



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**

Tribunal de Casación Penal

%o7~!6z!]Z:?Š

En la ciudad de La Plata a los 1 días del mes de marzo de dos mil dieciseis, se reúnen en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Fernando Luis María Mancini y Jorge Hugo Celesia, con la presidencia del primero de los nombrados, para resolver en la presente causa Nro. 69.002 caratulada “Mora, Luis Eduardo s/recurso de casación” y su acumulada Nro. 69.004 “Jiménez, Pablo Ezequiel s/recurso de casación”. Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: MANCINI–CELESIA.

El Tribunal en lo Criminal Nro. 4 de Lomas de Zamora condenó con fecha 18 de noviembre de 2014 a Luis Eduardo Mora a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, por considerarlo coautor penalmente responsable de los delitos de robo agravado por el uso de armas en concurso real con robo agravado por el empleo de arma de fuego en grado de tentativa en concurso ideal con homicidio agravado criminis causae y por resultar la víctima miembro de las fuerzas de seguridad pública en ejercicio de su función, en concurso real con robo simple en concurso real con privación ilegal de la libertad agravada en concurso real con portación ilegal de arma de guerra –Hecho I-, en concurso real con robo calificado por el empleo de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada, dos hechos concursando materialmente entre sí –hechos III y IV-, en concurso real con portación ilegal de arma de fuego de uso civil. Asimismo Pablo Ezequiel Jiménez fue condenado a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, por resultar coautor penalmente responsable de los delitos de robo calificado por el empleo de arma de fuego, en concurso material con robo calificado por el empleo de arma de fuego en grado de tentativa en concurso ideal con homicidio calificado criminis causae y por resultar la víctima miembro de las fuerzas de seguridad pública en ejercicio de su función, en concurso real con robo simple en concurso real con privación ilegal de la libertad agravada –hecho I-

Contra dicha sentencia interpusieron sendos recursos de casación la señora defensora oficial, doctora Mariana Pagani, por el acusado Mora, en tanto la defensora oficial, doctora Miriam Edith Adriana Ayala, hizo lo propio en beneficio del acusado Jiménez.

Encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar las siguientes cuestiones:

Primera: ¿Son procedentes los recursos de casación interpuestos?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.

A la primera cuestión planteada, el señor juez doctor Mancini dijo:

I) Que la defensa del acusado Mora denunció la arbitrariedad del pronunciamiento por falta de fundamentación respecto de la subsunción del homicidio en la figura del artículo 80, incisos 7 y 8 del código de fondo, omitiendo el tribunal aplicar la figura del artículo 165, en relación con el 42, del mismo ordenamiento.

Explicó que la circunstancia de que el funcionario policial fallecido haya recibido un tiro en su cabeza no acredita la intencionalidad dolosa requerida ni el especial elemento subjetivo referido a una finalidad específica distinta del dolo.

Sostuvo que no existen elementos objetivos ni científicos que puedan demostrar que Mora apuntó y disparó a la cabeza del policía pudiéndolo hacer en otra parte de su cuerpo.

Desestimó que la muerte se enderezada a lograr el repliegue de la fuerza policial y la consecuente huída del lugar, pues conforme se consigno en el fallo la testigo Paulli afirmó que los policías se habían replegado.

En cuanto a la condición de funcionario policial, indicó que no resulta racional ni equitativo que las decisiones políticas en materia de formación y presupuesto para las fuerzas de seguridad, cuando se revelan insuficientes, se resuelvan mediante una desnivelación del bien jurídico vida, dando preponderancia a algunas por encima de otras, pues tal interpretación violenta el principio de igualdad, y aparece contraria a la racionalidad con la que deben desarrollarse los actos de gobierno.

Que de la conversación mantenida por los acusados durante su huída, recreada en boca de la testigo Paulli, no alcanza a evidenciar los elementos requeridos por el tipo subjetivo, siendo que las expresiones de la testigos aparecen teñidas por su subjetividad.

Destacó que bien pudo Mora disparar sin apuntar, siendo que la ausencia de ahumamiento en el orificio de ingreso del proyectil en la cabeza del damnificado demuestra que la distancia de fuego fue superior al metro.

Aseguró que la circunstancia de ir a robar con armas y efectuar disparos pudo haber representado en el sujeto la posibilidad de la producción de alguna muerte, lo cual encuadra en la figura de homicidio en ocasión de robo.

De seguido sostuvo la defensa que dicho delito también requiere el dolo directo del matador, pues el mínimo de pena previsto –superior al homicidio simple- abona dicha postura.

En cuanto a la falta de consumación del robo, ello debe dejar en grado de conato el delito previsto en el artículo 165 del código sustantivo.

En otra dirección objetó que el apoderamiento ilegítimo del arma de funcionario abatido constituya el delito de robo, toda vez que no existe intimidación posible sobre una persona fallecida.

También denunció el recurrente la violación de la garantía contra la autoincriminación del imputado, pues el tribunal valoró las palabras finales manifestadas por ambos acusados.

En cuanto a la pena impuesta, aseguró que ella colisiona con los principios de culpabilidad por el acto, con el mandato resocializador de las penas, con el principio de estricta legalidad y con la prohibición de imponer penas crueles, inhumanas y degradantes.

Aseguró que una pena que, por lo menos, durará 35 años es claramente atentatoria de la dignidad humana, siendo que aún la posibilidad de obtener la libertad condicional no desvanece el peligro de permanecer en forma incierta privado de la libertad, pues puede ocurrir que el sujeto no obtenga informes favorables para obtener el beneficio.

En otro aspecto aseguró que existen fundamentación aparente de las circunstancias atenuantes y agravantes merituadas, siendo que si la pena es absoluta, no se requería de ningún esfuerzo argumental adicional para su determinación.

Empero, criticó el desprecio por la vida evaluado por el tribunal como agravante, en tanto este quedó consumido en la figura del artículo 80, inciso 7, del Código Penal.

Aseveró que el a quo aplicó incorrectamente el artículo 54 del código de fondo para concursar los delitos de robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa y el homicidio criminis causae y por resultar la víctima miembro de las fuera de seguridad, pues estos fueron delitos independientes que concursan en forma material.

En cuanto a las lesiones padecidas en el choque por una de las víctimas del robo, dicho acontecer no fue incluido en la calificación legal de la sentencia.

Respecto de la causa N°5327, se agravió de lo que consideró una errónea valoración de la prueba por la cual se concluyó sobre la intervención autoral de Mora en los hechos allí ventilados.

Destacó que la víctima Leandro Italiano dio cuenta que el robo ocurrió a las 18 horas, como también, que no pudo observar las características de los sujetos que lo desapoderaron de su vehículo, siendo que la presencia de Mora en la ejecución de otro delito aproximadamente a las 23:30 horas, deja en evidencia una distancia horaria considerable que no permite relacionarlo con el primer hecho de robo.

Por todo ello propició la casación del pronunciamiento.

II) Que por su parte la asistencia oficial del acusado Jiménez rememoró que en el juicio denunció la nulidad en cuanto al hecho que pretende imputarle la fiscalía por violación al principio de congruencia, en tanto durante el proceso la muerte del funcionario policial no recibió cobijo en la disposición del artículo 80 del código de fondo, sino en un delito contra la propiedad como lo es del delito de robo con homicidio resultante.

Tras efectuar citas de doctrina y jurisprudencia, indicó que lo resuelto por el tribunal sobre el punto debe descalificarse pues la imputación fáctica varió de forma sorpresiva.

En cuanto a la materialidad ilícita del robo, indicó que mas allá de si Jiménez tenía o no un arma en su poder, lo cierto es que la pericia de fs. 184/186 evidencia que no era apta para el disparo, siendo que ni durante la huída en el auto y, luego de la colisión, la efectuada a pie, accionó arma de fuego alguna, resultando mendaces las expresiones de los policías que sostienen lo contrario.

Aseguró que no puede serle imputado el homicidio criminis causae pues esta acción fue ejecutada por otra persona, no habiendo instigado ni participado de tal decisión. Reclamó que el requisito esencial de dicha figura es la conexidad subjetiva que no existió en el hecho.

Afirmó que cuanto mucho pudo haber un abuso de armas, cuando se apoderó de la pistola del preventor muerto, ejerciendo violencia para lograr la impunidad del robo, pero nunca se demostró una voluntad homicida, ni el conocimiento de que su asociado tenía un arma en condición de disparo, por lo que tampoco podría preveer –eventualmente- las consecuencias fatales que pudieren convocar la aplicación del artículo 165 del código sustantivo.

Jiménez tuvo por plan salir a robar, por lo que la atribución de la muerte del policía constituye una supuesto de responsabilidad objetiva que debe ser casado por este tribunal.

Sin perjuicio de ello, si se considerara que puede ser alcanzado por la acción de su compañero, el hecho no debe exceder el supuesto típico del artículo 165 del código de fondo, citando en apoyo de su tesitura doctrina en punto a dicha figura.

En cuanto al inciso 8, del artículo 80, del ordenamiento penal, indicó que la muerte debe ser ejecutada por la sola condición funcional de la víctima, lo que no aconteció en autos.

Respecto del apoderamiento del arma del muerto, su subsunción debió ser la de hurto calamitoso por infortunio particular del damnificado,

siendo que la privación de la libertad de Zocolli y Paulli, fue la mínima que se integró a la ejecución del robo por lo que no puede ser reprochada en forma independiente.

Destacó que las lesiones sufridas por la damnificada no fueron incluidas en la calificación ni tratado como fundamento de pena.

En otra dirección objetó la valoración del tribunal respecto de las palabras finales de su asistido, pues ello quebranta la prohibición de autoincriminación.

Aseguró que el tribunal incurrió en absurdo al momento de valorar la prueba pues no existen elementos para sostenerla, quebrantándose el principio in dubio pro reo.

Finalmente criticó la imposición de una pena absoluta por quebrantar el mandato resocializador de la pena privativa de la libertad, el principio de legalidad y la prohibición de imponer penas crueles, inhumanas o degradantes, siendo que la prisión a perpetuidad lesiona la intangibilidad de la persona humana, lo cual hace inconstitucional dicha sanción.

III) Que a fs. 135/ la señora defensora oficial ante esta Casación, doctora Ana Julia Biasotti, desistió de la realización de la audiencia de informes y se excusó de intervenir a favor del coimputado Mora, manteniendo el remedio interpuesto a favor de Jiménez, abundando en argumentos.

IV) Que a fs. 146/149vta. el señor defensor oficial adjunto ante este Tribunal, doctor Ignacio Juan Domingo Nolfi, mantuvo el recurso interpuesto en beneficio del encartado Mora, agregando argumentos en pos de la cuestionada sanción a perpetuidad.

V) Que a su tiempo la señora fiscal adjunta ante esta Casación, doctora Daniela Bersi, dictaminó que las críticas esgrimidas por ambas defensas no pueden prosperar por las razones de hecho y derecho que desarrolló en su dictamen.

IV) Ahora bien, dando respuesta al primero de los agravios traídos por la defensa del acusado Mora he de anticipar que no encuentro procedente la

crítica de la impugnante en su afirmada ausencia de comprobación del dolo homicida, ni la ultraintención asignada a la acción matadora.

Corresponde destacar preliminarmente, que los estados o situaciones subjetivas del agente constituyen una cuestión fáctica modificable en el ámbito casatorio, en aquellos casos donde se constate una irrazonabilidad, arbitrariedad o errada ponderación en su determinación.

En tal sentido, la estructuración del tipo subjetivo de la figura aplicada descansa sobre la consideración del *factum materia* del pronunciamiento y de los elementos de prueba incorporados al juicio.

Aquellos procesos, en tanto resultan una realidad psicológica, o sea, un proceso psíquico singular, no es demostrable -al menos en el estado actual de la ciencia- en forma directa, ni por supuesto resulta directamente perceptible a través de los sentidos. Su prueba entonces es de naturaleza indirecta, y radica en aquellos indicios que puedan surgir de la forma exterior del comportamiento y las circunstancias que rodearon su realización, de los eventuales informes periciales de tipo psicológico o psiquiátrico que se hayan producido, de los testimonios de la víctima o de terceras personas, o cualquier otro medio de prueba pertinente y útil.

En función de lo dicho y razonando con apoyo en los hechos y su prueba, no encuentro reparos a la conclusión de los jueces sobre la intencionalidad homicida de la conducta desarrollada por el acusado Mora en contra del funcionario policial Néstor Oscar Aranda.

Quizá convenga recordar, en lo que resulta pertinente para dilucidar la cuestión, que el tribunal tuvo por probado que en las circunstancias de tiempo fijadas en el fallo, luego de perpetrar un robo en las inmediaciones, los acusados arribaron a bordo del vehículo Volkswagen Suran, dominio KOH 466, que habían sustraído previamente, al domicilio de la calle Miguel Cané Nro. 828, de la localidad de Villa Galicia, en donde interceptaron a Agustín José Zocolli, quien se encontraba en la vereda de su domicilio, siendo intimidado con armas de fuego por los acusados, quienes lo obligaron a entrar junto con ellos a su finca donde se encontraban su esposa Norma

Andrea Paulli y los hijos del matrimonio. En dichas circunstancias intentaron apoderarse de diversas pertenencias propiedad de las víctimas, logrando cargar dentro de un vehículo Renault Kangoo, dominio GMI 255, un televisor de 32 pulgadas.

Fue así que se hizo presente personal policial que había sido alertado de los hechos, ingresando en primer término por el pasillo de la vivienda el teniente primero Néstor Oscar Aranda, y detrás de él, el teniente primero Juan Carrizo, ambos uniformados, ingreso que fue advertido por los encartados.

En razón de ello uno de los sujetos –Jiménez- tomó del cuello a Norma Paulli, poniéndosela al frente a modo de escudo, a la vez que la apuntaba a la cabeza con el arma que empuñaba, ordenándoles a los funcionarios policiales que los dejaran salir, motivo por el cual los preventores comenzaron a retroceder.

Fue en ese momento que el acusado Mora, efectuó disparos contra el personal policial con el revólver calibre 38 secuestrado en autos, impactando un proyectil en la cabeza de Aranda, a la altura de la sien derecha, quien falleció de inmediato, quedando su cuerpo tendido en el pasillo.

El mismo encartado, tomó al niño Leonardo Iván Zocolli de su cuello y se lo colocó a modo de escudo humano –ello a instancia de Jiménez- caminando ambos hacia la calle, pasando Jiménez -quien retenía a Paulli- por arriba del cuerpo del infortunado Aranda, a quien sustrae la pistola reglamentaria, con la cual cubre la salida a tiros contra los funcionarios apostados en la calle, haciendo lo mismo el acusado Mora con el revólver con que ultimó a Aranda.

De esa forma, siempre utilizando como escudos al niño y su madre, ascendieron al vehículo en el que llegaron, y junto con las víctimas, se dieron a la fuga a bordo del Volkswagen, desde el cual continuaban disparando en contra del personal policial que los seguía, obligando al niño a asomarse por la luneta con el fin de que la policía no respondiera el fuego.

Que la huída culminó cuando los encartados chocaron contra el paredón de una vivienda ubicada en la intersección de las calles Centenario Uruguayo y Acevedo, en la localidad de Lanús, lugar en donde se procedió a la detención de quien se hallaba en la parte trasera del rodado, secuestrándole en su poder la pistola del policía ultimado y un revólver calibre 38.

Quien se encontraba a cargo de la conducción, escapó a la carrera, siendo finalmente aprehendido a cien metros de distancia, dentro de un domicilio, incautándose entre sus pertenencias las llaves de la camioneta Kangoo.

La reseña efectuada, permite establecer que el imputado Mora puso en acto un ataque armado contra el teniente primero Aranda, para lo cual realizó una adecuada disposición de medios –bastando para ello con reparar la aptitud letal del arma utilizada (cfr. informe de autopsia de fs. 133/5vta. y certificado médico de fs. 579/vta.); la zona vital del cuerpo de la víctima a la que se disparó, demostrativo de la idoneidad de la acción emprendida por el acusado, que llevó entrañada –ex ante- un alto grado de efectividad con vistas al resultado muerte, resultando incuestionable que, en esas condiciones, el agente actuó gobernado con el conocimiento y voluntad de terminar con la vida de Aranda, en función de lo cual la imputación subjetiva de la muerte de a título de dolo directo no merece descalificación alguna.

Es mi parecer que el remedio intentado pretende provocar una reinterpretación de la prueba, cuestionando aquellas circunstancias fácticas que el tribunal de la instancia tuvo por probadas, sin lograr evidenciar un yerro esencial y notorio en el derrotero lógico seguido por los sentenciantes para concluir afirmativamente sobre la concreta intención homicida del imputado ni tampoco advertirse una errada actividad axiológica de la prueba que amerite la casación del pronunciamiento.

Al respecto habré de destacar que el análisis del material convictivo que sustenta la decisión jurisdiccional cuestionada, debe limitarse a un examen de los razonamientos que la fundamentaron, a efectos de dilucidar

si existió una arbitraria o fallida valoración, la cual por otra parte, debe ser específicamente señalada, resultando insuficiente su mera invocación por las partes.

En repetidos pronunciamientos he sostenido que la casación no tiene por objeto corregir pronunciamientos que el impugnante considere equivocados, según su divergencia con la interpretación asignada por los jueces a los hechos y leyes comunes, sino que su procedencia requiere un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso, o una decisiva ausencia de fundamentación.

Que resulta ineficaz la argumentación del quejoso, en cuanto deja en pie todo aquello que surge de los testimonios prolijamente repasados en el fallo a cuyas consideraciones corresponde remitirse –particularmente al de la señora Paulli-, pues esta resultó testigo privilegiado de las instancias previas y concomitantes a la ejecución del funcionario Aranda a manos de los acusados.

Explicó la testigo –en lo atinente a la muerte- que el que estaba con el atuendo rojo la tomó del cuello con el brazo derecho y la llevó hacia la puerta, forcejeó con su marido, a quien luego ya no vio más allí, pudiendo advertir que en el lugar estaba la policía ingresando por el pasillo de la vivienda. El sujeto que la retenía le ordenaba a los funcionarios que se retiraran, preguntándole a la víctima si había puerta trasera, a lo que contestó que no.

Fue en ese momento que el otro individuo, con atuendo negro, viene hacia donde estaban y a través de la ventana del comedor disparó al policía, por lo cual el otro efectivo que lo acompañaba salió corriendo. El sujeto que la retenía la asomó por el pasillo, pudiendo ver tendido en el piso al funcionario muerto.

Frente a estas contundentes expresiones, no queda margen para especular accidentalidad ninguna en la producción del impacto homicida, pues el certero disparo dirigido hacia la cabeza de la víctima –quien tenía colocado su chaleco anti-bala-, espeja el elocuente fin de librarse de aquella

conducta de los funcionarios del orden que ponían en riesgo la impunidad de los asaltantes.

Que el acceso directo que tiene el tribunal de juicio respecto de las manifestaciones producidas ante su presencia en el juicio oral y público, brindan al a quo un valor de percepción único e intransferible y su fuerza convictiva no resulta examinable por esta Sede.

En ejercicio de sus poderes discrecionales, el a quo valoró positivamente las declaraciones consignadas en el fallo, las que fueron armonizadas con los datos que surgieron de las constataciones del cadáver de la víctima, otorgando caudal probatorio suficiente para afirmar el acontecer histórico de los hechos imputados, encontrándose la conclusión del fallo debidamente sustentada en los diversos elementos probatorios analizados, cuyo examen no presenta vicios de arbitrariedad o ilogicidad.

Que las exigencias caracterológicas del homicidio criminis causae no reclama la existencia de una premeditación ejecutiva particular ni la maduración de la decisión homicida, en tanto esta puede surgir como pura decisión al hecho nuevo, nacida en el marco de la actuación original del agente, procurando algunos de los fines tipificados en la ley o por los motivos que allí se destacan.

Que ante la posible frustración de la huída y consecuente detención de los imputados a manos del personal policial que había llegado hasta el domicilio de las víctimas, el acusado actuó un procedimiento enderezado voluntaria y directamente hacia la muerte del primero de los funcionarios policiales que se encontraba en el pasillo de la vivienda, subordinando la vida de la víctima a la exitosa salida del lugar, a esa altura objetivo central de la conducta asumida por ambos imputados.

Así surge de los actos externos expuestos por los encartados, cuanto de las expresiones vertidas en aquella oportunidad, en tanto la testigo Paulli dio cuenta que los sujetos activos buscaban que los funcionarios le franquearan la salida –así lo exigían-, a la vez que interrogaban a la damnificada por posibles salidas alternativas del domicilio tomado por asalto.

Partiendo de una materialidad que muestra al acusado accionando un arma de fuego cargada con su munición específica, apuntando desde corta distancia hacia zonas vitales de la víctima, ello constituye una base fáctica que permiten inferir razonablemente la voluntad homicida del agente.

Es que en su faz cognitiva, el proyecto homicida del imputado permiten sostener que el encartado tuvo la conciencia suficiente acerca de la efectividad del medio empleado y la búsqueda del resultado, todo lo cual da la certeza del propósito del acusado de asumir las consecuencias de su acción, en el caso la muerte de Aranda, quien conforme surge de la autopsia de su cadáver, las características macroscópicas del orificio de entrada del proyectil de arma de fuego a la altura de la sien, permite presumir que el disparo ha sido efectuado en contacto cercano al plano corporal.

Resulta así evidente que la convicción del 'a quo' -fundada en la valoración de las pruebas recibidas en el juicio- sobre la existencia del dolo se corresponde con la que informa subjetivamente la figura del homicidio. El mecanismo de producción del hecho permite concluir sin mengua de estructura lógica alguna, que el empleo de un elemento de reconocido poder ofensivo resultó para el acusado un medio previamente cognoscible e idóneo para causar la muerte de una persona, siendo inobjetable, en ese marco, la decisión del tribunal de afirmar el animus necandi.

El fallo, en cuanto al dolo, y los particulares elementos del injusto, no evidencia entonces, fisuras lógicas acerca del modo en que los jueces valoraron las pruebas rendidas o aparece desentendido de las circunstancias de la acción, ni exhibe ambigüedad alguna en punto a la demostración del motivo determinante de la conducta con aptitud letal realizada por el acusado, no ameritando descalificación alguna la especial ultraintención en la acción homicida intentada por el encartado, que vinculó la muerte del funcionario policial en relación de medio a fin con el escape del lugar del robo que estaban perpetrando.

Así la muerte del damnificado no fue, entonces, desde el punto de vista subjetivo, obra de un accidente, sino que se derivó de una

intencionalidad claramente enderezada, en mi opinión, a buscar la impunidad del delito, hipótesis ésta, situada en el espacio de punición del homicidio finalmente conexo (artículo 80, inciso 7º del C.P.) aplicado por el a quo.

Los hechos comprobados de la causa y el contexto en el que tuvieron lugar permiten articular un discurso jurídico que, en términos de razonabilidad, habilitan la afirmación de que el imputado se mostró como un sujeto cuya acción bajo análisis estuvo presidida por un ánimo y una voluntad deliberadamente homicida que subalternó la vida de la víctima a un designio criminal distinto, en el caso la impunidad del robo, todo lo cual abastece la subsunción legal de este tramo de la conducta en la figura que critica la defensa.

V) Que ambas defensas objetan la aplicación de la figura del artículo 80, inciso 8, del C.P., y en algún aspecto, la queja parece transitar por el cuestionamiento a la validez constitucional de la norma, la que según afirma la defensa, violentaría el principio de igualdad del art. 16 de la Constitución Nacional.

Desde ese punto de vista los agravios no pueden prosperar.

Preliminarmente, resulta oportuno señalar, tal como lo sostuviera la Sala en el precedente “Loyola” (c. 27.170, 28-10-10, reg. 1585) que 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 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).

En relación al planteo efectuado, no advierto que la norma del art. 80 inc. 8, incluida en el Código Penal por ley 25.601 (B.O. 11-VI-2002), que introduce un nuevo tipo penal a los homicidios agravados, contemplando la

conducta del que matare “a un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición” vulnere la igualdad ante la ley ni ninguna otra norma de la C.N. o de los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

La discriminación que realiza el legislador en función de la pertenencia de la víctima a alguna de las instituciones de seguridad del Estado Nacional obedece al propósito de brindar una mayor protección ex ante y en abstracto a la función de seguridad del Estado así como en razón del mayor riesgo que corren quienes material y directamente prestan ese servicio como medio de vida.

El debate parlamentario previo justificó de manera clara la intención del legislador y las razones que fundaron la introducción de un nuevo tipo penal agravado, bajo la penalidad máxima establecida en el art. 80 del C.P. En ese contexto, y conforme las reglas que regulan los procedimientos legislativos de sanción de leyes por el Congreso Nacional, el voto mayoritario determinó la sanción de la ley 25.601, sin que las inquietudes de la minoría parlamentaria en torno de posibles desigualdades hayan alcanzado suficientes argumentos como para erigirse en obstáculo de la ley en ciernes.

La discriminación que establece el tipo penal en función de la víctima no comporta una discriminación arbitraria que contraría el principio de igualdad ante la ley, sino antes bien, responde a un claro designio del legislador de brindar mayor protección al grupo de personas que por el cargo o función que desempeñan en el marco de las funciones de seguridad del Estado se encuentran en mayor riesgo de lesión a la vida, lo cual los coloca en una situación diferenciada respecto de quienes no pertenecen a ese grupo de personas.

En ese contexto, más allá de las críticas que pudieran efectuarse a la técnica legislativa utilizada o las consideraciones de orden político respecto de una solución de emergencia, ello no comporta en mi modo de ver una

contrariedad con la Ley Fundamental de modo de declararlo inaplicable al caso.

En el delito que aquí se cuestiona si bien el disvalor de la acción resulta el mismo que el del tipo básico, el disvalor de resultado está vinculado con el efecto de la conducta en el orden social y refleja justamente el fundamento y la razón legislativa de la criminalización primaria del art. 80 inc. 8 del C.P., esto es, brindar un mayor resguardo para quienes tienen la misión de cuidar el orden, la seguridad y la propiedad de los ciudadanos, traduciéndose en un incremento del contenido de injusto del ilícito trasladado a un agravamiento de la sanción por la previsión de una agravante específica que califica la figura básica.

Claramente las personas ajenas al grupo seleccionado de víctimas por el legislador en el inc. 8 del art. 80 del C.P. no se encuentran en igual situación que los agentes de las fuerzas de seguridad, pues la misma función que éstos desempeñan los coloca en una posición diferente y sin dudas más cercanas y expuestas a sufrir los riesgos propios relacionados con la función de seguridad a cargo del Estado.

No encuentro en ello una discriminación arbitraria por el legislador, sino antes bien una distinción que obedece a razones sociales y coyunturales cuyas críticas en modo alguno pueden canalizarse por medio de la vía indirecta de inconstitucionalidad planteada.

De otro lado, tampoco se vislumbra una errónea aplicación del art. 80 inc. 8 del C.P. ni la infracción de los arts. 106, 210 y 373 del C.P.P..

Considero adecuada la calificación legal, también en este aspecto, pues los sucesos reconstruidos en el fallo, adornados por todas las circunstancias y detalles arrimados al juicio por el plexo probal, dan cuenta sobre la particular motivación del accionar homicida nacida de la función de seguridad que ejercía el policía Aranda al momento de ser ultimado.

No ha sido puesto en controversia que en el momento del hecho la víctima vestía uniforme de policía, y aún más, se encontraba ejerciendo las funciones propias que le competían: acudió por motivo de un alerta radial por

denuncia de robo, arribó al lugar del hecho e ingresó al domicilio en donde habían entrado dos sujetos armados.

De ese modo puede concluirse fácilmente que al disparar un arma de fuego desde un lugar próximo al damnificado, el imputado conoció efectivamente no sólo la pertenencia de la víctima al cuerpo policial sino también el concomitante cumplimiento de su deber como funcionario policial.

De otro lado, a partir de la misma recreación histórica efectuada por el sentenciante se desprende la ausencia de una situación de necesidad por parte del imputado, en tanto el disparo mortal no lo perpetró en función de la necesidad, aún ilegítima, de salvar su vida o proteger su integridad física. Antes bien, de las pruebas colectadas se derivan indicadores ciertos de que al advertirse la presencia de la víctima, uniformado y ejerciendo la función propia que representaba, se le efectuó un disparo a la sien de Aranda a través de la ventana situada en un pared del patio, quien no había disparado previamente, y se replegaba junto a su camarada ante la riesgosa situación de la rehén que era utilizada como escudo por uno de los delincuentes, quien le apuntaba a la cabeza de la víctima exigiendo la salida del personal policial.

Por tanto, resulta a las claras que se quiso matar al policía Aranda por la función que éste realizaba configurando el dolo específico del art. 80, inc. 8°, del C.P.

Mas allá de que la muerte del policía se produjo en el marco del artículo 80, inciso 7, del C.P., lo cierto es que el concomitante e indudable conocimiento de la función policial que en el momento ejercía la víctima integra también la finalidad del accionar reprochado, con lo cual la concurrencia de saberes que reviste la conducta juzgada no permite, en el caso, que uno desplace al otro, por todo lo cual no emerge inadecuada la doble calificación que el a quo, en este aspecto, dispuso para el caso.

No se dan en esta ocasión circunstancias especiales que autoricen a exigir mayores precisiones acerca de las motivaciones del sujeto activo, tales como en otros casos se presentan cuando las mismas víctimas

expresan que el proceder del atacante no evidenciaba propósito o finalidad clara alguna.

Aunque en esta oportunidad el tema no aparezca como de trascendencia decisiva habida cuenta de que la escala penal no varía, igualmente vale puntualizar que la consideración de la agravante en trato merece siempre un análisis particularizado del acontecimiento en concreto.

Todo lo dicho hasta aquí lleva a descartar la pretensión calificatoria de los hechos en el molde del artículo 165 del código de fondo en grado de tentativa, sostenida por la asistente de Mora, cuanto la alegada por la defensa de Jiménez, ésta última sin la vinculación con el artículo 42 del C.P. que postula la primera.

Además, el tratamiento de la subsunción legal de este tramo de los hechos efectuada por el tribunal oral deja sin sustento la denunciada omisión de una cuestión esencial, al echar por tierra con dichas afirmaciones toda otra variable calificatoria.

VI) Que respecto del desapoderamiento de la pistola reglamentaria del funcionario Aranda, luego de ser ultimado por los sujetos activos de un disparo en su cabeza, es mi parecer que la subsunción no puede ser modificada, en tanto el uso de la violencia que hace a la sustracción un hecho típico de robo –entre otras exigencias- puede acontecer antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar la impunidad (doctrina del artículo 164 del código sustantivo).

De tal suerte, si la víctima fue muerta de un disparo y la huída de los atracadores en posesión de la res furtiva, se ejecutó en el marco de la violenta salida del domicilio con dos de sus ocupantes como rehenes a quienes sujetaban por la fuerza y amenazaban, cubriendo ambos acusados su salida mediante el uso efectivo de las armas de fuego que empuñaban, en contra del personal policial apostado en la calle en donde se sitúa la vivienda (cfr. testimonios, pericias balísticas, levantamientos de rastros y fotografías del lugar del hecho), ello demuestra el ejercicio de una violencia que connota al apoderamiento, el cual –según mi opinión- debió llevar a la

forma calificada del robo en atención a los medios típicamente relevantes utilizados para asegurar la huída, lo cual me limito a señalar en respeto a los infranqueables límites de la *reformatio in pejus* (doctrina del artículo 166, inciso 2, segundo párrafo del Código Penal).

Todo ello lleva a la desestimación de la objeciones que ambos recurrentes efectúan sobre este tópico.

VII) Que respecto de la denunciada violación de la garantía contra la autoincriminación traída como agravio común por ambas recurrentes, soy de la opinión que nada de ello ha ocurrido en el sub examine.

Desde luego que el principio de que nadie está obligado a declarar en su contra, y todas las garantías que a partir de aquel se estructuran en el procedimiento de enjuiciamiento penal, imperan a fin de mantener y salvaguardar la condición de sujeto moralmente incoercible del imputado, pero ello en nada se relaciona con la situación del sujeto que, conocedor de los derechos que le asisten y con el concurso de su defensor técnico, decide manifestar espontáneamente ante el tribunal lo que estime pertinente.

La garantía en cuestión no puede ser entendida como la directa abolición del derecho a declarar del imputado, quien por su condición de tal, no pierde la libertad de expresar, incluso, la admisión de los hechos que se le enrostran. Proceder con otra inteligencia sería decapitar de sentido a la interdicción, que solo se hará operativa cuando las manifestaciones sean el fruto de un forzamiento que vicie en origen el proceso decisor.

Ausente toda argumentación respecto a un eventual vicio en la voluntad de los imputados, nada obsta a que las expresiones brindadas por los acusados al hacer uso de las palabras finales del juicio, puedan ser evaluadas a la luz de los principios de la sana crítica racional e ingresadas al cuadro indiciario conformado a lo largo del juicio.

VIII) Que igual suerte adversa correrá la denunciada inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua.

Que según una reiterada y pacífica doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la declaración de inconstitucionalidad de las leyes

constituye un acto de suma gravedad institucional, de manera que debe ser considerada como la “ultima ratio” del orden jurídico (cfr. Fallos 249:51; 260:153; 264:364; 285:369; 288:325; 301:962; 302:457,1149; entre muchos otros). Además, el acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial le corresponda pronunciarse, salvo en aquellos casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario (Fallos 313:410; 318:1256).

Por cierto, esta concepción no significa en modo alguno condicionar la tarea judicial a la rectificación de las normas inválidas, sino que insta la exigencia de que la discordancia entre los principios fundamentales de la Carta Magna y las cláusulas normativas atacadas, ha de ser manifiesta (Conf. esta Sala, causas N°21.691, “Hernández, Diego Juan Carlos s/recurso de casación”, rta. 31/8/2006; N°23.317, caratulada “Balcedo, Miriam René y otros s/recurso de casación interpuesto por querellante”, rta. 17/10/2006).

Es así como el máximo tribunal nacional también ha establecido que las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad (Fallos 299:428), y que el principio de razonabilidad debe cuidar especialmente que las normas legales mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante el lapso que dure su vigencia en el tiempo, de suerte que su aplicación concreta no resulte contradictoria con lo establecido en la Ley Fundamental (Fallos 302:972, considerando 7°).

Que debe tenerse particularmente en cuenta en esta consideración lo reiteradamente señalado por la propia Corte, en cuanto a que “En virtud de la facultad que le otorga el art. 67, inc. 11, de la Constitución Nacional (actual art. 75 inc. 12 C.N.), resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas (Fallos 11:405; 191:245; 275:89), y asimismo y en su

consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estima pertinente; de tal suerte que el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes, a fin de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Carta Fundamental; sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (Fallos 257:127; 293:163; 300:642; 301:341)" (conf. C.S.J.N., Fallos 314:424 –considerando 5º-).

En ese precedente la Corte señaló asimismo que "las consideraciones precedentes son la derivación obligada que esta Corte extrae de una prudente hermenéutica constitucional de los puntos de vista material y formal del principio de legalidad. Desde el punto de vista material, el principio de legalidad establecido por el art. 18 de la Constitución Nacional, al exigir que la conducta y la sanción se encuentren previstas con anterioridad al hecho por una ley en sentido estricto, pone en cabeza exclusiva del Poder Legislativo la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza penal del ataque que representan determinadas acciones, y en qué medida debe expresarse esa amenaza para garantizar una protección suficiente. Ello es así porque sólo quienes están investidos de la facultad de declarar que ciertos intereses constituyen bienes jurídicos y merecen protección penal, son los legitimados para establecer el alcance de esa protección mediante la determinación abstracta de la pena que se ha considerado adecuada... Desde el punto de vista formal, la organización del poder establecida por la Constitución ha puesto exclusivamente en cabeza del Poder Legislativo el ejercicio de esas facultades (considerando 6º).

Que sin perjuicio de ello, y tal como ha sido consignado en el fallo "Viola, Mario y Bettiga, Damián s/recurso de casación e inconstitucionalidad" – Causa 5093 -CNCP - Sala III rta. 23/09/2004, cuyos fundamentos hago míos, con cita de lo resuelto por la Sala II de esa misma Cámara (voto del Dr. David) en la causa n° 2210 "Núñez, Dante s/recurso de

inconstitucionalidad" reg. 3174, del 4/4/00, se expuso que "Cuando los tratados internacionales hablan de 'tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes', no dirigen su atención a las penas privativas de libertad y a su duración. Ello así, puesto que la 'Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels Inhumanos o Degradantes' no extiende su ámbito de aplicación a 'los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas (art. 1, inc. 1, in fine). Mal podría entonces decirse, que la pena de prisión perpetua puede calificarse como una pena cruel, inhumana o degradante, cuando 'las penas privativas de la libertad siguen siendo el eje central de todos los sistemas legales vigentes' (confr. Zaffaroni, Eugenio R., Tratado de Derecho Penal, T. V, pág. 122, Buenos Aires, 1988)".

Que por otra parte, de cara a la posibilidad de un encierro en prisión a perpetuidad sobre el que discurre la impugnación constitucional de la recurrente, no puedo menos que señalar que su postulación omite consideraciones impostergables que desnudan la insuficiencia de la cuestión planteada.

Si bien es cierto que las previsiones del artículo 14 del código de fondo -según ley 25.892 aplicable al caso por estar vigente al tiempo de comisión de los hechos-, parecen enderezarse hacia una forma de "eternización" de la pena, tal como lo hace artículo 56 bis de la ley 24.660 – según ley N° 25.948- al disponer que no podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados –en lo que resulta pertinente al caso- en orden al delito de homicidio agravado previsto en el artículo 80, inciso 7., del Código Penal, siendo que tampoco podrán obtener los beneficios de la prisión discontinua o semidetención, ni el de la libertad asistida, previstos en los artículos 35, 54 y concordantes de la ley, lo cierto es que el ordenamiento jurídico muestra alternativas liberatorias que han quedado al margen de toda consideración del impugnante.

Lo destacado acompasa el dictamen del Procurador General de la Nación en "L , Abel Alberto s/ causa n° 4335". s.c. L 533; L. XLI., en cuanto

a que “el Alto Tribunal sostuvo “el ingente papel que en la elaboración del derecho incumbe a los jueces -comprensivo de la determinación de su conformidad con los principios y garantías de la Ley Fundamental-, así como en la interpretación y sistematización de las normas infraconstitucionales y la suplencia de sus lagunas (artículo 16 del Código Civil) no incluye, obviamente, la facultad de instituir la ley misma. No es lícito que los magistrados judiciales argentinos procedan con olvido de su carácter de órganos de aplicación del derecho ‘vigente’ ni que se atribuyan ... potestades legislativas de las que carecen” (Fallos: 308: 1848, considerando 5° y sus citas; y más recientemente in re “Badaro, Adolfo Valentín cl ANSeS. si reajustes varios”, sentencia del 8 de agosto de 2006, considerando 18-expte. Letra BO 675, Libro XLI-).

Asimismo, lo expuesto guarda armonía con lo considerado en Fallos 120:19 (año 1914), donde al referirse a la facultad presidencial de indultar o conmutar las penas, la Corte afirmó que la Constitución “ha querido prevenir los inconvenientes derivados de la aplicación estricta de las leyes penales que no pueden prever todas las modalidades de los casos particulares o como dice Story, porque ningún sistema de leyes puede proveer para cada matiz posible de culpabilidad, un grado proporcionado de castigo, lo más que se ha hecho y que ha podido hacerse, es proveer al castigo de los crímenes por medio de algunas reglas generales y dentro de algunas limitaciones también generales ... Además, la ley puede ser violada hallándose el culpable colocado en circunstancias que le hagan excusable ante la moral y la justicia absoluta aunque no ante los términos estrictos de la ley (Comm. párrafo 494: The Federalist número 74)”.

“En efecto, aun cuando pudiera interpretarse -como lo ha hecho el Tribunal Constitucional Alemán- que en los casos de encarcelamiento perpetuo el instituto del indulto no es suficiente para asegurar la expectativa de retornar a la vida en libertad que inspira el fin humanitario y resocializador de las penas, lo cierto es que en las aludidas condiciones de vigencia de los instrumentos de derechos humanos, no sólo a partir de su jerarquización

constitucional sino también de los mencionados pronunciamientos de V.E. en cuanto a su interpretación, no es posible presumir que aquella facultad del Poder Ejecutivo, como poder soberano del Estado, no sea ejercida, incluso en el marco de su propia discrecionalidad y prudencia (Fallos: 220:730) con estricta observancia de los compromisos internacionales asumidos, tal como lo hizo al dictar el decreto 1263/2000, ya citado.”

“Es que frente a esa herramienta que la propia Constitución reconoce en el ámbito interno, una decisión judicial como la pretendida importaría una vedada extralimitación de la potestad del Poder Judicial, tal como se consideró en el acápite anterior. Ahora bien, aun cuando el artículo 4.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sólo contempla el "derecho a indulto o conmutación de pena" para quienes han sido condenados a muerte, su expresa inclusión en ese tratado, al igual que en el artículo 6.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, permite afirmar que se trata de un instituto que no es ajeno al ámbito de los derechos humanos, por lo que al hallarse contemplado en nuestra Constitución con la sola restricción en cuanto a los casos en que acuse la Cámara de Diputados, y sin perjuicio de que no exista un "derecho a indulto" (Fallos: 136:244 y 220:730, ver dictamen del Procurador General en página 733), es posible su consideración en los términos antedichos.

Por lo demás, estimo ilustrativo mencionar que la solución que habré de postular en modo alguno resulta novedosa, pues ya en precedentes fundacionales del Alto Tribunal se acudió a criterios similares en casos en que la aplicación de la ley impedía al Poder Judicial arribar a soluciones que entonces se consideraron más justas. En efecto, así sucedió en Fallos: 3 :87 y 490 (año 1866), en los que al confirmar las sentencias condenatorias y en razón de advertir que la sanción prevista en el artículo 81, inciso 2°, de la ley penal del 14 de septiembre de 1863 resultaba desproporcionada a las circunstancias de los casos en que se trataba, respectivamente, del hurto de una botella de aceite y de una pieza de cinta para cinchar, la Corte resolvió invitar al Poder Ejecutivo a ejercer la facultad de indulto que le acuerda la

Constitución Nacional. Una decisión análoga se adoptó, de conformidad con lo propuesto por el entonces Procurador General, en Fallos: 29:330 (año 1886).”

Que frente a estas alternativas marginadas de la cuestión constitucional propuesta por la defensa, el planteo luce insuficiente y lleva a su desestimación.

IX) Que en mi parecer nada puede achacarse al fallo respecto del tratamiento de agravantes y atenuantes asumido en el caso, pues si bien las disposiciones de los artículos 40 y 41 del Código Penal resultan de aplicación en el proceso de dosimetría de las penas divisibles, aún en los casos que aquellas sean de carácter indivisible -como las que nos ocupa-, las reglas contenidas en la última disposición pueden constituir una guía útil cuya operatividad queda reducida a la selección de la especie de pena, único espacio de discrecionalidad que la disposición del artículo 80, incisos 7 y 8, del código de fondo otorgan al juzgador.

De tal forma, si la sanción impuesta se estableció en prisión perpetua –por cierto de efectos más benignos que su alternativa de reclusión-, no se advierte que relevancia pudiere tener la descalificación de la agravante ponderada por el a quo en punto al desprecio por la vida evidenciado por los acusados.

Empero, tampoco se advierte vicio en su evaluación pues el grosero desprecio por la vida evidenciado en la acción emprendida, cuanto en las consideraciones jactanciosas efectuadas al rememorar la ejecución del policía, ponen de manifiesto -estas últimas con alcance retrospectivo- la intensidad del déficit de motivación conforme al mandato de la norma de ambos acusados, a la vez que dan magnitud de la voluntad con la que se lanzaron en contra del bien jurídico protegido, índice hábil para mensurar la entidad del injusto.

X) Que en atención a la pena indivisible asociada al delito de homicidio agravado en los términos del artículo 80, incisos 7 y 8 del código de fondo que vengo de sostener, no se advierte proyección práctica ni

interés actual respecto al enlace concursal en los términos del artículo 55 del mismo ordenamiento que postula como adecuado entre los delitos de robo agravado por el uso de arma de fuego y el homicidio calificado lo cual sella la suerte de la observación.

Ello así, pues es un requisito genérico de los recursos la existencia de un interés directo para recurrir, ya que en el mismo está la medida del agravio (art. 421, 3er. párrafo del C.P.P.), lo cual supone un concreto interés jurídico afectado, que impide se admitan los que sólo son conjeturales (cfr. C.S.J.N., Fallos, 297-108; 299-368; 300-869,1010; 301-866,1186; 302-1013,1066; 306-1698, 1720;307-591) o de un mero interés ético o de la ley (Fallos, 294-34,192).

En este sentido, Ricardo C. Nuñez al comentar el art. 466 del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba (Ley 5.154), afirma que “para poder recurrir una resolución judicial no basta que ésta sea recurrible y que el impugnante tenga derecho a recurrirla, sino que es necesario, además, que tenga interés directo en hacerlo. Este interés existe si, aparentemente, el recurso presenta, por su incidencia sobre la parte dispositiva de la resolución, como un medio jurídicamente adecuado para evitar el perjuicio jurídico, procesal o material, invocado como agravio por el impugnante” (“Codigo Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, anotado” Ed.1986).

El derecho a recurrir corresponde al afectado únicamente en razón del gravamen que la resolución le irroga, elemento que está ausente en el sub examen.

Aún cuando pudiere compartirse su señalamiento, cierto es que el concurso ideal de delitos afirmado en el fallo (doctrina del artículo 54 del código sustantivo), lleva a un sistema de determinación de la escala penal más benigno que la acumulación de sanciones que prevé por regla el artículo 55 del C.P., que –si se tratara de penas divisibles- tampoco correspondería modificar en perjuicio del acusado.

Límite que se opone, además, a fin de revisar la significación jurídico penal que pudiere asignarse a las lesiones sufridas por una de las víctimas

al chocar el vehículo en el que era obligada a permanecer durante la huída de los atracadores, aspecto que es destacado por ambos recurrentes.

XI) Que respecto del agravio que analiza críticamente la suficiencia del cuadro probatorio para tener por cierta la intervención ejecutiva de Mora en el hecho individualizado como III, alegando la defensa arbitrariedad en la conclusión condenatoria, impone recordar que la casación no tiene por objeto corregir pronunciamientos que el recurrente considere equivocados, según su divergencia con la interpretación asignada por los jueces a los hechos y leyes comunes, sino que interviene cuando se verifique un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso, o una decisiva ausencia de fundamentación (cfr. C.S.J.N., Fallos, 277:144, y 295:356, entre otros).

Asimismo, en el actual sistema de ponderación probatoria el valor de aquellas no está prefijado y corresponde a la propia apreciación del tribunal de juicio determinar el grado de convencimiento que puedan producir.

A partir de estas líneas cardinales trazadas en el enjuiciamiento penal bonaerense, no advierto demérito alguno que justifique la actividad casatoria de este Tribunal sobre la atribución de autoría respecto del despojo sufrido el joven Leandro Ariel Italiano.

El impugnante se limita a cuestionar la suficiencia del valor probatorio de los elementos incriminantes para sustentar la condena de su asistido, sin cuestionar debidamente los razonamientos que llevaron a los jueces a sostener la intervención autoral de Mora.

Que el hecho atribuído consiste, concretamente, en que el día 5 de julio de 2011, siendo aproximadamente las 18:30 hs., en la calle Quintana N° 2156 de Villa Galicia, Partido de Lomas de Zamora, dos individuos del sexo masculino, mediante intimidación por el empleo de un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo ser acreditada, desapoderaron al nombrado Italiano del rodado marca Suzuki, modelo Swift, dominio HLU-803, dándose a la fuga a bordo del mismo.

Si bien el damnificado no pudo reconocer a persona alguna, ni dar precisiones fisonómicas o de vestimenta respecto de los dos atracadores, cierto es que los ejecutantes de la acción ingresaron, ilegítimamente, a su ámbito de custodia el vehículo sustraído en dicha ocasión.

En sentido se pasó revista en el fallo a la incuestionada circunstancia que el mentado Suzuki, fue utilizado como medio de locomoción por los autores de otro atraco ejecutado en la proximidad de aquella zona, en un horario relativamente cercano –el nuevo robo se ejecutó a las 23:30 horas-, siendo positivamente identificado el acusado Mora –y el coimputado Fernández- como ejecutores de este hecho, junto a otros sujetos.

No escapó así a la consideración del tribunal, que la vinculación con la res furtiva se produjo en innegable sincronidad con el despojo anteriormente realizado. Y si bien las circunstancias referidas por las víctimas de ambos atracos evidencian que para la factura del segundo hecho se sumaron personas que no tuvieron intervención alguna en el primero –Italiano dijo que fue abordado por dos sujetos que iban a pie, en tanto en el segundo hecho los damnificados dan cuenta de la acción de cuatro o cinco personas que se desplazaban en el auto del nombrado-, ello no impidió al tribunal allegar certeza convictiva en punto a la invariable intervención de Mora y Fernández en ambos ilícitos.

Bien reparó el tribunal, que más allá de la ocasional relación con la res furtiva del primer ilícito que se dio entre los que se sumaron con posterioridad a la factura del segundo hecho –desconocidos a la fecha-, existió en el caso una línea continua de detentación en cabeza de Mora y Fernández del vehículo sustraído a Italiano.

En tal dirección el fallo hace mérito de las circunstancias que rodearon la detención de Mora en compañía del ya condenado Fernández, en una confitería de la zona, cerca de la medianoche, quienes llegaron hasta allí en el vehículo Suzuki de Italiano. Los nombrados tenían en su poder las llaves del vehículo, en cuyo interior se encontraban el resto de los efectos desapoderados al damnificado.

En función de lo dicho y razonando con apoyo en los hechos y su prueba, no encuentro reparos a la conclusión del sentenciante sobre la concreta intervención de los nombrados durante la faena delictiva desarrollada aquel día.

Con adecuada razón lógica, los jueces no encontraron elementos que llevaran a presumir un quiebre en la continuidad de la detención del vehículo desapoderado por Mora y Fernández mediante conductas típicas de robo agravado.

Si se conjugan armónicamente las concordantes referencias de las víctimas y el personal policial que practicó la detención de ambos –cuya veracidad y exactitud no han sido puestas en controversia por la defensa-, se pueden establecer relaciones lógicas de correspondencia entre los ejecutantes del despojo y el automotor sustraído a Italiano. De esa forma, los autores del robo asumieron un poder de hecho sobre el vehículo que mantuvieron a lo largo de aquel día hasta la final detención pasada la medianoche, dejando en evidencia aquel ilegítimo señorío que ellos -y no otros- fueron los que tomaron poder sobre cosa mediante el robo.

Lo dicho alcanza en mi parecer para desestimar la alegada arbitrariedad en la valoración de la prueba afirmada por el impugnante en un discurso que no puede adquirir esencialidad descalificatoria del fallo, ya que la argumentación que se desgrana en el recurso, no logra evidenciar una hipótesis que habilite a esta Casación a razonar en discrepancia con el a quo sobre los aspectos fácticos del pronunciamiento, siendo que el recurso sólo exhibe el criterio personal y adverso del impugnante respecto del valor incriminante acordado a las pruebas repasadas.

Lo examinado hasta aquí me convence que no ha existido una inobservancia, violación o errónea aplicación de la ley procesal en cuanto a la valoración de la prueba que funda el pronunciamiento condenatorio del acusado (artículo 448, inciso 1° del C.P.P), por lo que corresponde el rechazo del agravio en trato, y en definitiva, del recurso deducido a favor de Mora.

XII) Que la defensa técnica del acusado Jiménez cuestionó la desestimación del planteo nulificante efectuado durante el juicio en punto a una supuesta afectación del principio de congruencia, al haber formulado la fiscalía una acusación que mutó la conducta imputada a su asistido.

Se agravia, en concreto, de que la fiscalía acusó –entre otros ilícitos- en orden al delito de homicidio *criminis causae*, el cual no estuvo contenido entre los delitos imputados a lo largo del proceso, en el que se aludió a un robo con homicidio resultante.

Que sin dudas constituye una garantía fundamental del proceso penal la clara, concreta y circunstanciada intimación a la persona sometida a juzgamiento respecto del o los hechos que se le imputan a fin de que a partir de dicha intimación pueda ejercer en plenitud su derecho de defensa en juicio. Dicha intimación sólo reconoce un contenido material o fáctico, cuya identidad a lo largo del proceso, posibilita al justiciable el conocimiento cierto de la conducta objeto de reproche.

Por ello, el pronunciamiento conclusivo del juicio no podrá introducir sorpresivamente modificaciones a dicho material, sin perjuicio que la significación jurídica acordada al hecho resulta facultad exclusiva del juzgador y concreta aplicación del principio '*iura novit curia*'.

En función de lo dicho, la inteligencia y alcance que pretenda asignarse al principio de congruencia debe fundarse en consideraciones de orden material, y sin perder de vista que la '*exactitud*' no es de la esencia de la garantía (cfr. D'Albora, Francisco, "Código Procesal Penal de la Nación, anotado, comentado y concordado", p. 345, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1993).

De cara a ello, el remedio interpuesto denota insuficiencia pues se limita a denunciar la mutación de los títulos jurídicos asignados a un tramo de los hechos, aportando como único elemento de análisis que las figuras de los artículos 80, inciso 7, y 165 del Código Penal lastiman bienes jurídicos diversos, pero omite todo desarrollo argumental tendiente a desbaratar la

afirmación del tribunal respecto a la identidad sustancial de los sucesos puestos en cabeza de Jiménez.

Desde esta óptica, el escrito de interposición no logra poner de manifiesto cuál fue el hecho nuevo y sorpresivo con aptitud para generar una violación del principio de congruencia y respecto del cual no haya podido el imputado ejercer plenamente el derecho de defensa.

Así planteada la denuncia de la recurrente no puede sostenerse “per se” que el encartado y su defensa técnica no tuvieron pleno conocimiento de la conducta que personalmente se le endilgaba al imputado a fin de controvertir y, eventualmente, producir prueba en contrario, o que no se haya garantizado las etapas aseguradoras del debido proceso legal en cuanto acusación, defensa, prueba y sentencia.

Al establecer la fiscalía la línea acusatoria que seguiría durante la celebración del juicio oral, fue clara al indicar que sobre las base de los mismos hechos descriptos en el requerimiento de elevación a juicio que probaría en la audiencia, ella discreparía en punto a la subsunción legal del homicidio del funcionario policial ultimado, la cual sería llevada al espacio típico del artículo 80, inciso 7 y 8 del código de fondo.

El motivo de agravio, en este sentido, no cuenta con los fundamentos mínimos y necesarios en orden a demostrar su procedencia, pues las afirmaciones relativas al cercenamiento del derecho de defensa resultan dogmáticas, y no vienen acompañadas de señalamientos de contenido fáctico que den sustento a su denuncia, que empieza y termina en la alusión a las fórmulas típicas en que se subsumió aquel tramo de los hechos.

El recurrente no ha señalado concretamente qué circunstancias históricas aparecieron sorpresivamente, ni de qué forma pudo haberse llegado en el caso a una solución jurídica diferente y más beneficiosa para el acusado.

Dichas omisiones privan de inicio a la queja que se analiza del fundamento necesario tendiente a demostrar su viabilidad como en análogos supuestos ha decidido la Corte Suprema de Justicia de la Nación (confr.

C.S.J.N., “Couture, José Esteban s/ recurso de queja”: en igual sentido, C.N.C.P., Sala II, causa n° 695, rta. el 22 de febrero de 1996, reg. N° 860 y sus citas y “Cerchiara, Guillermo Daniel s/rec. de queja” causa n° 4254 rta. el 10 de marzo de 2003, reg. N° 5502).

En este aspecto, conviene recordar que la garantía de la defensa en juicio tiene -como lo ha reconocido la C.S.J.N.- carácter sustancial (Fallos: 243:201; 246:357; 247:419; 248:85; 298:308 entre otros), y por ello exige de parte de quien la invoca, la demostración del concreto perjuicio que pudo inferirle el presunto vicio de procedimiento y de la solución distinta que pudo alcanzarse en el fallo si no hubiese existido ese defecto (cfr. Fallos 323:3749).

Es que las nulidades no corresponde declararlas sino cuando la presunta irregularidad denunciada ha podido realmente influir en contra de las partes y lesionar su interés; pero carece de legitimidad y debe desecharse si nada se ha opuesto al progreso de sus respectivas estrategias.

La legalidad no alcanza a la declaración de la nulidad por la nulidad misma, ya que esta sanción procesal “requiere de un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando (aquella) se adopta en el sólo interés formal de cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia” (Cám. Nac. Cas Pen., Sala II, c.40, reg. N° 58, “Guillen Varela, J.”, rta. 18/11/93).

Las nulidades no son, en efecto, trampas tendidas a la buena fe de los magistrados, y estos tienen el deber de resguardar, dentro del marco constitucional estricto, “la razón de justicia, que exige que el delito comprobado no rinda beneficios” (v. Corte Suprema de Justicia de la Nación, c. “Tiboldi, José; Fallos, 254 :320).

En consecuencia, entiendo corresponde desistimar el planteo defensorista.

XIII) Que también critica la asistencia técnica de Jiménez la imputación compartida a título de homicidio criminis causae, sosteniendo

que su defendido se lanzó a la factura de un robo con un arma que no resultaba apta para el disparo, por lo cual la acción matadora de su consorte de causa no puede alcanzarlo, pues a más de no tener dominio sobre el hecho, ni siquiera pudo representarse que su asociado actuaría de tal forma, resultando aquel tramo de la conducta un exceso del coautor que desborda su dolo, limitado a la ejecución del robo.

Sobre el particular, entiendo, nada puede objetarse al juicio de imputación efectuado por el tribunal, habiendo tomado posición y explicado ya, que la muerte del funcionario policial Aranda resultó una circunstancia buscada directamente por su ejecutor –el coimputado Mora- gobernada por un elemento subjetivo específico captado en el inciso 7 del artículo 80 del código de fondo, cual era procurar la huída del lugar y, con ella, la impunidad.

El tipo subjetivo de la figura se encuentra debidamente estructurado a partir de las probanzas arimadas a la causa, en particular, las versiones brindadas por las víctimas del robo -Zocolli y Paulli-, el levantamiento de rastros, las pericias balísticas, las constataciones de la autopsia y demás elementos, remitiéndome a favor de la brevedad a lo antes expresado, los que en conjunto abastecen la conclusión sostenida por el a quo, en cuanto a la intencionalidad homicida y la especial conexión ideológica, sin que se advierta absurdo notorio y manifiesto que habilite la casación del pronunciamiento.

Y ello no cambia respecto a la imputación recíproca de las consecuencias efectuada por el tribunal de mérito, pues la actuación conjunta, con convergencia intencional de los agentes, hace pasible de reproche a todos los que tuvieron intervención en el hecho, más allá de la actuación por mano propia, y aún respecto de las consecuencias previsibles derivadas de la acción de alguno de ellos.

Surge evidente de los hechos, que los acusados se lanzaron aquel día a la factura de diversos delitos, todos de gravedad, provistos de armas de fuego, las cuales no solo fueron instrumentos de intimidación, sino que se

utilizaron efectivamente para dar muerte al funcionario policial Aranda, como también, en contra de los otros efectivos que arribaron al lugar de los hechos.

Contrariamente a lo afirmado por la defensa, y más allá de la aptitud de disparo de una de las armas con que contaba Jiménez, surge de los testimonios recibidos en el juicio, que éste –ultimado el teniente Aranda de un tiro en la cabeza- se apoderó del arma reglamentaria del infortunado preventor, y con ella –escudado en el cuerpo de la señora Paulli- con la mano derecha efectuó varios disparos, incluso cuando subieron al vehículo en el que huyeron del lugar también efectuó otro disparo que estalló el parabrisas y cuya vaina servida le pegó a la rehén, a quien ubicó en el asiento del acompañante del conductor.

Así lo explicó Paulli, refrendado por Mario Zocolli, quien vio a ambos acusados disparando las armas en contra del personal policial, y quedó indeleblemente reflejado en los impactos de bala constatados en los móviles policiales peritados, corroborado también en el levantamiento de vainas calibre nueve milímetros en la calle del domicilio asaltado.

De ello resulta evidente una voluntad común que comprendía, a más de la ejecución del robo, la efectiva utilización de armas de fuego en contra de las personas por parte de ambos ejecutantes, siendo que ni para el matador por mano propia ni su asociado, la causación de la muerte de quienes se interponían en su huída resultó un hecho sorpresivo o desaprobado.

Establecida la utilización de un arma de fuego para ejecutar un robo, ello obra como una circunstancia que, aún eventualmente, abastece la representación de su uso efectivo y las consecuencias lesivas que de ella devengan por parte de todos aquellos que tomen intervención en el desapoderamiento. Dicha imputación, extensible a los agentes que se integraron a la comisión del robo con prescindencia del concreto aporte que realizaron en la faena criminal.

Desde ya que la figura del homicidio criminis causae reclama una particular consideración, pues el tipo del artículo 80, inciso 7º, del Código Penal exige que el autor enlace causal e ideológicamente el homicidio a otro hecho típico con la específica finalidad de preparar, facilitar, consumar, ocultar, asegurar los resultados, procurar la impunidad o por el hecho de no haber logrado el fin propuesto, exigencia que reconduce a un dolo especializado.

En el sub examine se ha establecido que, más allá de quien fue el sujeto autor del disparo, la acción en sí misma evidencia que su motivo determinante fue la perseguida huída del lugar del robo, cuya impunidad se presentaba como una circunstancia incierta ante el arribo de la autoridad policial.

Aún cuando se ha determinado en el caso que fue el acusado Mora quien puso en acto la acción homicida, la directa y compartida imputación dirigida a su asociado no desatiende la especial finalidad o motivo relevado en la figura en trato, ni menoscaba el principio de culpabilidad.

Si bien la conexión psicológica del agente que actúa como un elemento que especifica el tipo subjetivo del injusto, no permite atribuir responsabilidad compartida, sino solo en la medida que dicha relación subjetiva entre el homicidio y otro delito aparezca en cada uno de los que hayan tomado parte en el hecho, los especiales elementos de prueba que se lograron colectar en autos, dieron fundamentos suficientes y adecuados a la convicción del juzgador en torno a la circunstancia de dar muerte a uno de los funcionarios policiales, en principio eventualmente previsible para quienes se lanzan a la perpetración del ilícito en examen provistos de un arma de fuego, aparecía especificada por una ultraintención buscada de consuno por ambos acusados.

La perseguía impunidad, aún a tan alto costo, no resultó para ninguno de los coejecutores un extremo que desbordó el conocimiento y voluntad de ambos, siendo que los dichos de Paulli alejan las dudas que pudieren en otros casos distintos al presente beneficiar a quien no fue el autor directo de

la muerte, pues Jiménez aprobó enteramente lo actuado por Mora, y persiguió con igual intensidad de acción y medios, la mentada impunidad, disparando él también en contra del personal policial, poniendo en hechos lo que aquellos tenían acordado y hasta declararon mientras huían a los tiros en el automóvil junto al niño y la mujer.

Tan ello así que la damnificada Paulli fue categórica cuando dio cuenta que los sujetos activos decían que “no volverían a prisión”, que “los iban a matar a todos”, cuanto que seguirían con su actitud “hasta el final”, incluso cuando se vanagloriaban por la muerte del “covani” y el despojo de su arma.

En este punto el pronunciamiento no exhibe fisuras lógicas respecto a la valoración de la prueba, pues a partir del plexo probatorio puede determinarse con el grado de certeza exigible a un pronunciamiento condenatorio, que la acción con intencionalidad homicida puesta en acto por el autor del disparo, gobernada por el ‘animus’ del sujeto activo de lograr la impunidad, ha sido una circunstancia conformada por quien no apretó el gatillo del arma homicida, y constituyó parte de una acción mancomunadamente decidida y ejecutada.

Las circunstancias modales del ilícito evidencian que con suficiente entidad que la decisión ‘homicida’ concomitante con el hecho de robo nacida por el arribo del personal policial que amenazaba la impunidad de los coautores, ha estado presente en estos, y es por ello que la imputación dirigida a ambos encartados a título de homicidio criminis causae, no soslaya el componente subjetivo de ‘tendencia’ de la figura y ni objetiviza el juicio de responsabilidad, con desprecio a la culpabilidad de los agentes, extremo que la confirmación del fallo en esta sede, llevando al descarte la pretensa aplicación del artículo 165 del código de fondo.

XIV) Nada hay en el remedio interpuesto que permita establecer que, de acuerdo a las circunstancias comprobadas de la causa, la actividad del a quo en la fijación de las conductas de los acusados como configuradoras de plurales ilícitos de robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa y

privación de la libertad agravada que concursan realmente, haya entrañado una errónea hermenéutica del artículo 55 del código de fondo.

El remedio recursivo carece de entidad para descalificar desde este norte a la actividad jurisdiccional, en tanto no se acompaña la actividad impugnativa con una argumentación acorde que logre explicar porqué el caso sub examine no configura una hipótesis del concurso material.

Alcanza con destacar que la conducta de los imputados principió cuando abordaron –armas en mano- a Agustín José Zocolli en momentos en que se encontraba en la puerta de su casa, obligándolo a ingresar junto a los encartados, procurando apoderarse de diversos bienes de los damnificados.

Dicha faena se vio interrumpida con la llegada el personal policial, siendo en dichas circunstancias que luego de ultimar a uno de los funcionarios, utilizando a la mujer del matrimonio y uno de sus pequeños hijos a modo de “escudos humanos”, salieron a los tiros de la vivienda ingresando al vehículo en el cual habían llegado, en donde se marcharon junto a los aterrorizados rehenes, quienes eran utilizados como escudos también durante la fuga, la cual culminó cuando el vehículo que conducían se estrelló contra una pared.

Desde aquella forzada salida de los rehenes de su casa en Villa Galicia en Banfield, estos estuvieron retenidos mientras el auto se desplazaba por una distancia considerable, ejerciendo los agentes aquellos actos necesarios de ejecución del verbo típico, los que agotaban en sí mismo el contenido de ilicitud de la ilegítima retención de los damnificados, que culminó cuando fueron liberados por el personal policial en la localidad de Lanús, siendo este tramo de la acción una criminal con sustantividad propia.

Por ello la privación de la libertad agravada concurre realmente con el robo agravado por el uso de armas tentado (art. 55 del C.P.), en razón de que los encartados intervinieron en la ejecución del primero de manera fáctica y jurídicamente independiente. Fácticamente, porque el apoderamiento se exteriorizó mediante actividad física y psíquica

diferenciable; y jurídicamente, porque se trató de actos que no respondieron a un fraccionamiento necesario o que requieran ser valorados unitariamente (como el delito continuado).

De modo alguno la afectación de la libertad que es objeto de reproche independiente en el fallo es aquella que puede estar entrañada mínima y necesariamente en la factura de ciertos robos, en cuanto funcionalmente integrada, subordinada y agotada en el despojo como modalidad de aquel, sino el menoscabo a la libertad de Paulli y el niño Zocolli que, en las condiciones históricas en que aconteció, aparece con posterioridad e independencia a un despojo que por ese entonces se había truncado.

Las exigencias caraterológicas del concurso material reclaman la existencia de hechos independientes, pero de modo alguno ello importa que los distintos acontecimientos no puedan devenir sin solución de continuidad, o que demanden una predeterminación ejecutiva particular, admitiéndose sin reparos la pura decisión al hecho nuevo, surgida en el marco de la actuación original del agente, como ocurrió en el caso. Ni aún la identidad de designio exoneraría la aplicación de la regla del artículo 55 del C.P. cuando median dos resoluciones de la misma naturaleza pero sucesivamente tomadas, de modo que habiendo continuidad entre ellas en cada uno de los hechos se dan los elementos necesarios para hacerlos imputables en forma autónoma (cfr. CNCCorr., Sala III, 30-4-92, "M., C.F.", LL 1993-A-379).

En consecuencia, la queja traída por la defensa de Jiménez deberá desestimarse también en este aspecto.

Por todo lo hasta aquí señalado, a esta cuestión VOTO POR LA NEGATIVA.

en

A esta misma primera cuestión el señor juez doctor Celesia, dijo:

Adhiero al voto del doctor Mancini en igual sentido y por sus mismos fundamentos.

Sólo me permito aclarar, en relación con la aplicación al caso de la agravante prevista en el inciso 8° del art. 80 del Código Penal, que tal como

acertadamente expone mi colega preopinante la consideración de la agravante merece siempre un análisis particularizado del acometimiento concreto. Es así que en el caso bajo análisis, advierto que los hechos que se tuvieron por probados permiten tener por cierto que el homicidio del agente policial aparece no sólo vinculado con el propósito de lograr la impunidad en el robo sino también con la función institucional que representaba la víctima, apareciendo claro que se trató de una reacción motivada directamente por la función, el cargo o la condición del sujeto pasivo, lo que conlleva la finalidad de agravar la institucionalidad de una fuerza de seguridad, que es aquello que toma en cuenta la agravante del art. 80 inc. 8° del C.P..

Ello puede válidamente inferirse, como lo ha hecho el a quo, no sólo a partir de que el homicidio se cometió cuando la policía se replegaba, sino especialmente en virtud de la reacción de los imputados luego de su comisión en cuanto se jactaban y festejaban por haber matado a un miembro de las fuerzas de seguridad.

En consecuencia, coincido con mi colega preopinante que en este caso la agravante en cuestión ha sido correctamente aplicada en el caso.

A esta cuestión, VOTO POR LA NEGATIVA.

A la segunda cuestión, el señor juez doctor Mancini, dijo:

Conforme lo resuelto en la primera de las cuestiones corresponde rechazar por improcedentes los recursos de casación interpuestos a favor de ambos acusados, con costas (arts. 210, 450, 451, 530 y 532 del Código Procesal Penal).

ASI LO VOTO.

A la misma cuestión el señor juez doctor Celesia dijo:

Adhiero al voto del señor juez, doctor Mancini, y por sus mismos fundamentos que hago míos me pronuncio en igual sentido.

ASI LO VOTO.

En atención al resultado que arroja el tratamiento de las cuestiones precedentes, la Sala II del Tribunal de Casación Penal RESUELVE:

I) RECHAZAR, por improcedentes, los recursos de casación deducidos por las defensas de los acusados Mora y Jiménez. Con costas.

Rigen los artículos 450, 451, 530 y 532 del Código Procesal Penal.

Regístrese, notifíquese a la fiscalía, a los defensores oficiales, y oportunamente devuélvase a la instancia de origen para el cumplimiento de las notificaciones pendientes.

FDO.: FERNANDO LUIS MARIA MANCINI – JORGE HUGO CELESIA

ANTE MI: Florencia del Castillo