En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los veintidós días del mes de enero del año dos mil diecinueve, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial con asiento en Trelew, integrada por los doctores Adrián Roberto Barrios, Alejandro Gustavo Defranco y Flavia Fabiana Trincheri, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"L. R. S/tentativa de homicidio r/víctima" (Carpeta 7230 OJ Tw – Legajo 70.619 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnaciones interpuestas por los Sres. Defensores particulares, Dr. A. M., en representación de A. A. Z. y el Dr. N. F. G. en representación del coimputado M. S. Z., contra la sentencia dictada en fecha 04/10/18 y registrada bajo el nro. 2580/18, por el Tribunal colegiado conformado por los Dres. J. Alberto García, Mirta del Valle Moreno y Francisco Marcelo Orlando, por la que se condenara a A. A. Z. como autor material y penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma en concurso real con hurto simple (arts. 79, 45, 41, 162 y 55 del C.P.), a la pena de dieciséis años de prisión de efectivo cumplimiento y a S. M. Z. como partícipe necesario homicidio agravado por el uso de arma en concurso real con hurto simple (arts. 79, 45, 41, 162 y 55 del C.P.), a la pena de trece años de prisión de efectivo cumplimiento, por los hechos acaecidos en esta ciudad el día 26 de marzo del año 2018, en perjuicio de L. R.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 08/01/18, intervinieron los imputados A. A. Z. y S. M. Z. –cuyas demás circunstancias personales obran en autos- con la asistencia técnica de los Defensores Particulares, Dres. A. M. y N. F. G., respectivamente, como asimismo la Sra. Fiscal Dra. María Tolomei y la Sra. Z. I. D., en su carácter de madre de la víctima L. R.

En el transcurso de la misma los Sres. Defensores ratificaron y ampliaron las impugnaciones oportunamente deducidas.

Por su parte, la representante del Ministerio Público Fiscal de esta circunscripción judicial, luego de reseñar el hecho por el cual efectuara oportunamente la acusación que prescribe el art. 291 del rito, efectuó extensas lecturas de los votos de los jueces sentenciantes en orden a los agravios que postularan ambas defensas, concluyendo que dicho pronunciamiento se encuentra suficientemente abonado y motivado en la prueba concluyente que acreditó la intervención que se les adjudicara a los imputados en el evento investigado, solicitando que las impugnaciones deducidas deben ser rechazadas, confirmándose en todos sus extremos el pronunciamiento que se revisa.

Invitados que fueron los imputados a declarar, S. M. Z. sostuvo su ajenidad con el hecho, por cuanto había sido operado de la rodilla y que se sometió a un examen médico por pedido de la Fiscal.

Previo a dar por concluida la audiencia hizo uso de la palabra la Sra. Z. D. quien manifestó que lo único que quería es que se pusiera en la balanza la verdad y la mentira

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Roberto Adrián Barrios, Alejandro Gustavo Defranco y Flavia Fabiana Trincheri.

El Juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Tras sustanciar en audiencia la pretensión impugnativa de la resolución dictada por el Tribunal de Juicio, corresponde ahora revisar la decisión recurrida por ambos condenados.

2.<u>De la impugnación presentada por S. Z.</u>

Este imputado y su defensa, han ensayado una impugnación centrada en cuatro agravios concretos. Seguiré su orden.

2.1 El primero de ellos se refiere a una supuesta valoración arbitraria de la prueba producida, y del alcance otorgado a los dichos de M. y de V., de lo que los jueces tuvieron por acreditado que S. Z. estuvo aquella noche, conduciendo el rodado en donde se trasladaba junto a su hermano A. A. Z. (autor material del homicidio), y otra persona no identificada. Cuestionó el grado de credibilidad de esos testigos, en supuesta abierta contraposición a lo declarado por ambos imputados, que poseerían un alto indicio de veracidad.

Ahora bien, sabido es que la idea con la prueba es que el litigante acredite todas y cada una de las proposiciones fácticas de su caso mediante evidencia. En el caso que la evidencia comprenda la de testigos, cada uno de ellos debe exponer ante los juzgadores el tramo de los hechos que hayan conocido a través de sus sentidos. Algo así como la parte de la historia que se pretende contar. La información se aporta al tribunal de juicio respondiendo a las preguntas que formulen las partes, ya en el examen directo o en un contra examen. El testigo debe aparecer como confiable, y su relato debe ser creíble.

Sin embargo, un tribunal puede creer o no a los testigos en general, o a alguno particular. En su caso, deberán ponderar lógica y racionalmente el valor de convicción del testimonio, y en el caso de tribunales compuestos por jueces como en el presente, su carga será desarrollar en sus votos los fundamentos de porqué se le cree o no. Se ha dicho que *"todos los testigos valen"*, pero *"su peso"* dependerá de las condiciones de credibilidad específicas de cada caso.

Analizado el fallo, tengo para mí que el Tribunal de Condena ha fundado acabadamente el porqué se les dio crédito a los testimonios atacados, y en este punto el planteo del recurso no puede prosperar.

De la lectura de los fundamentos, se colige una minuciosa exploración tanto sobre el contenido de cada testimonio, como su conjunción con el resto del plexo probatorio.

2.1.1 La magistrado que presidió el tribunal, dijo *"…B. M. y R. V., amigos de L., nos brindaron una declaración sentida, sincera de lo que pasó esa madrugada con su amigo, pudiendo apreciar el alto grado de temor hacia los imputados por las consecuencias de su declaración" (…) "El relato impresionó creíble, sincero y sin ninguna fisura ni animadversión hacia los sindicados, dando detalles de lo acaecido aquella madrugada."*

Específicamente de M., en análisis de su coherencia interna, tuvo en cuenta que *"…a lo largo de todo el proceso la que se mantuvo incólume hasta el momento de brindar declaración testimonial en esta audiencia de debate".*

De R. V., que declaró por video conferencia desde la ciudad de Viedma, la impresionó como un joven *"…muy consternado, dolido, abrumado y a pesar de evidenciar mucho temor por su declaración, su relato aparece creíble y sincero."*

Caferatta Nores, en cuanto al análisis de la sinceridad del testimonio, dice que *"… será necesario, además, luego de la valoración individual de cada testimonio, cotejarlo con el resto de las pruebas reunidas, a fin de lograr una correcta evaluación de su eficacia probatoria…"* (La prueba en el proceso penal, pag. 123), o al decir de Lino Palacio, *"que en la mayor parte de los casos la prueba testimonial se relacione con el resultado de las restantes pruebas producidas en tanto ese criterio contribuye a la adecuada valoración de la primera"* (Palacio, "La prueba en el derecho penal", pag. 125, con cita de Fenech, Derecho…, t. I, pag. 692).

Ello así, para la juez Moreno los dichos de B. M. se apoyan en prueba científica, como la inspección ocular realizada por el subcomisario P. A., en el Informe

Técnico N° 477/17 en el acta de inspección ocular, obrante a fs 61/68 y 76/78 respectivamente del legajo de prueba fiscal, la Pericia Balística N° 66/17 y Pericia Criminalística N° 6/17 efectuada por el Licenciado F. C.

Este método de testeo de la declaración, fue replicada por los demás jueces que integraron el Tribunal.

2.1.2 El doctor Orlando, a partir de la página 72 de la sentencia (165 vuelta de la carpeta), desarrolló los fundamentos que acreditan la autoría del recurrente. Valoró y relacionó los testimonios de M. y de V., que a su vez cotejó con el descargo de S. Z.

De M., dijo que *"…el testigo brindó detalles del hecho ocurrido, manifestó con precisión el lugar donde se encontraba y que fue lo que observo aquel día. Todos sus dichos fueron convalidados por restante prueba"*; y agregó que aquellos fundamentos dados por la defensa, para objetar esa declaración, obedecen a cuestiones "ajenas" o "circunstancias propias o condiciones de vida del testigo", que resultan "ajenas" al análisis valorativo que debe efectuare en el marco de la presente instancia.

Del testigo V., remarcó su total coincidencia con lo afirmado por M., *"…en cuanto a que se encontraron con A. Z. y este le recriminó su actitud para con el sobrino del nombrado. También fueron contestes con lo que escuchara dentro del domicilio al momento de los disparos, **"así se hace", "así se hace"**; identificando dicha voz con la del los hermanos Z."*

2.1.3 Por último, el juez García de M. dijo que su versión es coincidente con otros testimonios brindados en la audiencia de debate, y corroborado por otros indirectos y prueba científica, que *"…no permite admitir la sospecha de ser mendaz."*

A partir de la página 96 de la sentencia, aplicó el mismo método de análisis de la versión del testigo, que efectuaron sus colegas: coherencia interna y externa.

Tuvo en cuenta también la versión de descargo de los imputados, que con plausibles fundamentos descartó. En dicho sentido, en página 188 dijo *"La única versión que coincide con la declaración en carácter de imputado de S. es la declaración en carácter de coimputado de su hermano A. sin prestar juramento, lo que le otorga valor indiciario y, como tal, debe verificarse su coincidencia con la demás prueba rendida para alcanzar un alto grado de credibilidad". (…) "M. afirmó bajo juramento de ley y sin lugar a dudas que cuando fue interceptado en la calle P. de I., a la altura del Pasaje T. por un auto blanco, que S. Z. iba conduciendo y A. Z. se bajó del lado del acompañante empuñando un arma larga (tipo rifle) y le preguntó por los demás."*

"Esta circunstancia da credibilidad a sus dichos respecto del encuentro porque luego de ello A. y S. – según la versión de M.- se dirigieron a la casa de L. R. y A. Z. comenzó a disparar y S. Z. permaneció en el auto esperando, siempre manejando."

"El reconocimiento de A. Z. al manifestar en su declaración que fue él quien disparó con un arma larga (rifle) hasta dar muerte a L. R. hace verosímil los dichos de M."

"Si el encuentro no existió como dicen A. y S. Z. cómo se explica razonablemente que M. sabía que "C." portaba un arma larga (rifle) instantes antes de comenzar a disparar en la casa de L. R. hasta darle muerte como reconoció el propio "C." Z."

En otro tramo de su voto, dejó bien aclarado que la totalidad del testimonio de M. le pareció veraz, toda vez que no pudo el magistrado encontrar una sola fisura en su contenido, sino todo lo contrario, ya que, al contrastarlo con los elementos de prueba rendidos en juicio, se verificaron cada una de sus afirmaciones.

Denunció la defensa que M. dijo haber visualizado el momento en el cual se efectuaron los disparos, mas no recordó si fueron desde adentro o desde afuera del automotor estando a una distancia de escasos metros. Que, si bien parte de su testimonio es creíble, por tramos se advierten serios indicios de mendacidad traducidos en la vieja y conocida fórmula del "no recuerdo".

En este punto, comparto el criterio de la juez Moreno que consideró que "*esta cuestión no le quita credibilidad a su declaración ni la tiñe de inexactitud".*

2.1.4 Como vemos, los jueces han justificado acabadamente el motivo por el cual les creyeron a los testigos, en descrédito a la versión A. A. y de S. Z. que afirmaron que este último no estuvo en el lugar y a la hora del hecho.

La declaración de una persona coimputada es perfectamente válida como medio de prueba, pero para que sus dichos puedan operar como verdadera prueba de cargo, esa declaración debe superar con éxito el análisis de testeo de testimonios más exhaustivo que los jueces puedan hacer.

Si las manifestaciones de un co-imputado no fueran corroboradas con otras pruebas externas, sería insuficiente para mantener el estado de inocencia ante la prueba de la acusadora. Para lograr la desincriminación en el hecho, la versión del acusado debe competir con la de la fiscalía, y generar dudas al menos.

Sin perjuicio de la facultad de toda persona de no estar obligada a prestar declaración en causa que el Estado posea en su contra, la opción de hacerlo implica para ese Estado la evacuación de todas las citas que en ella incluya, y también su análisis conglobado con el resto de la prueba de cargo que se produzca.

Es justamente en esa carga de evacuación de citas en donde se debe ubicar el informe médico del 28 de marzo

de 2017, producido a instancia de la fiscalía, a propósito del descargo del imputado efectuado en la audiencia de control de detención.

Por ello, pese a observar la decisión del tribunal, aun teniendo en cuenta aquella información agregada a la carpeta de la OfiJudTw, la conclusión de descreimiento del descargo sería la misma.

Así es, el informe dio cuenta de manifestaciones secuelares en el miembro inferior izquierdo del encartado, del que se observó deambulación con dificultad, mas no una imposibilidad absoluta para el manejo de rodados.

Es más, pese a no hacer lugar al pedido de la defensa, el juez García transitivamente tuvo en cuenta el informe médico reclamado, al decir *"Como quedó expresado, de modo alguno se acreditó con grado de certeza la dolencia que le impedía manejar que invocó el imputado S. M. Z. y su hermano A. A. Z. en sus declaraciones en el debate intentando mejorar su situación procesal y alegar que M. mintió en ese aspecto." (ver página 115 del fallo, 187 de la carpeta).*

Con ello, entiendo que los jueces han analizado acertadamente estas versiones, con las cuales, en contraposición a las evidencias de cargo antes referidas, los llevaron a concluir que S. Z. estuvo aquella noche en el auto que llevó a su hermano a la casa de la víctima.

Así, el Tribunal dijo que no existe otro sustento probatorio en ninguna otra prueba tenida por válida y que haya sido ofrecida, legalmente admitida y producida en este debate que la confirme. Y de ello toda razón ha de dársele.

Resuelto entonces por no hacer lugar al primer agravio, corresponde ahora pasar al siguiente.

2.2 Supletoriamente, la defensa de S. Z. ha cuestionado el grado de participación endilgada en la sentencia a su cliente.

Dijo que los sufragantes escogieron la participación primaria, en atención a considerar que la naturaleza del aporte fue necesario, pero sin dar al respecto mayores explicaciones de por qué.

Veamos los fundamentos de cada votante por separado.

2.2.1 La primer votante, hizo un *racconto* de las acciones certificadas que se le endilgan a S. Z.:

A) su presencia desde el inicio del hecho, en el encuentro con M. cuando aquél fue interceptado camino a su casa allí en el Pasaje T. y P. de I.,

B) trasladar a su hermano A., quien portaba un arma de fuego, cargada y con municiones hacia la casa de L. R.,

C)la permanencia en la conducción del vehículo cuando comenzó la ejecución del hecho -disparó desde adentro del rodado-,

D)la ubicación del rodado (giro en U) para luego darse a la fuga.

Por estas acciones, rechazó su posible reproche en calidad de coautor funcional, y estableció que fue un realizador de aporte necesario al hecho del autor. Agregó a ello que no podía desconocer cuales eran las intenciones de su hermano A., y que dirigió sus acciones poniéndose a disposición del accionar de aquel.

2.2.2 El juez Orlando tuvo por acreditado que el imputado:

a) era quien conducía el rodado y permaneció en todo momento en su interior, mientras A. Z. ejecutó los hechos.

b) En *forma previa* a la ejecución de los hechos, ambos imputados, a bordo del rodado marca Daewo, color Blanco, Dominio X, conducido por S. Z. interceptaron a M. en la calle P. de I. X, distante a unos 38 metros de la casa de la víctima, oportunidad en la cual, quien viajaba como acompañante, C. Z., *descendió del mismo con un arma larga en una de sus manos*, preguntándole donde estaban;

c) luego de ello continuaron su curso, deteniendo el rodado en la puerta del domicilio de la víctima, donde se ejecutó el hecho.

d) Luego continuaron su marcha y ejecutó C. de inmediato el otro hecho atribuido, que es el Hurto del televisor.

Al momento de valorar el comportamiento desplegado por el imputado en el caso concreto, estimó que realizó *un aporte de carácter esencial,* para que el autor en pleno dominio del hecho, ejecutara el mismo, al punto que este último no "***hubiera podido*** dar ejecución al hecho del modo efectuado", en la hora y lugar en que ocurrió, *de no ser por la actividad desplegada por su consorte de causa. "La ejecución del hecho y dominio del mismo de parte del autor y la colaboración esencial prestada por el partícipe desde antes del comienzo de la ejecución, no lo convierte en modo alguno en coautor, tal como expresara la defensa, sino que claramente queda delimitado su rol en el carácter atribuido."*

2.2.3 Finalmente el juez García fue más específico en sus consideraciones.

Tuvo en cuenta que el encartado:

a) desde un inicio del plan pergeñado por su hermano, supo concretamente cuál era su determinación. Y ello así porque antes de que se produjera el encuentro con B. M., A. "C." Z. tuvo un incidente con B. M., L. R. y R. V., reconocido por "C."-;

b) luego de ello fue a buscar el arma, a su hermano y una tercera persona.

c) S. vio a su hermano que en el encuentro con B. M. bajó con el rifle y escuchó el interrogatorio a M. de dónde estaban los otros con claras intenciones de ir a buscarlos para tirotearlos,

d) subió a su hermano al auto y se dirigió manejando hasta la casa de L. R.

e) Una vez allí, desde el auto observó cómo su hermano "C." comenzó a disparar hasta darle muerte.

f) Lejos de asombrarse por ello y determinarse en otro sentido, lo esperó en el auto, y cuando aquel subió, se retiraron y concertaron el regreso a la casa de L. R., dando la vuelta en "U" sobre la calle Paso de I., esta vez para que baje "C." y el otro sujeto que viajaba en la asiento de atrás del auto para sustraer el televisor del interior de la vivienda.

g) Recogió nuevamente a su hermano, su consorte, y los sacó inmediatamente del lugar manejando el automóvil, todo lo cual fue observado por B. M.

Razonó el magistrado que S. "G." Z. realizó un aporte necesario, que suprimiendo el mismo el hecho no se hubiese cometido de igual forma *"…en atención a la imposibilidad S. "C." Z. de ponerse a resguardo inmediatamente como lo hizo y trasladar el televisor de grandes dimensiones y el arma larga que portaba".*

2.2.4 Sabido es que mientras al autor se representa el hecho como "suyo", al partícipe, el hecho se le representa como "ajeno", revistiendo éste un carácter dependiente al accionar del autor.

El partícipe en sentido estricto, realiza aportes en el hecho que protagoniza el autor (convergencia objetiva).

Si consideramos entonces que el aporte del cómplice es necesario, no solo por su grado, sino por su efecto respecto de la configuración práctica del pertinente tipo delictivo, nuestra tarea como revisores de la sentencia, en lo que a la convergencia objetiva se refiere, es verificar si ese listado de conductas enrostradas por los jueces a S. Z., constituyen aportes

necesarios e imprescindibles para que el delito se haya consumado como se consumó.

A diferencia de los integrantes del cuerpo de condena, entiendo que la respuesta es no.

De las conductas endilgadas a S. Z., podemos apuntar del listado de la juez Moreno, las individualizadas en los incisos B, C y D, como las configurativas del aspecto objetivo de participación; del juez Orlando, la de los incisos a, c y d, y del juez García, la de los incisos d, e, f y g.

Cualquiera de esas acciones, casi todas referidas a la asistencia en el manejo del rodado en el que el autor del homicidio llego a la casa de la víctima y se retiró de allí, pudo haberlo hecho el mismo A. Z., y el resultado se hubiera producido igual.

No parece determinante que el único disparo que "C." realizó desde el auto, no podría haberse efectuado si fuera él quien conducía. Es más, ese no fue el disparo que ultimó a L. R., como acertadamente dijo la juez Moreno.

Nuestro artículo 45 del Código Penal, en su primera parte, expresa: "*Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito…*"

Aplicando la teoría de los bienes escasos, aquellas conductas indicadas por los jueces, no revisten la calidad de dificultosas de conseguir para el autor, ni resultan imprescindibles al punto de colegir que sin ellas, no habría podido ejecutar las acciones cometidas.

Así las cosas, cualquiera de las acciones reprochadas por los magistrados a S. Z., pudieron haber sido realizadas por el mismo autor del homicidio y del hurto, y los delitos se hubieran consumado de igual manera.

El juez García dijo que al autor le "*…resultaba imposible manejar el automóvil, efectuar los disparos, ingresar a la casa, sustraer un televisor de grandes*

dimensiones, y luego subir nuevamente al automóvil para darse a la fuga, sin el aporte necesario de su hermano S. "G." Z...."

Disiento respetuosamente con la palabra *imposible* de sus conclusiones.

Dentro de un marco de posibilidades, cualquiera de estas acciones resultaba posible de realizar. Es más, es también factible que el conductor acomode su arma, la saque por la ventanilla del rodado y dispare, estando el auto detenido, o aun en marcha.

2.2.5 Por otro lado, sabido es que el partícipe necesario también debe integrar el proyecto común del delito, es decir debe tener conocimiento de la finalidad del autor (convergencia subjetiva).

"Si alguno de estos últimos sujetos no tuviese conciencia de que su conducta está construyendo una porción del hecho, contribuyendo para que se lleve adelante el plan del autor, no será partícipe y, por ende, no punible". (TRATADO DE DERECHO PENAL, TOMO 1, Ed La Ley, Marcos A. Terragni, página 597).

Al igual que en el sub acápite anterior, podemos individualizar del voto de la jueza Moreno al inciso a, del juez Orlando el b, y del juez Garcia el c, que justifican acabadamente el preconocimiento que tenía S. Z. de las acciones que llevaría a cabo su hermano.

En revisión de estos fundamentos de la convergencia subjetiva, estimo que son suficientes y plausibles las razones mencionadas por los jueces, y justifican el reproche que, como vimos, no será en calidad primaria, sino en la secundaria.

En efecto, tengo para mí que el tribunal ha justificado debidamente el preconocimiento que tenía el imputado de las acciones que llevaría a cabo su hermano, pero que encuadran en las previsiones de nuestro artículo 46 del Código Penal que establece que: *"Los que cooperen*

de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad…”.

Es por todo ello que voto por hacer lugar a este agravio, y atento la penalidad disminuida establecida en la norma, reenviar a los jueces que correspondan para que se establezca la pena que en dicha calidad le compete al recurrente.

2.3 El tercer agravio se refiere a la falta de respuesta de los integrantes del cuerpo de condena, a las invocaciones efectuadas por la defensa del porqué la aplicación de la agravante genérica del artículo 41 bis del código penal, violenta los principios de legalidad y de culpabilidad.

Respecto al centro neurálgico del recurso, se impone aclarar a partir de mi participación en el tribunal de juicio del caso “B. D. y P. M. p.s.a homicidio en grado de tentativa y abuso de armas. Tw” (Carpeta n°3563, Legajo Fiscal n° 33.320), modifiqué mi postura respecto al tema, y me enrolo en las filas que estima que la agravante de referencia puede ser aplicada en estos casos, sin perjuicio que puede ser válidamente discutida.

En efecto, dije entonces, y sostengo ahora, que es posible la aplicación del artículo 41 bis del Código penal argentino a los tipos penales que no contemplen la circunstancia que la norma prevé como elemento constitutivo o calificante del tipo básico, puesto que es el mayor poder vulnerante del medio empleado para ejercer violencia o intimidación contra las personas, lo que justifica la agravante.

Es posible que la técnica legislativa de insertar una agravante en forma genérica para todo delito de la parte especial en su primer parte sea inapropiada, mas ello no invalida su aplicación. La norma es válida, y de plena operatividad en casos de homicidios del art. 79

del código penal, como ya nuestro Superior Tribunal de Justicia lo sostuvo en el caso *"B., M. A. s/ Homicidio simple en concurso con abuso de arma" (Expediente 20.107-B-2005) 2006,* en los que se dijo que *"En el hecho, para dar muerte a la víctima, don M. A. B. empleó un arma de fuego. La agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal se atribuye al tipo que pueda ser consumado mediante violencia o intimidación. El tipo que establece el delito de homicidio, indudablemente admite esa forma consumativa y en el caso concreto así lo consideró el tribunal de juicio. El legislador concibió la idea de que un delito cometido con arma de fuego aumenta la culpabilidad del autor, debido al mayor poder vulnerante del medio empleado para ejercer violencia o intimidación contra las personas. De modo que, según el Código Penal argentino matar con un arma de fuego implica, para el agente, una mayor medida de culpabilidad que hacerlo sin ella (v.g. con arma blanca o con las manos) aun cuando el bien jurídico protegido sea el mismo. Dicho de otro modo, en ambos casos el bien jurídico protegido es equivalente, la culpabilidad del autor, no" (Voto del Dr Panizzi).* Otro precedente en el mismo sentido de nuestro Alto Tribunal provincial es del caso *"D., D. A. s/ homicidio simple" (Expediente N° 20.083-D-2005-sentencia N° 64/06 del 21/11/06).*

La Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en Sentencia n°74 del 27/08/03 en los autos *"N. V. H. p.s.a. Homicidio, etc. -Recurso de Casación"*, sostuvo también el criterio que este revisor comparte, en cuanto a que es aplicable el art.41 bis al delito de homicidio simple, pues se trata de un delito doloso, la acción típica sin duda exige violencia en contra de la víctima, y la figura penal no contiene en forma expresa dentro de su estructura la circunstancia consistente en el empleo de un arma de fuego *(fallo citado por NADER, A. A.: "Agravante del Art. 41 bis del Código penal y el*

principio de legalidad". Revista IN IURE [en línea] 1 de Mayo de 2012, Año 2, Vol. 1. pp.156-175. Recuperado (Fecha de acceso), de http://iniure.unlar.edu.ar).

A más abundar, se suma a esta columna jurisprudencial la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, en los autos *"M., L. A. s/recurso de casación. 26/06/07, Causa n°7883, Registro n°874.07.3*, cuando resolvió que es *"correcta la aplicación de la agravante prevista en el art.41 bis del C.P a aquellas figuras típicas que no contienen como elemento constitutivo o calificante la utilización de un arma de fuego, como en el caso del homicidio, que puede llevarse a cabo por cualquier medio".*

Por estos argumentos que he detallado, mi posición respecto al agravio coincide con la posición desarrollada por el tribunal de condena.

Al control de aquello que no se dijo en los votos y que la defensa reclama, se advierte que no es cierto que ninguno de los jueces se haya expedido sobre el tema.

El juez Orlando en página 171 de la carpeta, dio argumentos de porqué la agravación genérica de la ley no afecta los principios de legalidad y culpabilidad (ver tercer párrafo de esa página).

Sin perjuicio que los otros votantes, no se refirieron concretamente a dicho punto, dieron sendos argumentos que fundamentan a mi parecer, plausible, razonada y racionalmente, la aplicación de la agravante que merece ser confirmada.

Por ello mi voto es por la confirmación de la aplicación de la agravante prevista en el art.41 bis del código penal.

2.4 El último punto de agravio, apuntado a la mensuración de la pena impuesta, deviene abstracto atento las consideraciones y consecuencias del temperamento arribado en el acápite 2.2 y concordantes de este voto.

Pasemos al siguiente recurso.

3. De la impugnación presentada por A. A.Z.

Este imputado y su defensa, han ensayado una impugnación centrada exclusivamente en el monto de la pena impuesta.

Dijo la defensa que dicha pena es excesiva, y que los jueces consideraron el cambio de calificación y la falta de antecedentes de su cliente como atenuantes, más no el hecho más importante: la confesión del hecho. Que ello debe ser considerado como un arrepentimiento.

Agregó un planteo que tiene que ver con la emergencia carcelaria, que agravan la pena por las condiciones en que se cumple, y nada indica que en el futuro se solucione. Que ello torna infundado la pena de 16 años impuesta, peticionando la aplicación del mínimo legal.

Pese a dichas vicisitudes que tienen que ver con el contenido de las peticiones de las partes y la resolución judicial, sobre la que he de volver, se impone hacer constar que es labor de este Cuerpo revisor ponderar la decisión de los jueces que juzgaron y resolvieron, en función de la prueba y las solicitudes que le fueran realizadas.

Y esto porque suele confundirse la competencia de las Cámaras Penales al considerar que, en esto de realizar un juicio al juicio, y la teoría del máximo rendimiento que importa agotar la capacidad revisora en todo lo que sea posible conforme a las particularidades de cada situación, se puede instar a la formulación de una nueva resolución con los mismos antecedentes, o acaso otros nuevos.

Ello no es así.

La naturaleza misma de la impugnación ordinaria prevista en la ley, en concordancia con la exigencia incorporada al bloque constitucional de la Carta Magna, es la de garantizar la revisión integral de la sentencia, no del caso, por un órgano Superior, y otorgar así firmeza a las decisiones de la jurisdicción *(consagrado*

en el art.18 de la constitución nacional, y por imperio del art.74 inciso 22, los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art. 14. 5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos).

Siempre las sentencias de los jueces penales serán la materia prima sobre la que trabajarán los jueces de las Cámaras Penales, y las consideraciones de los agravios del imputado y su defensa, el marco y límite de su competencia, salvo, claro está, supuestos de evidente vulneración a garantías constitucionales que habilita a cualquier magistrado a actuar en consecuencia.

Al control de la audiencia de cesura, se colige sin hesitación que los jueces tuvieron en cuenta las postulaciones de las partes, de las cuales la defensa no postuló la confesión o el arrepentimiento de su cliente como pauta atenuante de la pena.

En realidad, fue invocada por la hoy pretensa como lo dijo el juez Orlando, en página 174 de la carpeta.

En dicho tramo del fallo dicho juez tuvo en cuenta el reconocimiento de los hechos, no exactamente como atenuante, sino para descartar la falta de su arrepentimiento como agravante, como lo requiriera la fiscal. La titular de la acción penal estimó en esa parte del proceso que la confesión de Z. obedeció a un intento de justificar la acción.

Ninguno de los otros jueces se expidieron sobre el punto que, remárquese, venía en la órbita que le dio la acusadora: agravante.

En cuanto a la emergencia carcelaria, ni el juez Orlando ni la jueza Moreno dijeron algo al respecto. Fue el juez García en página 185 de la carpeta, quien si rechazó este punto como circunstancia atenuante.

Con todo ello, concluyo que los jueces evaluaron y aplicaron los variables agravantes y atenuantes instadas por las partes y sustanciadas en audiencia. La mensuración fue efectuada en debidamente forma, y a

través de ella arribaron a una dosis de pena que deviene razonable y justa.

Es por ello que voto por no hacer lugar al recurso ordinario ensayado en contra de la sentencia, y confirmar la pena impuesta.

5. De la imposición de costas.

Por el modo en que se resuelve corresponde imponer las costas a los acusados (arts. 239, 240, 241 y concs. CPP) y regular los honorarios profesionales de los Defensores Particulares, Dr. N. F. G. y A. M., en la cantidad de VEINTICINCO (25) Y DIEZ (10) JUS, respectivamente. Todo ello, conforme a las labores llevadas a cabo en esta etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13 y 44 de la ley XIII-15.-

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- Vienen estos folios a consideración de esta Cámara en lo Penal de la mano de las impugnaciones ordinarias de los Sres. Defensores de los hermanos A. A. y S. M. Z., de sus demás datos filiatorios consignados en la sentencia, quienes fueron condenados por encontrárselos, al primero, autor material y responsable del delito de Homicidio Agravado por haber sido cometido con un arma de fuego en concurso material con Hurto Simple y, al segundo, por su Participación Necesaria en el mismo hecho.

2.- En primer lugar, se agravia el Abogado F. G., en representación de S. M., alias "C.", de la arbitrariedad de la sentencia al valorar la prueba producida, lo que llevaría a la absolución de su pupilo; subsidiariamente ataca la calidad de necesaria de la participación con la que colaboró en el hecho de su hermano, tildándola de secundaria; luego, ataca la aplicación en el caso de la calificante contenida en el art. 41 bis y, por último, tacha de excesiva la pena impuesta.

3.- Por su parte, el abogado M., respecto a A. A., se limita a solicitar se tenga en consideración al momento de justipreciar la pena el hecho de haber confesado el hecho, lo que no se tuvo en cuenta por parte de los jueces de la sentencia.

4.- Presente en la audiencia del art. 385 la Fiscal General, María Tolomei, sostiene la corrección del fallo considerándola derivación razonada de los hechos y el derecho aplicable; sostiene la necesariedad del aporte de S. Z. en el injusto principal; se expide sobre la aplicabilidad, según doctrina del STJ, de la agravante genérica del art. 41 bis y, por último, estima justa la sanción establecida en cabeza del autor del homicidio.

5.- Puesto a resolver, y en cuanto al primer agravio, esto es la presencia en el lugar y conduciendo el vehículo marca "Daewo", color blanco, de S. Z., no cabe duda alguna que los magistrados de la sentencia han valorado la prueba de cargo producida de manera lógica, coherente y armoniosa, la contrastaron con los testimonios de descargo, para, en definitiva, hacer valer a las primeras en su decisión.

En efecto, el primero de los sufragantes, la jueza Moreno, ha dicho del testimonio de M. y V. que le han impresionado sentidos y sinceros, destacando el temor hacia los imputados por las posibles consecuencias de sus deposiciones; con respecto al primero, destacó –para acreditar su credibilidad- que *"durante la investigación fungió como testigo de identidad reservada, brindando su declaración a lo largo de todo el proceso la que se mantuvo incólume hasta el momento de brindar declaración testimonial en esta audiencia de debate…"*; sobre el contenido de la deposición, recordó –tal como se puede apreciar desde el audio que contiene sus dichos- que M. dijo *"…que estaba con R. y L., se encuentran con el C. Z. quien venía en un auto blanco con su señora e hijos, que el C. le recriminó a R. por una actitud que tuvo hacía con su sobrino. Que él y L. decidieron seguir caminando y se dirigieron hacia la casa de L. a cocinar,*

en cuyo interin se encontraron con M. L. a quien invitaron a comer. Que mientras preparaban, el dicente decidió ir a buscar a su casa fideos, que salió y dejó el portón abierto, iba caminando y en la esquina de Pasaje T. y P. de I. se encuentra con el C. Z. y su hermano S. El C. se bajó del auto, llevaba un arma de fuego, un rifle, largo, mientras que S. conducía el vehículo. El C. le pregunto por sus amigos y dándole una respuesta evasiva "se fueron para allá", "se fueron a comprar", siguiendo su camino, mientras el C. subió al auto y ambos se dirigieron por P. de I. hacia la casa de L. Describió el testigo "el C. tenía en su mano un rifle con el que mató a L., era largo, lo agarraba con una mano y preguntaba dónde estaban sus amigos, cree el rifle era un calibre 22,". Que cuando él llega a su casa pudo observar los movimientos que hacían lo Z., y si bien no recuerda si el C. comenzó a disparar desde el interior del vehículo o se bajó del auto. En tanto que el auto, conducido por S. Z. siguió hasta la esquina de la calle E. giró de U y volvió a la casa de L., observando cuando el C. Z. salía con el televisor. Dijo el testigo "...el C. llega en auto a la casa de L., bajo con otro que había atrás, entró a la casa sacó el televisor, también quiso sacar la computadora y se va... pero antes de sacar el televisor, disparó, lo vio, pero no sabe si desde dentro del auto o se bajó, hizo alrededor de 8 o 9 disparos… Aclara que vio cuando llega y empieza a disparar... la G. no se bajó del auto, frenó en el cordón...".

En cuanto al testimonio de V., transcribe sus dichos: *"Dice R. que ya estando en la casa de L. "...L. y L. empiezan a cocinar, él estaba en la computadora en facebook al lado del sillón, sobre la mesa había un TV plasma como de 50", grandote, lindo, B. se fue a buscar un caldo y se olvidó de trabar el portón, dejándolo abierto. Al rato de estar en la computadora, escuchó tiros y salió hacia la pieza con W. -tío de L.- que*

estaba durmiendo y se retira hacia la pieza. W. es mayor, sale de atrás y gritó "L." y salió corriendo con él hacia atrás por el pasillo donde hay una habitación bastante lejos..." Recordó el joven "...cuando se da cuenta pensó en L. y L. que estaban agachados, tirado en el piso... quedándose escondido en la pieza". Cuando sale, lo ve a L. "como gateando" se asustó, no quiso verlo a su amigo y salió corriendo a su casa llorando, tenía miedo que le pegaran a él también. Dijo el testigo que mientras esto sucedía escuchó gritos" esto así se hace, así es" eran el C. y S. Z., los dos gritaban. Agrega que si bien no los vio, aseguró eran ellos porque los conoce y no quiso salir porque si no le pegaban a él también…".

6.- A su turno, el Juez Orlando, de consuno con la primera, recordó los dichos de M., de los que valoró que *"…el testigo brindó detalles del hecho ocurrido, manifestó con precisión el lugar donde se encontraba y que fue lo que observo aquel día. Todos sus dichos fueron convalidados por restante prueba"*; acerca de V., destacó que en lo sustancial coincide con el primer testigo, en particular, *"…en cuanto a que se encontraron con A. Z. y este le recriminó su actitud para con el sobrino del nombrado. También fueron contestes con lo que escuchara dentro del domicilio al momento de los disparos,* ***"así se hace", "así se hace"****; identificando dicha voz con la del los hermanos Z."*

7.- Por último, el magistrado García, en un todo de acuerdo con sus colegas, dio crédito al testigo de cargo M., -en forma más prolija y completa, vale destacarlo-, ya que no solo afirma su credibilidad interna, sino que lo contrasta con las versiones en competencia -la de los imputados-, demostrando la mayor fuerza probatoria de la primera.

En concreto, recuerda que *"M. afirmó bajo juramento de ley y sin lugar a dudas que cuando fue interceptado en la calle P. de I., a la altura del Pasaje T. por un auto blanco, que S. Z. iba conduciendo y A. Z. se bajó*

del lado del acompañante empuñando un arma larga (tipo rifle) y le preguntó por los demás."

"Esta circunstancia da credibilidad a sus dichos respecto del encuentro porque luego de ello A. y S. -según la versión de M.- se dirigieron a la casa de L. R. y A. Z. comenzó a disparar y S. Z. permaneció en el auto esperando, siempre manejando."

"El reconocimiento de A. Z. al manifestar en su declaración que fue él quien disparó con un arma larga (rifle) hasta dar muerte a L. R. hace verosímil los dichos de M."

"Si el encuentro no existió como dicen A. y S. Z. cómo se explica razonablemente que M. sabía que "C." portaba un arma larga (rifle) instantes antes de comenzar a disparar en la casa de L. R. hasta darle muerte como reconoció el propio "C." Z."

8.- No cabe duda alguna entonces que, tal como lo han explicitado los votantes, debe tenerse por veraz la teoría de caso de la Fiscalía, por estar sustentada en prueba de cargo sólida -las declaraciones de M. y V.-, que, por coincidir con la restante prueba pericial, permiten no tener por ciertas las versiones de descargo intentadas por los hermanos Z.

Y sobre esto dos digresiones.

Primero. No se trata de que no pueda uno de los imputados dar una versión negadora de la imputación; todo lo contrario.

Empero, de brindarla, debe -mínimamente- resultar acompañada de evidencia, aunque indiciaria, que permita sostener sus dichos o, al menos, poner en duda la prueba de cargo que sí ha aportado el acusador.

Y de la mano de ello, la otra referencia.

La única alusión que hiciera S. Z. acerca de su imposibilidad física de conducir vehículos, hecha en su declaración al momento del control de detención, que

provocó inmediatamente su examen físico por parte del médico forense, no fue acreditada fehacientemente ya que, sin perjuicio de la deficitaria actividad del defensor de esa fecha (dados a conocer en la audiencia, en cuanto a su no ofrecimiento en la audiencia preliminar), lo cierto es que, de la lectura del informe obrante a fojas 8 de la carpeta judicial, a ninguna conclusión asertiva se puede llegar acerca de lo absoluto del impedimento alegado por el incuso.

Y dicho sea de paso, aun a riesgo de ser extenso, lo cierto es que debieron tener en cuenta los jueces de la sentencia aquel informe de referencia.

Es que Z., en su descargo, intentó dar una versión en competencia -más allá de su debilidad o fortaleza- y el Juez de la audiencia de apertura, correctamente, evacuó "la cita" del imputado; el hecho que el Defensor -por incuria- no haya ofrecido el testimonio del galeno para que en audiencia explique el contenido de su experticia, no implica que, por haber sido la "cita" del imputado, la extensión de su declaración al informe -si se me permite el giro idiomático-, su declaración misma contenida en papel, debió tenerse en cuenta y analizar su pertinencia o no para acreditar sus dichos.

9.- De todo ello, en definitiva, corresponde confirmar el análisis materializado por los jueces de la sentencia, tanto en lo que hace a la consideración de la prueba de cargo, al correcto desprecio de las versiones de los imputados en competencia, todo lo que lleva a concluir, sin duda alguna, que S. Z., conducía el vehículo "Daewo", color blanco, Dominio X, llevando a bordo a su hermano A. -y a una tercera persona que se desconoce- para que este ultime mediante el uso de un arma de fuego a L. R., luego de lo cual, se dan a la fuga en dicho automotor, previo sustraer el bien mueble por el que se condenó a ambos, que no fuera materia de agravio.

10.- El segundo de los agravios del defensor de S. Z., más de contenido dogmático, recorre el camino de la

entidad del aporte que puede atribuírsele en el hecho de su hermano.

Es necesario recordar que los Jueces del caso han coincidido en entender que tuvo una participación *necesaria* en el injusto de A., por entender, básicamente, que su aporte fue esencial para que pudiera cometerlo tal como lo hizo, aludiendo el Juez Orlando a la expresión *"no hubiera podido dar ejecución al hecho del modo efectuado"*, acuñando el Juez García la frase *"que suprimiendo el mismo el hecho no se hubiese cometido de igual forma"*.

Más allá de que más adelante se pondrá en crisis tales atestaciones, primero debo adentrarme en un aspecto que, si bien no fue materia de profuso despliegue por parte del Defensor, lo ha manifestado tangencialmente, por lo que, por imperio del principio del mayor rendimiento posible del recurso, me siento obligado a su consideración.

Me refiero concretamente, a la puesta en duda de la comprobación misma del aspecto subjetivo de la participación -más allá de su entidad primaria o secundaria-, a lo que alude la defensa en su remisión al art. 47, del Código Penal.

11.- Sobre ello, diré que *"No sólo el autor principal debe actuar con dolo, sino también el partícipe, quien debe realizar su aporte en forma dolosa. El dolo del partícipe debe dirigirse a la producción de la consumación del hecho típico principal de manera que siempre deberá hablarse de un dolo en referencia a un tipo penal determinado. Por ende debe existir la conciencia y la voluntad de cooperar en un hecho delictivo de otro…"* (Donna, Edgardo; *"La autoria y participación criminal"*, Rubinzal, pag. 99).

"El aspecto subjetivo de la tipicidad de participación supone el conocimiento de los elementos descriptos como pertenecientes al tipo objetivo. Sobre

la base de ese conocimiento se erige el aspecto conativo de dolo de participación, que desde luego consiste en querer el resultado lesivo del bien jurídico. Cuando el autor actúa excediendo lo querido por el partícipe, habrá responsabilidad del partícipe sólo en la medida de lo querido por él, o sea en la medida de su dolo, tal como lo proclama expresamente para el cómplice el art. 47…" (Zaffaroni-Alagia-Slokar; Tratado, 2000, pag. 763).

12.- De la lectura de los votos de la sentencia, surge con claridad meridiana que han coincidido en que el hecho que S., a bordo del volante, llevara a su hermano con un rifle -necesariamente a la vista por su porte-, protagonizara el intercambio de palabras con M. acerca de la ubicación de R., lugar hacia donde efectivamente llevó a su hermano, es a las claras demostrativo que no podía desconocer las intenciones de éste para con la víctima.

13.- Ello así, resta determinar la entidad del aporte en el hecho ajeno.

Me permito citar para esta empresa la que considero la exposición dogmática más clara y ajustada sobre el tema, por su capacidad de rendimiento para resolver el mayor número de hipótesis. Me refiero a la exposición de Enrique Gimbernat Ordeig (*Autor y cómplice en derecho penal*, Euros Editores SRL, págs. 127 y ss.), quien en lo sustancial, para calificar a un aporte de esencial bajo el prisma de la teoría de los bienes escasos, requiere de dos determinaciones: en primer lugar, la escasez del aporte merece un juicio general y provisional; *"este juicio provisional se convierte en definitivo cuando, en un segundo juicio, se contempla la cuestión de la escasez teniendo en cuenta los factores especiales que concurren en la persona concreta que recibe la cosa..."* (ob. Cit., pág. 131).

Para el caso concreto de contribuciones de un mero hacer, establece como primer factor para determinar la escasez del aporte, el criterio de la inequívoca criminalidad de la conducta, definido como *"toda*

actividad que no tiene inconveniente en llevar a cabo cualquier persona cuidadosa", brindando como ejemplo "*el trasladar en automóvil al delincuente al lugar del delito, pues, ocultando las intenciones delictivas, tenemos a nuestra disposición taxis y otros medios de transporte que nos llevan al punto que determinemos…"* (ob. Cit., pág. 143).

Como segundo factor, establece el autor español la necesidad de que la conducta "*debe haber sido causal para el resultado"*, situación claramente no presente en el caso, puesto que, más allá del traslado y regreso del que se aseguró el matador, nada ha influido materialmente en el resultado.

14.- De todo ello, de la nómina de conductas comprobadas en cabeza de S. Z. –exhaustivamente repasadas por el colega Roberto Adrián Barrios-, ninguna de ellas constituye una participación necesaria, por no superar las exigencias expuestas más arriba, esto es, ni ser aportaciones escasas para el autor ni haber sido causales para el resultado.

Demás está decir que llegar a la casa de la víctima a bordo de un vehículo se podría haber logrado por la conducción del mismo A. o de cualquier otra persona que estuviera dispuesta a hacerlo, por lo que el aporte del hermano es fungible y no necesario y, a la sazón, no condicionó de manera alguna el curso causal de la acción ni el resultado producido.

Por ello, determinada la participación de S. Z. en el injusto de su hermano, con conocimiento y voluntad de colaboración, empero, siendo el aporte de la entidad que se viene expresando, corresponde mutar la calificación jurídica correspondiente a su propio hecho por el de Participación Secundaria, en los términos del art. 46 del Código Penal y, como lógica consecuencia, atento la escala penal reducida que ese dispositivo impone, deberá

reenviarse el caso a los jueces competentes para mensurar la justa sanción.

15.- El tercer agravio del defensor de S. Z. transita por su oposición a la aplicación de la agravante genérica contenida en el art. 41 bis del código sustantivo.

Respecto al punto, brevemente recordaré, tal como lo ha memorado la Sra. Fiscal General en la audiencia, que, sin perjuicio de mi opinión personal sobre el punto, vengo sufragando en el sentido de su aplicación a los casos de homicidios cometidos con arma de fuego, como el caso en estudio, en estricto apego a la doctrina del "leal acatamiento".

En efecto, como vengo sufragando desde **"C., J. psa homicidio tentado r/víctima C., J. A.-Trelew"**, Carpeta 6156, Legajo 59564 MPFTw, repito en esta instancia que "…en cuanto a la no aplicabilidad en el caso de la agravante genérica prevista en el art. 41 bis, C.P., he de decir que, a pesar de que en sufragios anteriores he votado en el sentido que el instituto viola el principio de legalidad, por lo que no resultaría aplicable a las lesiones y a los homicidios, repasados en esta instancia los antecedentes del cimero Tribunal local, en el caso **"D., D. A. s/homicidio simple"** (Expte. 20.083-D-2005), entre otros, en el que se ha decidido acerca de su aplicación a casos como el ventilado aquí, no encontrando nuevos argumentos para sustentar mi posición y por exclusivo apego a la "doctrina del leal acatamiento" delineada por el Alto Tribunal *in re* "C. S. L." (Fallos 307:1094), más allá de mi opinión personal al respecto que continuaré exponiendo en la cátedra, es que no haré lugar a la queja del defensor y confirmaré la sentencia también en este sentido…".

16.- Por último, es menester avocarse a la impugnación incoada por el condenado A. A. Z. y su defensor, A. M., quien se limitó a agraviarse solamente por el monto de la pena impuesta, ya que, según su entender, no se tuvieron en cuenta como atenuantes ni la

confesión del hecho ni las condiciones carcelarias de la región.

Solicita, en definitiva, la aplicación del mínimo legal.

Ahora bien: dos reflexiones merecen el asunto traído a consideración.

En primer lugar, ¿puede tenerse por una confesión los dichos auto incriminatorios enderezados –loablemente- a beneficiar la situación procesal de su hermano? ¿Fue su propósito actuar como "colaborador de la justicia" brindando información sin la cual no se hubiera podido resolver el asunto? ¿No se hubiera llegado al mismo resultado a estar a las declaraciones de los testigos de cargo?

Las evidentes respuestas a estos interrogantes imponen relativizar la incidencia de sus dichos en el monto de la pena a establecer.

17.- De otra parte, del análisis de la audiencia de cesura, se puede constatar que el defensor jamás solicito a los jueces del debate la consideración de los dichos auto incriminatorios de Z. como morigeradores de la respuesta punitiva.

Por el contrario, fue la acusadora quien solicitó que la "falta de arrepentimiento" era motivo de agravación de la sanción y a dicho extremo se opuso el defensor calificando el haber contado "cómo fue el hecho" como si fuera una "confesión lisa y llana".

De más está decir que, a pesar de que esta Cámara ha pretendido desde siempre maximizar el rendimiento del recurso en beneficio del imputado, mal puede analizar la sentencia de grado a partir de planteos novedosos, no alegados ante el *a quo*, quien, al no conocer el pedido, mal podía resolver al respecto, sumado a ello, la falta de contradicción oportuna al extremo.

Por ello, coincido con mis colegas en que en la sentencia criticada se han justipreciado (solamente) las agravantes y atenuantes planteadas por las partes, se han aceptado las que consideraron fundadas debidamente y se han descartado las que carecían de razón; la medida de la pena a la que se arribó deviene, necesariamente, la sanción justa en relación con la magnitud del hecho y la reprochabilidad que merece el injusto, por lo que corresponde, sin más, confirmar la pena impuesta.

18.- Por todo ello, a modo de resumen, por las consideraciones expuestas, voto por la confirmación de la sentencia en lo que respecta a la acreditada participación de S. Z. en el injusto de su hermano A., mutando el grado de aquella por la de Participación Secundaria del art. 46 del Código Penal, ordenando la remisión de los presentes para la adecuación de la sanción justa.

En lo demás, confirmar la sanción impuesta respecto a A. Z., por las razones expuestas.

En punto a las costas y honorarios de las Defensas, voto de conformidad a lo decidido por el colega que lidera esta sentencia.

Así voto.

La Juez Flavia Fabiana Trincheri dijo:

Comenzaré con el orden de los agravios conforme se volcarán en los escritos de impugnación y se desarrollaron en la audiencia del Art. 385 del CPP; avocándome a lo expresado por los defensores, Dr. F. G. por su pupilo S. M. Z. apodado “la G.” y el Dr. A. O. M. por su representado A. A. Z. apodado “C.” sin reiterar *in extenso* los argumentos a fin de no sobreabundar lo ya dicho, conforme soy la tercer sufragante.

Primer agravio. El Dr. F. G. al igual que su defendido S. M. Z., sostiene que éste no se encontraba conduciendo el vehículo de color blanco, marca Daewo, que llevara a A. Z. hasta la vivienda de L. R. donde se produjera el hecho que terminara con la vida del nombrado. Arguye que S. se encontraba imposibilitado

para conducir por tener una lesión post quirúrgica en su pierna y que, además, sólo lo vio un testigo, B. M.; apuntando circunstancias de su testimonio que lo llevan a descreer del mismo.

Los jueces concatenaron certeramente y con extrema precisión fuertes indicios que conducen a la certeza positiva respecto a que era S. Z. quien conducía el vehículo. Así es como cada Juzgador, con su estilo propio motiva en los hechos, porqué arriban a tal certeza.

Dan crédito a los dichos de B. M. quien expresa que, al salir de la casa de R. para buscar fideos, llega a la esquina y aparece el auto blanco en el que estaban ambos imputados, que los vio porque estaban con el vidrio bajo, "C." se bajó con un rifle en sus manos y la "G." manejaba. Luego que el primero efectuara los disparos, escuchó a ambos decir *"asi hay que hacer"*. El testigo R. V. da soporte al testimonio de M. quien escuchó los disparos y tales manifestaciones, identificando las voces de los hermanos Z.

Los tres Magistrados describen y dan razones de porque encuentran verosímil estos testimonios, los que son convalidados por la restante prueba; al mismo tiempo que no hallan dato objetivo alguno que de sustento a la afirmación del Dr. G. al decir que *miente* el testigo B. M.

En igual sentido desmenuzan las declaraciones de imputados de los Z. y señalan las inconsistencias en las que incurren.

A. en su deposición busca cargar en sus espaldas con la total responsabilidad de la muerte de R. desvinculando a su hermano, siendo a la postre, materialmente imposible que los hechos acontecieran tal como él los relata: que él sólo condujo el vehículo hasta la casa del occiso, que desde el coche efectuó los disparos –esto está confrontado con la pericia y el testimonio del Licenciado Costa- que giró en "U", y lo corrió la policía –tal persecución no está acreditada

conforme lo testimoniado por los efectivos que intervinieron en la investigación-.

Encuentro oportuno aquí ocuparme del agravio del Dr. A. M. al sostener que los Jueces no valoraron adecuadamente la declaración de imputado de A. A. Z., la que constituye una confesión.

Sostiene la doctrina que "*Toda manifestación confesoria merece, en principio, un gran margen de credibilidad. Se sostuvo que: La confesión como cualquier otro testimonio, se presume verídico en abstracto, y se valúa en concreto según las particulares condiciones subjetivas formales y objetivas, en las cuales se produce. Principios de piscología indican la conveniencia de confiar genéricamente en el relato de un hecho que desfavorece a quien lo hace.*" Conf. Jauchen Eduardo "Tratado de la prueba en materia penal", Rubinzal Culzoni Editores, pág. 253.

Lo cierto es que el hecho confesado debe ser un suceso verosímil, de modo que resulte posible, ya que deben agudizarse las exigencias probatorias para tenerlos por acreditados con independencia de la confesión misma.

Todas esas pautas mensurativas fueron consideradas por los Juzgadores al analizar la confesión de A. A. Z. y así fue como encontraron, entre otros, un desajuste a la verdad basados en prueba científica.

A modo de ejemplo, basta señalar como el nombrado dijo haber efectuado todos los disparos desde su vehículo, siendo esto desmentido por la pericia y declaración testimonial del Licenciado Fernando Costa quien explicó porqué el disparo letal que impactara en L. R. se realizó desde el interior de la vivienda del occiso.

Por su parte, S. en su declaración insiste en que no manejó el rodado por la lesión que tenía en la pierna. Para apontocar tal hipótesis, el Defensor intenta introducir y que sea valorado, un informe que está en la

Carpeta Judicial donde el médico forense lo examina por requerimiento de la señora Fiscal.

Con acierto los Jueces del debate no permiten el ingreso de esta prueba documental, máxime cuando no estaba ofrecida oportunamente -violentando así las normas del contradictorio- y no se podía contar con el testimonio del profesional que la suscribió, siendo el propio Defensor quien desistiera de su presencia.

Ajustado a los hechos, resultó lo sostenido por la Acusadora al decir en la audiencia que *"impedimento"* al caminar, no es lo mismo que *"dificultad"*, siendo esto último lo que presentaba S. Z., resultando demostrado que éste conducía el vehículo en cuestión.

Por todo lo dicho, rechazo el agravio del quejoso en relación a que S. M. Z. no se hallaba conduciendo el auto y consecuentemente no tiene vinculación con el hecho enrostrado, propiciando su absolución.

Segundo Agravio. De forma supletoria, el Dr. G. cuestiona el rol que el Tribunal endilgó a su defendido, S. Z., al considerarlo partícipe necesario del injusto perpetrado por A. A. Z.

Realiza cita de los votos de los Magistrados y en relación a ellos concluye que no surgiría de manera adecuada la diferencia entre las distintas formas de autoría y participación, encontrando que en todo caso a su defendido le correspondería una participación secundaria.

Entiende el quejoso que, del relato del hecho, tal como lo acreditó el Tribunal, surgiría de manera palmaria que el aporte brindado por su asistido, en todo caso, fue al momento de la ejecución del hecho -y eventualmente en la etapa preparatoria-, lo que obstaría la participación primaria de S. Z., puesto que si prestó su aporte en la etapa ejecutiva se convierte

en coautor y ello no resultó ser la teoría del caso presentada por el Acusador público.

Puesta a resolver la queja, y repasados atentamente los votos cuestionados, adelanto que no comparto los agravios expresados por el Defensor, por lo que sobre el punto propiciaré se confirme la sentencia impugnada. Doy razones. -Cuando existe la convergencia de varias personas en un hecho, delimitar el rol de cada uno es una faena que debe iniciarse a partir de las circunstancias que rodearon el suceso y de la manera en que se planificó. Es así que teniendo presente el caso concreto y el modo en que se ejecutó el delito, podremos deslindar la calidad de autor, coautores o partícipes –primarios o secundarios-, en caso de existir.

Ahora bien, entiendo que esta fue la directriz que siguieron los magistrados al momento de delimitar la participación –en sentido amplio- que cada imputado desplegó en el hecho, dando razones en relación a la autoría en cabeza de A. A. Z., puesto que fue quien tenía el dominio del hecho y que lo perpetrara de mano propia.

Con relación a S. Z., el Tribunal descartó su co-dominio en el hecho, con lo que eliminar su posible coautoría, y a continuación analizan el aporte prestado al injusto del autor y el carácter del mismo, cuestión ésta última que resultó ser esencial a fin de deslindar su participación primaria o secundaria.

A fin de no sobreabundar, me remito a lo dicho por los Magistrados, quienes, en apretada síntesis, tuvieron por acreditada la presencia de S. Z. momentos previos a la comisión del hecho, posicionándolo como conductor del vehículo en el que también se encontraban su hermano A. y un tercero que nunca fue individualizado-.

Tuvieron por cierto que en primer lugar el trío interceptó a M. y, con A. A. Z. munido de un arma de fuego, llegaron en el rodado hasta la casa de la víctima, lugar en el que el nombrado efectuó disparos con el arma de fuego hacia el interior de la vivienda y –mientras el conductor lo esperaba en el auto- continuó efectuando

disparos contra las personas que estaban en la cocina, ultimando a la víctima. Ese suceso fue acompañado por una arenga de S. Z., "*así hay que hacer*" tras lo cual éste último realiza una maniobra en "U" y A. A. Z. junto al tercero no identificado, sustraen del domicilio de R. un televisor de grandes dimensiones, lo suben al auto conducido por su hermano, y emprenden rápidamente la huida del lugar.

Este relato describe una secuencia de sucesos ininterrumpidos que, con la utilización de las reglas de la experiencia, sindican a las claras el conocimiento que tenía S. Z. del dolo homicida de A. Conocía de antemano que su hermano portaba un arma larga, lo condujo al domicilio de R. para que llegue de forma sorpresiva, lo alentó a viva voz en su accionar y le garantizó la huida. Además, los une la relación de hermanos, siendo en este caso, un fuerte vínculo que lleva más tarde a A. A., a querer cargar él sólo con el infortunio y desvincular por completo a S.

En éste derrotero no encuentro razones que justifiquen la hipótesis defensista en cuanto S. Z. ignoraba la intención homicida de A. A., ni tampoco que el primero haya consentido participar en un hecho menos gravoso. Su accionar -desde el momento previo a la ejecución del hecho, durante el mismo y con la posterior fuga- es la que da sentido al conocimiento que tuvo S. Z. del injusto del autor, y la colaboración que fue de carácter esencial, que le prestara el conductor para ejecutar su accionar de la manera que lo realizó.

Por todo lo expuesto, encuentro debidamente motivada y fundada la sentencia atacada en cuanto a la participación primaria de S. Z., por lo propicio la confirmación de la misma.

Agravante del uso de armas, Art. 41 bis del CP. El Tribunal de juicio al escoger la calificación legal, aplica la agravante del Art. 41 bis, agraviándose de

ello el Dr. F. G. en su escrito impugnatorio y, tanto él como el Dr. M. al celebrarse la audiencia del Art. 385 del CPP, lo oralizan brevemente, aludiendo que ya conocen la Doctrina de nuestro Superior Tribunal de Justicia en cuanto a este supuesto.

Sin perjuicio de ello, encuentro propicio sentar mi postura por la validez de la aplicación de este artículo, ya tomada en autos "L." Trelew, Carpeta 4702 de fecha 03/12/14, "V. S/Homicidio" Trelew, Carpeta 5170 de fecha 29/07/15, entre otros, a los que me remito en honor a la brevedad.

Tercer agravio. Me ocuparé del último agravio, el referido al momento de pena.

Corresponde analizar si los votos cuentan con la motivación y argumentos bastantes y si su elaboración se condice con las pautas mensurativas ordenadoras, que por cierto no obedecen a un mero cálculo sino que se desprenden de datos ónticos que deben ser sopesados a fin de componer la sanción.- Adelanto que los encuentro correctos y ajustados a derecho.

Seguidamente evalúo como correcto el razonamiento efectuado respecto de los agravantes considerados, ya que ambos defensores sostienen que estas circunstancias prevalecieron sobre las atenuantes. Coincido y encuentro bien ponderadas las circunstancias agravantes que se aprecian en la magnitud del injusto y la gravedad del hecho.

A. A. Z. luego de haber protagonizado una discusión por un hecho de poca importancia, planea un acometimiento con un arma de fuego con la confabulación de su hermano S. Tuvo tiempo de reflexionar acerca de su designio, pero no fue así, siguió adelante y efectuó una balacera hacia el interior de una vivienda donde había personas cocinando, demostrando con ello, un gran desprecio por la vida y los bienes ajenos; al punto tal, que resultó víctima una persona con quien no había protagonizado el altercado previo, al mismo tiempo de sostener durante el juicio que "nunca antes había tenido problemas con

ninguno de los tres"; demostrando así lo temerario e irreflexivo de su accionar.

También hallo correcto el monto punitivo al que arriban y la lógica utilizada para apartarse del mínimo frente a las agravantes mencionadas.

Se ponderó que A. Z. no contaba con antecedentes penales y que confesó, pero tal como lo sostuviera antes, la confesión por sí sola –máxime la brindada en esta causa- no lleva necesariamente a morigerar la situación del encartado.

En cuanto a S., se tuvo en cuenta que contaba con una sentencia condenatoria y que su accionar, a pesar de su participación necesaria no fue de la osadía de su consorte, por ello se le aplicó un monto menor.

En base a todo lo dicho propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la defensa de los acusados S. M. Z. y A. A. Z. y confirmar en todas sus partes la sentencia condenatoria n| 2580/18. Así lo voto.-

En orden a las costas y honorarios, hago propia la propuesta del vocal que lidera el acuerdo. Así lo voto.-

De conformidad con los votos precedentes y con la disidencia parcial de la Dra. Flavia Fabiana Trincheri, esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1) **Hacer lugar parcialmente** a la impugnación deducida por la Defensa técnica del imputado S. Z. alias "la G.", cuyas demás circunstancias personales obran en autos, modificando la calificación legal impuesta en la sentencia recurrida, quedando subsumido el hecho en homicidio agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con hurto simple, ambos en el carácter de partícipe secundario (arts. 79, 41 bis, 46, 162 y 55 del Código Penal).

2) **Rechazar** la impugnación deducida por la Defensa técnica del imputado A. A. Z., confirmándose a su respecto la pena impuesta;

3) **Reenviar** el caso para que, de manera inmediata, el tribunal que corresponda decida la pena a aplicar, de conformidad con lo dispuesto en la presente, respecto del coimputado S. Z., de acuerdo al grado de participación resuelto en el punto 1) de este fallo. (art. 387 CPP);

4) **Imponer** las costas a los acusados (arts. 239, 240, 241 y concs. CPP) y regular los honorarios profesionales de los Defensores Particulares, Dr. N. F. G. y A. M., en la cantidad de VEINTICINCO (25) Y DIEZ (10) JUS, respectivamente. Todo ello, conforme a las labores llevadas a cabo en esta etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13 y 44 de la ley XIII-15;

4)Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Alejandro Gustavo Defranco

El Dr. Roberto Adrián Barrios no suscribe materialmente la presente por encontrarse en uso de licencia reglamentaria y la Dra. Flavia Fabiana Trincheri ha remitido su voto mediante correo electrónico (art. 331 *in fine* del C.P.P.). Registrada bajo el Nro.: 04/19 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.

Carlos Enrique Pedelaborde

Secretario de Cámara