

///nos Aires, 3 de noviembre de 2015.

**I.-** Celebrada la audiencia y la deliberación prevista, trataremos el recurso interpuesto por la defensa de B. F. A. y N. E. R. (ver fs. 405/408), contra los puntos I, II y IV del auto de fs. 348/353 que los procesó en orden al delito de robo agravado por su comisión en poblado y en banda y por la utilización de armas de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada, del que resultare el homicidio de M. E. F. C. y dispuso la prisión preventiva respecto del primero de los nombrados.

**II.-** Conforme surge de las constancias de la causa el 30 de septiembre pasado, alrededor de las 22:30 horas, los imputados, junto a *M. E. F. Ch.* y un joven aún no identificado, abordaron a *L. M.* y exhibiendo al menos dos armas de fuego, le exigieron la entrega de las llaves de su camioneta ....., dominio .....

Luego de obtenerlas, uno de los atacantes intentó desapoderar a la víctima de sus bienes personales. *M.* extrajo un arma de fuego que llevaba en su cintura y efectuó dos disparos, uno de los cuales impactó en el abdomen de *F. Ch.* que cayó tendido al piso.

*F. A.* y *R.* escaparon en el rodado del damnificado y fueron detenidos minutos más tarde cuando descendieron en ..... y el hombre cuya identidad se desconoce, lo hizo en el automóvil en el que habían llegado al lugar.

A las 23:00 horas se constató el deceso de *F. Ch.* que había sido trasladado al Hospital .....

La defensa no cuestiona la materialidad del hecho y limita su agravio a la aplicación de las agravantes previstas por los artículos 166 inciso 2° último párrafo y 165 del Código Penal y su incidencia en la prisión preventiva de *F. A.* agravó la conducta atribuida a *F. A.* y *R.* por la utilización de armas cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada.

Discrepamos sin embargo, con la aplicación al caso del artículo 165 del Código Penal.

**a).- *El juez Mario Filozof dijo:***

*M.*, la supuesta víctima del robo, no declaró aún bajo ninguna de las formas que prevé el ordenamiento procesal, por lo que se desconocen las explicaciones o descripciones que podría dar respecto a cómo advirtió que se trataba de armas las que portaban los indagados.

Ello impide, al menos de momento, agravar la conducta atribuida a *F. A.* y *R.* por la utilización de armas cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada.

En lo que respecta al segundo motivo de agravio invocado por el recurrente, siguiendo a Donna, puede sostenerse que la autoría puede ser directa, o indirecta o mediata, mas no existe jurídicamente otra posibilidad (cfr. Edgardo Alberto Donna “Derecho Penal. Parte Especial”. Tomo II-B, Ed. Rubinzal – Culzoni, Sta. Fe 2001, pág. 149).

Desde el punto de vista de aquélla, el criterio de dominio del hecho se impuso en la mayor parte de la doctrina científica y en la jurisprudencia de los tribunales de diversos países (ver “La problemática del concurso de personas en el delito y la teoría del dominio del hecho (a propósito del denominado caso Cabezas)” Aboso, Gustavo E. publicado en LLBA 2000-115, 2000).

Puede distinguirse un dominio de la acción que consiste en la realización por sí de la conducta típica y, un dominio de la voluntad, propio de la autoría mediata.

Ninguno de los supuestos se verifica en el caso.

No se advierte una autoría directa por parte de los imputados pues no fueron quienes dispararon el arma que acabó con la vida del joven que los acompañaba, como tampoco que hubieran dominado de modo alguno el evento a la postre fatal.

Desde el punto de vista de la causalidad física, no provocaron la muerte del otro partícipe del desapoderamiento, que vale la pena recordar se produjo por la acción de la supuesta víctima del robo.

En esa línea, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en un proceso que puede asimilarse sostuvo que *“Tampoco puede atribuirse al procesado, alguna otra intervención que, aún sin causación física permita que se le impute el resultado mortal (tal el caso de los instigadores, autores mediatos o de quienes cooperan como cómplices, los que aún sin “causar” el resultado, deben responder por él en su condición de tales). Menos aún se trata de ciertas formas particulares de la acción como la omisión o la omisión impropia, bajo las cuales un sujeto también puede encontrarse en situación de tener que hacerse cargo de una consecuencia penalmente relevante. No existiendo alguno de esos modos de vinculación entre la actuación del procesado y el resultado fatal, no es posible imputarle la comisión del robo calificado previsto en el artículo 165 del C. P”*. (SCJ de Bs. As., “M., M. G. s/ recurso de casación” 21/02/2007, 14/140806, ver también “E., C. C. s/ robo calificado por el empleo de armas en grado de tentativa en concurso real con abuso deshonesto” 8/06/2005, 14/136786).

Así también, *“El homicidio del que el delincuente resulta víctima encuentra su justificación en el art. 34 incs. 4 y 6 CPen., y por el contrario, tanto la muerte violenta del damnificado por el robo, de alguno de los policías intervinientes o de un tercero ajeno al mismo, reciben entera protección en la ley, ya que todos ellos son sujetos pasivos del delito, pues el mayor reproche del latrocinio responde a la cancelación del bien jurídico vida de las víctimas o de terceros inocentes, y no a la de los autores del delito de robo (arts. 165 CPen.)*. (Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala III “Procurador General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires s/acción de revisión, 15/09/2005, 14/107595).

Se ha dicho asimismo que *“el homicidio que contempla el art. 165 ha de ser considerado como “delicta propria” que solamente puede ser cometido por quien es sujeto activo del robo en cuyo contexto se ejecuta”* (Andrés José D’Alessio – Mauro A. Divito “Código Penal de la Nación. Comentado y anotado”, 2º edición actualizada y ampliada, La Ley, tomo II, pág. 598, donde se citó de Mauro A. Divito, “La muerte de un coautor del robo y el derrumbe de un nicho jurídico” Nueva Doctrina Penal 2005-A, págs. 229/252).

Por los argumentos expuestos, y limitado por el marco del recurso, la calificación legal seleccionada en la anterior instancia en cuanto a este aspecto se refiere no aparece ajustada a derecho por lo que se impone su modificación, sin perjuicio de la que en definitiva corresponda (art. 401 del ceremonial).

**b).- El juez Luis María Bunge Campos dijo:**

Para que la agravante prevista en el art. 166, inc. 2º, párrafo 3º del Código Penal pueda tenerse por acreditada, se requiere que el relato del damnificado sea acompañado por otro elemento objetivo que permita asegurar que efectivamente se utilizó un arma de fuego para la consumación del hecho.

Si sólo se cuenta con la versión brindada por la víctima al personal policial (cfr. fs. 117, 122/123 t 236), en cuanto a que los sujetos que lo abordaron le habrían exhibido armas de fuego, ello no resulta suficiente como tener por cierto que dicha hipótesis delictiva fue cometida con armas cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada (ver de esta Sala, causa nro. 29420 “C., R. A.” del 5/04/06, entre otras).

Por estos motivos comparto la solución propuesta por mi colega preopinante.

Respecto al segundo motivo de agravio invocado por la defensa, como postulara Carrara *“a nadie puede pedirse cuenta de un evento del cual haya sido causa puramente física sin ser, en modo alguno, causa moral”*

La aplicación al caso del artículo 165 del Código Penal, repugna al principio de culpabilidad.

Ello por cuanto implica la asignación de responsabilidad penal por un hecho ajeno, violando el principio de acto contenido en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Entiendo que el homicidio que contempla la figura en análisis debe ser doloso, ya que, de acuerdo con las reglas del concurso, ante la concurrencia material de un homicidio simple y un robo, la pena mínima sería de 8 años, sensiblemente inferior a la pena mínima de 10 años del 165; por lo que un análisis racional nos obliga a llegar a esa conclusión.

De otro modo, se establecería una situación absurda en la que un concurso ideal de robo con homicidio culposo tendría una sanción superior a uno real de robo con homicidio doloso.

Con estas aclaraciones adhiero a la solución propuesta por mi colega preopinante en lo que respecta a la modificación de la calificación legal asignada al evento investigado.

**III.-** Por último, en torno de la prisión preventiva de la que se agravió la defensa de *F. A.*, atento a la escala penal prevista para el delito que se le atribuye - robo agravado por su comisión en poblado y en banda -, la medida cautelar dispuesta se adecua a las pautas establecidas en el artículo 312, inc. 1° del Código Procesal Penal de la Nación, lo que justifica su homologación

En consecuencia, el Tribunal **RESUELVE**:

**I.- CONFIRMAR** los puntos I y IV del auto de fs. 348/353, modificando el encuadre legal por el de robo agravado por su comisión en poblado y en banda.

**II.- CONFIRMAR** el punto II del pronunciamiento de mención en cuanto fuera materia de recurso.

Regístrese, notifíquese y devuélvanse las presentes actuaciones al juzgado de origen, sirviendo lo proveído de atenta nota de envío.-

Se deja constancia que el juez Julio Marcelo Lucini, titular de la Vocalía n° 7 no interviene en la presente por hallarse en visita de cárcel al momento de la celebración de la audiencia y que el juez Luis María Bunge Campos lo hace como subrogante de la Vocalía n° 3 de esta Cámara.

Mario Filozof

Luis María Bunge Campos

Ante mí:

Andrea Verónica Rosciani

Prosecretaria de Cámara

En        se libraron        cédulas electrónicas. Conste.