

Robo Calificado Criminis Causa Proceso Progresivo De La Pena Prision Perpetua

JURISPRUDENCIA

Robo calificado. Criminis causa. Proceso progresivo de la pena.

Prisión perpetua Se resuelve confirmar la condena de prisión perpetua debido a la gravedad que configura la comisión de un homicidio criminis causae. En la ciudad de Rosario, a los días 21 del mes de junio de 2017, se reúnen en acuerdo y en Audiencia Pública los señores Jueces del Tribunal Oral del Colegio de Jueces de segunda Instancia de Rosario conformado para entender en los presentes actuados y en esta instancia integrada por las Dras. Carina Lurati, Bibiana Alonso y Georgina Depetris, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa del E. B. J. J., argentino, soltero, nacido el día 12 de abril de 1995 en Rosario, provincia de Santa Fe, hijo de B. y de J. A. R., con domicilio en calle Gaboto N° ... de la ciudad de Rosario, contra la Sentencia N° 973 de fecha 13 de diciembre de 2016 dictada por el Tribunal Pluripersonal de Primera Instancia conformado por los Dres. NuñezCartelle, Negroni y Lamperti, que lo condena a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, por hallarlo material y penalmente responsable de los delitos de robo calificado por el uso de arma de fuego en carácter de coautor en concurso real con homicidio calificado por resultar finalmente conexo con el anterior (criminis causa) en calidad de autor (arts. 45, 55, 166 inc 2 primer y segundo párrafo, y 80 inc 7 del CP, y art. 331 y ssgtes. y ccdtes. del CPP), según constancias relativas al Legajo Judicial CUIJ N° 21-06147471-1 del registro de la Oficina de Gestión Judicial de Rosario. Estudiados que fueron los autos, se resolvió plantear las siguientes cuestiones: 1°) ES JUSTA LA SENTENCIA APELADA? 2) QUÉ PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR? Luego de un intercambio de opiniones acerca de los temas propuestos y de conformidad a la distribución efectuada por la OGJ de 2da Instancia para llevar a cabo el estudio de los autos, resultó en una única votación conjunta realizada por las Dras. Lurati, Alonso y Depetris. A LA PRIMERA CUESTIÓN LAS DRAS. CARINA LURATI, BIBIANA ALONSO Y GEORGINA DEPETRIS DIJERON: 1) 1- La Defensa comienza su exposición de agravios remitiéndose al tercer punto de su escrito recursivo, este es, la pena de prisión perpetua impuesta a su defendido, postulando que, más allá de los argumentos del Tribunal a quo respecto del carácter legal y de política criminal que tiene dicha pena, y del fallo Santoro de fecha 2/9/15 del Máximo Tribunal de la Provincia que considera que su tratamiento es una cuestión prematura, pues no hay agravio actual, a su criterio obstaculiza el proceso progresivo de la pena -negando la posibilidad de acceder a la libertad condicional- por cuanto el objetivo es la resocialización, y si en 35 años se declaran la inconstitucionalidad de la perpetua el agravio ya se produjo. Invoca los argumentos del Dr. Giuliano en el fallo Echeverri y otros s/homicidio calificado, quien dice que la pena perpetua es inconstitucional porque colisiona con garantías constitucionales como el principio de culpabilidad de acto al no permitir individualizar la pena ni que el juez evalúe la proporcionalidad y la pena que le corresponde al individuo respecto al injusto, es pena estandarizada y única para todos, sin importar los aspectos personales, como la edad o la existencia o no de antecedentes condenatorios: el juez no puede juzgar en el caso en concreto, y eso vulnera el principio de división de poderes. Se remite al fallo Antonio Fidel Giménez Ibañez de la CSJN, en la que se interpreta que la pena de prisión perpetua afecta y lesiona la integridad emocional, física y psíquica del condenado, quien no tiene motivaciones, ni de trabajar ni de estudiar. Solicita en conclusión, se declare la inconstitucionalidad de la pena perpetua. 2- En cuanto al segundo agravio, el mismo recae sobre la condena impuesta en el segundo punto de la resolución apelada. La Defensa no discute ni la participación de su defendido ni la figura penal en el robo calificado que tiene como víctima a J. N., pero sí discute el homicidio calificado que tiene como víctima a F. O. C. Reitera que el imputado en la audiencia de debate se hizo cargo del robo calificado. Se remite al tercer punto de la sentencia, donde el a- quo considera que hay certeza en cuanto a que en el homicidio del sr. C. hay conexión ideológica con el fin de lograr la impunidad respecto del delito previo. Señala que según el Tribunal de grado, al momento de la huída, "aparece nítidamente conectado a nivel subjetivo con el otro hecho anterior" basándose en una presunción de que la víctima realiza voces de alerta y reproche, ya que el propio tribunal hace un análisis que lo convence de la existencia de gritos de voces y alerta, pero sostiene la exponente que si hay que presumir es porque no pudo probarse en el juicio que dichos gritos de alerta existieron. Sostiene que el ruido que escuchó la viuda de C. fue el disparo. Invoca lo dicho por N., quien manifestó haber oído murmullos desde dentro de la cochera con la puerta cerrada, pero nada indica que eran gritos de C.; por otro lado explica que el personal policial de nombre Amador, cuando se presenta al lugar del hecho dice que un vecino escuchó los gritos pero no puede determinar quién; que la misma viuda, que fue testigo presencial, dice que no escuchó a su marido gritar, y que algún vecino le advirtió que su marido gritó; que el único que reconoció escuchar algo fue el propio imputado. Considera la Defensa que no hay testigos que hayan escuchado gritar a la víctima, lo que es de suma trascendencia porque el a quo considera que ese grito fue una amenaza para el implicado y por eso el disparo fue adjudicado al mismo. Esgrime que es una presunción sobre un indicio débil. Hace referencia al testimonio del perito balístico Brachetta, testigo experto llevado al juicio por la Defensa, quien dice que

el disparo del arma pudo ser azaroso, pero el a-quo se extralimitó a la hora de valorar dicha conclusión pericial manifestando que la encontraba "curiosa". Cuenta que el disparo se produce a más de diez metros de distancia, de noche, con escasa iluminación, con árboles en la vereda, en línea recta respecto del lugar donde fue hallada la vaina del disparo (en el cordón de la vereda), al lado de la parada de colectivo. Que de acuerdo al perito el disparo revela un alza corrido hacia la izquierda, pero el fallo trasluce que la defensa llega a una hipótesis irrisoria. Alega que el tribunal descalifica la experticia de un perito, pero desde la lógica, sin una opinión experta que lo haga. Argumenta que el Tribunal no valoró uno de los postulados de la Defensa respecto del arma homicida: no se realizó un cotejo entre el arma secuestrada y el plomo hallado en el cuerpo de la víctima, que no ingresó como prueba material. Que sólo se les preguntó en audiencia a los peritos respecto de la misma (introducida como prueba documental), pero ninguno pudo aclarar si ese plomo extraído del cuerpo del óbito había salido del arma peritada en juicio y secuestrada en el domicilio de su defendido, cuya vaina si fue analizada. A su entender, ello pone en duda tanto la calificación del hecho, como la autoría, porque no pudo probarse que la bala que causó la muerte de la víctima fue disparada por el arma secuestrada a su defendido. Se remite a los fundamentos del a quo respecto de la calificación del hecho. Acorde a la Defensa, los extremos subjetivos del tipo endilgado se mencionan de forma genérica sin una correlación con los hechos del caso. Señala que su defendido manifestó que el plan inicial era robar, eligiendo una víctima al azar, sin intención de cometer otro delito, llevando arma para poder perpretar el hecho de robo, pero no con intención homicida. Arguye que no pudo probarse el dolo de la acción desplegada, que pudo haberse pretendido disuadir a la persona cuya voz supuestamente se oyó (lo dijo la propia Fiscalía en su alegato de clausura). Que la víctima N. contó que le apuntan con el arma y amenazaron con matarlo, y sin embargo nolo hicieron, sino que intentaron amedentrarlo con la misma, cuando éste también representaba un riesgo para su defendido porque fue quien lo reconoció en rueda de personas y lo ubicó en el lugar del hecho como quien le había robado. Considera que fue un homicidio en ocasión de robo, pero no hubo conexión ideológica ni subjetiva como requiere la figura compleja que se le imputa. Solicita el cambio de calificación, a homicidio en ocasión o con motivo de robo (art 165 del CP), ya que las dudas no pueden dar lugar a la pena del art 80 inc 7. 3- Por último, desarrolla el primer punto de agravio respecto de la sentencia que deniega la invalidez del acta de procedimiento, secuestro y detención de B., lo que fue sostenido por la defensa desde la audiencia preliminar. Postula la inaprovechabilidad del procedimiento y toda la prueba consecuencia del mismo. Señala que hubo consentimiento de la moradora, y en ello se basó el a quo para inclinarse por la validez del procedimiento y de todos los actos consecuencia del mismo. Explica que el procedimiento se realiza el sábado 29 de noviembre de 2014, una semana después del hecho, y se secuestra el supuesto arma homicida. El fallo afirma que a la madre de B., le fueron transmitidos los derechos que le asistían y siendo la principal moradora otorgó el consentimiento al subcomisario F. de modo expreso, libre y sin presión alguna y que, teniendo la facultad de oponerse, exhortó a que actúen y a que había un arma. Indica que todo ello se conoce de boca de F. y que el a quo le achaca a la testigo de la fiscalía, J. Rodríguez, el haber guardado silencio; ella decide en torno a los derechos que le fueron leídos en la audiencia, no declarar. Que de la misma acta de procedimiento surge que no hubo una lectura de derechos, lo que dificulta que la moradora haya dado el libre consentimiento. Considera que el juez debe determinar donde va a ser el allanamiento, que es lo que se busca, a que persona se pretende detener, y anoticiar al morador. Arguye que esto no sucedió así. Que supuestamente el procedimiento se realizó para realizar una averiguación de antecedentes y para ver si tenía pedidos de captura, sin acta de allanamiento. Relata como se realizó el allanamiento, que el subcomisario F. y los efectivos policiales se encontraban realizando un allanamiento a la vuelta de la casa de su defendido cuando aparece un masculino no identificado y les informa que E. estaba en su domicilio; que ese mismo personal, cuyas declaraciones se contradicen, van a la casa de B. para detenerlo lo cual entiende la defensa no tiene sentido porque F. ya tenía conocimiento desde el día del hecho, de que el supuesto autor era el llamado "J." y un tal R., lo cual se dio a conocer por un llamado del 911 y por frecuencia radial; es decir para el 22/11 ya estaban enterados que J. era el autor, e incluso comentó F. al prestar testimonio en audiencia que ya había intentando detenerlo con anterioridad, que se le escapó cuando lo vio en la esquina de la casa y que en otra oportunidad fue a la casa, donde ingresó, y fue recibido por el hermano quien dio su consentimiento para que ingresen. Cuestiona la credibilidad de F., que contó que ya había ido a buscar a E. B. debido al contraexamen de la defensa. Señala que durante la semana entre el hecho y la detención, no hizo nada, sabiendo que el tal "J." había sido sindicado como el autor; no había orden de captura porque él nunca la solicitó. Cuando la fiscalía preguntó por el consentimiento, F. dijo que en dos oportunidades distintas la madre del implicado dio su consentimiento, delante de un testigo, quien quedó afuera del domicilio. Que en posterior declaración, dicho testigo aportado por la fiscalía, de nombre L. contradijo a F., dijo que nunca escuchó el consentimiento de la moradora pero tampoco vio como detenían a E. B.; que de sus dichos surge que el mismo no vio como secuestraban el arma de la casa de E. B., sino que uno de los policías la saca del bolsillo de su pantalón y se la muestra; en presencia de él no se secuestró nada, solo vio como la policía revisaba. En cuanto a la cadena de custodia, considera que fue debidamente explicada, pero no respecto del arma. Lo que también resalta la defensa es que llama la atención que una vez detenido E. B., lo trasladan a la Comisaría pero luego queda en libertad. Solicita la exclusión

probatoria del acta de procedimiento de la detención de su detenido. Arguye que a la madre de la víctima no se le leyeron sus derechos y que no hay acta de secuestro aparte respecto del arma, pero sí respecto del resto de los objetos secuestrados. Que el testigo L. contó que días después la policía se apersonó en su casa y le hizo firmar otro acta cuyo contenido no leyó. Sigue la defensora relatando que en fecha 30/11 es decir, el día siguiente a realizado el procedimiento y habiendo B. recuperado su libertad, F. envía el arma y la vaina a peritar (peritaje realizado por el profesional C.) y, al arrojar resultado positivo, se comunica con el fiscal B. quien emite la orden de detención, pero en vez de buscarlo a la casa le mandaron una citación, y B. se presentó espontáneamente y quedó detenido en prisión preventiva. Según C. la pericial fue realizada el 04/12, contradiciendo lo dicho por F. quien dijo que fue realizada el día domingo 30/11 y fue por su resultado que libró la orden de detención. II) En su momento, el Sr. Fiscal, comienza contestando el primer agravio de la Defensa, relativo a la inconstitucionalidad de la prisión perpetua señalando que no es un agravio actual por no encontrarse en circunstancias de obtener beneficios de acceder a la libertad condicional. Plantea que el artículo 56 bis sería en todo caso inconstitucional por contrariar los fines del régimen de progresividad de la pena, pero no es momento de ejecutar el planteo. En lo relativo al tipo penal, estima que el juzgador no puede contrariar el mandato de ley, que prevé una pena perpetua para el tipo en cuestión. Está sujeto a las escalas penales impuestas por ley. Exigir una certeza extrema como lo hace la defensa para este tipo de delitos es violatorio de la igualdad ante la ley ya que todos los tipos penales requieren la misma certeza. En cuanto a la conexión final entre el robo y el homicidio, explica que N. escuchó murmullos por ser sordo. Dice que es el mismo condenado el que sostuvo que la víctima gritó. Que N., víctima de robo, fue quien reconoció a E. B. como quien le robó sus efectos y ejecutó el disparo a C., a quien ve caer. Que de no haber gritado, difícilmente pudo E. B. reparar en la presencia de un hombre, en un balcón en la altura. Que la víctima del robo nunca representó una amenaza para los autores del delito, pero sí consideró el grito de C. como una amenaza a su impunidad. Que N. se mostró dispuesto a entregarle sus pertenencias y en ningún momento resultó un obstáculo para perpetrar el cometido. Considera que el disparo no fue aleatorio, ya que no es necesario que los delincuentes tengan una mira para disparar, sino estaríamos siempre ante una exigencia que el tipo penal no prevé, una exigencia de haber planeado todo con anterioridad. Que el punto de referencia no es si efectivamente el grito de C. era una amenaza para E. B., sino si éste último así lo creyó, máxime considerando que desde la perspectiva de C., no sólo pudo observar la ejecución del ilícito sino la huida de los justiciables. En cuanto a la falta de cotejo entre el plomo de la bala extraída al óbito y el arma secuestrada, sostiene la Acusadora que ello no es necesario ya que del lugar del hecho se secuestró una vaina, del lugar señalado por la víctima, quien vio el disparo y el deceso de C., lo que despeja toda duda respecto de que la bala que culminó con la vida de C. fue la disparada del arma de B., secuestrada en su casa. En relación al planteo de invalidez del acta de procedimiento, considera que el silencio de la madre debe ser tenido en cuenta, porque tuvo posibilidad también de declarar a favor de su hijo y no lo hizo. Que la credibilidad del efectivo policial B. no se encuentra cuestionada y es coincidente con F. en cuanto al consentimiento de la madre del implicado para realizar el allanamiento. Señala que la fecha del informe pericial balístico es del 04 de diciembre, pero como el resultado se adelantó previamente por teléfono fue que se dispuso la detención de B. Que la víctima N. realizó un reconocimiento en rueda de personas del justiciable y el resultado fue positivo. Solicita en consecuencia, se confirme el fallo de primera instancia y se rechacen los planteos efectuados por la Defensa. III) Por su parte, la Querella, considera que el carácter perjudicial que tiene la pena proviene de la gravedad del hecho pero no de la perpetuidad de la sanción. Hubo dos hechos en consideración: una entradera y un homicidio. Considera que es una pena de última ratio, contemplada expresamente en la ley y por ende no es inconstitucional, no correspondiendo al juez el carácter de legislador sino aplicarla tal cual se la prevé. Debiendo plantearse su inconstitucionalidad en el momento oportuno. En cuanto a la autoría cuestionada por la Defensa, considera que la misma tiene en cuenta los dichos de la víctima N. respecto del robo como totalmente veraces pero los desacredita a la hora de valorarlos en lo relativo al homicidio. Arguye que el testigo es el mismo, y por ende lo que diga vale igual para todo el proceso. En lo relativo a la variación del tipo legal que plantea la Defensa, aduce la Querella que lo que se cuestiona es la conexión final: el hecho requiere que tenga una relación objetiva con otro, y una conexión subjetiva que implica querer ese resultado. En ese contexto, existieron las voces de alerta, por los dichos de testigos de N. -que escuchó murmullos- y por la viuda de C., quien manifestó que fue una vecina quien le dijo que su marido había gritado, y por dichos de sus vecinos, se sabe que la personalidad de C. era intervencionista. Sumado a ello, fue el mismo imputado el que introdujo los gritos de C. Todos esos indicios reuidos son unívocos y pueden ser considerados una prueba de suficiente entidad. En cuanto al allanamiento, considera que la regla es el consentimiento y la excepción el allanamiento, y en el presente caso la madre permitió el ingreso del personal policial para que se haga la requisa. En cuanto al cotejo de las vainas, no fue una cuestión introducida por la defensa. Realiza las reservas constitucionales. IV) Expuestos los agravios de la Defensa contra el fallo y evaluados con el responde del Sr. Fiscal y la Querella, los registros de audio y video de las audiencias respectivas y las constancias de autos, entendemos que aquellos logran entidad para confirmar el pronunciamiento, por los motivos que seguidamente, y en el orden de su exposición, explicaremos. 1- Casi como cuestión preliminar, la Defensa plantea la

inconstitucionalidad de la pena perpetua por imposibilitar el proceso de resocialización del penado, y por cuanto implicaría una sanción a morir en el instituto de encierro. Tal pretensión debe rechazarse por varios motivos. En primer lugar, como expuso la Cámara anteriormente in re "Santoro, Martín Roberto s/ homicidio criminis causae" (CUIJ Nro. 21-07000361-6) por cuanto el agravio invocado no es actual. Debe destacarse que lo que pretende la Defensa al sostener que se condena "a muerte en prisión" a su asistido por existir leyes que le impiden salidas durante su condena, es una queja que no aplica en el momento, sino que será tratable recién en la oportunidad de que se arribe al tiempo de la pretensión a la que alude. Y conoce la Defensora que existen en la jurisprudencia local y nacional numerosas posturas respecto de la constitucionalidad de la prohibición inserta en el segundo párrafo del artículo 14 del CP y 56 bis de la ley 24660, de modo que no es posible anticipar la suerte que se correrá al momento de peticionarse los beneficios que a tan largo plazo se avizoran. Menos aún pueden establecerse los avatares de la legislación que podría ser incluso más benigna o de interpretación más favorable, por lo que este es uno de los fundamentos del rechazo del planteo defensivo. En otro orden de ideas, y continuando con el tratamiento a la queja, nuestro Sistema Republicano de Gobierno, diagramado por la Constitución Nacional, ha definido que las clasificaciones o distinciones realizadas por quienes sancionan las leyes, constituyen decisiones políticas que quedan fuera de la jurisdicción...". Si bien es indiscutible que en virtud de la división de poderes establecida por el Sistema constitucional, compete al Poder Judicial ejercer el control de constitucionalidad respecto de las leyes que debe aplicar, no es menos cierto que ésta es una de las funciones más delicadas de la jurisdicción y que la declaración de inconstitucionalidad de una ley debe considerarse como "última ratio", por cuanto las normas correctamente sancionadas y promulgadas llevan en principio la presunción de su validez (CS Fallos 305:304, 263:309). De esta forma, y resultando claro que, en el caso, la Defensa se limitó a expresar disconformidad con los criterios escogidos por el legislador sin demostrar concretamente por qué tales parámetros vulneraban la Constitución Nacional, es que se refuerza el rechazo de la impugnación. En segundo término debe descartarse el cuestionamiento relativo a la validez constitucional de las penas perpetuas. Bastaría decir que para ello habría que concluir que éstas son realmente perpetuas, lo que en nuestro derecho hoy en día es insostenible. Si bien la pena impuesta en el caso no genera menoscabo a garantía constitucional alguna debe recordarse que la determinación de la pena reconoce tres fases: la legislativa, la judicial y la que se produce en la etapa de ejecución de la pena. Ello importa la progresión de un único proceso de individualización para el caso concreto en el que el principio resocializador se encuentra siempre presente, resultando especialmente relevante en la última de las etapas mencionadas. Es en esa inteligencia que los regímenes legales de ejecución penal vigentes tanto en el ámbito nacional como provincial desarrollan un programa caracterizado por una progresiva flexibilización del tiempo y las condiciones del encierro carcelario para permitir su adecuación a la situación concreta del penado. De manera que los alcances de las limitaciones a la libertad ambulatoria y hasta la propia duración del encierro carcelario, aún en los casos de penas denominadas "perpetuas", podrán variar por decisiones que se adopten en la etapa de ejecución atendiendo a los fines preventivo especiales o de resocialización, mediante la libertad condicional, las salidas transitorias, el régimen de semilibertad, y otras posibilidades de flexibilización al encierro. Por todo ello es que la pena impuesta no resulta desproporcionada en relación a la conducta sancionada, ni vulneratoria del principio de culpabilidad por el hecho o del fin de la pena desde que no implica el encierro de por vida de los imputados. En suma no se advierte que la norma del art. 80 inc. 7, en cuanto establece la pena de prisión perpetua para el homicidio criminis causae, vulnera los principios de proporcionalidad, dignidad humana, igualdad ante la ley o el derecho a la resocialización del condenado. No se encuentra vulnerada la igualdad ante la ley. La discriminación que realiza el legislador para asignar la pena de prisión perpetua a los delitos del art. 80 del C.P. se funda en el mayor disvalor de acción, consistente en la mayor gravedad que comporta la acción llevada a cabo y tal discriminación en función del disvalor de acción no comporta una discriminación arbitraria que contraría el principio de igualdad ante la ley, sino antes bien, responde a un claro y racional designio del legislador de desvalorar de manera más severa estos casos en que el hecho sea cometido para poder llevar a cabo otro delito, impone que la protección social sea más enérgica a través de la pena acentuada, todo lo cual coloca a esa clase de acción en una situación diferenciada. Esas mismas razones de mayor gravedad del injusto justifican la mayor severidad de la pena y de ese modo la norma observa las exigencias del principio de proporcionalidad. En cuanto al fin resocializador de la pena, debe destacarse que la regulación de la C.A.D.H., norma incorporada a la CN y recogida por las leyes de ejecución de la pena, nacional 24.660, no es excluyente de otros fines de la pena. En lo demás, al no importar la perpetuidad -según nuestra legislación- la prisión de por vida, el argumento de pérdida de virtualidad del derecho a la resocialización pierde contenido. Estas razones justifican la legítima vigencia del art. 80 inc. 7 del C.P. en cuanto conmina la conducta allí desvalorada con la pena de prisión perpetua, por cuanto este tipo de pena, correctamente entendida, en función de las consideraciones sentadas precedentemente, no afecta los principios constitucionales de igualdad, dignidad humana y proporcionalidad. 2- Corresponde en segundo lugar, expedirse sobre la queja de la defensa, que solicita la invalidación de la sentencia por basarse en actos que son pasibles de exclusión probatoria, concretamente respecto al allanamiento sin orden llevado a cabo por agentes de la policía en el domicilio de E. B.. Oportunidad en la cual se llevó a

cabo el ingreso sólo con el consentimiento de la madre del encartado, hecho este según la defensa pasible de excluir el allanamiento, el acta y consecuentemente el secuestro del arma utilizada en el hecho. Pero previo a expedirse resulta necesario explayarse sobre algunas cuestiones de funcionamiento del nuevo sistema de invalidaciones procesales traída en la ley 12.734. En efecto, mediante la sanción de dicha Ley, se ha dado un cambio radical en la forma de concebir al proceso penal, lo que se traduce en la puesta en marcha de un proceso adversarial, en el marco del cual todos los actores juegan nuevos roles, dinámicos e interactuados con nuevas reglas de conducta procesal que determinan una concepción absolutamente diversa del avance del proceso. En este marco de ideas se presenta la nueva noción de las invalidaciones procesales, tema que conlleva uno de los más profundos cambios de concepción en lo que hace a los procedimientos para el juzgamiento penal, mediante el cual se desplaza el viejo criterio de vulneración de la forma para reemplazarlo por el de afectación de la garantía que la forma conlleva. El análisis se efectuará ahora en el marco de la vigencia de las garantías constitucionales e introduciendo por primera vez un concepto fundamental a la hora de su análisis, el "saneamiento". En este punto se introduce uno de los primeros grandes paradigmas de la nueva teoría de las invalidaciones procesales y que es el principio de la conservación del acto, más allá de la afectación a la forma. Hasta en lo que a su lenguaje respecta se produce un cambio radical de programa, pues ya no se hablará más de nulidades sino de defectos, poniendo de resalto el problema que ostenta el acto y ya no la sanción merecida. Pues en realidad desde antaño el mismo para su vigencia se apoya en un sistema garantizador construido sobre cimientos o principios que informan y mantienen con su existencia la propia vigencia del sistema. Si la presencia de las garantías le da validez al proceso, el sistema de análisis de sus defectos tendiente a su invalidez, entonces también deberá estar basado en la preservación de la garantía y de ninguna manera en la conservación de la forma. Ahora bien la segunda aclaración a realizar, es como presupone el sistema de invalidaciones su planteo, pues de acuerdo a la entelequia de los artículos 246 y 247, sólo pueden plantearse invalidaciones de actos judiciales. Ello se deriva de los siguientes postulados, "...no podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuestos de ella...." (art. 246 de la ley 12.734) y "Protesta....y antes de dictarse la decisión a impugnar" (art. 247 de la ley 12.734). Ello nos da cuenta que sólo las decisiones judiciales y no los actos de parte pueden ser susceptibles de ser declarados inválidos. Sin perjuicio de ello, el mismo digesto procesal trae una sanción para aquellos actos realizados en búsqueda de evidencia que sea posteriormente incorporados en el caso en concreto. Lo dicho se extrae de lo normado en el artículo 162 del Código Procesal Penal en cuanto prevee: "Exclusiones probatorias: Carecerá de toda eficacia la actividad probatoria cumplida vulnerando garantías constitucionales. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieran podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesarias de ellas". Este último postulado, determina que cada vez que se quiera excluir una prueba sea necesario echar mano a esta vía, por medio de la cual sí esta contemplada la impugnación de los actos de parte. Ahora bien, de manera inteligente, la defensa combina ambos extremos normativos: en primer lugar impugna por inválida la sentencia (acto judicial) por entender que la prueba de parte obtenida como objeto de un acto ilegítimo como considera al allanamiento producido en la casa de E. B. merece ser excluida por haber afectado garantías constitucionales de su defendido. Entonces, así dadas las cosas este tribunal deberá merituar si corresponde invalidar la sentencia basándose o descubriendo si hubo garantías constitucionales violadas y para el caso si el acto discutido no fue saneado. Entonces luego de efectuar un pormenorizado análisis de todo lo actuado y planteado por la defensa para el caso, corresponde expedirse por la negativa. Y ello es así porque la violación de cualquier garantía constitucional ya fue resuelta en sendos pronunciamientos judiciales que sanearon el acto discutido, el cual a estas alturas (como así al momento del debate) llegó purificado de toda ilegalidad. En efecto, su exclusión fue resuelta negativamente por el juez del Colegio de Jueces de Segunda Instancia al apelarse la audiencia preliminar, Dr. Otto Crippa García en fecha 15/03/15, quien dijo que no podía verificarse la existencia de vicios y que el consentimiento de la madre de E. B. existió y era válido. Asimismo sin perjuicio de ello, el mismo tribunal de la sentencia vuelve a analizar el acto viciado y a determinar su total eficacia. Todos los pronunciamientos dictados resultan suficientemente razonables como para determinar la validez del acto y su confirmación para el caso en concreto. Sin perjuicio de entender saneado el acto con el pronunciamiento efectuado por este mismo tribunal de Alzada, en pos de la amplitud de la suficiente fundamentación de los fallos judiciales hemos de decir suscitantemente, que el secuestro efectuado resulta válido por las siguientes razones: hubo consentimiento válido prestado para el ingreso por la moradora del inmueble, la misma señaló donde se encontraba el arma secuestrada. La misma titular del derecho de exclusión se abstuvo de declarar como testigo cuando era ella quien hubiese tenido la oportunidad de demostrar la ilegitimidad del allanamiento o deslegitimar el obrar policial. Luego de ello se determinó la exactitud del arma con la vaina servida encontrada en el lugar, lo que demuestra que no era un arma cualquiera y "plantada" si no la efectivamente utilizada por el agresor. Tampoco se aportan más elementos materiales u objetivos como para determinar la efectiva afectación de la garantía que requiere el nuevo sistema de invalidaciones procesales, pues las simples especulaciones o presunciones argumentativas no alcanzan para demostrar la grave y certera ilegalidad requerida para fundar una exclusión probatoria, la cual se pretende presentar como origen y motivo de la invalidación de la sentencia como tal.

3- En tercer lugar, se le imputa a J. J. E. B. sustraerle a J. N., mientras éste ingresaba a su domicilio en calle Virasoro n° ..., sus pertenencias cuando guardaba el auto en la cochera de su casa, junto con otro masculino no identificado, mediante el uso de un arma de fuego con la cual amenazaba con atentar contra la vida de la víctima si no hacía entrega de sus efectos. Que en el momento en que huían del lugar del robo, al oír los gritos vertidos por F. O. C. -punto debatido por la Defensa-, quien se encontraba en el balcón del domicilio de su madre, efectuó un disparo de arma de fuego contra éste, con el propósito de darle muerte y así lograr su impunidad -también discutido por la Defensa-. Que la primera de las acciones imputadas - esta es, la del robo calificado con arma de fuego- no se encuentra cuestionada, quedando firme todo lo dispuesto al respecto en la sentencia traída a consideración. El a-quo considera acreditado que E. B. se encontraba en el momento y en el lugar del primer hecho, esto es, en el domicilio de calle Virasoro n° ... de la ciudad de Rosario, coincidiendo en ello tanto la Defensa como la Acusadora, y que el imputado era quien mediante amenazas de arma de fuego, sustrajo a N. sus elementos personales. Es lo que sigue a continuación lo que la Defensa pone en tela de juicio, principalmente, la autoría de su defendido en el homicidio de F. C. El imputado, en su acto de defensa material, niega el hecho endilgado arguyendo que no se encontraba solo, sino con dos personas más, y que no fue él quien disparó; que oyó gritos ("escuché: quédense quietos ahí que los mato, decía desde un balcón se ve de la vereda del frente, quedate quieto ahí porque los mato") y un disparo, pero que no fue él quien disparó, aunque en esa misma declaración otorgada en audiencia reconoció portar un arma de fuego calibre 38. De la declaración aportada por la Dra. M. S. S. en la audiencia de debate, surge que la víctima falleció producto de un disparo de arma de fuego, concretamente de una "herida contuso excoriativa en región supraclavicular derecha compatible con orificio de entrada de proyectil de arma de fuego. No había ahumamiento, ni tatuaje, ni otros signos externos de orificios compatibles con arma de fuego". Surge de la audiencia de debate también, concretamente de la declaración de J. N., que quien disparó el arma era quien previamente lo había amenazado de muerte para que entregue sus efectos personales. Y ello a su vez se encuentra respaldado por un reconocimiento en rueda de personas positivo. Nadie niega que E. B. estaba en el lugar y en el momento del hecho, tampoco que el mismo portaba un arma de fuego. La duda que busca crearse es respecto de si fue él o su compañero quien disparó el arma y causó la muerte de C. Pero hubo una víctima previa que lo tuvo delante mientras el mismo lo apuntaba, que le vio la cara, que lo vio con el arma apuntando hacia arriba, y que vio a C. caer. En ese contexto, a la luz de la sana crítica no se plantea duda alguna respecto de la materialidad del hecho, ni de la autoría endilgada a J. J. E. B. en cabeza de quien se coloca el disparo del arma que causó la muerte de C., por cuanto no existe perplejidad en lo atinente a la dinámica criminosa, siendo absolutamente coherentes los dichos de la víctima J. N., sumado al hecho de que el arma utilizada dejó una vaina en la escena del hecho. Acorde a los testimonios aportados, hubo un disparo, y una vaina hallada a metros de donde se encontraba el óbito. El único disparo dejó un rastro, y ese rastro apunta directo al justiciable, porque N. lo vio, lo reconoció y lo escuchó. Y fue ese único disparo el que culminó con la vida de F. C. Todo ello, lleva a afirmar, que no hay un sólo resquicio de duda respecto de la responsabilidad que tuvo E. B. en el hecho traído a consideración. N. fue la víctima del robo y por el temor sufrido entregó todo al instante. Pero acto seguido, casi sin solución de continuidad fue testigo de un suceso que lo colocó ante un escenario que quizás con su accionar frente al agresor en su domicilio había querido evitar: transitar todo este derrotero en un proceso penal. Porque N., apenas instantes después que quien le robó a punta de arma de fuego se iba de su casa, lo vio disparar a su vecino que alertaba sobre el robo del que acababa de ser víctima. Fue el acto solidario del vecino el que acabó con la vida de aquél, y N. resultó ser el testigo clave en el proceso que define la suerte procesal de quien sesgara la vida de un ciudadano comprometido con el otro. Aquí es el Juez el que debe valorar ese testimonio único en el marco contextual utilizando las reglas de la lógica y la experiencia; las reglas del sentido común. La percepción de N. fue que el mismo muchacho que lo apuntó para robarle, al escapar le disparó a su vecino porque su vecino gritaba dando alerta para que el ladrón no escapara. Y no tuvo dudas de ello. La percepción de N. fue que su vecino gritó para que el ladrón no escapara, su discapacidad auditiva le permite saber cuándo alguien grita, como quien no padece esa discapacidad también sabe cuándo alguien grita. Son percepciones sobre lo mismo; el mismo hecho advertidas en forma distinta. N. cuenta una secuencia de hechos y señala a un solo protagonista en la secuencia. El ladrón que le robó, que le apuntó para robarle, que escapó con el arma y sus objetos, que fue alertado para no escapar por su vecino, fue el que le disparó a su vecino para lograr escapar impunemente. N. no tiene dudas cuando lo relata, porque no tiene dudas de lo que percibió a través de sus sentidos. Y así debe ser valorado por el Tribunal. Interpretando el contexto de la percepción del testigo en el momento del hecho que se percibe. Muchos son los delitos que se cometen al abrigo de miradas de terceros, frustrándose así la posibilidad de convocar a numerosos testigos presenciales del hecho. De ello no se deriva, no obstante, el exceso de los límites que impone la sana crítica racional, sistema que se compone de un procedimiento lógico, racional y comprobable por el cual se superen las dudas, que deberán ser también lógicas y adecuadas a las reglas de la experiencia y no las que puedan resultar de la sola hesitación humana ante la imposibilidad de lograr una "verdad objetiva". La duda que pretende la Defensa no puede ser la sólo duda anímica que pueda embargar a cualquier persona en base a puras conjeturas. La duda a que refiere el artículo 5 del CPP es "duda razonable", de lo

contrario se llevaría al Sistema a casos de estricta arbitrariedad e irracionalidad. Y en autos la certeza a que ha arribado el Tribunal a-quo respecto de la autoría de E. B. como autor en el homicidio de C. disparando hacia su cuerpo con intención de matarlo para lograr la impunidad en el robo perpetrado contra N., es la que este Tribunal considera probada en ese mismo grado y por lo que decide votar por la confirmación en este extremo del fallo atacado, adecuándose su accionar en las figuras del homicidio agravado por el uso de arma de fuego calificado por tratarse de un homicidio *criminis causae*, en concurso real con el delito de robo calificado por el uso de arma de fuego. 4- Aquí, y relacionado estrictamente con el final del punto 2.2 trataremos la cuestión de la tipicidad.

Como eje de su cuestionamiento, la Defensa considera que los gritos del balcón son determinantes a la hora de establecer si hubo o no ultraintención por parte de E. Arguye que la intención del tiro era amedrentar a C. y nada más. Que al no poder corroborarse que la víctima gritó no puede probarse que la intención de su defendido era lograr escapar con el botín sin un testigo que lo hubiera visto y por ende la acción quedaría subsumida en la de homicidio en ocasión de robo. Pero la teoría del caso de la Defensa se desbarata desde el mismo momento en que fue el mismo E. quien reconoció en su declaración haber oído a C. gritar. Y no es relevante en este aspecto si N. o la esposa de C. llegaron a escuchar el grito. Porque el único que debía oírlo era E. Y lo así lo hizo. Levantó la mirada ante el grito de C. que llamó su atención, apuntó con el arma, disparó y acertó en su disparo, produciendo prácticamente su inmediato deceso. La Defensa pone en crisis que E. B. haya querido matar. Lo hace desde un punto de vista muy particular según su propia interpretación de la pericia de parte. Y la Acusación cuestiona ese punto de vista en forma simple pero acertada: no es necesario para disparar contra otro colocarse en posición de francotirador con mira telescópica y disparar. En el caso de autos E. B. se vio amenazado por los gritos de C. y disparó hacia quien gritaba, dirigió su disparo hacia su objetivo. Con mayor o menor pericia. Con mayor o menor destreza. Apuntó y disparó. Dió en el blanco y causó la muerte. Ello se llama dolo directo en el marco del tipo penal de homicidio y cuando se perpetra para causar la impunidad de un delito conexo como es el robo que se acaba de cometer (independientemente de que se haya cometido o no el delito conexo), ese elemento subjetivo distinto del dolo, ese elemento subjetivo que excede el dolo, que va más allá del dolo de matar, de esa finalidad de matar al otro, es lo que caracteriza al homicidio *criminis causae*. Matar "para". Ser capaz de matar "para" lograr la impunidad en el caso de autos. E. B. actuó con dolo de matar cuando accionó el arma para matar a C. porque gritaba, y lo hizo con una ultrafinalidad, que era lograr que C. callara para lograr su impunidad. Por ello su delito encuadra en la figura del homicidio agravado por el uso de arma de fuego calificado por tratarse de un homicidio *criminis causae*, en concurso real con el delito de robo calificado por el uso de arma de fuego. Pero puntualmente a la calificación legal nos detendremos infra. De lo que se trató en este párrafo fue de aclarar los hechos probados en grado de certeza: que E. B. quiso disparar contra el hombre que gritaba y que lo hizo para matarlo, que lo mató, que buscó callarlo, esto es, que pretendió su impunidad. El tipo penal inserto en el artículo 80 inciso 7 del CP es una de las tantas figuras agravadas del tipo básico de homicidio contenido en el artículo 79 del mismo cuerpo legal. No cabe duda que el fundamento de la agravante está dado por la mayor criminalidad del ánimo homicida que se vislumbra en el accionar del agente, a diferencia de la figura pretendida por la Defensa. El homicidio "criminis causae" es un homicidio calificado no por concurrir con un robo u otro delito, sino por un elemento subjetivo que determina su comisión, mientras que en la hipótesis del art. 165 citado por la parte defensiva se refiere a un delito complejo formado por un robo y un homicidio en el que este último surge como una contingencia, no calificada por aquel elemento subjetivo, en ocasión del despliegue de una acción tendiente al apoderamiento de la cosa ajena con fuerza en la misma o violencia en las personas, o se produce con motivo de ella, siendo el robo el elemento circunstancial del tipo que pune el resultado de homicidio (ver F. Fernández de Moreda "Homicidio Criminis Causa y Robo con homicidio, Autoría, Participación y Comunicabilidad de las circunstancias fácticas del Delito", en LA LEY, pág. 130 y su cita de Soler, en "Derecho Penal Argentino", Ed. Tea Buenos Aires 1965, To. III página 46 y siguientes"). Con absoluta claridad D'Alessio explica la figura del 80 inciso 7 (Código Penal, Comentado y Anotado. Tomo II. Parte Especial. Ed. La Ley, 2 da edición actualizada y ampliada, pág 25) señalando que "En este inciso es posible observar dos formas diferentes de conexión entre el homicidio y el otro delito. La primera parte del inciso se refiere al homicidio cometido para, y la segunda se refiere a un homicidio cometido por. Esta conexión no debe identificarse con una simple simultaneidad, pues la agravante no se refiere al hecho objetivo del concurso del homicidio con otra infracción. Ello implicaría crear una sanción especial para un simple caso de concurso de delitos. La particularidad de esta conexión es su aspecto subjetivo." D'Alessio cita a Zaffaroni, Alagia y Slokar (Derecho Penal, Parte General, Ediar, págs. 542) en cuanto que este tipo penal contiene un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, pues el autor tiene en vista una acción que no necesariamente debe concretar, como es el caso del homicidio para facilitar otro delito. Haciendo historia, y repasando la evolución de la Teoría del Delito, desde la introducción por parte de Hegler y M. E. Mayer (en lo que hasta ese momento era el Sistema Liszt-Beling), los elementos subjetivos del tipo (luego diferenciados del dolo, aún en la tipicidad) tuvieron tratamiento por parte de la doctrina como una cuestión conflictiva por su ubicación sistemática, aunque de ningún modo por su inclusión legislativa. Claro está que ciertos tipos penales, por un menor o mayor disvalor en la acción y en consecuencia para atenuar o agravar la pena,

describen elementos subjetivos que son distintos del dolo, por tratarse de intenciones que exceden el puro querer de la realización del tipo objetivo o por ser particulares ánimos puestos de manifiesto en el modo de obtención de la realización. En posiciones doctrinarias tradicionales, que parten de la reformulación del llamado Neocausalismo, se identificaba a éstos como descripciones subjetivas en la tipicidad ajenas al dolo que se lo ubicaba en la culpabilidad. Avanzado el Finalismo, Zaffaroni los clasificó como esas "ultraintenciones" o "de tendencia". Sin duda alguna, el homicidio *criminis causae*, previsto en el inciso 7 del artículo 80 del Código Penal, es un delito que por la intención del autor, que puede o no ser alcanzada, se lo agrava, asignándole como clasificación el autor citado la de delito incompleto de dos actos, por cuanto la conducta típica es el medio para la realización de la segunda acción del autor. Tan grave es matar para lograr un robo, o matar para lograr impunidad, que se prevé como pena la de prisión perpetua. En autos la certeza a que ha arribado el Tribunal a-quo respecto de la autoría de E. B. como autor en el homicidio de C. disparando hacia su cuerpo con intención de matarlo para lograr la impunidad en el robo perpetrado contra N., es la que estas Vocales consideran probada en ese mismo grado y por lo que deciden votar por la confirmación en este extremo del fallo atacado, adecuándose su accionar en las figuras del homicidio agravado por el uso de arma de fuego calificado por tratarse de un homicidio *criminis causae*, en concurso real con el delito de robo calificado por el uso de arma de fuego. 4- Por lo expuesto, es que consideramos que corresponde rechazar todos los pedidos de nulidad interpuestos por los fundamentos dados en cada caso, por no haberse afectado en ninguno de los supuestos garantía constitucional alguna, y confirmar la sentencia dictada en autos, la calificación legal por la que se condena a J. J. E. B. y la pena dispuesta de prisión perpetua, accesorias legales y costas. A LA SEGUNDA CUESTIÓN LAS DRAS. LURATI, ALONSO Y DEPETRIS DIJERON: Atento el voto precedente, corresponde rechazar todos los pedidos de nulidad interpuestos por los fundamentos dados en cada caso, por no haberse afectado en ninguno de los supuestos garantía constitucional alguna, y confirmar la sentencia dictada en autos, la calificación legal por la que se condena a J. J. E. B. y la pena dispuesta de prisión perpetua, accesorias legales y costas. Por tanto, el Tribunal Pluripersonal del Colegio de Jueces de Segunda Instancia de Rosario, conformado para entender en los presentes; FALLA: CONFIRMAR la sentencia dictada en autos, en todos los extremos en los que la misma fuera apelada. Insértese, agréguese copia y hágase saber. Bibiana Teresa ALONSO Georgina Elena DEPETRIS Carina LURATI Nota: (*) Sumarios elaborados por Juris online 022491E