

///MA, 19 de diciembre de 2016.

VISTO: Las presentes actuaciones caratuladas: “VERA, Edgardo y BAHAMONDES, Héctor Sebastián s/Homicidio agravado y tentativa de homicidio... s/ Casación” (Expte.Nº 28415/16 STJ), puestas a despacho para resolver, y

CONSIDERANDO:

Que la deliberación previa a la resolución ha concluido con el acuerdo de los señores Jueces que se transcribe a continuación.

La señora Jueza doctora Adriana C. Zaratiegui dijo:

1. Antecedentes de la causa:

1.1. Mediante Sentencia Nº 65, del 28 de diciembre de 2015, la Cámara Primera en lo Criminal de San Carlos de Bariloche resolvió -en lo pertinente- condenar a Edgardo Omar Vera a la pena de diecinueve (19) años de prisión, como coautor penalmente responsable del delito de homicidio agravado cometido con arma de fuego en concurso real con tentativa de homicidio agravado cometido con arma de fuego, en concurso real con el delito de tenencia de arma de guerra sin la debida autorización (arts. 41 bis, 42, 54, 79 y 189 inc. 2º segundo párrafo C.P.); asimismo, condenó a Héctor Sebastián Bahamonde a la pena de dieciocho (18) años de prisión, como coautor de los delitos de homicidio y tentativa de homicidio (arts. 41 bis, 42, 54 y 79 C.P.).

1.2. Contra lo decidido los defensores particulares de los imputados deducen sendos recursos de casación, que son concedidos por el a quo.

2. Recurso de casación de la defensa de Edgardo Omar Vera:

El doctor Jorge Alejandro Pschunder sostiene que la sentencia de condena omitió dar tratamiento a numerosos planteos. De modo particular, señala la nulidad de la intervención de los teléfonos móviles de su pupilo, así como de la totalidad de la causa, pues no fue ordenada por autoridad competente -el juez natural de la causa sobre homicidio-, sino que se incorporaron al expediente escuchas acompañadas por un fiscal federal. Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sustento de su reclamo y agrega que su parte no pudo controlar dichas escuchas, por lo que son violatorias del art. 214 del rito.

También pide la nulidad de la declaración del menor víctima en cámara Gesell y señala que no puede sostenerse que la cuestión había quedado resuelta, puesto que en el

/// plenario oral puede rediscutirse todo. Insiste en la interrupción intempestiva de tal declaración por el señor Agente Fiscal, lo que impidió el ejercicio de la defensa y argumenta que se omitió su petición de que declarara en el debate quien llevó adelante

tal entrevista, de todo lo cual ha quedado registro.

Añade que no fue valorada la autopsia puesto que, según el informe de tal medida, la víctima recibió los disparos por la espalda, mientras que el menor sobreviviente dijo que fueron efectuados de frente.

Expresa además que varios otros testigos no identificaron a los imputados y solicita que los DVD que registraron el debate sean observados por el Superior Tribunal de Justicia.

3. Recurso de casación a favor de Héctor Sebastián Bahamonde:

El doctor Sebastián Arrondo plantea que la declaración del menor en cámara Gesell es nula por argumentos similares a los ya reseñados precedentemente. Puntualiza que sus dichos son falsos y sostiene que cuando la licenciada que llevó adelante la entrevista preguntó acerca de las posibilidades de identificar a quienes traían gorra y anteojos, esto fue interrumpido de modo brusco por el Ministerio Público Fiscal.

Alega luego que la testigo Antrichipay dijo en el debate que no había escuchado nada, pero que el magistrado siguió lo expresado en sede instructoria en relación con la frase “vamos a matarlo... vamos a matarlo”, y sostiene que lo mismo ocurrió con la testigo Rolando, quien nunca vio a nadie disparando con un arma de fuego.

También pide la nulidad de las comunicaciones telefónicas transcritas en la causa, en tanto su pupilo no participaba de ellas, y señala asimismo “la forma en que se introduce esta prueba es nula”. Refiere las garantías constitucionales y convencionales que considera vulneradas al respecto.

Por último, cuestiona la pena impuesta y expresa que no existen razones para que el juzgador se haya apartado del mínimo de la escala.

4. Hechos reprochados:

El a quo tuvo por acreditado el hecho imputado por el señor Agente Fiscal en los siguientes términos: “... el día 9 de febrero de 2013, siendo estimativamente minutos antes de las 17:00 hs, en circunstancias en que D.M., de 13 años de edad, conduciendo una motocicleta marca Motomel de 200 cm 3, transitaba en sentido cardinal Norte-Sur por calle Rauli del Barrio Vivero Municipal de esta ciudad, transportando en el asiento trasero del rodado a

///2. Lucas Javier Bascur, al llegar a la altura del numeral 80 de la referida arteria fueron sorprendidos e interceptados por Héctor Sebastián Bahamonde y Edgardo Omar Vera, alias '\Nano\' o '\Enano\' quienes previamente se ocultaran para no ser vistos. En tal circunstancia ambos acusados salieron de sus respectivos escondites, y extrayendo Héctor Sebastián Bahamondes un arma de fuego tipo pistola calibre 9mm y Edgardo

Omar Vera un revolver presuntamente calibre 22, comenzaron a efectuar disparos dirigidos contra M. y Bascur. A consecuencia de los disparos recibidos en su cuerpo, D.M. perdió el control de la moto produciéndose la caída del rodado y de sus ocupantes. En ese instante, en evidente acuerdo previo de voluntades, y siempre con el propósito de causarles la muerte, se unieron Bahamonde y Vera [... y dos personas más], quienes también efectuaron disparos contra Lucas Javier Bascur y D.M. Concluido el ataque, los acusados escaparon del lugar. Como consecuencia de uno de los disparos de proyectil calibre 9mm que le atravesara la región cardíaca, Lucas Javier Bascur dejó de existir en forma instantánea, en tanto que el menor D.M. sufrió una herida de arma de fuego en pie izquierdo con orificio de entrada y salida, una herida de arma de fuego con orificio de entrada en hemitórax izquierdo, sufriendo asimismo las fracturas de la escapula izquierda y la clavícula derecha” (cf. fs. 1517/1518).

5. Análisis y solución del caso:

Ambas defensas tienen planteos comunes sobre la nulidad de determinados medios de prueba, específicamente de la declaración del menor víctima registrada mediante el sistema de cámara Gesell y de las interceptaciones telefónicas que vinculan a los imputados con el hecho. Tal comunidad permite su tratamiento conjunto. Asimismo, la resolución de dichos planteos implica el tratamiento de la temática relativa a la motivación de la sentencia para determinar la coautoría de ambos imputados en los hechos reprochados.

5.1. Declaración del menor en cámara Gesell:

En cuanto a la declaración del menor, el argumento central hace referencia a la instrumentación de la medida, en tanto los defensores sostienen que les fue impedido ejercer el control y examen del testimonio puesto que, previo a la respuesta de determinada pregunta, el señor Agente Fiscal provocó de modo ilegal y abrupto la interrupción del procedimiento de escucha.

El planteo puede ser desestimado por respuestas formales y sustanciales.

/// En primer lugar, la lectura del expediente permite advertir que idéntico agravio ya fue sometido a consideración del señor Juez de Instrucción, quien lo desestimó mediante Auto Interlocutorio N° 209 del año 2013, notificado el 27 de agosto de ese año (según surge de fs. 836), sin impugnación alguna por parte de la defensa.

De tal modo, no se rebaten adecuadamente los conceptos expuestos por la Cámara en lo Criminal ante la reiteración del planteo en las cuestiones preliminares al juicio, oportunidad en que estableció que “juega(n) en la especie, los principios de preclusión y

progresividad rectores del proceso penal, motivo por el cual no existe mérito para volver a expedirse sobre cuestiones que ya han sido debidamente resueltas”. Consecuentemente, resulta de aplicación el art. 152 inc. 2º del Código Procesal Penal.

Como segundo argumento ya más sustancial cabe destacar que el agravio defensorista tiene por fundamento que le fue impedido preguntar al niño víctima para deslindar la cuestión acerca de su real capacidad para identificar a quienes los habían agredido al pasar circulando en una motocicleta, por cuanto había manifestado que quienes disparaban tenían anteojos y gorras con visera.

Efectivamente, la observación del registro de cámara Gesell permite advertir que, luego de una interrupción de la entrevista al niño, pues quien se encontraba a cargo salió a consultar a las partes sobre la necesidad de alguna otra pregunta, al regresar se reiteró la temática referida a los motivos del reconocimiento positivo pese a la dificultad que supondrían los accesorios mencionados (ello ocurre a partir de los 57 minutos de la audiencia). Sobre el punto, el menor víctima dio una respuesta suficiente diciendo que no obstante podía hacerlo pues conocía acabadamente a los imputados, por muchos encuentros previos del barrio, y que estos siempre andaban con dichos accesorios; además, con la ayuda de gestos explicó que el ocultamiento debido a la visera y a los anteojos era solo parcial.

Así, la interrupción que se dio luego por ruidos de lo que parecen golpes en la puerta de la sala de audiencias los letrados los atribuyen al señor Agente Fiscal-, que impidieron contestar la pregunta acerca de si tal identificación positiva se mantendría ante otros sujetos parecidos que vistieran de una manera similar, no ha tenido ningún efecto perjudicial sobre la cuestión problemática, pues esta ya había sido abordada y contestada por la víctima. Esto es, el niño relató que los reconoció de todos modos y dio razones adecuadas de sus dichos, al igual que lo había hecho ya reiteradamente antes que sucediera la interrupción.

///3. En razón de lo anterior, las formas eventualmente incumplidas no quitan efectos procesales al acto, ya que este alcanzó sus fines, lo que permite afirmar que las defensas procuran el resguardo de aquellas en el solo beneficio de la ley, postura inadmisibles atento al principio de trascendencia del sistema de nulidades.

5.2. Vinculación con el reconocimiento en rueda de personas:

La ausencia de real interés en la declaración de la nulidad también se verifica dado que la prueba que complementaría al agravio -pues hace a la veracidad del testimonio de la víctima en cuanto a la credibilidad de su identificación de ambos imputados- sería el

reconocimiento en rueda de personas, sobre el cual no fue solicitada la instrucción suplementaria (art. 333 C.P.P.), aun cuando esto se encontraba al alcance de la defensa. Señalo que tal derecho se limitó a una inspección ocular por quien representa al señor Bahamonde (ver fs. 1436 vta.).

Como antecedente procesal de la cuestión observo que la negativa al reconocimiento en rueda de personas en la etapa de instrucción fue motivo de recurso de apelación a fs. 1032 y, de modo erróneo, la Cámara Segunda en lo Criminal lo declaró desierto (fs. 1168), mas el defensor no impugnó no decidido. Fue el señor Fiscal quien posteriormente advirtió acerca de la oportuna formulación de agravios, por lo que la Cámara, pese a la ausencia de planteo recursivo, convocó a la defensa, que solicitó que se resolviera la cuestión (fs. 1326/1327). Mediante Auto Interlocutorio N° 145/15, dicho Tribunal rechazó el recurso de apelación (decisión notificada el 11/05/2015, cf. fs. 1339), sin que se dedujera impugnación alguna.

De esta reseña se desprende que la ausencia de interés de la defensa en cuanto a la rueda de personas se verifica en dos etapas procesales: en la instrucción, por no haber deducido recurso o hecho reserva de hacerlo ante el rechazo de su apelación; en el juicio, por no haber solicitado la instrucción suplementaria.

5.3. Credibilidad del testimonio:

Hace a la credibilidad del testimonio de la víctima que esta reconociera desde un inicio a ambos imputados como quienes les efectuaron los disparos, como surge de lo declarado por su madre –M.U.–, a quien le dijo que habían sido el “nano Vera y Farías”. Lo mismo relató W.O.C. -medio hermano del menor-, quien contó que, cuando pudo recuperar la conciencia, este señaló que ellos lo habían baleado por la espalda.

/// Por último, complementa este ítem la total correlación de lo narrado -el suceso en sí, que incluye el paso de la motocicleta, la aparición sorpresiva de los agresores, su ubicación, los disparos previos a la caída y el remate posterior, etc.- con los dichos de la vecina Niria Esther Rolando, quien desde su ventana vio “que uno de los sujetos que se encontraba en el grupo en cuestión, el cual vestía una campera de color blanca y una gorra tipo visera blanca, se quedó parado entre un camión ubicado en el domicilio de la familia Oses y el paredón, con un arma de fuego tipo pistola en una de las manos... En ese mismo instante vio circular por el lugar... una moto de color azul (con un conductor y un acompañante)... en el momento de pasar por donde se hallaba el sujeto escondido detrás del camión vio que este salió de su escondite y comenzó a disparar contra los ocupantes de la moto quienes se agacharon para no ser impactados y entonces el

conductor perdió el control del rodado y cayeron al suelo. Los otros sujetos que acompañaban al que se escondió detrás del camión, se acercaron a los caídos y continúan efectuándoles disparos de armas de fuego, luego de lo cual se dieron todos a la fuga...”.

Este tramo probatorio fue sometido a correcta ponderación por el Juez, quien afirmó que “presenciado en su conjunto el testimonio del menor D. M., resulta contundente y cargoso que el mismo indicara de manera directa que los autores del ataque fueron los sometidos a juicio. No se ha agregado a la causa, elemento alguno que haga sospechar de la veracidad del testimonio, por el contrario, esa misma versión fue contada tanto a su madre M.U., quien se encargó de expresarla en Debate, como a su hermano, quien también refiriera lo mismo en la Audiencia. Esto hecha [sic] por tierra la afirmación de la Defensa, en el sentido que al menor 'le contaron' y miente, sino que su testimonio es producto del relato vivido de manera directa”.

El relato del niño también ha sido avalado por prueba pericial que detectó vainas servidas de al menos dos armas de fuego en el lugar de los hechos, para lo cual basta mencionar las diligencias del Gabinete de Criminalística y la autopsia respectiva.

5.4. La innecesariedad de dar tratamiento a la nulidad de las interceptaciones telefónicas:

Puesto que las consideraciones expuestas -que incluyen la valoración de pruebas distintas del testimonio de D.M.- permiten sostener que este identificó a los autores sin incurrir en error o falacia, carece de toda relevancia analizar la legalidad de la introducción en

///4. el expediente de las interceptaciones telefónicas de cargo o el correcto mérito de lo sostenido por Ceferina Antrichipay.

La razón suficiente de lo decidido se logra mediante otros medios de prueba, tal como fue reseñado, lo que vuelve inútil el tratamiento de la restante solicitud de nulidad.

5.5. Otros argumentos:

No obstante ello, a todo evento, señalo que, en atención a la doctrina legal de este Superior Tribunal de Justicia, “\el acto cumplido en otra jurisdicción... puede ingresar válidamente a este proceso en la medida en que se encuentre sujeto a las formas procesales del lugar de su cumplimiento, y que las mismas no resulten violatorias de principios fundamentales establecidos para la forma ritual a que debe sujetarse el tribunal que sin haberlo cumplido, lo valora. Esto debe entenderse dentro de la previsión del art. 7º de la Constitución Nacional\ (ver el dictamen del Procurador General de la

Corte Suprema de Justicia de la Nación en '\V., D. T. s/robo agravado por el uso de arma\'', causa 594 (V - 199.XXII.- R.H.), solución compartida por la CSJN, en ED. T. 137-185, y el comentario favorable al fallo de Bidart Campos, '\Prueba pericial rendida ante un tribunal de jurisdicción extraña al que interviene en un proceso penal\''. Del mismo modo se expresa Francisco D´Albora en '\Código Procesal Penal de la Nación\' (pág. 67)" (STJRNS2 Se. 66/02 "Muller").

El Juez que recibe tales medidas realizadas en extraña jurisdicción debe analizar si satisfacen el orden público local y si las eventuales deficiencias formales han acarreado algún perjuicio a los imputados. Para ello es posible invocar el marco conceptual general que relaciona el derecho a la intimidad y la garantía consecuente contra toda injerencia o intromisión abusiva en la vida privada de los afectados, que surge del propio fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación citado por la defensa en abono de su postura.

Así, en autos "Halabi" (del 24/02/2009, cons. 24), la Corte dijo que "sólo la ley puede justificar la intromisión en la vida privada de una persona, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen (Fallos 306:1892; 316:703, entre otros). Es en este marco constitucional que debe comprenderse, en el orden del proceso penal federal, la utilización del registro de comunicaciones telefónicas a los fines de la investigación penal que requiere sea emitida por un juez competente mediante auto fundado... de manera que el común de los

/// habitantes está sometido a restricciones en esta esfera semejantes a las que existen respecto a la intervención sobre el contenido de las comunicaciones escritas o telefónicas. Esta norma concuerda con el artículo 18 de la ley 19798 que establece que '\la correspondencia de telecomunicaciones es inviolable. Su interceptación sólo procederá a requerimiento de juez competente\'".

Respecto de dichos requerimientos, corresponde señalar que las desgrabaciones de las conversaciones mantenidas por Edgardo Omar Vera fueron agregadas al expediente por el señor Juez de Instrucción a petición del señor Agente Fiscal (ver fs. 184), lo que tiene vinculación con el escrito previo de fs. 109, en que había solicitado determinadas medidas de carácter urgente. A fs. 1391 se extrajo copia íntegra del Expediente 42009009/12 "NN s/ ley de Estupefacientes", y se certificó la totalidad de las actuaciones que luego se valoraron.

Los escritos y los datos que surgen de las constancias agregadas permiten determinar el

Juzgado competente que ordenó las escuchas, el expediente que originó, el organismo encargado de realizarlas, su contenido y el motivo por el cual fueron ordenadas. En consecuencia, considero cumplimentados los requisitos expuestos por la Corte Suprema para su validación, los que son contestes con el orden público local y con el art. 214 del rito.

Por lo demás, los recurrentes no han contradicho en sus agravios el contenido de las conversaciones, que es con toda claridad cargoso y directamente vinculado con la hipótesis de cargo. Incluso, pese a tratarse de actuaciones incorporadas en sede instructoria, ni en el inicio ni luego de la certificación posterior plantearon alguna nulidad al respecto, por lo que el agravio recién intentado como cuestión preliminar en el debate y reeditado aquí es tardío (cf. art. 151 inc. 1º C.P.P.).

5.6. La pena impuesta a Héctor Sebastián Bahamonde:

El defensor del señor Bahamonde se agravia por la no aplicación del mínimo de la escala, señalando que los antecedentes y condiciones personales de su pupilo debieron ser considerados.

El agravio así formulado no tiene ninguna chance de ser atendido, en tanto los fallos jurisprudenciales mencionados no son la doctrina legal que rige el caso, pues a partir del precedente posterior STJRNS2 Se. 94/14 “Brione”, “... frente a la conminación de la escala del minimum y el maximum, esto es, frente a los topes mensurativos, el magistrado debe partir de un punto central (equidistante de ambos extremos) y a partir de allí correrse de un lado a

///5. otro motivado por los diferentes aspectos que la normativa le señala, sea para agravar, sea para atenuar la individualización de la sanción a imponer”.

En tal sentido, dada la propia calificación, la pena debe dirimirse sobre dos hechos independientes, concursados de modo material, cuyos máximos de pena posibles pueden sumarse aritméticamente. A ello se agrega la gravedad de cada una de las figuras: el homicidio calificado por el uso de arma de fuego ya tiene una pena que va de ocho a veinticinco años, sobre lo cual debe aplicarse la agravante genérica prevista en el art. 41 bis del Código Penal; el otro homicidio tiene la misma agravante, pero se encuentra en grado de tentativa. Esto permite afirmar que la pena discernida, si bien se aparta del mínimo -tal como indica y permite la doctrina legal señalada-, se encuentra alejada del máximo del concurso real.

De acuerdo con el tratamiento de la cuarta cuestión propuesta a la deliberación (la penalidad), para el caso del señor Bahamonde fue ponderada a su favor la inexistencia

de antecedentes penales (pues sí se valoraron en contra del señor Vera); lo mismo ocurre con su corta edad y su escasa instrucción, a lo que se agregó el estado deplorable de las cárceles. En las condiciones referidas, vinculadas con aspectos eminentemente valorativos a cargo del a quo, no puede estimarse que la pena de prisión impuesta pueda ser tachada de injusta, cruel o inhumana.

6. Decisión:

Revisada de modo integral la sentencia en el marco de los agravios deducidos, una mejor administración de justicia aconseja negar la instancia de aquellos recursos que manifiestamente no puedan prosperar, por no presentar una crítica concreta y razonada de lo decidido.

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo declarar mal concedidos los recursos de casación interpuestos en las presentes actuaciones, con costas, y regular los honorarios profesionales de los letrados intervinientes en el 25% de las sumas que por tal concepto les fueron fijadas en la instancia de origen (art. 15 L.A.). ASÍ VOTO.

Los señores Jueces doctores Enrique J. Mansilla y Sergio M. Barotto dijeron:

Adherimos al criterio sustentado y a la solución propuesta por la vocal preopinante y VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO.

/// Los señores Jueces doctores Ricardo A. Apcarian y Liliana L. Piccinini dijeron:

Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que nos preceden en orden de votación, NOS ABSTENEMOS de emitir opinión (art. 39 L.O.).

Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA
RESUELVE:

Primero: Declarar mal concedidos los recursos de casación interpuestos a fs. 1557/1566 y a fs. 1572/1575 de autos por los doctores Jorge Alejandro Pschunder y Sebastián Arrondo, respectivamente, en representación de Edgardo Omar Vera y de Héctor Sebastián Bahamondes, con costas, y, atento a su revisión integral, confirmar en todas sus partes la Sentencia N° 65/15 de la Cámara Primera en lo Criminal de San Carlos de Bariloche.

Segundo: Regular los honorarios profesionales de los letrados intervinientes en el 25% de las sumas que por tal concepto les fueron fijadas en la instancia de origen (art. 15 L.A.).

Tercero: Registrar, notificar y oportunamente devolver los autos.

ANTE MÍ:

Firmantes:

ZARATIEGUI - MANSILLA - BAROTTO - APCARIAN (en abstención) -
PICCININI (en abstención)
ARIZCUREN Secretario STJ

PROTOCOLIZACIÓN:

Tomo: 6

Sentencia: 314

Folios Nº: 1174/1178

Secretaría Nº: 2