

En la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, Sede de la Sala III del Tribunal de Casación Penal, a los 15 días del mes de junio de dos mil diecisiete, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores jueces, doctores Ricardo Borinsky y Víctor Horacio Violini, con la presidencia del primero de los nombrados, a fin de dictar sentencia en la causa N° 21.850 (Registro de Presidencia N° 79.121), caratulada "Fernández, Gustavo Martín s/ recurso de casación", conforme al siguiente orden de votación: VIOLINI- BORINSKY.

### **A N T E C E D E N T E S**

1) El Tribunal en lo Criminal N° 3 de Lomas de Zamora, mediante juicio por jurados que dictó veredicto de culpabilidad por unanimidad, condenó, luego de la cesura de juicio, a Gustavo Martín Fernández a dieciséis años de prisión, accesorias legales y costas, como partícipe secundario del delito de homicidio agravado por el concurso de dos o más personas y por el uso de arma de fuego (artículos 12, 19, 29 inciso 3°, 40, 41, 41 bis, 46 y 80 inciso 6° del Código Penal).

2) Contra dicho pronunciamiento, interpone recurso de casación el defensor particular (fs. 16/39) denunciando violación a los artículos 209, 210 y 373 del Código Procesal Penal, y errónea aplicación de los artículos 40, 41, 45, 80 inciso 6° del Código Penal.

En primer término, arguye que el veredicto de culpabilidad se apartó manifiestamente de la prueba producida en el debate, denunciando absurdo valorativo.

Al mismo tiempo, postula la nulidad del mismo, en el entendimiento de que se vulneró la defensa en juicio al violarse las estipulaciones probatorias acordadas, cuando la acusación fiscal exhibió filmaciones

de la operación de autopsia, contaminando de ese modo la visión del jurado, poniendo en crisis su imparcialidad y sellando la suerte adversa del imputado.

En tal sentido, apunta que se valoró absurdamente la defensa material que hizo su asistido al manifestarle al jurado que tomara conciencia que él no pudo elegir el hermano, que éste le pidió que lo llevara, que le insistió, que por eso lo llevó, pero que no sabía lo que iba a pasar, que no trató de cubrirlo. Que cuando emprendió su marcha, su hermano llamó a un tercero, quien también subió al auto; luego, su hermano le indicó que parara, bajaron los dos, y allí escuchó las detonaciones. Que no sabía qué había pasado, que le recrimina el hecho a su hermano y éste le ordena que se fueran.

Arguye colaboración con la justicia cuando lo detuvieron, informando que el autor había sido su hermano, que si había que juzgar a alguien por el homicidio era a éste, y no a él, y pidió disculpas a la familia de la víctima.

Explicó que su intención no fue participar del hecho, que él los llevó sin saber que estaban armados, desconociendo lo que iban a hacer, que su hermano sólo le dijo que lo llevara a recuperar una campera que le habían robado, no lo revisó.

Afirma que también colaboró con la investigación, cuando arrojó luz a la búsqueda de la verdad desvinculando del hecho al coimputado Castiñeiras.

Asegura que la sola circunstancia de encontrarse dentro del rodado no autoriza a sostener su vinculación con el suceso delictivo.

Asimismo, alega que cuando su pupilo es obligado por los otros dos a retirarse, no lo hace a

velocidad, como pudo verse en las filmaciones de la cámara de seguridad, y con la ventanilla baja, lo que denotó la falta de ánimo participativo en el hecho. Además, asevera que esa forma de retirarse era "a la espera de que asome la autoridad de prevención para entregar a los autores" (fs. 35 vta.).

Que después del hecho siguió su vida normal, porque su accionar distaba de uno delictivo; es decir, su accionar careció del elemento subjetivo del tipo (dolo), transformándose su conducta en atípica.

En otro orden, explica que la posibilidad de una acusación fundada en una supuesta posición de garante es inadmisibles, pues la única que admite nuestra ley es la que se lleva a cabo mediante la promesa anterior al delito y que está sometida a la condición de ser cumplida con posterioridad (art. 46 del C.P.). Así, la materialidad del hecho estaría "indisolublemente ligada" a la autoría, que en el caso de Fernández debería acompañarse de la demostración de algún aporte penalmente relevante y sin atribuir una conducta en términos de imputación objetiva, que contribuya a explicar el resultado que se le pretende atribuir. Dice entonces que será coautor quien realice un aporte que sea necesario para llevar adelante el hecho en la forma concretamente planeada, pero esta situación no encuentra asidero en autos.

Solicita que se case el veredicto de culpabilidad y se absuelva a su asistido.

En segundo orden, y de modo supletorio, denuncia la violación de los artículos 40 y 41 del Código Penal.

Argumenta que debió contemplarse con cariz menguante de la pena la circunstancia de que su pupilo

contribuyera al esclarecimiento de la verdad de lo acontecido.

Asimismo, explica que no encuentra la lógica en el monto de pena pedido por el acuse -de 18 años de prisión-, cuando un mes antes le había propuesto a esa parte la imposición de una pena de 10 años, por el mismo hecho, y sin que se modificaran las condiciones.

Requiere que el monto de la sanción se fije en diez años de prisión.

3) Radicadas las actuaciones en esta Sala con trámite común y noticia a las partes (fs. 46/47 vta.), el defensor de confianza del encartado presentó memorial en el que mantuvo en todos sus términos el recurso incoado.

Por su parte, el Fiscal Adjunto propuso el rechazo de la impugnación (fa.67/69 vta.).

Encontrándose la causa en condiciones de dictar sentencia definitiva, se tratan y votan las siguientes

#### **C U E S T I O N E S**

**Primera:** ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto?

**Segunda:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

#### **V O T A C I Ó N**

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

I.

La Fiscal consideró probado y el jurado tuvo por acreditado, que el día 26 de febrero de 2014, siendo aproximadamente las 18:00 y 19:00, el imputado trasladó a su hermano-actualmente prófugo-, y un tercero -tampoco habido-, quienes se encontraban armados, en el vehículo de

su propiedad, hasta el domicilio de la víctima -complejo 2, ubicado en la intersección de Alem y Gongola de la localidad de Dock Sud, partido de Avellaneda-, lugar en el que estos últimos se bajaron y dispararon contra Lautaro Benítez causándole la muerte, siendo que el imputado los esperó y posteriormente los sacó del escenario en el automotor mencionado.

## II.

Ingresando en el tratamiento de los agravios denunciados por la asistencia técnica del imputado, abordaré en primer término el examen del cuestionamiento nulificadorio que el impugnante asienta en la afectación a la garantía constitucional de defensa en juicio, derivado de la exhibición de la filmación de la operación de autopsia, lo que habría contaminado la imparcialidad del jurado.

Adelanto que el agravio no prospera.

Las nulidades procesales deben interpretarse restrictivamente, siendo condición esencial para que puedan declararse que la ley prevea expresamente la sanción, que quien la pida tenga interés en tal descalificación y que además no la haya consentido expresa o tácitamente.

En el caso, cuanto la fiscal solicitó se desalojara la Sala para exhibir las fotografías de operación de autopsia de la víctima, las que acompañó en CD como fuera autorizado en la instrucción suplementaria, adjuntando los CD con video del domo de seguridad y audios de llamados telefónicos al 911, al concedérsele la palabra, la defensa "no se opuso" a tal incorporación, con lo cual convalidó la prueba. Va de suyo entonces, que el planteo que ahora trae atenta contra la teoría de los actos propios.

En ese sentido, tiene dicho el Máximo Tribunal Federal que nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior, deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (conf. Fallos: 307:1227 y 1602 y sus citas; 314:1459; 323:3765, entre otros)..." (CSJN, Fallos 331: 2799, "Alsogaray, María Julia s/ rec. de casación e inconstituc.", del 22 de diciembre de 2008, del dictamen del Procurador).

Sin perjuicio de ello, el agravio tampoco procede, pues el impugnante no fundó el modo como se habría obstaculizado el derecho de defensa, soslayando así la acreditación del perjuicio que ineludiblemente requiere toda declaración de nulidad, y que no observo se haya producido.

Complementando el razonamiento, tengo en cuenta también lo afirmado por el Alto Tribunal en cuanto a que la garantía de la defensa en juicio tiene desde antiguo carácter sustancial, 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 (Fallos: 298:279 y 498).

Si aplicamos estos conceptos al caso, entiendo que la declaración de nulidad se llevaría a cabo en el sólo beneficio de la ley, desde que las formas procesales no constituyen un fin en sí mismas.

Es decir, que ésta no respondería a ningún fin práctico, real y positivo que efectivamente la justificara, pues no ha proyectado -ni se ha demostrado- ninguna consecuencia perjudicial sobre la causa o el imputado, extremo que no se ha demostrado.

Con ese piso de marcha, observo que más allá de la puntual denuncia de violación al derecho de defensa y a la imparcialidad del jurado, el impugnante nada ha dicho en punto al concreto perjuicio producido a la situación del encartado, esto es, al modo como dicha exhibición fílmica habría influenciado en el jurado y habría sido determinante a los efectos del dictado de un pronunciamiento condenatorio y no absolutorio.

Por lo expuesto los planteos decaen (artículos 18 de la Constitución Nacional; 201, 203, 210, 373, 448, 451, 454, 456 y 459 del Código Procesal Penal).

### III.

La defensa cuestiona la sentencia por estimar que el veredicto de culpabilidad emitido resulta abiertamente contrario a la prueba producida.

Sin embargo, no efectúa un análisis integral de los elementos probatorios recabados ni explica porqué los mismos impedirían fundar la decisión del Jurado.

Por el contrario, surge de la lectura de la pieza procesal recursiva que el impugnante, aseverando que el material de prueba producido no demostró la participación de Fernández en el hecho, se limita a sostener que la acción del referido consistió en acercarse en el auto de su propiedad, a su hermano -y un tercero- hasta el domicilio de la víctima, en total desconocimiento: a) del altercado previo que su hermano había tenido con el último nombrado -en el que además de existir violencia física y verbal entre ambos, el damnificado había sustraído la campera y los documentos de identidad de "Tula" Fernández; b) que su hermano se encontraba armado; c) y que el objetivo que tenía el mencionado era terminar con la vida de Lautaro Benítez; intentando denotar la falta de ánimo participativo del

enjuiciado, presentándolo como sorprendido y ajeno al hecho luctuoso, exhibiendo una conducta atípica, sin fundar empero tal afirmación en el examen sistémico de la misma.

Desde esta óptica, el agravio bosquejado evidencia un déficit argumentativo que lo torna insuficiente para lograr la casación que peticiona, pues no basta un criterio discrepante en la apreciación de la prueba para abastecer el requisito de recurribilidad contenido en el inciso d) del artículo 448 bis del Código Procesal Penal, sino que es imprescindible acreditar que la prueba producida conduce a una afirmación diametralmente opuesta a la sostenida por el Jurado.

En otras palabras, el impugnante debe demostrar la insuficiencia del plexo cargoso para dar por acreditado el hecho y la responsabilidad penal del encausado, efectuando un desarrollo argumental convincente.

Sin embargo, el camino lógico seguido por el recurrente para fundar la crítica aquí postulada evidencia notables falacias, toda vez que las premisas mencionadas no se ajustan cabalmente a las constancias de la causa.

En este sentido, no puedo dejar de mencionar, en primer lugar, que el Jurado declaró culpable a Gustavo Fernández con doce votos afirmativos, es decir por unanimidad, y ello cobra relevancia a la hora de verificar la carencia de "duda razonable" en la decisión adoptada.

Teniendo en cuenta ello, a partir de la prueba producida en el juicio que surge del acta de debate, el jurado comprobó sin ambages que el encartado participó en el hecho con un aporte secundario.

Esto se sustenta a partir de los dichos del testigo Germán Ismael Benítez quien, según las constancias en el acta, refirió que Matías "Tute" Fernández -hermano



del imputado- perdió la campera, que llevaba colgada de una mochila; que cuando se trenzaron, la campera se cayó, la tomó Lautaro Benítez, y entonces, "Tute" dijo: "le vamos a caer".

Continuó recordando que después escuchó una frenada de auto y cuando miró hacia atrás, ya lo tenía a "Tute" tras él, bajó del rodado munido de un arma de fuego, salió corriendo y vio a Gustavo Fernández que conducía el automotor, llevando la ventanilla con el vidrio bajo; que también había un tercero que no pudo identificar.

A quien sí identificó en la sala fue al enjuiciado, con el apodo de "Gula", que era del mismo grupo de "Tute", de la barra de San Telmo.

En idéntico sentido se manifestó el testigo Federico Nicolás Scoffano, dejándose constancia que narró que éstos se cruzaron, pelearon, y Matías "Tute" Fernández le gritó a Lautaro Benítez: "ya te va a caer". Afirmó que le dieron sin piedad, que arribaron en el coche de "Gula" -encausado-, quien frenó, se bajaron, el imputado los esperó dentro del vehículo hasta que los otros terminaron de hacer aquello que habían ido a hacer, y se fueron.

Sostuvo que el auto tenía las ventanillas bajas, y que después que descendieron, el rodado continuó su marcha despacio, hasta que frenó atrás de un tacho.

Corroborantes de las anteriores fueron los dichos del testigo Agustín Maximiliano Lévido, quien expresó que todo transcurrió en diez segundos, antes se habían agarrado a golpes de puño Matías "Tute" Fernández y Lautaro Benítez; que el mencionado Tute tiró la campera, se pelearon, salió corriendo y dijo que "que los iba a ir a buscar".

Convengo entonces, frente a esta prueba escrutada, que la entidad de la misma permitió al jurado concluir, más allá de toda duda razonable, que Fernández efectuó un aporte al suceso criminoso coadyuvante al resultado.

Por ello, carecen de relevancia las argumentaciones del recurrente respecto del dominio funcional del hecho, pues se acreditó que el aporte con el que éste contribuyó al mismo no rebasó el rango de partícipe secundario, lo que significa que su aporte fue de menor cuantía y sin dominio del hecho. Tampoco es necesario que se justificara "el cumplimiento de una promesa anterior al hecho", como alega la defensa (doctrina del artículo 46 del Código Penal).

Ante los reclamos del recurrente, es poco probable, en este contexto, que el imputado desconociera las intenciones de su hermano respecto de Benítez, o que se encontraba armado, cuando de los dichos de los testigos surgía que siempre andaban armados, ello abonado con las fotografías aportadas por el testigo Germán Benítez - incorporadas al juicio con la anuencia de la defensa-, extraídas del Facebook de los mencionados, en las que podía apreciarse que éstos eran de la barra simpatizante del Club San Telmo, observándose también otras con armas, cargadores y balas.

En otro orden, que el enjuiciado colaborara con el esclarecimiento de la verdad respecto de la falta de intervención en el suceso de otro coimputado no lo exime de la responsabilidad que a él le cupo en el mismo.

El argumento de que se retiró del lugar del hecho a escasa velocidad, buscando una autoridad de prevención para entregar a los autores, intentando

demostrar su ajenidad con el hecho, se da de narices con la circunstancia de que se mantuvo prófugo de la justicia por seis meses hasta que fue capturado.

En consecuencia, frente al panorama esbozado, la crítica articulada por la defensa emerge como un mero intento por mejorar la delicada situación procesal de su asistido, sin que medien razones que permitan descartar en forma incontrovertible la conclusión del referido jurado, por lo que los agravios bosquejados en el punto, decaen (artículos 210, 342 bis, 371, 371 bis, 371 quáter, 373, 448 bis, 454 incisos 1° y 4° y 459 del Código Procesal Penal).

V.

En el control de la medida de la pena, inmodificable la atenuante ponderada, el "aporte a la verdad" alegado como pauta menguante, no se relaciona con las pautas de los artículos 40 y 41 del Código Penal, sin perjuicio de que además no fue solicitado en el momento procesal oportuno -alegato-.

La defensa también se queja de que el fiscal solicitara una pena de 18 años de prisión, cuando un mes antes, en el rechazado acuerdo de juicio abreviado, proponía sólo 10 años por el mismo hecho, sin que se modificaran las condiciones.

El agravio no progresa. En primer lugar, porque el único límite que tiene el fiscal para requerir pena está dado por la escala correspondiente al hecho y el grado de intervención del imputado (artículos 41 bis, 46 y 80 inciso 6° del Código Penal), por lo que lo carece de importancia el monto propuesto un mes atrás, en diversas circunstancias a las del juicio, en donde además, resulta lógico que cuando se trata de lograr un acuerdo, las partes cedan algunos de sus intereses.

Tampoco se acredita que después de producida la prueba en el debate, las condiciones para el acuse no hubieran cambiando, a lo que agrego que el artículo 398 del rito expresamente dispone que el acusador que actúe en el debate no se encuentra vinculado por la pena prevista por su antecesor en la propuesta de juicio abreviado.

Por lo demás, bien ponderadas en el caso como aumentativas el mal concepto, el daño causado a los familiares de la víctima y la agravante genérica del artículo 41 *bis* del Código Penal, en razón del medio empleado para la comisión del ilícito -arma de fuego-, la pena impuesta resulta justa.

En función de las razones dadas, los cuestionamientos contra la medida de la pena no progresan (artículos 18 de la Constitución Nacional; 12, 19, 29 inciso 3°, 40, 41, 41 *bis*, 42, 46, y 80 inciso 6° del Código Penal; 448, 454 incisos 1° y 4° y 459 del Código Procesal Penal).

#### VI.

En función de los argumentos hasta aquí expuestos, propongo al Acuerdo rechazar el recurso interpuesto, con costas, y regular los honorarios profesionales del letrado de la defensa, doctor Carlos Turcan, por su actuación ante esta Sede, en una suma equivalente al veinte por ciento (20%) de los fijados en origen (artículos 18 de la Constitución Nacional; 12, 19, 29 inciso 3°, 40, 41, 41 *bis*, 46 y 80 inciso 6° del Código Penal; 201, 210, 342 *bis*, 371, 371 *bis*, 371 *ter*, 371 *quater*, 373, 375 *bis*, 448, 448 *bis*, 450, 454 incisos 1° y 4°, 459, 530, 531 y 534 del Código Procesal; 28, parte final, del Decreto 8904/77).

En su mérito, a esta primera cuestión VOTO POR LA NEGATIVA.

**A la primera cuestión, el señor juez doctor Borinsky dijo:**

Adhiero al voto del doctor Violini, por sus mismos fundamentos, y a esta primera cuestión, me pronuncio POR LA NEGATIVA.

**A la segunda cuestión planteada, el señor juez doctor Violini dijo:**

Tal como ha quedado resuelta la cuestión precedente, corresponde rechazar el recurso interpuesto, con costas, y regular los honorarios profesionales del letrado de la defensa, doctor Carlos Turcan, por su actuación ante esta Sede, en una suma equivalente al veinte por ciento (20%) de los fijados en origen (artículos 18 de la Constitución Nacional; 12, 19, 29 inciso 3°, 40, 41, 41 bis, 46 y 80 inciso 6° del Código Penal; 201, 210, 342 bis, 371, 371 bis, 371 ter, 371 quater, 373, 375 bis, 448, 448 bis, 450, 454 incisos 1° y 4°, 459, 530, 531 y 534 del Código Procesal; 28, parte final, del Decreto 8904/77). ASÍ LO VOTO.

**A la segunda cuestión planteada, el señor juez doctor Borinsky dijo:**

Voto en el mismo sentido que el doctor Violini.

Con lo que no siendo para más, se dio por finalizado el Acuerdo, dictando la Sala la siguiente,

**S E N T E N C I A**

I.- RECHAZAR el recurso interpuesto, con costas.

II.- REGULAR los honorarios profesionales del letrado de la defensa, doctor Carlos Turcan, por su actuación ante esta Sede, en una suma equivalente al veinte por ciento (20%) de los fijados en origen.

Rigen los artículos 18 de la Constitución Nacional; 12, 19, 29 inciso 3°, 40, 41, 41 *bis*, 46 y 80 inciso 6° del Código Penal; 201, 210, 342 *bis*, 371, 371 *bis*, 371 *ter*, 371 *quater*, 373, 375 *bis*, 448, 448 *bis*, 450, 454 incisos 1° y 4°, 459, 530, 531 y 534 del Código Procesal; 28, parte final, del Decreto 8904/77.

Regístrese, notifíquese y oportunamente, remítase a origen.

**FIRMADO POR LOS DRS: VIOLINI, BORINSKY ANTE MI KARINA  
ECHENIQUE SECRETARIA REGISTRO 691**