. B., efectuar otro hacia su persona impactando en la pierna izquierda.-

La conducta del otro sujeto ante el proceder de su compañero no se percibe neutra, menos evitativa, sino de acompañamiento ya que inmediatamente reclamaron a la propietaria entregara el dinero y ante

la negativa solo atinaron a llevarse las prendas dispuestas ya en bolsas y tomaron mercadería de la vidriera escapando juntos en idéntica dirección.-

b.- Las conclusiones de los jueces de grado tienen apoyo en los testimonios de los afectados quienes en forma absolutamente coincidente detallaron el proceder de los sujetos, avalados y complementados por los de R. Q. T. y L. E., vecinos de la familia B., prueba que en modo alguno ha sino cuestionada y que las defensas pudieron controlar y controaexaminar con plenitud.-

Otro dato, relevante es que los imputados se encontraban juntos cuando fueron detenidos aproximadamente a veinte minutos del episodio y en cercanías del lugar del hecho, en compañía de un tercer sujeto a quien le fue secuestrada en su vivienda una de las prendas sustraídas por los imputados en el comercio producto de la diligencia de allanamiento.-

En definitiva de la prueba rendida en el juicio se extrae que los imputados acordaron actuar para hacerse de bienes, en este caso prendas y también dinero lo que no lograron obtener, para ello aparentaban ser clientes comunes interesados en diversas prendas y al quedar en evidencia frente a los propietarios del comercio de las reales intenciones, se desataron los actos de violencia contra las personas a manos de U., en tanto H. continuó con el plan haciéndose de la mercadería seleccionada, tomando otras dispuestas en la vidriera solicitando la entrega de dinero, para retirarse junto a su consorte y disponer del botín escondiéndolo, siendo detenidos en cercanías del lugar y a escaso margen de tiempo, veinte minutos aproximadamente.-

Todas estas circunstancias son las que acertadamente ponderaron los jueces de grado para receptar la tesis fiscal atribuyendo coautoría en el delito reprochado –art. 165 C.P.-, descartando sólidamente aquella tesis que intentaba ilustrar que H. no acordó intencionalmente con el modo de perpetrar el robo con esas consecuencias y por lo tanto solo debería responder por el tipo básico, por ende no encuentro vulneración alguna a las reglas de culpabilidad por el hecho.-

Puedo convenir con el Sr. Defensor de Confianza que la responsabilidad del coautor solo llega hasta donde alcanza la resolución conjunta relativa al hecho, y que las acciones de cada interviniente que vayan más allá y configuren un exceso solo pueden atribuirse a quien las realizó –exceso de autor-, pero en este caso se acreditaron una serie de circunstancias concomitantes y posteriores que hablan a las claras no solo de la connivencia sino también de la aceptación de la resolución surgida con motivo del hecho y por ello la responsabilidad abarca a ambos intervinientes, no pudiendo separarse de su voluntariedad la eventual y concreta utilización del arma y sus consecuencias, siendo válida su atribución en tal carácter. En tal dirección esta Cámara, se ha pronunciado al resolver en autos "Cria. Secc. 6ta. s/ Investigación Homicidio en ocasión de robo", carpeta individual n° 4.727, sentencia Nº 10/13, de fecha 24 de abril de 2013 y "García, José Luis s/ Homicidio, carpeta nº 4868, sentencia nº 31/13, de fecha 8 de noviembre de 2013.-

Por lo tanto sostener que H. comprometió su cooperación en un hecho menos grave que el que finalmente tuvo lugar y aplicarle la

escala penal correspondiente al hecho que prometió ejecutar sobre la base de las comprobaciones resultantes del juicio, no encuentra apoyo y debe descartarse de plano, por lo tanto coincido con la propuesta del colega que lidera la votación en orden a la solución que debe darse el caso y así voto.-

2.- Como adelantara al iniciar mi sufragio en relación al orden de tratamiento de los agravios de las defensas, paso a analizar aquellos dirigidos a la decisión del Tribunal de grado luego del juicio de cesura.-

Coincidentemente cuestionan los montos de pena aplicados a sus asistidos. La Sra. Defensora Pública entiende que el mínimo previsto en el art. 165 del C.P. es el que más se ajusta a la conducta que se endilga a U., y que debieron tener mayor peso las circunstancias personales como atenuantes, así su juventud, la presencia de indicadores de vulnerabilidad que lo colocaron desde temprana edad en situación de riesgo y desprotección, ello desde el pronóstico de reinserción social en razón del principio de prevención especial positiva; en tanto el Defensor particular sostiene que el cúmulo de agravantes se excluyen entre sí y generan una doble imposición, puntualmente se refiere al empleo de un arma de fuego, a la entidad del daño producido, a la indefensión de la víctima, por lo que brega por la imposición del mínimo legal máxime la falta de antecedentes penales y la edad, poniendo de resalto que a su asistido no se le disminuyó la pena en la misma proporción que a U. en función del monto requerido por el Ministerio Público Fiscal y el efectivamente impuesto por el Tribunal de grado.-

a.- En relación a U. el Tribunal impuso la pena de

diecisiete (17) años de prisión, accesorias legales y costas, en tanto la norma seleccionada establece una escala penal de 10 a 25 años, y el Ministerio Público Fiscal pretendía una dosis de pena de 20 años, por lo que puede advertirse que fue ubicada prácticamente en la mitad de la escala. En razón que los jueces han tratado conjuntamente los factores agravantes y atenuantes las consideraciones que aquí efectuaré también comprenden en parte a H..-

Coincidentemente han tenido en cuenta el medio empleado para la comisión del delito, la extensión del daño causado a las víctimas en su conjunto, el grado de violencia desplegada para la comisión del injusto y los motivos que los llevaron a delinquir. -

En principio entiendo pertinente señalar que de los fundamentos brindados se puede extraer que los jueces de grado parecen inclinarse por un reproche más severo no obstante la significación adjudicada a las conductas, y no importa una doble valoración atender al medio empleado para la comisión del ilícito, puesto que ello no integra el tipo y procede en la forma que lo razonaron los sentenciantes.-

En cuanto a la violencia desplegada también es acertado tener en cuenta el hecho concreto y valorarlo en sus particularidades a fin de dejar precisada su gravedad y en el caso han detallado en forma puntual aquellas que lo caracterizaron como el conocimiento de la actividad del comercio, los motivos por los que deciden llevar adelante el atraco, hacerse de prendas de vestir y dinero aspecto que pesa sobremanera en relación a H. y sobre lo que se produjo prueba que fue adecuadamente valorada, y la

resolución o respuesta frente a la conducta de la víctima fatal simplemente de evitar que se retiren sin abonar la mercadería, cuando por las características propias del medio empleado ante personas desarmadas hubiese bastado su sola exhibición, acudiendo a su empleo sin miramientos con los resultados ya mencionados, y aquí deben computarse las lesiones causadas a M. B. y desde luego a la afectación que producen la perdida de un hijo.-

Así las críticas que formularon los impugnantes resultan absolutamente insuficientes pues solo representan una diferente visión sobre los factores que gravitan negativamente para la determinación de la pena, por lo tanto la posibilidad de aplicar el mínimo legal del art. 165 del C.P. que reclaman las defensas, se aleja rápidamente.-

En cuanto a la moción que las atenuantes debieron tener mayor peso al momento de dosificar la pena, los jueces han considerado las circunstancias apuntadas por la Sra. Defensora Pública, aclarando que tienen mayor incidencia en relación U. como el contexto de crianza y las carencias tanto económicas como afectivas que hacen a una situación de vulnerabilidad y precisamente ellas han derivado en una sensible disminución en relación a la pretendida por la titular de la acción.-

Por último en relación a los montos de pena aplicados en otros casos similares tampoco resulta pertinente puesto que, como ya mencionara lo relevante resultan las particularidades del caso con importantes deficiencias al que trae la defensa, no contribuyendo en nada para demostrar que en definitiva la pena luce como desproporcionada o irracional.-

b.- En relación a las críticas formuladas por la defensa de H., si bien acabo de dar respuesta a casi la totalidad de las mismas, sostiene que debió disminuirse la pena requerida por el Ministerio Público Fiscal en la misma proporción que a U..-

Desde luego que una primer y pronta mirada sobre el punto llama a la reflexión, pero ella no puede partir de los antecedentes penales de los imputados porque hace a la faz subjetiva cuando lo determinante en la materia es la objetiva, y como ha quedado establecido, el hecho es considerablemente grave y la apreciación en tal dirección efectuada por los jueces de grado tiene fundamentos contundentes y sólidos, en el sentido que si bien reconocen los roles que cada uno tuvo en el hecho, esa diferencia tiene apoyo o proviene de las circunstancias personales de U., a los que ya me he referido y gravitaron para una disminución mayor, que de no ser así probablemente la pena hubiese sido considerablemente más elevada.-

En definitiva la sentencia cuenta con suficiente motivación que permitió el control crítico racional del proceso de selección y determinación de la pena y el quantum fijado no resulta desproporcionado ni irracional y corresponde la confirmación, 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 Montenovo, toda vez que la misma contiene los antecedentes fundamentales de lo actuado en la presente etapa de impugnación, que deben ser materia de tratamiento en este decisorio; y

además, con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.-

II.- 1) En razón de las características que presenta el hecho por el que resultaron condenados los acusados E. M. U. y L. E. H., en calidad de coautores, no es posible considerar a ninguno como partícipe del hecho de otro, toda vez que no rige aquí el principio de accesoriedad de la participación; sino el de imputación recíproca de las distintas contribuciones, por el cual todo lo que haga cada uno de los coautores, es extensible a los demás.-

Por su parte, en el hipotético caso que se argumente vía *favor rei* que U. pudo haber modificado en más los alcances del "acuerdo" criminal original, resulta cierto que H. ha acompañado este proceso y obrado en consecuencia; sin que pueda alegarse un exceso del autor respecto al plan común, por el que el coimputado no deba responder -cfr. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, p. 617: "… procede incluir en la resolución (común) las acciones con las que deba contarse según las circunstancias … El exceso puede asimismo ser incorporado tácitamente, durante la ejecución del hecho, en la resolución común"-.-

En apoyo de lo expuesto, cabe recordar que desde el punto de vista subjetivo, debe existir necesariamente entre los coautores "una resolución común, es decir, una comunión de voluntades para ejecutar de forma conjunta y coordinada el hecho delictivo propuesto". Y el límite temporal para la asunción de este acuerdo común "se extiende incluso hasta la propia ejecución de hecho, siempre y cuando este no haya alcanzado la etapa de consumación". Este punto de partida sirve posteriormente para

"imputar de modo recíproco la actuación conjunta" de los intervinientes y responsabilizarlos en calidad de coautores (cfr. el artículo *Aspectos esenciales de la coautoría funcional y sus consecuencias dogmáticas*, por Gustavo Eduardo Aboso, publicado en el sitio de Internet eldial.com, edición Córdoba, Suplemento penal, sección "Doctrina", año 2004, el destacado me pertenece).-

En otro orden, pero también siempre en abono de lo resuelto en la instancia anterior, hemos de tener presente que la figura de la coautoría funcional es una variante de la teoría denominada del "dominio del hecho", y así ha sido explicada, como equivalente a "pertenencia del delito"; o sea que "es autor todo aquel que contribuye al delito en condiciones tales que puede imputársele como suyo…" (cfr. Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, p. 392).-

Particularmente, en orden a las peculiaridades del tipo del art. 165 CP, y tal como ya lo hemos citado en numerosos precedentes, debe tenerse presente que ha sostenido el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, que esta clase de delitos (homicidio en un contexto de robo) "…no son simples sumas de delitos base más la consecuencia, porque si así fuera todos los delitos tendrían que verse calificados por una consecuencia grave, sino son aquellos que pueden importar **la realización de un riesgo** específico, **la materialización de un peligro** que frecuentemente se observa realizado en el curso de ciertas actividades delictivas, de **una consecuencia que surge directamente** de la acción base por ser **el riesgo que ésta genera** cuantitativamente

incontrolable. Las figuras calificadas requieren que el resultado sea **provocado directa e inmediatamente** por el hecho doloso base…", es decir que "el sentido de la causalidad" es el "**proveniente de aquel peligro**"; pues "el interés que persigue la norma que integra el tipo sólo consiste en sancionar **la mayor peligrosidad que conlleva el robo**" (T.C.P.BA, sala II, causa: "Otazo, Juan Manuel s/ Recurso de casación", sentencia del 24/8/2000, voto del Dr. Jorge Hugo Celesia, publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Casación*, tomo 2, edit. Ad Hoc, Bs. As. 2002, sección jurisprudencia, pág. 456, el destacado me pertenece). Obviamente, las referencias que se encuentran en este fallo al delito "base", la acción "base" y al hecho doloso "base", están aludiendo al delito de Robo; y a su vez, las alusiones a "un riesgo específico", "un peligro que frecuentemente se observa en el curso de ciertas actividades delictivas" y "el riesgo incontrolable", apuntan al bien jurídico vida e integridad física que termina también siendo lesionado en definitiva, mediante las violencias propias del robo.-

2) Respecto al monto de las penas impuestas, en el caso del acusado U. la Defensa pública no ha logrado demostrar que nos hallemos frente a una violación del principio de proporcionalidad; v.gr. cuando intenta una comparación con el caso de la sentencia n° 22/2013, consulta ante el STJ en pleno, sentencia de fecha 13 de mayo de 2013, dado que no se trata de una Carpeta que hubiera tramitado ante esta Cámara en lo Penal, por vía de impugnación ordinaria. Si bien es respetable el criterio de los Jueces Penales, en materia de individualización de la pena, no resulta vinculante para nuestro

Tribunal.-

En lo concerniente a precedentes de este Cuerpo por el delito del art. 165 CP, sí cabe mencionar los de las sentencias nº 29/10 con una pena de (18) años, y la nº 27/15 con una pena de (17) años de prisión, ambas confirmatorias de lo fallos de primera instancia; y la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, en la sentencia de este Tribunal (nº 27/15) readecuó la calificación en el caso declarando la responsabilidad penal como coautor del delito de Robo con resultado de homicidio (art. 165 del C.P.), teniendo en cuenta que "… realizó acciones coadyudantes y convergentes a la ejecución…" (del voto del Ministro Pfleger).-

3) Es claro que tampoco procede la aplicación del mínimo de la escala penal del ya citado art. 165 del CP, dada la concurrencia de agravantes, como los antecedentes de U., el medio empleado en la comisión del hecho, la extensión del daño y el peligro causados, la naturaleza de la acción (víctimas indefensas –adviértase la diferencia con el caso de la sentencia 27/15, en que una de las víctimas disparó un arma de fuego), y la calidad de los motivos susceptibles de ser calificados como abyectos.-

4) En lo que respecta a H., las circunstancias expuestas en la presente etapa procesal, relativas a cuestiones de adicción, salud, consumo de sustancias, etc., carecen de adecuada corroboración en la prueba de cargo, ni siquiera a título de indicios; de manera que se reducen entonces a una mera "sospecha", que no es posible valorar en carácter de atenuante (cfr. en igual sentido, Terragni al abordar el concepto de "personalidad" de quien va a ser condenado, aplicable por analogía, en su obra *Proporcionalidad de la*

pena, Edit. Rubinzal-Culzoni, año 2017, p. 215).-

El grado de intervención en el hecho, que también es una manifestación legislativa del referido principio de proporcionalidad (ibídem), entendido como sinónimo de intervención de la persona en el suceso concreto que ha protagonizado, tampoco sirve para justificar una atenuación, teniendo en cuenta la gravedad del injusto y la culpabilidad del agente -recordemos: H. se probó la ropa luego sustraída del comercio damnificado, fue protagonista principal de este apoderamiento de efectos, cuya finalidad era hacerse de ropa nueva para asistir a una "reunión social", etc.-.-

5) La sentencia, en orden a la individualización de las penas, satisface así muy adecuadamente los requerimientos de nuestra doctrina procesal penal, en el sentido que: "… Además de aseverar la tesis de la comisión del delito por un sujeto culpable, el juez valora también, a los fines de la decisión sobre la medida o sobre la calidad de la pena, **la gravedad específica del hecho** en relación con el **contexto** ambiental en que se ha verificado, con sus causas objetivas y **sus motivos** subjetivos, con **la intensidad de la culpabilidad**, en una palabra, con las circunstancias específicas con que el culpable ha actuado. Todo esto conforma la llamada *equidad* del juicio, en la que se expresa un poder llamado de *connotación*" (cfr. Fernando Díaz Cantón, *El control judicial de la motivación de la sentencia penal*, en la obra colectiva: *La motivación de la sentencia penal y otros estudios*, edit. del Puerto, Bs. As. 2005, ps. 155 y ss.); quien añade que: "Ferrajoli sostiene que aunque las tesis que describen estas circunstancias específicas, suelen ser aserciones dotadas de **referentes empíricos**, casi

nunca es posible predicar de ellas la verdad jurídica … ‘La ley, en efecto, no prevé ni podría prever todas las infinitas connotaciones particulares (que aumentan o atenúan la gravedad) de los hechos por ella denotados, sino que todo lo más puede indicar sus **criterios de valoración**’…”, el destacado ha sido agregado al original).-

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

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

En base al tratamiento de la primera cuestión propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a las impugnaciones deducidas por las Defensas de los acusados E. M. U. y L. E. H., contra la sentencia condenatoria Nº 4349/17, dictada en fecha 18 de octubre del corriente año; confirmar en todas sus partes la mencionada sentencia y tener presente la reserva del caso federal. -

Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública, en representación del acusado U., por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma 25 JUS y del Defensor de Confianza del acusado H., Dr. G. I., por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma 25 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).-

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

Atento al resultado al que se arribara en la votación de la cuestión precedente, por unanimidad, adhiero íntegramente a la propuesta de pronunciamiento formulada por el colega que lidera el Acuerdo.-

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

De conformidad al resultado al que se arribara en la votación de la cuestión precedente, por unanimidad, adhiero íntegramente a la propuesta de pronunciamiento formulada por el colega que abre el Acuerdo.-

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

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

1º) NO HACER lugar a las impugnaciones deducidas por las Defensas de los acusados **E. M. U. y L. E. H.**, contra la sentencia condenatoria Nº 4349/17, dictada en fecha 18 de octubre del corriente año (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).----------

2º) CONFIRMAR en todas sus partes la mencionada sentencia.----------

3º) TENER presente la reserva del caso federal.----------

4º) REGULAR los honorarios profesionales de la Defensa Pública, en representación del acusado U., por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma 25 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).----------

5º) REGULAR los honorarios profesionales del Defensor de Confianza del acusado H., Dr. G. I., por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma 25 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).----------

6º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

La presente sentencia es firmada por uno de los Magistrados, debido a que

los Dres. Daniel Luis María Pintos y Guillermo Alberto Müller se encuentran en uso de licencia con posterioridad a la deliberación de la presente.-

Sentencia nº 1/18

Fdo. Dr. M. Roberto Montenovo.