

///MA, 10 de agosto de 2015.

VISTO: Las presentes actuaciones caratuladas: “RIFFO, Cristian Daniel; RIFFO, Diego Fernando; RIFFO, Jonathan Ángel y LAIME ALARCÓN, Eduardo Fabio, s/ Homicidio agravado s/Casación” (Expte.Nº 27537/14 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.

El señor Juez doctor Enrique J. Mansilla dijo:

1. Antecedentes de la causa:

1.1. Mediante Sentencia Nº 54, del 21 de octubre de 2014, la Cámara Primera en lo Criminal de San Carlos de Bariloche resolvió -en lo pertinente- rechazar los pedidos de nulidad de los señores defensores, conforme los considerandos, y condenó a Cristian Daniel y Diego Fernando Riffo, como coautores del delito de homicidio doblemente agravado por el uso de arma de fuego y con el concurso premeditado de dos o más personas, a la pena de veinticuatro (24) años y seis (6) meses de prisión y a la de veinticuatro (24) años de prisión, respectivamente. Asimismo, condenó a Eduardo Laime Alarcón, también como coautor de ese delito, a la pena de veinticuatro (24) años de prisión, y a Jonathan Ángel Riffo le impuso la pena de dieciocho (18) años de prisión, al declararlo partícipe primario del delito mencionado.

1.2. Contra lo decidido, las defensas de Eduardo Laime Alarcón y de los hermanos Riffo dedujeron sendos recursos de casación, de los cuales el primero fue declarado admisible y el segundo inadmisibile.

2. Agravios del recurso de casación:

La defensa del señor Laime Alarcón dice que su parte solicitó la nulidad de la requisitoria de elevación a juicio, la que fue contestada por el Ministerio Público Fiscal a fs. 739, pero no fue resuelta por el señor Juez de Instrucción, quien solo dictó un decreto de clausura. Así, considera violentado el derecho de defensa.

Reseña también su oposición a la incorporación por lectura de diferentes pruebas\ninformes del Gabinete de Criminalística de fs. 212/222, 243/297, 522/528 y 579/591, DVD e informe psicológico de Betancourt-, y afirma que esto afectó el derecho de defensa, en tanto\n/// no existe certeza sobre el contenido de la intimación dirigida al imputado e impide asegurar fehacientemente que la cadena de custodia de los elementos inicialmente secuestrados no haya sido vulnerada.

En su segundo agravio sostiene que el juzgador ha incurrido en una errónea aplicación

de la ley, tras lo cual reseña su alegato y reitera los planteos de nulidad arriba indicados. Asimismo, hace referencia a que a los testigos se les leyó su declaración en sede instructoria y señala lo ocurrido respecto del chofer del colectivo, señor Carrilaf. También repasa los testimonios de Claudia Edith Fuentes, Gladys Castillo, Ezequiel Huyera, Betancourt -en cuanto a este último, entiende que está contaminado dado que en la cámara Gesell dijo que lo reconoció puesto que así se lo dijeron las hermanas de él-.

Se opone además a que pueda ser considerado un indicio de cargo el secuestro de un arma de fuego calibre 9 mm, puesto que nunca se incorporó a este el expediente donde se realizó tal secuestro y dado que todavía no ha sido juzgado. Critica luego la confección de la autopsia.

Finaliza su reseña del alegato y señala que la sentencia no lo ha reproducido, por lo que sus agravios centrales no fueron tratados de manera correcta, con lo que se ha violentado el principio de congruencia.

Insiste en señalar la arbitrariedad de la sentencia por incorporación de prueba ilegal al proceso, en el caso del secuestro de un arma de fuego, a lo que suma que de ciertos testimonios que identifica no puede inferirse que su pupilo haya estado en el lugar del hecho, a la vez que recuerda que se opuso a la incorporación por lectura de la declaración de Betancourt mediante el sistema de cámara Gesell.

A continuación aduce una errónea subsunción del hecho en el art. 80 inc. 6º del Código Penal pues entiende que, de haber podido acreditarse que Laime Alarcón participó en el suceso reprochado, este habría sido un homicidio en agresión, al no haberse determinado quién fue el autor. Asimismo, considera no acreditado que haya habido una confabulación de los sujetos para cometer en concurso el delito, ni la aludida premeditación, ni se acreditó cómo pensaban llevar adelante su supuesto plan común, ni el dominio del hecho.

Además, considera errada la aplicación del art. 41 bis de la ley sustantiva, dado que el uso del arma es la forma de realizar el tipo y la conducta disvaliosa se agota en ese mismo acto. Entonces, prosigue, valorar “como agravante la utilización del arma de fuego dado el hecho implicaría una doble valoración”. Finalmente, cuestiona que se haya impuesto una pena mayor a la solicitada por el fiscal, y cita doctrina y jurisprudencia.

3. Hechos reprochados:

Se les imputa a Diego Fernando, Cristian Daniel y Ángel Jonathan Riffo y a Eduardo

Laime Alarcón un hecho ocurrido el día 18 de enero de 2013, aproximadamente a la hora 21, en inmediaciones de la calle Widerhold casi intersección con Rubén Hernández del Barrio Omega de San Carlos de Bariloche. En tales circunstancias, los nombrados se trasladaron en un automóvil no identificado hacia ese sector y allí, tras salir del vehículo, Diego y Cristian Riffo, junto a Laime Alarcón, detuvieron la circulación de un colectivo, todo ello en forma premeditada, pues sabían que en él se encontraba Cristian Paineofil, a quien buscaban para darle muerte. Para concretar dicha finalidad, contaban con un arma de fuego calibre 9 mm y un arma blanca punzocortante. En tales circunstancias, quienes habían descendido del vehículo ascendieron al colectivo donde estaba el señor Paineofil, a quien comenzaron a agredir mediante puñaladas y le efectuaron dos disparos, todo con las armas mencionadas. Luego obligaron a la víctima a bajar del colectivo y, una vez que así lo hizo, le efectuaron al menos cuatro disparos más, para luego darse a la fuga a bordo del rodado dentro del cual permanecía Jonathan Riffo. Como resultado de la agresión, Paineofil sufrió cuatro heridas de arma de fuego y trece de un objeto punzocortante, de las cuales le produjo la muerte una, infligida con la primera arma en la zona del corazón.

En lo que resulta relevante, el a quo tuvo por acreditada dicha materialidad, autoría y participación.

4. Análisis y solución del caso:

4.1. Nulidad de la requisitoria de elevación a juicio. Ausencia de tratamiento de la cuestión:

Luego del requerimiento de elevación a juicio, la defensa del imputado Eduardo Laime Alarcón dedujo ante el señor Juez de Instrucción dos escritos, el primero de los cuales denominó “excepción de prejudicialidad u obstáculo en la prosecución de la acción” y el otro “oposición-insta sobreseimiento”. En ambos mencionó aspectos probatorios y defectos en la instrumentación de determinadas pruebas, lo que provocaría su nulidad y por ende impediría tener por fundado el requerimiento mencionado (fs. 719/723).

/// Tales planteos no fueron resueltos por dicho magistrado, quien declaró clausurada la etapa instructoria según establece el art. 325 del rito, y las actuaciones quedaron bajo la competencia de la Cámara Primera en lo Criminal de San Carlos de Bariloche (ver fs. 792/794).

Citado a juicio el imputado Eduardo Laime Alarcón (fs. 853), su defensa ofreció pruebas (fs. 871), luego fue reemplazada por la aquí recurrente, y se proveyeron las medidas ofrecidas, entre ellas aquellos elementos cuya incorporación por lectura fue

solicitada por el Ministerio Público Fiscal (fs. 806), luego de lo cual se fijó audiencia de debate (fs. 926 y 929).

En la audiencia de debate, esa parte planteó como cuestión preliminar la nulidad del requerimiento de elevación a juicio y de determinados informes periciales, la que fue desestimada luego de la incidencia respectiva, por considerar extemporáneo el planteo dado lo normado por los arts. 151 y 352 del Código Procesal Penal, en tanto debió serlo en el momento de citación a juicio, según el art. 329 de la misma norma.

Ante la reiteración del planteo en el recurso de casación, observo que el agravio no puede prosperar pues, en tanto las partes aceptaron la citación a juicio y la fijación de audiencia, las eventuales nulidades referidas a los defectos del requerimiento de elevación quedaron subsanadas (art. 152 inc. 2° C.P.P.).

Ello es del todo evidente en tanto el agravio respecto del requerimiento mencionado tenía vinculación con sus deficiencias respecto de la convicción de los hechos reprochados, en los términos de la nulidad de determinadas pruebas que se propiciaba.

Ahora bien, estas fueron ofrecidas para su lectura por el Ministerio Público Fiscal, en la oportunidad procesal reseñada arriba, a lo que no se opuso la defensa, lo que hace presumir su conformidad (art. 331 segundo párrafo C.P.P.); en consecuencia, no puede venir ahora a agravarse de aquello que consintió.

“... En consecuencia, cabe estar a lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (Fallos 326:3477 y 3734), lo que fija la improcedencia de impugnación posterior -con base constitucional- mediante recurso extraordinario (Fallos 316: 1802)” (STJRNS2 Se. 148/13).

///3. 4.2. Nulidad de la prueba:

Por idéntica argumentación deben ser desestimados los planteos vinculados con las deficiencias formales de los informes periciales de fs. 212/222, 243/297, 522/528 y 579/591 y el informe psicológico identificado como “Betancourt”.

Asimismo agrego que -tal como dice el sentenciante-, las nulidades deducidas en oposición a la incorporación de las periciales ya habían sido rechazadas por el señor Juez de Instrucción a fs. 226, en tanto la defensa había sido notificada de su realización, por lo que contaba con las facultades de control previstas por el art. 239 del rito, a lo que se suma que en el recurso de casación no se exponen consideraciones nuevas que intenten rebatir lo dicho, lo que evidencia la insuficiencia del planteo.

Respecto del informe psicológico mencionado, aun ante la carencia de un señalamiento preciso, entiendo que se trata del resultado expuesto por la entrevistadora de la declaración de la menor Valeria Alejandra Betancourt mediante el sistema de cámara Gesell (fs. 311), el que, si fue enumerado en un conjunto de pruebas para acreditar la materialidad y la autoría (fs. 971), no fue luego ponderado específicamente por el juzgador, de modo tal que lo considero irrelevante para la motivación de lo decidido, por lo que cabe rechazar el agravio por ausencia de perjuicio.

La parte prosigue su reclamo con planteos de nulidad genéricos, lo que dificulta su tratamiento. Así, advierto que en el subpunto “2. Errónea Aplicación de la ley” reproduce la totalidad de su alegato en el debate oral, en el que se encuentran los agravios tratados arriba, a lo que agrega la prueba testimonial.

Al respecto, mezcla cuestiones vinculadas con el procedimiento llevado adelante para producir la prueba en el debate (alega que a los testigos se les leyeron sus declaraciones ya prestadas en instrucción y aun en sede policial, no “una partecita”, sino “prácticamente toda la declaración”, por lo que no existieron los principios de inmediación, concentración y contradicción, a lo que se opuso), con otras propias de su mérito.

Si bien las deficiencias apuntadas quitan total seriedad a los planteos, en un esfuerzo de análisis para intentar dar respuesta a las inquietudes del imputado en una sentencia de condena anoto que, atento al acta de debate, la única constancia particularizada de lo ocurrido en él es en relación con el testimonio de Ramón Alejandro Villanueva, donde dice “responde\n/// preguntas del Tribunal y de las partes, luego de lo cual se procede a la lectura de su declaración a pedido del Sr. Fiscal obrante a fs. 15 y 16; a ello se opone la Dra. Araya y el Dr. Brucelaria, denegándolo la presidencia y ordenando por Secretaría se proceda a su lectura, sin que los oponentes a este respecto deduzcan recurso alguno”.

Respecto de Claudia E. Fuentes, no hubo oposición a la lectura de lo que había declarado en la instrucción.

De tal modo, circunscripta la cuestión respecto del testigo Villanueva, del acta de debate no es posible arribar a nulidad alguna, en tanto la incorporación se encuentra prevista en el inc. 2º del art. 367 del Código Procesal Penal. Además, no se dedujo recurso de reposición ante la autorización del Presidente del Tribunal, ni se hizo reserva de casación.

4.3. Capacidad de representación de la prueba:

Ahora en cuanto al análisis de la prueba testimonial y su capacidad de representación, la recurrente señala que el chofer del colectivo Javier Ismael Carrilaf dijo en el debate que el colectivo estaba muy lleno, por lo que era imposible ver por el espejo retrovisor, además de no poder mencionar más que los colores estándar de un vehículo.

En el acta de debate no quedó constancia alguna de los dichos del señor Carrilaf, por lo que el control casatorio se ve limitado a lo extractado en el acta de sentencia, cuyo contenido es mucho más amplio que lo sostenido por la defensa; en consecuencia, el agravio no se atiene a las constancias del expediente (ver fs. 971/972).

Destaco, entre otros puntos, que el testigo dijo haber observado un auto estacionado en un tramo de su recorrido, que alguien bajó de él y le hizo señas, por lo que se detuvo. Narró luego que quien así actuó le pidió subir, pasó rápidamente al sector trasero, y junto con él subieron dos personas más y comenzaron a agredir a un pasajero; escuchó dos disparos de arma de fuego, observó que bajaron a una persona y que ahí “nomás escuchó cuatro disparos más abajo del vehículo”. Carrilaf también advirtió que las personas que descendieron “ingresaron a un Renault 11, que era el que les estaba haciendo el aguante”.

La segunda crítica casatoria al respecto alude a lo sostenido por Claudia Edith Fuentes, y aquí hay de nuevo un recorte de sus dichos pues, según refiere el juzgador, esta vio con claridad a quien ingresó al colectivo y comenzó a apuñalar a la víctima, escuchó disparos y se bajó conmocionada.

///4. Gladys Gloria Castillo, también pasajera del colectivo, observó la detención de un automóvil bordó del que descendieron Cristian Riffo, Diego Riffo y otra persona más. Relató el ataque en el interior del colectivo igual que el resto de los testigos: “Ella bajó del micro con sus hijos, vio a la persona tirada y a los agresores que agarraron el auto y se fueron; también que dentro del rodado y al volante estaba el ‘Jona’ Riffo”. Esto encuentra correlato en su reconocimiento en rueda de personas de fs. 395.

Exequiel Ananías Hueytra, pasajero del colectivo mencionado, también efectuó un relato similar al resto e identificó a Cristian y a Diego Riffo, a quienes conoce del barrio.

Valeria Alejandra Betancourt, por su parte, declaró mediante el sistema de cámara Gesell, y la defensa sostiene que se trata de un “testimonio contaminado”, pues reconoció a Laimé Alarcón, pero dado que se lo dijeron las hermanas de este.

Aquí se verifica una discrepancia con el acta de sentencia, pues en esta se lee que dicha testigo “refirió claramente al describir el hecho que entre los intervinientes se

encontraba Laime Alarcón”.

La observación del registro de lo declarado por la menor mediante cámara Gesell permite desechar el agravio defensista, en tanto las únicas referencias de esta sobre las hermanas del imputado se vinculan con la petición que le hicieron de cambiar su declaración, aunque sin amenazas. Asimismo, señaló que le dijeron que fue su hermano Eduardo, o Leo, el que se encontraba detenido, pero esta referencia no es determinante para la identificación física de Laime Alarcón, en tanto la declarante dijo haberlo reconocido desde que subió al colectivo, en tanto lo conocía de antes, se encontraba siempre junto a los hermanos Riffo a quienes conocía y lo hizo a cara descubierta.

En concordancia con tal declaración, en el reconocimiento en rueda de personas Valeria A. Bentacourt dijo reconocer a Eduardo Laime Alarcón como uno de los que subió al colectivo, y se manifestó segura de ello (ver fs. 152).

Para completar el tratamiento de la prueba en lo referido a la menor Bentacourt, observo que no hay un planteo de nulidad de su declaración mediante cámara Gesell, a la que acudió la defensa (fs. 225), sino que los agravios se dirigen a cuestionar su capacidad de representación.

/// Agrego que la mencionada Gladys Gloria Castillo identificó a Eduardo Fabio Laime Alarcón, de igual modo, como el que “subió al colectivo y atacaron al pibe. Está segura y fue el que subió después de Cristian Riffo...” (fs. 153). En un reconocimiento en rueda de personas posterior -fs. 395-, identificó al resto de los imputados y mencionó los roles de cada uno: Cristian y Diego ingresaron primero al colectivo, junto a Laime Alarcón agredieron a la víctima, mientras Jonathan Riffo permaneció en el vehículo en el que se dieron a la fuga.

De tal modo, la coautoría de Eduardo Fabio Laime Alarcón se encuentra acreditada mas allá de toda duda razonable, de acuerdo con el conjunto de la prueba testimonial mencionada, y se verifica una correlación esencial tanto en el rol que le cupo a cada uno de los cuatro partícipes como en su identificación.

Esto vuelve irrelevante el análisis de la incorporación indebida como prueba indiciaria de los resultados de otro expediente cuya investigación se encontraba en curso.

4.4. La autopsia:

En la seguidilla de cuestionamientos a la prueba también hay alguna referencia a la autopsia realizada que consta a fs. 83/88, aunque esta adolece de una similar falta de precisión y profundidad argumentativa que el resto.

Así, la señora defensora plantea que de dicha autopsia no se desprenden más que dudas:

“nunca he visto una autopsia tan mal hecha, hay tanta subjetividad en la misma, que se olvida de fijar de manera clara y concreta cual fue al causa de la muerte de Paineñil... de esta autopsia lo único que se sabe es que murió por shock hipovolémico...”.

En primer lugar voy a reseñar las conclusiones de la pericial y luego voy a vincular las consideraciones de la defensa con su ulterior agravio, para demostrar que ambos cuestionamientos son errados.

En efecto, adelanto que el informe de autopsia es completo y que, en un caso de coautoría en el que varios intervinieron en la etapa ejecutiva con dominio del hecho, es innecesario determinar cuál de los implicados efectuó el disparo o la puñalada mortal, o si se trató de un conjunto de daños en el cuerpo y la salud con un único medio vulnerante o con varios el que finalmente provocó la muerte. Esto no es relevante, por lo que no se verifica una exigencia probatoria para ello.

Así, luego de constatar que el cadáver de Cristian Calixto Paineñil presentaba cuatro heridas de arma de fuego con orificios de entrada y salida y trece heridas cortantes, algunas de suma gravedad, que lesionaron la vejiga, el pulmón y el paquete vascular inguinal, el médico forense concluyó que este falleció “por un shock hipovolémico producido fundamentalmente por herida cardiaca por un proyectil de arma de fuego pero también por la hemorragia provocada por las otras heridas de bala y por las heridas de arma blanca que lesionan pulmón, vejiga y paquete vascular inguinal”.

En consecuencia, la muerte se produjo tanto por los disparos de arma de fuego como por las heridas producidas con el arma blanca.

4.5. La calificación de los hechos:

Ahora bien, aun si tal resultado fuera obra solo de uno de los dos medios vulnerantes utilizados simultáneamente en la agresión, esto no tendría implicancia alguna para la determinación de la coautoría de lo ocurrido para el o los que hubieran utilizado el otro. En efecto, “... en la coautoría la resolución común permite la recíproca imputación directa de todos los aportes al hecho. Aquí no rige -como en la participación- el principio de accesoriedad, de modo que no se trasladan las eximentes de uno de los coautores a los otros; y el principio de ejecución es único con independencia de quien realice la acción típica. La jurisprudencia -en este sentido- señaló que «en la coautoría no rige el principio de la imputación mediante la accesoriedad, sino la recíproca imputación directa de todas las contribuciones al hecho realizadas en el marco de la resolución en común, por cuanto la coautoría porta en sí misma su contenido del injusto

y no lo deriva de un hecho ajeno» (D'Alessio, Código Penal. Parte General, pág. 522 y citas 277 y 278; Rusconi, Código Penal, Dirección Baigún Zaffaroni, t.2, comentario a los artículos 45 a 49, p. 157 y CNCrim. y Correc., sala I, 1996/06/03, «STIETZ», en LL. 1997 D, 633)\ (STJRNS2 Se. 184/12 \NÚÑEZ\)' (STJRNS2 Se. 25/15).

Esto asimismo permite descartar una de las calificaciones pretendidas por la defensa\n-homicidio en riña, art. 95 C.P- en tanto, respecto del tipo subjetivo de tal norma, la “doctrina insiste en la indeterminación de la finalidad de los agentes, quienes deben actuar queriendo desplegar violencia pero sin proponerse en conjunto ningún resultado concreto; además se exige espontaneidad de la riña o agresión, que importa la ausencia de toda preordenación de disponer la actividad para el logro de un determinado resultado. Es relevante al respecto descartar que se trate de un caso de participación (cuando la muerte o las lesiones sean\n// realmente la obra común de varios, a quienes pueda identificar como autores o cómplices), que requiere no solamente una comunidad material de acciones sino una convergencia intencional; cuando esto ocurre, no corresponde la aplicación de esta figura” (D'Alessio, Código Penal. Parte Especial, pág. 69).

De modo concordante, en el precedente STJRNS2 Se. 184/12 “Núñez”, este Cuerpo sostuvo: “\Si los intervinientes tienen conciencia de que el objetivo que se persigue es común y que a él cooperan o contribuyen -aunque no sea parcial en algún aspecto del homicidio agravado perpetrado- pero complementando e integrando la acción conjunta, responderán por la muerte de la víctima a título de homicidio todos los que intervengan en cualquier forma en la ejecución del hecho. Por cuanto la procesada intervino «en la ejecución del hecho»... debe ser considerada coautora... La ejecución del hecho significa poner en obra el delito en sí, vale decir, supone una cooperación para que él se ejecute; concepto que absorbe todas las conductas que directamente realizan el delito mediante actos ejecutivos principales o secundarios, cualquiera sea la medida e importancia del aporte prestado para que el delito se consume, siendo así coautores de homicidio, no sólo los que lo consuman directa y efectivamente, sino también los que alcanzan a éstos las armas y los que distraen a la víctima\ (CNCrim. y Correc, sala III, \SICILIA\, del 18/03/82, BCNC y C, 1982-2-39)”.

De más está aclarar que aquí se verifica una comunidad de acción tendiente a dar muerte a la víctima.

En cuanto a las exigencias subjetivas del art. 80 inc. 6º del Código Penal, la recurrente también aduce que no se encuentra acreditada una confabulación o premeditación de los

imputados para la realización del hecho.

Sobre el punto, en el mismo fallo de este Superior Tribunal arriba citado se abordó este tema y se dijo: “Desde el punto de vista subjetivo, el inc. 6º del art. 80 del código sustantivo exige el concurso premeditado de personas. ‘Concurso’ es el acuerdo de voluntades, la reunión simultánea de los imputados, su asistencia, y esta debe ser premeditada.

“Desde el momento que se buscan cómplices, no podría negarse la premeditación en este delito; porque, en realidad, esa meditación previa no tiene por qué ser de una profundidad extrema. Premeditar es pensar antes del momento de la comisión del hecho y a ello se dirige el acuerdo. No exige la preparación de un plan muy minucioso con todas las alternativas que pueda presentar el suceso futuro, sino necesita que se piense en esas circunstancias, aunque sea de una manera relativamente superficial y genérica. Requiere, por lo menos, eso sí, cierta reflexión sobre los modos y los medios, la oportunidad para perpetrar el hecho, etc.

“[...] Vale decir, que el concurso premeditado es el que responde a una convergencia previa de voluntades, donde la acción de cada uno aparece, subjetiva y objetivamente, vinculada con la de los otros partícipes y no por una simple reunión ocasional’ (Jorge D. López Bolado, Los homicidios calificados, págs. 213 y ss).

“Núñez, en Derecho Penal Argentino. Parte Especial (Tº III, pág. 70), sostiene que, desde ‘el punto de vista subjetivo, la calificante requiere un concurso premeditado, No se exige que los intervinientes formen una banda... No es necesario tampoco que la formación de la voluntad común adopte el modo de una verdadera premeditación, en el sentido que ésta tiene como agravante del homicidio en teoría y en algunas legislaciones...: no es menester que el concurso haya sido decidido, reflexionado y llevado a efecto fríamente. El concurso es premeditado si responde «a una convergencia previa de voluntades, donde la acción de cada uno aparezca, subjetiva y objetivamente, vinculada con la de los otros partícipes y no por simple reunión ocasional» (Informe de la Comisión)... Esta manera de intervenir en el hecho el autor y sus partícipes, es una condición que, para agravar, sólo atiende a la disminución material de las posibilidades de defensa de la víctima. El juicio de peligrosidad, que toma en cuenta subjetivamente la agravante, no se sustenta en el modo de actuación material principal o accesoria de los confabulados, sino, solamente, en la preordenación del concurso para matar. La premeditación del concurso requiere, en cada interviniente, en el momento del acuerdo, el mínimo de conciencia y voluntad necesario para que su actuación en el hecho sea una

secuela del acuerdo. Pero vale la ratificación individual ulterior y consciente”.

En el caso sometido a tratamiento -en una cuestión de hecho y prueba, según la clásica clasificación del recurso de casación-, es del todo correcta la apreciación del a quo en cuanto a que el concurso de personas estaba probado puesto que -en un análisis que proviene de los datos objetivos- los imputados se reunieron para subirse todos a un automóvil y con este interceptaron un colectivo, de lo que se colige que sabían de su recorrido y de la persona que se encontraba en su interior -este dato se reveló como sumamente preciso para la encerrona-; además, hubo una separación de las funciones, en tanto uno quedó en el vehículo y otros se dirigieron al vehículo de transporte, y a ello se suma que más de uno de los que subieron\ n/// tenían armas que incrementaban su poder vulnerante. Por último, como fue dicho arriba, fueron utilizados diversos tipos de arma.

Entonces, el número de personas en el vehículo no fue meramente ocasional, sino que se buscó y logró una situación que no dejara alternativas de defensa a la víctima. De tal modo, se verifica el concurso premeditado.

4.6. Aplicación del art. 41 bis del Código Penal:

La recurrente sostiene que no puede aplicarse la agravante genérica a los hechos acreditados. “El [...] agravio recursivo, consistente en considerar inaplicable al caso la agravante que establece el art. 41 bis del Código Penal, tampoco ha de prosperar, en virtud de que los argumentos referidos por la defensa [...] se desentienden de los fundamentos en los que se basa la doctrina legal de este Superior Tribunal, recientemente reafirmada por la actual integración del Cuerpo (conf. STJRNS2 Se. 35/14 \PAILLALEF\), que reiteradamente ha establecido que, dado que el delito de homicidio no tiene como elemento constitutivo su comisión con arma de fuego, corresponde la aplicación de la agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal (conf. STJRNS2 Se. 172/12 \CHUCAIR\, entre muchas otras). También se ha explicado que “[...] el legislador quiso sancionar hechos ilícitos cometidos mediante un elemento específico de muy amplio poder vulnerante e intimidatorio, lo que introduce un riesgo mayor para la víctima y disminuye sus posibilidades de defensa\’ (STJRNS2 Se. 63/13 \MENDEZ\). Asimismo, se ha aclarado que tampoco se vulnera el principio de legalidad, teniendo en consideración que el art. 41 bis ha sido incorporado al Código Penal con anterioridad a la comisión de los hechos (conf. STJRNS2 Se. 100/12 \COFRE\), aspecto este último no cuestionado en el presente. Por último, como también ocurrió en el reciente fallo antes citado [STJRNS2 Se. 35/14 \PAILLALEF\],

la defensa no ha cuestionado fundadamente la validez de la norma criticada -por caso, no ha argumentado, fundado ni pedido su declaración de inconstitucionalidad-, por lo que mal podría dejar de aplicarse a los hechos que se le reprochan a [los condenados], más allá de que tampoco se aprecia una inconstitucionalidad palmaria y manifiesta que habilite tal declaración merced al control difuso y oficioso de constitucionalidad de las normas...” (STJRNS2 Se. 179/14 “Muñoz”).

4.7. Imposición de una pena mayor a la solicitada por el Ministerio Público Fiscal:

El señor Fiscal de Cámara solicitó para Eduardo Fabio Laime Alarcón la pena de veintidós (22) años de prisión y la Cámara Primera en lo Criminal de San Carlos de Bariloche ///7. le impone una mayor, de veinticuatro (24) años, lo que motiva el agravio de la defensa. Aclaro, en una temática que no es motivo de cuestionamiento por parte de la acusación, que tal pena es previa a la declaración de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, que se decide en el punto II de la parte dispositiva.

En consecuencia, y en virtud de la prohibición de la reformatio in pejus, me veo impedido de ingresar en dicha temática con efectos resolutivos, pese a la doctrina legal que rige el caso en un sentido opuesto a la inconstitucionalidad mencionada, tal como fue referido por este Cuerpo en el fallo STJRNS2 Se. 53/15, con cita del precedente STJRNS2 Se. 195/12 “Mesa”, que limita la declaración de inconstitucionalidad a la pena de prisión verdaderamente perpetua, es decir, a aquella que sea de por vida, dado que la “... restricción efectiva de la libertad ambulatoria depende de la progresividad del sistema, que incluye entre sus etapas de ejecución egresos al medio libre antes del cumplimiento total de la pena...”.

Aclarado lo anterior, señalo que el señor Juez mencionó la doctrina legal que le permitía superar la pena solicitada por el señor Fiscal de Cámara y sostuvo que se encontraba facultado para seleccionar la pena y la modalidad de ejecución que entendía adecuada.

La temática en tratamiento ha sido abordada recientemente por este Cuerpo en un sentido opuesto al pretendido por la recurrente, por lo que el agravio debe ser desestimado. En este sentido, me remito a lo dicho en el fallo STJRNS2 Se. 50/14 “Canales”, en el que, luego de una seria fundamentación que da respuesta a las objeciones aquí planteadas, se concluyó que “... el Tribunal colegiado no tiene como límite punitivo el requerimiento de pena que formule el acusador, ni se encuentra vinculado al mismo (salvo en el juicio abreviado).

“De igual forma destaco que los arts. 40 y 41 del Código Penal son para la consideración del juzgador, que debe pronunciarse respecto del monto de la pena en

relación con ellos y atento a los límites legales dados por los tipos penales involucrados. Así el Congreso de la Nación determinó en el art. 40 del código sustantivo: '\... Los Tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso...\'.

“Así, una vez sostenida la acusación y solicitada condena, impulso e iniciativa que está en manos de la Fiscalía y la querrela, por la que se excita la jurisdicción, queda el sentenciante con las facultades propias que el código de fondo (arts.40 y 41) y de rito han reservado al tribunal de mérito: resolver -entre otras- las cuestiones de la '\calificación legal que corresponda\' y la '\sanción aplicable\' (art. 374 C.P.P.), con la autorización expresa de poder dar al hecho una calificación jurídica distinta aunque deba aplicar penas más graves (art. 377).

“Este Cuerpo tiene dicho que la interpretación planteada por la parte recurrente significa una restricción indebida del principio iura novit curia y desconoce que los arts. 40 y 41 del código de fondo establecen pautas mensurativas para fijar el quantum de la pena que deben imponer los Tribunales (Se. 72/12 STJRNSP).

“Tal como lo expone Julio B. J. Maier (Derecho Procesal Penal. Parte General, II. '\Sujetos procesales\'', Ed. Del Puerto, 2003, págs. 69/70), citando a Vasalli (La potestad punitiva), el detentador del poder penal del Estado es el Tribunal, y nos recuerda '\... que el poder penal pertenece, en primer lugar, a los tribunales; es, dicho en idioma vulgar, cosa propia de ellos... Es por ello que, a contrario de lo que sucede en materia de Derecho privado y aun en Derecho público, el tribunal penal no resulta estrictamente vinculado a lo propuesto por un actor extraño a él y puede, en la sentencia, mirar al objeto procesal desde puntos de vista jurídicos distintos a los sostenidos durante el procedimiento (tal el supuesto de nuestro. art. 377 del CPP), observar ciertas exigencias formales para no sorprender a la defensa del imputado (vgr.: respeto del principio de congruencia en los hechos reprochados) y, «medir la pena según crea que corresponde, incluso sobre el límite solicitado por el ministerio público fiscal»\'.

“En esta línea de pensamiento, es insoslayable que el agravio articulado se vincula con la valoración de las pautas para la individualización de la pena y su graduación dentro de los límites ofrecidos por las leyes respectivas lo que constituye el ejercicio de una facultad propia de los jueces de la causa (conf. CSJN, Fallos: 237:190 y 423; 255:253; 305:494; 306:1669; 315:807 y 1699, entre otros)”.

5. Decisión:

Revisado de modo integral el fallo en el marco de los agravios deducidos, una mejor

administración de justicia aconseja negar la instancia a los remedios que manifiestamente no pueden prosperar, por ausencia de una crítica concreta y razonada de lo resuelto.

Por los motivos que anteceden, propongo al Acuerdo declarar mal concedido el recurso de casación interpuesto en las presentes actuaciones, con costas, y regular los honorarios profesionales de la letrada interviniente en el 25% de la suma que le fue fijada en la instancia de origen (art. 15 L.A.). ASÍ VOTO.

Los señores Jueces doctores Liliana L. Piccinini y Ricardo A. Apcarian dijeron:
Adherimos al criterio sustentado y a la solución propuesta por el vocal preopinante y VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO.

Los señores Jueces doctores Adriana C. Zaratiegui y Sergio M. Barotto 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 concedido el recurso de casación interpuesto a fs. 1001/1010 vta. de autos por la doctora Andrea Natalia Araya en representación de Eduardo Fabio Laime Alarcón, con costas, y, atento a que ha sido revisada en forma integral, confirmar la Sentencia definitiva N° 54/14 de la Cámara Primera en lo Criminal de San Carlos de Bariloche.

Segundo: Regular los honorarios profesionales de la letrada interviniente en el 25% de lo que le fue fijado por tal concepto en la instancia de origen (art. 15 L.A.).

Tercero: Registrar, notificar y oportunamente devolver los autos.

ANTE MÍ:

Firmantes:

MANSILLA - PICCININI - APCARIAN - ZARATIEGUI (en abstención) -
BAROTTO (en abstención)

ARIZCUREN Secretario STJ

PROTOCOLIZACIÓN:

Tomo: 3

Sentencia: 110

Folios Nº: 449/456

Secretaría Nº: 2