


En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los diez días del mes de septiembre de dos mil diecinueve, el Tribunal integrado por los **Dres. Martín R. MONTENOVO,** en su carácter de Presidente, **Guillermo A. MÜLLER y D. Luis M. PINTOS,** Jueces de Cámara, proceden a dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 78645, Carpeta individual n° 9906,** caratulada: **"C., V. J. s/ Homicidio r/v",** de la Oficina Judicial de esta Circunscripción, en la que tuvieron debida participación el Fiscal General Dr. **C. Adrián Cabral,** el Defensor de Confianza Dr. **A. D. F.** y los imputados **S. M. B.** y **M. A. P.;** y

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

Que los días veintiuno y veintisiete de agosto del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Martín R. Montenovo, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de M. A. P. y S. M. B., 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, 5° párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa de M. A. P. y S. M. B. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5° pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Martín R. Montenovo, en segundo lugar el Dr. Guillermo A.

Müller y finalmente el Dr. D. Luis M. Pintos.-

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

1- Ha convocado la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por el Defensor de Confianza de M. A. P. y de S. M. B., A. D. F., contra la Sentencia n$^{0}$ 1553/2019, de fecha 26 de abril de 2019, por la cual el Juez Penal Martín Ernesto Cosmaro los condenó a la pena de dos años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo como coautores penalmente responsables del delito de Homicidio preterintencional, por el hecho ocurrido en esta ciudad del día 9 de octubre de 2016 en perjuicio de V. C..

1.- El recurrente criticó la sentencia por valoración arbitraria de la prueba y por su construcción fáctica sin tener presente las reglas de la lógica y la experiencia. Resaltó la ausencia de elementos objetivos que demuestren que sus asistidos participaron de los golpes que tenía la víctima en su humanidad y señaló que del informe confeccionado por la médica forense Magalí Fuscagni, y ratificado en debate, surgió que los golpes eran en el cuero cabelludo y en el maxilar izquierdo y no en todo el cuerpo.

Agregó que la facultativa indicó que C. permaneció diez horas con vida luego del ingreso de las personas a su morada y que tampoco se pudo precisar si luego de la golpiza salió a pedir auxilio.

Refirió que en los videos que cuestiona sólo se observan las piernas y los pantalones y no así la camiseta de Boca, que tampoco fue secuestrada.

Destacó que en el interior de la vivienda no se hallaron rastros de ADN, huellas papiloscópicas ni el objeto con el que habrían golpeado a la víctima y tampoco se realizó la pericia scopométrica para verificar que los que ingresaron a la vivienda fueron sus asistidos.

Finalmente solicitó la absolución de los encartados y, subsidiariamente, en caso de confirmarse la condena, que se disponga que la

misma sea de cumplimiento condicional.

2. - Efectuado el emplazamiento tal como lo dispone el art. 384 del C.P.P. el Ministerio Público Fiscal no respondió a los agravios expresados en el recurso, ni tampoco adhirió al mismo.

3. - En la audiencia del art. 385 del C.P.P. la Defensa oralizó su recurso remitiéndose al escrito de impugnación y solicitó la absolución de sus asistidos; subsidiariamente que se los condene por el delito de violación de domicilio y en caso de confirmarse la condena impuesta, que la pena sea dejada en suspenso.

A su tumo, el representante del Ministerio Público Fiscal contestó a los agravios esgrimidos por la Defensa y solicitó el rechazo de la impugnación y la confirmación de la sentencia n° 1553/19.

Indicó que conforme surge del auto en crisis la médica forense declaró que la víctima presentaba varias heridas y escoriaciones en sus manos y un traumatismo craneoencefálico que le provocó la muerte.

Agregó que una testigo identificó a las dos personas del video como las que ingresaron al domicilio de C. y que de las filmaciones surge la riña previa.

Señaló que en el domicilio irrumpieron tres sujetos y que fue el tercero el que tomó una piedra al ingresar y a los 30” salieron y se fueron en el vehículo.

En cuanto al monto de pena impuesta consideró que es justo y proporcional a la gravedad del hecho y que no se dan los requisitos del art. 26 del C.P. habiendo el Magistrado brindado las razones de porque la pena no podía ser dejada en suspenso.

4.- El hecho por el cual el Ministerio Público Fiscal formuló acusación fue descripto en los siguientes términos: ”El día 9 de Octubre de 2016, siendo aproximadamente las 16:35 hs., en circunstancias en que C. V. J. se dirigió al almacén "D. E." sito en calle Onetto s/n Barrio Stella Maris, afuera

del mismo se encontraban E. S. M., M. B., M. A. P. y un cuarto sujeto de sexo masculino que no ha sido individualizado hasta el momento, a bordo de un vehículo marca VW Gol Trend, color gris, el cual era conducido por E. S. M., junto a una menor de edad, presumiblemente su hija, que andaba en rollers sobre la vereda del local comercial, en dicha oportunidad C. tomó a la niña en brazos, en ese momento del rodado bajó M. B. “M.” y M. A. P., el cual le refirió a C. "... que te querés llevar a mi sobrina, que la querés violar ..." y le empezó a pegar golpes de puño por lo que C. se va del lugar corriendo en dirección a su domicilio sito en Lote “B”, Manzana “B” de la Extensión del Barrio Stella Maris, posterior a ello se suben el rodado B., P. y el tercer sujeto y se dirigen en dirección al domicilio de C., donde al no ubicar el lugar comenzaron a dar vueltas con el vehículo que era conducido por M., y posterior a la indicación por parte de un vecino del lugar del domicilio de C., y previo hablar M. P. con el conductor de un vehículo que se hallaba en el lugar el cual le ofreció un fierro, a lo que P. contestó que se las arreglaba solo, M. estacionó el rodado afuera de “D. E.” , siendo las 16:51 hs. y se bajaron B., paredes y el otro sujeto no individualizado quienes se dirigieron al domicilio de C., golpearon la puerta y al no ser atendidos patearon la misma e ingresaron, donde comenzaron a agredirlo físicamente, momento en el cual el sujeto no identificado salió al patio, tomó una piedra e ingresó de nuevo a la vivienda y mientras P. y B. continuaban efectuándole golpes que le provocaron diversas lesiones el sujeto no individualizado le efectuó un golpe con el elemento contundente en la cabeza que provocó la muerte de C. por traumatismo craneoencefálico a raíz de una fractura con hundimiento de parietal izquierdo por debajo del hueso. El día 11 de octubre de 2016, posterior a las 17 horas, un amigo de C. de nombre E. S. fue hasta el domicilio y al no contestarte la puerta ingresó y encontró a C. tendido en el suelo ya sin vida, por lo que dio conocimiento al personal policial de la Seccional Tercera quien fue al lugar y se constató la muerte”.

El suceso fue calificado como Homicidio simple, debiendo

responder P. y B. en calidad de partícipes secundarios.

Luego, la apertura del juicio oral fue autorizada en orden al delito de violación de domicilio en calidad de coautores (arts. 150 y 45 del C.P.), por considerar el Juez Penal Mariano Nicosia que no había elementos de convicción suficientes para reputarse cubierto de modo razonable el estándar de causa probable que demanda la imputación jurídica propuesta en la pieza acusatoria.

A partir de esta nueva calificación el Defensor de B. y P. solicitó la aplicación del beneficio de suspensión de juicio a prueba, lo que fue rechazado por la Juez Penal Daniela Arcuri mediante Resolución n° 4190/18. En resumidas líneas, la Magistrada entendió que en razón de la calificación jurídica pretendida por el Ministerio Público Fiscal y la posibilidad de insistir sobre ella en la instancia del debate, siendo provisoria la fijada en el auto de apertura a juicio, no resultaba admisible la posibilidad de aplicar el instituto previsto por el art. 76 bis del C.P., en tanto el monto de la pena en abstracto superaba el quantum habilitado por la norma.

Celebrado el Debate, el Juez Penal Martín Cosmaro, condenó a los imputados como coautores del delito de Homicidio preterintencional (arts. 81 inc. b) y 45 del C.P.), imponiéndoles la pena de dos años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo.

Para arribar a su conclusión tuvo en consideración las

imágenes exhibidas durante el juicio y efectuó una reconstrucción del suceso a partir de lo captado por las cámaras de seguridad ubicadas en el comercio “D. E.” y en la vivienda sita en calle Código n° X, Manzana “K”, Lote X, propiedad del señor F. P., en diagonal a la propiedad de C..

Ello se completó con los testimonios brindados por N. Martí Z., testigo presencial de lo sucedido fuera del comercio “D. E.” y quien también brindó a instancia de los imputados la ubicación del domicilio de C.. El testigo R. C. N. L. también presenció lo ocurrido fuera del negocio y dió aviso a G. E. S., amigo de la víctima, quien días después se apersonó en su domicilio y encontró a V. ya sin vida.

La secuencia se completó con el testimonio de N. B. S., quien fue testigo presencial del ingreso de los imputados y una tercera persona a la vivienda de C., observó que uno de ellos salió y tomó una piedra para volver a ingresar y que luego se retiraron los tres en el auto conducido por una mujer.

Además, el Magistrado también valoró el informe de la autopsia efectuada por la médica forense Magaly Vivian Fuscagni, que dió cuenta que C. presentaba una herida en forma de siete en la nariz, lesión contusa de 1,5 cm. en ceja izquierda, excoriación en el labio superior, equimosis en zona malar izquierda y ceja izquierda, excoriación en parte posterior del maxilar inferior sobre rama horizontal, lesiones compatibles con traumatismo por golpes con objeto romo. En cuero cabelludo advirtió dos lesiones más grandes, una de 5 cm. en zona parietal anterior izquierda y otra de 7,5 cm. más irregular en zona parietal posterior izquierda y explicó que las mismas se produjeron en vida y que la causa de la muerte fue por traumatismo cráneo-encefálico, siendo posible que

con posterioridad a la agresión haya vivido y se haya podido movilizar, ubicando la data de la muerte entre veinticuatro y treinta y seis horas desde el momento en que se inició la autopsia.

II.- Conforme surge de la reseña precedente, la plataforma fáctica del proceso que nos ocupa no ha variado, y podríamos sostener que la verdad de lo acaecido pudo reconstruirse poco después del hecho.

Sus aspectos relevantes fueron consignados en la Acusación, a saber en resumidas cuentas, un episodio en el que B. y P. atribuyeron a C. la intención de abusar sexualmente de una menor de su grupo de afectos, de lo cual desde ya no existió indicio alguno que no haya sido un auxilio cuando la niña había tenido una caída al suelo, un percance.

Allí se generó una discusión, no exenta de golpes por parte de P. hacia la víctima, que derivó en que C. se retiró del sitio, un almacén, hacia su morada, y que los imputados intentaron con éxito, indagar donde se ubicaba el la misma. En dicho lapso, les fue ofrecida un arma de fuego que rechazaron, y luego, en compañía de un tercer sujeto que no pudo ser identificado, aunque sí se determinó que tomó una piedra del suelo, ingresaron al domicilio del damnificado y en menos de un minuto le propinaron una feroz golpiza, a consecuencia de la cual perdió la vida, horas después, en virtud de una hemorragia cerebral provocada por uno de dichos golpes, aplicado en la cabeza mediante un objeto romo. C. continuó con vida, pero careció de auxilio pues vivía solo, falleciendo horas después.

Las cámaras de seguridad del local comercial donde se desarrolló el primer tramo del suceso, las del domicilio de un vecino del occiso, la compatibilidad entre las prendas de vestir de ambos encartados, captadas por

las imágenes en todos los registros fílmicos, el testimonio de las personas que presenciaron aquel primer tramo del evento, el del sujeto que halló el cadáver dos días después de la agresión, y especialmente, la prueba de orden médico legal, en líneas generales elementos de convicción no controvertidos, avalaron la secuencia fáctica propuesta por el Ministerio Fiscal.

Ahora bien, de los hechos así descriptos por el Sr. Fiscal surgía que el móvil criminal lo habían evidenciado los acusados, y no un tercero ignoto. Por ende, proponer que este último había sido el autor del hecho y los imputados partícipes secundarios del delito de Homicidio simple, debido a la mera circunstancia que aquel tomó una piedra, quizás compatible con el carácter romo del objeto con el cual se produjo la lesión de mayor relevancia a C., cuando no se supo por prueba directa qué ocurrió dentro de la vivienda, se presentaba, al menos, como contradictorio con los términos fácticos que en la propia Acusación se sostenían.

La Acusación pública debe responder, desde un análisis somero de validez, a las pautas regladas en el art. 291 del CPPCh., y una de

ellas radica en la compatibilidad entre el sustrato fáctico que se enuncia y la tipificación legal que se propone, que deben orbitar dentro de lo jurídicamente posible.

Aquí, un Homicidio agravado, premeditado por el concurso de tres personas, simple, en agresión, preterintencional, eran alternativas acordes a los hechos que se describían, pero no lo era discriminar entre autoría y participación secundaria cuando no se enunciaba como había sido la distribución de roles y los mentados partícipes, era claro y se decía, habían querido la agresión para sí y no para un tercero.

III- Ante tal contexto, la Acusación presentaba evidentes defectos y el acto destinado a fin de realizar su control era el previsto en el art. 295 del CPPCh.

Reiteradamente hemos advertido sobre la trascendencia del mismo, la que se desprende de la propia letra del código adjetivo, en tanto el Juicio Oral se abre en la medida y por la calificación legal, que los Jueces allí autorizan, pudiendo incluso oficiosamente corregir la pretensión de los acusadores, en miras de evitar un desarrollo de la instancia siguiente, el Debate, de modo irregular. Una muestra más del criterio de “pro actividad” con el que los Magistrados deben, por imperio legal, encarar su labor, en custodia de las formas básicas del Juicio previo establecido en el art. 18 de la CN., y que no afecta de manera alguna el sesgo acusatorio y adversarial del sistema ritual vigente.

En lo concreto, el Juez del acto mencionado advirtió la incongruencia referida, pero autorizó la apertura del Juicio oral por el delito

de Violación de domicilio, ilícito residual que contaba con el inconveniente de no asignar una respuesta jurisdiccional a un aspecto evidente del suceso, pues dentro de la vivienda de C. este había sido agredido brutalmente y había perdido la vida, lo que, en los términos de tal tipificación, hubiese quedado fuera del Debate, en franca contradicción al principio que obliga a la reconstrucción, lo más aproximada posible, de la verdad histórica sobre los hechos de relevancia penal que se analizan.

Más aún, tanto en la Audiencia Preliminar como en el acto posterior por el cual se rechazó un pedido de Suspensión de juicio a prueba, se interpretó que los Acusadores poseían la facultad de insistir en su enfoque jurídico del caso en Juicio, sin perjuicio de la decisión de los Jueces en el marco del art. 295 del rito., lo cual no parece acertado a juzgar por la norma del art. 298 inc. 2) del CPPCh., ni por la indemnidad de la congruencia tanto fáctica como jurídica que el Legislador ha tratado de custodiar, por caso mediante la norma aludida y la del art. 332 del rito, ello sin perjuicio de la ocurrencia de "hechos nuevos" y la regulación propia del art. 322 del catálogo adjetivo.

Es decir, existía un vicio al momento del Debate que pudo haber sido señalado como idóneo para menoscabar el derecho de defensa, pues el Juicio fue abierto por un delito, y en él, desde el comienzo, se pretendió nueva e indebidamente, la aplicación de otro, más grave.

Pero la representación letrada de los imputados nada objetó, ni en el alegato inicial, ni en el final, ni en el recurso que motiva la intervención de esta Cámara, Y logró enarbolar un discurso eficiente de respuesta a la imputación, que en términos tácticos, tal lo expresado, no varió en ningún momento.

Así las cosas, a la luz del art. 162 del rito, el vicio ha quedado saneado.

Para concluir con el acápite, luego, el Magistrado del Debate asignó otra calificación legal, diferente a la propuesta por el Ministerio Fiscal, cuya adecuación al caso analizaremos seguidamente, invocando el mentado arto 332 del rito, afirmando que lo hacía pues el precepto por él seleccionado era menos gravoso que el pretendido por el Acusador, y que no generaba lesión ni sorpresa a los imputados pues su línea de Defensa había sido idónea para resistirlo.

Le asistió razón, pues los encartados primero adujeron no haber ingresado a la morada de C., lo cual como vimos, quedó desacreditado por la prueba rendida, y luego, que no aplicaron el golpe letal, sobre lo cual el Juez se expidió convalidando el aserto, pero afirmando que la víctima fue sometida a una agresión en breve lapso, por todos los que ingresaron a su morada, sin poder determinar quién aplicó cada golpe, a efecto de tomar revancha de su presunto deseo de ultrajar a la niña, aunque sin intención de provocarle la muerte, tomando especialmente en consideración que previamente les fue ofrecida un arma de fuego, uso que rechazaron.

Excluyó de tal modo el dolo de matar, y nuevamente de forma acertada se inclinó por una calificación legal acorde con tal decisión, con el mérito de la prueba rendida y con el imperio del beneficio de la duda.

IV.- Es posible extraer en calidad de indicio, que los imputados ingresaron al domicilio de C. sabiendo que allí vivía en soledad, pues realizaron averiguaciones al efecto, conteste su conducta con dicho conocimiento, pues entraron a plena luz del día y egresaron instantes después sin generar alarma alguna de otros ocupantes del predio, que sabían, no existían.

Partiendo de la base que no querían ultimarlo, lo cual en esta instancia resulta inconmovible por imperio del art. 369 del rito que tutela la

prohibición de la reforma del fallo en perjuicio del recurrente, pero sí lesionarlo, y que su deceso se produjo por dos factores, los golpes recibidos, uno en particular que no se pudo determinar quién lo aplicó, y la ausencia de auxilio, se verificó que actuaron con dolo de lesionar, a lo que cabe agregar la desaprensión de dejar a la víctima en tales condiciones, en soledad sin chances ciertas de requerir auxilio, factor que coadyuvó a su deceso, lo que bien puede ser interpretado como una infracción al deber de cuidado.

Dicha fórmula mixta, dolo más culpa con representación en una misma conducta, es la que ha habilitado la aplicación de la figura el Homicidio Preterintencional, considero adecuada a la reconstrucción histórica de los hechos que pudo realizar el Juez del Juicio más allá de todos los inconvenientes de índole ritual ya enunciados.

Descartó acertadamente el Homicidio en agresión, a cuyos términos remito, y al excluir el dolo de matar, el resto de los tipos penales en principio a considerar.

Solo cabe agregar, en cuanto al descarte del art. 95 del CP., que tal como reseña J. García (Código Penal comentado, Tomo 3 pag. 1078 Ed, Hammurabi), ante las dificultades dogmáticas del Homicidio en agresión y la necesidad de hallarle un alcance, el autor lo propone de carácter excepcional como delito de peligro concreto, mediando coautoría paralela, o aditiva, pero no funcional, pues como sostiene Claus Roxin (Autoríay dominio del hecho en Derecho Penal, Ed, Marcial Pons), si varios conjurados desarrollan el plan de agredir a otro y ultimarlo a golpes, como plan pre ordenado, todos deberían responder por dicho resultado muerte, en términos del arto 79 del CP.

El propio Roxin, en tren de hallar tal alcance, interpreta que existe en el Homicidio en agresión la fórmula mixta de dolo de lesionar y culpa en cuanto a la muerte, que en opinión de Edgardo Donna (Derecho Penal parte especial T. I, Ed Rubinzal Culzoni), se encuentra ya prevista para el Homicidio Preterintencíonal.

Entonces, la decisión del A-quo encuentra basamento en Doctrina y en un análisis racional del plexo de probanzas.

En virtud de ello, la Sentencia en los ítems referidos debe ser confirmada.

V.- El último agravio remite a la forma de cumplimiento de la pena impuesta y a su monto.

En orden al monto, las notas de culpabilidad, base de la cuantificación de la sanción aunque no único factor atendible, se hallan altamente evidenciadas en la conducta de los acusados.

Identificar que alguien va a cometer un delito, un abuso sexual cuando no hubo evidencias en su accionar tendiente a ello, reaccionar, y luego pretender tomar mayor venganza de aquello inexistente, introduciéndose en la morada del presunto abusador, es grave, revela la ausencia de internalización de la Ley como medio de solución de los conflictos, y del respeto al domicilio ajeno.

En tales términos, la cuantía de la pena impuesta se amolda a los parámetros del art. 41 del CP.

Considero que la prevención especial positiva, otro de los parámetros de la norma aludida, como fin de la pena, juega a favor de los imputados, pues si bien tal como sostuvo el A-quo, no hubo información sobre su situación de vida actual, el cumplimiento efectivo significaría la chance de egreso

carcelario a los ocho meses de encierro, término en el cual quizás no sea factible el desarrollo de un tratamiento carcelario.

La Ley 24660 es pródiga en establecer mecanismos que eviten tal encierro por corto tiempo, y los principios de racionalización de la respuesta contingente, y en última instancia “pro homine”, que este Tribunal observa reiteradamente a la hora de resolver sobre punibilidad, sugieren en el caso concreto acudir al esquema del art. 26 del CP., fijar, como primera condena, que la misma sea de cumplimiento condicional, y acudir a las reglas del art. 27 bis del catálogo represivo, posiblemente de mayor efectividad si de proveer a la prevención especial positiva se trata, ordenando a los encartados la determinación de domicilio, el sometimiento al control por parte del Cuerpo de Delegados u ente similar, y la internalización vía pautas educativas, respecto de la noción del descarte de recurrir a la venganza privada ante cualquier sospecha de ser víctima potencial de la comisión de un delito.

Así voto.-

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

I.- Con la finalidad de evitar reiteraciones innecesarias, omitiré el detalle de los antecedentes del caso, remitiéndome a la completa reseña que luce al comienzo de este acto.

Brevemente he de señalar que el Señor Defensor de Confianza reedita en esta instancia los planteos efectuados al Tribunal de Juicio, afirmando la ausencia de elementos objetivos que demuestren que sus asistidos participaron de la golpiza sufrida por la víctima, resultando arbitraria la valoración de la prueba y la aplicación del derecho de fondo, ya que en caso de admitirse el ingreso a la vivienda, el reproche debe quedar limitado al delito de violación de

domicilio (art. 150 del C.P.), y de tal manera una reducción del monto de la pena, que además corresponde imponer en suspenso por la falta de antecedentes penales y no efectiva, incluso aún en el supuesto de confirmar la calificación jurídica escogida por el aquo.

1.- Antes de ingresar de lleno al análisis de los agravios planteados por el impugnante, no podemos soslayar un problema que presenta el caso a partir de la significación jurídica asignada por el Titular de la Acción a las conducta de los imputados de acuerdo a la plataforma fáctica propuesta.

En lo central no se encuentra en discusión que efectivamente el día 9 de octubre de 2016, siendo aproximadamente las 16:52 hs. tres individuos ingresaron abruptamente a la precaria vivienda del Sr. V. J. C., ubicada en la Manzana “B”, Lote “B” de la extensión del Barrio Stella Maris de esta ciudad, y agredieron brutalmente a su morador, quien a la postre fue encontrado sin vida, determinándose que falleció por un fuerte traumatismo cráneo-encefálico, además de presentar diversas lesiones en el rostro, equimosis en sus extremidades, incluso una fractura de dedos de la mano izquierda.

También se pudo establecer que la agresión se produjo en forma muy rápida, en cuestión de segundos, aunque uno de los sujetos no pudo ser identificado, siendo éste quien tomó en el exterior de la vivienda un elemento, lo que parece ser una piedra de mediano tamaño, para ingresar nuevamente, y en razón que los golpes más intensos fueron en la cabeza con un elemento u objeto romo, el Fiscal sostuvo la hipótesis que fue este individuo el autor del homicidio considerando a los traídos a juicio como partícipes secundarios, conclusión que desde luego no encuentra fundamento lógicos, menos jurídico,, y así lo advirtió el Juez de la audiencia preliminar.

Sobre dicha plataforma, la calificación propuesta por el Ministerio Público Fiscal no fue admitida, readecuándola sin considerar el resultado muerte, autorizando la apertura al juicio oral en orden al delito de violación de domicilio en calidad de coautores (art. 150 y 45 del C.P.), calificación que había sido propuesta subsidiariamente por el Señor Defensor.

Desde ya el temperamento adoptado por el Juez de la audiencia preliminar vino a contribuir al problema, pues de considerar defectuosa la acusación debió ordenar al acusador su corrección (art. 295 del C.P.P.), y en los términos que fue elevada la causa a juicio habilitó una solicitud de suspensión de juicio a prueba, la que fue rechazada por la Juez designada inicialmente para el Juicio, quien en definitiva si bien advirtió los defectos que presentaba el caso, y en función de la cuestión llamada a resolver, sostuvo en síntesis que en base a la plataforma fáctica presentada el Ministerio Público Fiscal, tenía chances en el debate de mantener su posición original o modificarla, pero siempre considerando el resultado muerte, lo que incluso también había sido señalado por el Juez de la preliminar al concluir que “ ... sin perjuicio de la provisoriedad de esta resolución y de las facultades de insistencia que quedan reservadas al Ministerio Público Fiscal para las fases iniciales e intermedias del juicio (arts. 320 últ. parte y 322 del C.P.P.), la calificación legal por la que en definitiva se autoriza la apertura del debate oral y público es Violación de domicilio en calidad de coautores, a tenor de los artículos 150 y 45 del Código Penal” -ver fs. 35 vta.-.

El rechazo de la Suspensión del Juicio a prueba no fue materia de impugnación y así se llegó al juicio, sin formular cuestionamientos o planteos previos la Defensa, cuando desde la misma apertura el Titular de la Acción anunciaba que iba a mantener la tipificación efectuada en la acusación.

Sin perjuicio de las inconsistencias de la acusación en relación al grado de participación que les adjudicaba a los imputados, a los que ya hice referencia, pues nunca logró explicarla lógica ni jurídicamente, cuando en la materia la doctrina se ha encargado de precisar infinidad de teorías aceptadas que podrían dar respuesta a un caso como el traído ajuicio, lo concreto es que nada fue observado o cuestionado cuando incluso pudieron verse afectadas garantías de rango constitucional, lo que no puede ser soslayado en esta instancia por imperio del art. 369 del C.P.P, y por ello este examen.

No voy a reiterar las críticas que habitualmente formulamos a la falta de comprensión de los operadores del sistema de la relevancia de la audiencia preliminar y la necesidad de una intervención proactiva del Juez a cargo del acto en función de que, en el supuesto de corresponder la elevación de la causa a juicio, ella arribe a la instancia decisiva totalmente depurada.

Detallada la manera y motivos en la que se llegó a esta situación debe quedar en claro que el Tribunal de Juicio tiene atribuciones para efectuar advertencias sobre la calificación jurídica de las conductas que se le reprochan a las personas llevadas ajuicio; en tal dirección tengo dicho que "El único límite infranqueable para el Tribunal de juicio es el hecho imputado con sus circunstancias y elementos descriptos en la acusación y en el auto de apertura a juicio; incluso puede darle una calificación jurídica distinta a aquella sostenida en tales actos, sea que entiendan que es aplicable un precepto penal más grave o más leve, pero con la única condición de que el acusado sea advertido “previamente’ de la modificación posible del significado jurídico de la imputación”(Sent. nº 4/17, del 11 de abril de 2017, en autos “E. M., D. *si* Homicidio *riv"*, Carpeta judicial n$^{0}$ 8273).

En este caso el cambio que en definitiva efectuó el sentenciante no se vincula estrictamente al hecho objeto del proceso, sino a la relación en que se encuentran las responsabilidades de los intervinientes en la muerte violenta de V. J. C., sobre lo que brindó suficientes fundamentos inclinándose incluso por definir un reproche menos gravoso que aquel pretendido por el Titular de la Acción desde el inicio del proceso, de lo que fueron advertidos los imputados y esencialmente pudieron resistir y ejercer plenamente su defensa, encontrándose de tal manera resguardadas las formas esenciales del Juicio.

Por último solo resta señalar que en definitiva el Juez del Debate no sólo advirtió esta situación, sino que además con adecuada fundamentación la consideró salvable, pudiendo el Ministerio Público Fiscal mantener su posición inicial y la Defensa plantean y sostener su tesis, sin formular otros cuestionamíentos, convalidando lo actuado.

2.- Como ya mencionara al iniciar mi sufragio, el Señor Defensor de Confianza cuestiona en esta oportunidad la valoración de aquellas pruebas seleccionadlas por el a quo para inclinarse por la tesis acusatoria en lo relativo a la participación de sus asistidos en el hecho.

Si bien el hecho es preciso y puntal, la plataforma fáctica contiene Un detalle de todas las circunstancias previas como detonantes del mismo, y ello tampoco ha sido controvertido, encontrando apoyo en prueba testimonial y registros fílmicos incorporados al juicio cuya validez fue cuestionada en esa instancia, siendo rechazada acertadamente por el Juez de Grado, pero con la que no insistió en esta ocasión.

Tenemos previamente un encuentro casual entre los

protagonistas de los hechos en la vía pública, en el que los imputados le atribuyeron a la víctima la intención de abusar sexualmente de una niña, hija de la señora M., cuando no existía razón alguna dado que al caerse la menor andando en patines, C. la ayudó a incorporarse, y así una primera agresión física basada sólo en el conocimiento que tenían los agresores de algún antecedente penal por abuso sexual de esta persona.

P. le aplica un golpe de puño en el rostro para retirarse C. raudamente a su domicilio, incidencia que se produce unos quince (15) minutos antes del hecho; todo ello quedó registrado en cámaras de seguridad tanto de un local comercial al que habían concurrido todos los protagonistas, como del domicilio de un vecino, más el testimonio de personas que presenciaron este primer encuentro, entre ellos N. Z., R. C. N. L., G. E. S. y N. B. S..

Todos los testimonios son concordantes y se aprecia una estricta correspondencia con las secuencias registradas por las cámaras, prueba que a sido ponderada metódica y correctamente por el sentenciante.

Tampoco se encuentra en discusión que los imputados, no satisfechos con ello, en el afán de continuar salieron en búsqueda de C. logrando ubicar el domicilio y para ello contaron con el aporte de N. Z., quien les indicó el lugar donde residía Cierta es la observación del defensor en cuanto que, la filmación de la cámara de seguridad ubicada en la finca vecina si bien registra el ingreso de personas a la vivienda de la víctima, sólo capta las piernas de los sujetos, pero ello no fue el único elemento aportado para acreditar el extremo, pues la testigo S. indicó que los observó ingresar y salir de la vivienda, cuando además había apreciado el hecho precedente y a ello se sumó el testimonio de N. que vió cuando los agresores se dirigían a dicho lugar; por último el puntilloso análisis que

de las imágenes efectuó el Suboficial D. también concuerda plenamente con el resto del material, por lo tanto no advierto que la prueba haya sido ponderada parcial o antojadizamente, sino todo lo contrario, y por ello debe confirmarse el pronunciamiento en cuanto que los acusados son quienes intervinieron en el suceso, lo que así voto.

3.- Volviendo sobre el hecho objeto del proceso, quedó acreditado que fueron tres personas las que irrumpieron en la vivienda y que agredieron en menos de un minuto ferozmente a la víctima sin poder determinarse, con el grado de certeza que requiere la instancia, cuál de ellos aplicó los golpes en la cabeza que produjeron un fuerte traumatismo cráneo-encefálico.

La hipótesis Fiscal se basó únicamente en aquella circunstancia que este tercer sujeto, no identificado, fue quien aplicó los golpes mortales porque fue el que tomó una piedra en el exterior de la vivienda, aditando la rapidez con que actuaron y características de las lesiones en la cabeza, lo que desde luego no puede convalidarse porque no hay prueba directa de lo ocurrido dentro del inmueble, más que una agresión múltiple, por ello tampoco puede aceptarse la adjudicación de responsabilidad en carácter de partícipe secundario, lo que luce incongruente con todo el desarrollo fáctico, lo que ya había sido observado en la audiencia preliminar.

Quienes tenían un móvil criminal indiscutidamente eran los imputados, y no este sujeto; ahora bien, tampoco se puede afirmar que el objeto era darle muerte, pero sí golpearlo en represalia de la presunta intención de abusar de la niña y si a eso aditamos como dato objetivo e incontrastable que el deceso se produjo por dos factores como fueron precisamente estas acciones y dejarlo abandonado en tales condiciones sin la posibilidad de auxilio en razón que vive

solo, lo que de acuerdo a la pericia médica contribuyó a su deceso, nos encontramos con esa posibilidad de conectar esa intención de causar un daño en el cuerpo o la salud con el resultado muerte, como requisito ineludible del principio de culpabilidad y por ello es acertada la aplicación de la figura de Homicidio preterintencional -art. 81 C.P.- más allá de la problemática que presentaba el caso.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la nación dijo que " ... el camino de la historia dogmática que han seguido en la jurisprudencia y en la doctrina los delitos calificados por el resultado ha sido marcado por el esfuerzo de evitar una arbitraria atribución de responsabilidad por el resultado. Desde este punto de vista, se admite la constitucionalidad de los delitos preterintencionales en la medida en que se pueda establecer una conexión subjetiva entre la conducta efectivamente realizada con dolo y la consecuencia más grave producida, al menos con imprudencia, como forma de satisfacer la exigencia del principio de culpabilidad relativa a que la acción punible le pueda ser atribuida al imputado tanto objetiva como subjetivamente" (CSJN, Fallos 303:1548; 312:149; 312:447; 316:1190); por ello entiendo que la significación jurídica asignada es correcta y corresponde confirmarla.

4.- Por último, subsidiariamente, se agravia el impugnante de la decisión del Magistrado de imponer la pena de cumplimiento efectivo, cuando por su monto y la falta de antecedentes penales de sus asistidos resulta de aplicación el art. 26 del C.P., avalando el planteo con antecedentes de este Tribunal, que ciertamente tiene postura al respecto.

El a quo con fundamento en la gravedad del hecho, tomando en consideración los motivos que impulsaron a los imputados a delinquir, la actitud posterior, el número de agresores, la indefensión de la víctima, Se inclinó por la

ejecución de la pena privativa de la libertad, señalando además que la defensa no ofreció pruebas que permitan tomar conocimiento de la personalidad de los acusados, de la conformación de sus grupos familiares, de su educación y costumbres, relevantes para poder resolver *en* el sentido que pretendía la defensa.

Acabo de mencionar que esta Cámara tiene postura respecto a la inconveniencia del cumplimiento de penas privativas de libertad de corta duración, recientemente expuesta en autos "T., R. A. s/ Dcia.", Carpeta Judicial n° 8690, Sentencia n° 19/19 de fecha 6 de junio de 2019, y resulta ajustado el fallo citado por el a quo de la C.S.J.N. en cuanto una decisión en tal dirección también debe ser fundada ya que de no hacerlo se estaría privando al individuo de la posibilidad de conocer los pronósticos negativos que impiden otorgarle un trato más favorable.

En este caso advierto una reformulación de pautas atendidas para establecer la dosis de pena, que no es estrictamente la cuestión a decidir, resultando así solo aparente la fundamentación brindada entorno a la conveniencia de la medida, y por ello la decisión de acoger el planteo y revocar el pronunciamiento en ese punto debiendo aplicarse la pena en prisión de cumplimiento condicional e imponer reglas de conducta de acuerdo al art. 27 bis del C.P., coincidiendo plenamente con aquellos propuestas por mi par que lideró el acuerdo, 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. - Hemos advertido en la etapa correspondiente a la deliberación, las particulares características que presenta el caso, teniendo en cuenta que en la audiencia preliminar el Juez Penal cuestionó muy severamente la acusación pública, por entender que el "estándar probatorio" que se requiere alcanzar en el cierre de la investigación penal preparatoria, para fundar la apertura del juicio oral, no había sido alcanzado en absoluto - en orden al delito de Homicidio simple, en grado de participación secundaria (arts. 46 y 79 del CP), respecto a los acusados M. S. B. y M. A. P.-, -

Y más aún, no solo ello se fundamentó en nociones dogmáticas en tomo a la calidad accesoria de la participación criminal -recordemos que, en nuestro caso, el autor principal nunca fue identificado, y por consiguiente, tampoco sometido a proceso-, como asimismo los requisitos típicos de esta extensión de la autoría; sino que, inclusive, se puso en tela de juicio de raíz, cualquier posible conexión subjetiva del accionar de estos imputados, con la actividad cumplida por el ignoto "autor", al motivar su "Auto de apertura" el Juez Penal de garantías, sosteniendo que una hipotética complicidad -conforme el cuadro probatorio de la etapa preparatoria-, era tan posible como su contracara: el denominado "exceso de autor", según el art. 47 del CP, que podría llegar a conducir a la impunidad de B. y P..-

Hasta en la sentencia definitiva, se mantiene esta incertidumbre, si leemos el siguiente párrafo (foja 105 de la Carpeta, p. 49 del decisorio): "... Desde mi modo de ver, tanto este desconocido, como.. .o B. podrían haber efectuado el golpe fatal, pero tal circunstancia no pudo probarse debidamente..

Con todo cuanto vengo exponiendo, solo me interesa remarcar que la situación planteada dista en mucho, de una simple discrepancia técnica respecto a la calificación del hecho; cuando, por ejemplo, nadie duda en orden a la suficiencia del plexo obtenido durante la investigación, y luego simplemente se produce una divergencia entre dos figuras del catálogo represivo, ambas con adecuado sostén probatorio -en estos casos, también puede ocurrir que el Fiscal introduzca una acusación alternativa-. Adviértase que, en el supuesto que nos convoca, la apertura del juicio -en definitiva- por el delito de Violación de domicilio (art. 150 CP), surgió en base a una petición de la Defensa, es decir por fuera de cualquier pretensión punitiva del acusador.-

Tengo presente aquí que la moderna doctrina procesal penal nos enseña que: "... luego de que el acusador decida llevar a alguien a un juicio, éste **deberá** en la etapa de control de acusación. El control de la acusación **implica una importante etapa** en la que se analiza si existe **razonable** probabilidad de que la acusación será probada en el juicio. En caso de que no existiera esa posibilidad, **no podría** ser admitido un juicío respecto de una persona..." (cfr. Adrián N. Martín: "En base a qué se juzga. Notas sobre el juicio de admisibilidad de la prueba y el cambio de paradigma", en la obra colectiva *El debido proceso penal*, t. 1, Dirección Ángela E. Ledesma, 1ª. reimpresión, edit. hammurabi, Bs. As., año 2016, ps. 93 y ss.- el destacado no pertenece al original-).-

En la misma línea, la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia tiene dicho que" ... la audiencia preliminar constituye el acto jurisdiccional imperativo de la fase intermedia del proceso penal acusatorio que se desarrolla oral y contradictoriamente frente a un Juez imparcial, medíante el cual se realiza el control jurisdiccional crítico de la etapa de investigación conducida por el

Ministerio Público. Este control crítico importa ¡la verificación de la validez formal de la acusación y, a la par, la consistencia del caso para habilitar la etapa de juicio, a partir de la prueba que se ofrece, por ambas partes Tal es la significación que he dado al término ‘consistente' que lingüísticamente significa duración, estabilidad, solidez (Diccionario RAE), palabra que integrada al sustantivo ‘caso’ en función adjetiva, implica que la argumentación acusadora y sus fundamentos resulten legalmente aceptables y posean la cualidad o capacidad de generar la convicción de que constituyen base seria para el debate" (Sent. n° *50/2012,* del voto del Dr. Pfleger, en autos "S., Nancy *s/* Dcia. Abuso Sexual representación nieta menor - autor: Segundo Guillermo Alcapán *s/* Impugnación” - Expediente N° 22156 - F° 15 - Año 2010).

y también que: "... Dada la etapa en que se emiten, las dos alternativas decisorias frente a las que se encuentra el Juez del caso una vez concluida la audiencia preliminar deben ser debidamente instrumentadas. Se trata ... del auto de apertura del juicio ..., respecto de los que se han de guardar los recaudos que la norma ritual impone para las sentencias (art. 331 del C.P.P.).”. y concretamente el auto de apertura a juicio: "... demarca - entre otras cosas- la geografía fáctica y jurídica del debate, de modo que, en el devenir, esa circunstancia ha de quedar perfectamente acreditada..." (del voto del Dr. Pfleger, Sentencia n° *54/16,* autos "D., H. R. y Otros en autos: ‘Pcia. del Chubut *cl* D., H. R. - N., M. R. - B., H. J. - A., G. R. - P., J. A. - O., A. C. - D., I. - L., M. J. - C., J. M. - T., A.”, Expediente N° 100125/2015, Carpeta Judicial N° 2946, Esquel).

Siguiendo con esta breve reseña de lo ocurrido en el proceso, merece destacarse asimismo, que en la ya referida etapa intermedia, y de contralor de la acusación pública, el Juez Penal aludió a la existencia de ciertas “facultades”

del Fiscal en el juicio oral, que le permitirían insistir- legítimamente- con su posición originaria; citando la normativa relativa a los alegatos de inicio o apertura, y a la ampliación posterior de la acusación. -

Entiendo que una adecuada hermenéutica del ritual debería llevar a la conclusión que, para ello, mínimamente el acusador debería "remontar" en la etapa siguiente, toda la crítica -negativa- que ha merecido su investigación. Porque, si bien es cierto que el Juez de la etapa intermedia no invalidó la acusación pública, y culminó en su examen por avalar el acto decretando la apertura del juicio, no se debió soslayar ni ignorar toda aquella carga de motivación descalificadora, como si nada hubiera ocurrido -reduciéndola a una mera cuestión de tipificación: el Fiscal general en la presentación de inicio del debate, simplemente se limitó a exponer que su posición (Participación en Homicidio) ya era reiterada a lo largo del proceso, y que para ello contaba con evidencias "fuertes"-.-

Tampoco se dedicó a explicar cuál sería su posición en tomo al delito de Violación de domicilio, fúndante de la apertura del juicio, ignorando por completo toda la compleja problemática del concurso aparente de leyes, principio de subsidiariedad (expresa y genérica), etc.-

Frente a este panorama, el Juez Penal sentenciante ha tenido por subsanado cualquier defecto de procedimiento, sobre la única base de una pretendida ausencia de "objeción" y presunto "consentimiento", por parte de la Defensa, al inicio del debate (v. ps. 51/2 de la sentencia). Sin perjuicio que ello resulta sumamente opinable desde la dogmática procesal y del sistema de garantías -dado que en mi opinión se trata de un caso que excede muy ampliamente, el ámbito del principio de congruencia (tal como ya se adelantara en el apartado

precedente-; en atención a que en la actual etapa recursiva, tampoco hubo de cuestionarse lo actuado por el Juez Penal del juicio oral y público, corresponde aplicar en definitiva el principio de convalidación del procedimiento (art. 163 del C.P.P.).-

III- En apoyo de la solución aplicada por el *a quo,* en orden a la calificación legal del hecho por el que se condena, tengo en cuenta que la doctrina legal de nuestro Superior Tribunal de Justicia ha sostenido, en orden al Homicidio preterintencional, que: ".. .la expresión del art. 81 inc. 1° b) (medio que no debía razonablemente ocasionar la muerte) no se refiere únicamente al medio o arma en sí mismo, sino a la forma de usarlo -lo que en ciertas circunstancias permite concluir que una muerte a puñetazos, verbigracia, configura homicidio simple, en tanto en otras puede constituir homicidio preterintencional, o culposo, y aún no constituir delito-..." (sentencia dictada en la causa: "Cufié, Angel y otra s/ Homicidio", dictada el 23/11/64, voto del Dr. Simonet, citada en la obra del Dr. J. A. Ferreyra: *''Derecho Penal", jurisprudencia de la Provincia del Chubut 1959-1994,* tomo II, p. 97).-

Y también se lee en los precedentes citados, que "...es preciso advertir que la relación entre medio y resultado no puede sustentarse en presupuestos abstractos, porque ello sería descuidar el criterio de razonabilidad que resulta del conjunto de hechos y circunstancias a apreciarse judicialmente en cada caso. Porque si, por ejemplo, es claro que un golpe de puño es normalmente ineficaz para provocar la muerte de la víctima, con lo que su óbito a consecuencia de tal golpe solamente podrá fundar en la generalidad de los casos una imputación **limitada** por la preterintencionalidad, no es menos cierto que resulta razonable el resultado mortal cuando las condiciones del agresor..., de la víctima... o del

desarrollo de la misma acción..., convierten a los puños en mortíferas armas, con aptitud vulnerante suficiente como para la consecución normal de un resultado letal. De lo dicho resulta: Que en el examen del medio empleado habrá de considerarse el poder vulnerante del instrumento del delito, su uso, las condiciones del ofensor y de la víctima, la forma o modo en que se desarrolla la agresión y todas las demás circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores al hecho que impliquen la mayor o menor previsibilidad del resultado..." (sentencia dictada en la causa: "Martínez, Felipe y otra S/ Homicidio" del *14/11/78*, voto del Dr. Ranea, en aut. y ob. cit., p. 106, el destacado no es del original). Por su parte, en el voto del Dr. Sanguinetti se lee: "...El examen del medio empleado debe referirse no al ínstrumento utilizado (si lo hubiera) sino a la action en su conjunto. Y dicho examen no puede mantenerse en un plano meramente objetivo porque las acciones no lo son. Las acciones son conductas que resultan de intelecciones y voliciones del sujeto. y esto es precisamente lo que las define como actos humanos sujetos a la ley y al derecho. De ese modo el análisis del medio empleado constituye no un examen de la objetiva posibilidad letal del acto (que obviamente lo fue) sino de la probabilidad que tenía de serlo **desde el ángulo del propio autor.** Desde allí debe extraer el juzgador, en el análisis instrumental que la ley impone, la existencia de **la culpa que el tipo penal requiere.** Porque si de dicho análisis y en ese contexto resulta que la acción razonablemente debía producir la muerte, el hecho constituiría homicidio simple, mientras que si **el juicio de probabilidad** permite suponer que para el sujeto la muerte no era resultado probable, el dolo del daño menor sólo se agrava con **la culpa de la imprevisión,** y el delito es preterintencional..." (el destacado no es del original).-

La figura preterintencional, supone, al contrario del art. 79

CP, “la discrepancia entre el tipo objetivo (p. ej. causación de la muerte de otro) y el tipo subjetivo (voluntad de producirle lesiones)”, por lo que la dogmática y la práctica españolas -a título ilustrativo- no dudan en caracterizarla como “el supuesto inverso de la tentativa” -ya que “mientras en ésta lo característico es un defecto en el tipo *objetivo,* en el delito preterintencional se da un defecto en el tipo *subjetivo",* por la “menor intensidad de la voluntad criminal respecto del resultado causado, aunque no querido”- (cfr. Enrique Bacigalupo, *Estudios sobre la parte especial del derecho penal,* 2ª edición, editorial Akal/Iure, Madrid, año 1994).-

Siguiendo con el examen comparativo, vemos que el tipo preterintencional del Derecho argentino y español, se corresponde con las llamadas “construcciones típicas incongruentes”, en la definición de Maurach;

que son los casos (muy escasos) en que la ley restringe el tipo subjetivo frente al objetivo, como por ejemplo, en el Derecho alemán, aquellos delitos dolosos calificados por una culpa que sobreviene, que se caracterizan porque el dolo “precisa extenderse sólo a un resultado parcial, mientras que, respecto del resultado que excede, causado sin dolo por el autor, es suficiente que haya culpa” -caso del art. 226 del Código germano que aumenta la pena del delito de lesiones corporales dolosas por el resultado de muerte producido “al menos culposamente” por el autor- (cff. aut. *cit., Derecho Penal. Parte General,* 1.1, p. 356, edit. Astrea, Bs. As., año 1994).-

En la doctrina nacional, cuando se analizan los “componentes subjetivos en el Código Penal Argentino”, se enseña que en algunos casos la referencia a dichos elementos no alude a ninguno “especial” -en el sentido de “distinto del dolo”-, sino a una clase “especial” de dolo. Esto significa que, en tales supuestos, “la exigencia subjetiva no consiste en que el autor *persiga*

*voluntariamente otra cosa,* que no sea la afectación del objeto de bien jurídico referido en el tipo objetivo, sino que se trata lisa y llanamente del *dolo,* pero en una *modalidad determinada.* Dentro de este grupo hay, no obstante..., dos constelaciones de casos: a) los que requieren una intención precisa de afectar el objeto de bien jurídico;... El primer subgrupo está formado por los tipos penales que condicionan la tipicidad, o su agravación, a un específico *disvalor de intención* —es decir, en términos clásicos, a un dolo directo 'de primer grado'-, generalmente, mediante la expresión: 'con el propósito', o con el uso de la preposición 'para'. Así, por ejemplo el llamado *homicidio 'preterintencional ' (art.* 81, inc. 1 b, CP), que prevé, en definitiva, sólo una regulación especial para el concurso entre lesión dolosa y homicidio imprudente rige únicamente si el autor ha obrado 'con el *propósito* de causar un daño en el cuerpo o en la salud' de la víctima...". (cfr. Marcelo A. Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción,* p. 308, con cita concordante de Soler: *"Derecho penal argentino ",* t. III, apartado 81, II).-

En el caso "Cicarell"' la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, con numerosas citas de doctrina, expresó la opinión tradicional respecto de esta cuestión: "...no toda especie de dolo basta para informar la intención del agente en su acción inicial. Es necesario que éste actúe con dolo directo de lesionar, no otra cosa significa el verbo del precepto: "con el propósito de causar un daño...". La voz "propósito" está aludiendo a la necesidad que el fin del sujeto coincida exactamente con el evento dañoso. Es insuficiente, en consecuencia, el dolo indirecto o meramente eventual, para tipificar el accionar antijurídico que provocará el resultado letal..." (sentencia del 30/10173, L.L. 153-61, citado por Hernán V. Gullco, en su obra: *Principios de la Parte General del*

*Derecho Penal - Jurisprudencia Comentada-*, p. 191, Ed. Del Puerto, Bs. As., año 2006).-

Conclusión: según el contexto en sí, en orden a la eficacia letal de los golpes asumidos por los encartados, el principio de la duda nos permite conceder que solo ha podido comprobarse un dolo -directo- de lesión, originado en la intención de "ajusticiar" a C.; debiendo tenerse en cuenta, asimismo, como dato corroborante que los imputados permanecieran por escaso tiempo en el lugar, y hubieron de retirarse "rápidamente" (v. p. 49 de la sentencia, foja 105, ya citadas precedentemente), lo cual debe merituarse favorablemente, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala Penal del STJ provincia), cuando tiene en cuenta a favor del acusado entre otros elementos de juicio, su actitud posterior al hecho, en el sentido de que tanto él como su acompañante huyen del lugar luego de haber herido a la víctima, "sin intensificar la agresión asegurarse el resultado"; concluyendo que ello evidenciaba "la voluntad de lesionar y no de matar" (Sentencia n° *23109,* del voto del Dr. Rebagliati Russell, en autos "Soto, Pablo J. - Agüero, R. Miguel *s/* homicidio agravado en carácter de participe necesario en concurso real con hurto calamitoso (el primero) y homicidio agravado (el segundo)" - Expte. *21.24*8/*2*008, originario de esta Circunscripción Judicial).-

Ahora bien, si a ello se suma la intervención de una tercera persona actuando de consuno, y que no solo adiciona una mayor desventaja para la víctima en lo numérico, sino además -hipotéticamente- provee el uso de algún elemento -romo,, con mayor contundencia para la integridad física -sobre todo cuando se utiliza sobre alguna parte más vital-, que potencia la causalidad; entonces, resulta apropiado cargar también sobre los acusados el resultado mortal, ocurrido tiempo después, a título de un evento que pudo haberse previsto en razón

de las características del objeto y modalidad de uso, aunque ello pudiera haber sido reputado improbable o imposible (sistema fundado en la responsabilidad por culpa).-

En un comentario de jurisprudencia del TCPBA, leo: “La exigencia del arto 81 inc. b ... de que el medio empleado no debía ‘razonablemente’ ocasíonar la se encuentra debatida... la referencia debe ser buscada en el intento de encontrar una pauta que delimite esta calificación legal de la de homicidio simple con dolo eventual... (adscribo) a la posición dogmática que pone el distingo en el tipo objetivo, en la medida en que sólo puede ser asumido, a título de dolo, la realización de un riesgo concreto y, a título de culpa, la realización de un riesgo abstracto ... Por ello el art. 81 inc. b ... debe ser entendido como un delito de homícidio culposo partícular, donde la diferencia esencial, que se mantiene con el art. 84 del mismo cuerpo normativo, es que el medio tiene que ser asumido a título de dolo, generando un peligro concreto para la integridad corporal, pero abstracto frente al bien jurídico vida ..." (Cfme. Schiavo, Nicolás en “Pensmrnento Penal del Sur, t. 2, año 2006, pág. 369).

Como ya lo destacamos en torno a la acusación, tampoco la sentencia se ocupó del concurso aparento de leyes, respecto del delito de

Violación de domicilio por el que se había decretado la apertura del juicio oral; y ello con el solo argumento de que la resolución del Juez de la audiencia preliminar, “ha sido un yerro” (¿7), por haberse dejado "de lado el resudado muerte”.-

IV.- Forma de ejecución de la pena.- No se fundamenta adecuadamente el porqué de la forma de cumplimiento efectivo, ya vimos como la presunta "fuga” del lugar, en verdad debe computarse a favor de los autores, en orden al tipo subjetivo (de lesiones dolosas, y homicidio imprudente) -ello en cuanto a la agravante de la “conducta posterior al hecho”-; y tampoco la pretendida ausencia de arrepentimiento, alcanza para sostener un pronóstico de peligrosidad, como el que se exige en esta materia.-

1) Por ende, la pena ha de dejarse en suspenso, en base al criterio que sigue la jurisprudencia (v.g. C.N.Cas. Pen., sala I, 16 de Mayo de 2002., causa: "Molina, Mariano A,donde se sostuvo que "„oO partir de la reforma de la ley 23.057 al arto 26 del Cod- Penal 'se sustituye la apreciación de la personalidad moral como objeto de determinar como fundamento de la concesión del beneficio, por el de la conveniencia o inconveniencia del cumplimiento efectivo de una pena de prisión', *y* ... la valoración sobre aquella concesión acota funcionalmente las pautas fijadas por el aludido arto 26 - reiterando parcialmente las establecidas por el art 41 del CP- 'en orden al pronóstico de conveniencia', es decir, 'en función de la peligrosidad o recaída en el delito' (De La Rúa, J., Código Penal, ps., 397/398);... porque en el actual texto del arto 26, 'como quedó dicho, es la inutilidad de aplicar efectivamente la privación de la libertad el quid del instituto; en tanto que en el régimen derogado lo era la personalidad moral del sujeto activo del delito, pues la naturaleza del delito y las circunstancias que lo han rodeado, a los que se refería la disposición abrogada, eran pautas utilizables sólo para apreciar esa personalidad. Ahora, la personalidad moral del imputado integra, junto con su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsan a delinquir, la naturaleza del hecho y 'las demás circunstancias', los indices de apreciación de la viabilidad de la condenación condicional por inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad' (Ledesma, Guillermo A.C., "Las reformas penal y de procedimientos", p. 42, Edo Abeledo - Perrot, Bs. As., 1984)" - publicado en Suplemento de jurisprudencia penal y procesal penal, La Ley, octubre de 2002, ps. 48 y ss.-.-

El mismo Tribunal, en la causa caratulada: "Carrasco Palma, Marcelo E. s/ rec. de casación", *15/06/200*6, nos recordaba que: "...la condena de

ejecución condicional encuentra sustento en la teoría de la prevención especial, por el efecto contraproducente que ocasiona la ejecución de penas cortas privativas de libertad. Como la imposición de una pena breve pone de manifiesto escaso contenido de injusto y de culpabilidad por el hecho, debe ceder la función retributiva ante razones de utilidad social que aconsejan prescindir de una ejecución que sería perjudicial" -Roxin, "El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo", en la reforma del derecho penal, p. 95; ídem, "Culpabilidad *y* prevención en derecho penal", p. 71; Luzón Peña, "Medición de la pena y sustitutivos penales", p. 69-. Además, 'un período de encierro de poca duración no garantiza el éxito de ningún programa de resocialización, y por el contrario permite que la estadía en prisión gravite negativamente sobre el condenado, como consecuencia del denominado proceso de 'prisionalización´, efecto del contagio carcelario -Hood. Sparks, ´Problemas clave en criminología´, p. 218 y ss.; Goppinger, Criminología, p. 334 y ss. Por el contrario, '...una condena de ejecución condicional cumple la finalidad de servir como advertencia, que además de operar disuasivamente en el futuro inmediato, cumple una función de prevención especial positiva pues conlleva un llamado para que el condenado oriente su comportamiento hacia el respecto al sistema normativo -De Benedetti, "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencia", D. Baigún – Eugenio Zaffaroni (dir.) M.A. Terragni (coord.) t.l, p. 374 ... Por su paite, Hans- Heinrich Jeschek, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Ed. Gomares, Granada, cuarta edic. t993, pág. 58/759, sostiene que 'la suspensión condicional... conjuga el juicio de desvalor expresado en el pronunciamiento penal y la llamada a la propia voluntad del reo, fortalecida por la amenaza de ejecutar la pena, para que se reinserte socialmente. Mediante las reglas de conducta y la ayuda

para el período de prueba, le proporciona un auxilio eficaz para comportarse debidamente durante dicho período y evitar simultáneamente los daños que el cumplimiento de la pena privativa de libertad pudiera aparejar.... (cfr. "Lamuniere, Andrés D. s/recurso de casación", causa n$^{0}$ 6299, Reg. N° 8543, rta. *23/02/2006)"* -Suplemento LL Penal y Procesal Penal, ya citado, setiembre de 2006, ps. 97 y ss.- .-

2) En razón del modo de cumplimiento de la pena, hemos acordado fijar las siguientes reglas de conducta del art. 27 bis del G.P. por un período de tres años, a saber: t.- Fijar domicilio y someterse al cuidado de la Agencia de Supervisión o ente similar, dos veces al año y 2.- Realizar un curso de Instrucción Cívica a los efectos de internalizar el concepto de no recurrir a tomar justicia por mano propia, ante cualquier mínima sospecha de comisión de un delito (arts. 26, 27 bis, incs. t$^{o}$ y 5°, y 29, inc. 3°, del GPP).-

V.- Por todo lo expuesto, sumo mi voto parcialmente por la afirmativa, a la presente cuestión.-

A la SEGUNDA cuestión el Dr. MONTENOVO dijo:

En base al resultado del tratamiento de la cuestión precedente propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación ordinaria deducida por la Defensa de los acusados M. S. B. y M. A. P. contra la sentencia N° 1553/19, dictada en fecha 26 de abril del corriente año y confirmar parcialmente la sentencia condenatoria mencionada, readecuando el modo de cumplimiento de la pena de dos (2) años y seis (6) meses de prisión, la cual será de carácter condicional fijándose las siguientes reglas de conducta que deberán ser observadas por un período de tres años: 1.- Fijar domicilio y someterse al cuidado de la Agencia de Supervisión o ente similar, dos veces al año y 2.-

Realizar un curso de Instrucción Cívica a los efectos de internalizar el concepto de no recurrir a tomar justicia por mano propia, ante cualquier mínima sospecha de comisión de un delito, por el hecho 6currido en esta ciudad el día 9 de octubre del año 2016 en perjuicio de V. C..-

Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales del Defensor de Confianza, Dr. A. D. F. en 15 rus (Ley XIII, N° 15, modificatoria de la Ley XIII N° 4 (antes Ley 2.200).

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

Atento al corolario al que se arribara por unanimidad en la deliberación de la primera cuestión, adhiero a lo propuesto por el colega que me precede en el orden de votación y que se dicte pronunciamiento en dichos términos

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

Atento al resultado de la deliberación y votación de la cuestión precedente, todo por unanimidad, adhiero a la propuesta de pronunciamiento efectuada por el colega que lidera el Acuerdo, en todos sus términos.-

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

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

**1°) HACER LUGAR** parcialmente a la impugnación ordinaria deducida por la Defensa de los acusados **M. S. B. y M. A. P.** contra la sentencia N° 1553/19, dictada en fecha 26 de abril del corriente año (arts. 374 y 382 y ss. del CPP). ----------

**2°) CONFIRMAR** parcialmente la sentencia condenatoria mencionada,

readecuando el modo de cumplimiento de la pena de dos (2) años y seis (6) meses de prisión, la cual será de carácter condicional fijándose las siguientes reglas de conducta que deberán ser observadas por un período de tres años: 1.- Fijar domicilio y someterse al cuidado de la Agencia de Supervisión o ente similar, dos veces al año y 2.- Realizar un curso de Instrucción Cívica a los efectos de internalizar el concepto de no recurrir a tomar justicia por mano propia, ante cualquier mínima sospecha de comisión de un delito (arts. 26, 27 bis, ines. 1° y 5°, y 29, inc. 3°, del CPP), por el hecho ocurrido en esta ciudad el día 9 de octubre del año 2016 en perjuicio de V. C..  ----------

**3°) REGULAR** los honorarios profesionales del Defensor de Confianza, Dr. A. D. F. en 15 JUS (Ley XIII, N° 15, modificatoria de la Ley XIII N° 4 (antes Ley 2.200).----------

**4°) Copíese**, protocolícese, notifíquese.----------

La presente Sentencia es firmada por dos de los Magistrado intervinientes por haberse ausentado el Dr. Guillermo Alberto Müller, por uso de licencia, con posterioridad a la deliberación (art. 331 del C.P.P.)

DANIEL LUIS MARIA PINTOS
JUEZ
CAMARA EN LO PENAL

MARTIN R. MONTENOVO
PRESIDENTE
CAMARA EN LO PENAL