

Número de Orden:_____

Libro de Sentencias nro._____

En la ciudad de Bahía Blanca, a los cinco **días del mes de Julio del año dos mil trece**, reunidos en su Sala de Acuerdos los Señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I-, del Departamento Judicial Bahía Blanca, Doctores **Pablo Hernán Soumoulou y Gustavo Ángel Barbieri (art. 440 del Rito)**, para resolver en la **causa nro. 10.933/I**, caratulada: "**CH., H. M. Y OTRO s/ homicidio en Tres Arroyos**", y practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse este orden: **Barbieri y Soumoulou**, procediendo al estudio de las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Es justa la resolución apelada?

2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I O N

A LA PRIMERA CUESTION EL SR. JUEZ DR. BARBIERI, DIJO: Interponen sendos recursos de apelación, el Sr. Agente Fiscal a cargo de la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio nro. 16 de Tres Arroyos -Dr. Gabriel Iván Lopazzo a 430/437 y vta.- y el Representante del Particular Damnificado -Dr. Mario Montenegro- a fs. 438/439 (quien lo mejora a fs. 454/455) contra la resolución dictada -a fs. 420/423- por el Sr. Juez interinamente a cargo del Órgano de Garantías de la localidad de Tres Arroyos -Dr. Alberto Daniel Gallardo-, por la que se sobreseyó a H. M. Ch. por el delito de homicidio que se le enrostrara -ahora- en carácter de partícipe secundario, al considerar que no existieron elementos de prueba suficientes para dar por acreditada la responsabilidad penal del imputado.

El Sr. Agente Fiscal ha efectuado un extenso recurso, a mi entender con fundamentos parcialmente confusos e inconsistentes. Sintéticamente puede sostenerse que se agravia por considerar que las acciones realizadas por Ch., las que identifica como: provocar reiteradamente a la víctima para pelear, iniciar la pelea

mediante un empujón y un golpe de puño, quedarse en el lugar de los hechos mientras G. agredía a M., y luego retirarse del sitio junto a él, implican que ha prestado una colaboración en el homicidio. Ello sustentaría su complicidad secundaria en el hecho.

En algunos tramos de su recurso, realizando una interpretación de la obra del autor alemán Claus Roxin, **pareciera sostener que la imputación a Ch. se justifica en su complicidad omisiva**, la que se configuraría sólo considerando que no tenía una especial posición de garante (de lo contrario hubiera surgido un deber de evitar el resultado, lo que lo haría autor o coautor). Expresamente refiere "*...éste MPF no dice que Ch. tenía el deber de evitar el resultado, dice que en la omisión típica que está realizando, lo convierte en un aporte porque no ha realizado en esa comunidad lo debido. No puede ser garante pero si partícipe de esto.*"

Sostiene que Ch. resulta cómplice del actuar de G. porque "*...ha evitado dificultar la realización del delito...*" y refuerza su opinión sosteniendo que: "*...La cuestión es que no hizo nada y eso es lo que la gente entiende y ese no hacer nada implica una intervención omisiva desde el punto de vista de dicha teoría...*"

A su entender, "*....no puede sostenerse que Ch. no sabía que G. se pelearía con la víctima... no hay duda de que sabía que era previsible en forma segura la comisión de un hecho delictivo...*"; expresamente destaca: "*...nadie puede negar que Ch. tenía conocimiento de la decisión de cometer el delito de G. cuando se adueñó de la pelea...*" y "*...Ch. tenía que preveer que esto iba a pasar máxime cuando sabía que G. era Boxeador...*", así -según su opinión- Ch. poseía un conocimiento especial que ponía en su cabeza el deber de evitar el resultado.

Concentra su tesis sobre el acontecimiento explicando que Ch. "*...inició la agresión verbal primera, inició la agresión verbal segunda, inició la pelea propiamente dicha mediante empujones y golpe de puño y luego se quedó todo el tiempo en el lugar del hecho mientras G. realizaba la acción agresora y vio lo que pasó, y que hizo después, nada y como no hizo nada, no es lo que le corresponde nada y ese es*

el error que hay que erradicar...". **Esta reconstrucción la realiza varias veces en su escrito, incluso denominando a la acción de Ch. como "boquear".**

Respecto al respaldo normativo de su tesis refiere que *"...la concepción del art. 46 del C.P. es del siglo pasado, no puede seguirse sosteniendo una construcción sobre la base del aporte, de ver en que ayudó a la comisión del delito, perdiendo de vista los aportes funcionales a un sistema de derecho penal, respetuoso de las garantías, pero moderno..."*.

Expresamente el Agente Fiscal manifestó en su libelo *"...Este MPF no dice que H. M. Ch. es autor de homicidio, solo dice que contribuyó a la acción de G., con su presencia, con su intervención y con el alejamiento posterior..."* y que debe responder penal por *"...no hacer lo debido y aquí lo debido era intervenir para evitar la muerte..."*.

Por su parte el Sr. Representante del Particular Damnificado, a fs. 438/439 y a fs. 454/455, se agravia por entender que en autos existirían elementos de convicción suficientes para sostener que los tres ocupantes del rodado se bajaron con la intención de cometer el ilícito; que Ch. prestó colaboración disminuyendo el poder de defensa de la víctima y acrecentando el poder del agresor. Destaca la actitud de M. Ch. de iniciar una pelea "por un qué mirás", propinándole un empujón a la víctima, huyendo luego de la escena del delito sin ayudar al herido. Adhiere, en forma supletoria, a los fundamentos plasmados en su recurso de apelación por el Ministerio Público Fiscal.

Analizados los agravios expresados por los impugnantes y el contenido de la resolución apelada, **considero que corresponde rechazar los recursos** interpuestos y confirmar el decisorio dictado a fs. 430/437.

Principio por destacar que el recurso presentado por el Sr. Agente Fiscal resulta ser confuso y contradictorio. Es confuso porque, amén de lo desorganizado de la exposición, **no ha logrado explicar con claridad cuáles son las razones que permitirían vincular causalmente las acciones que habría realizado**

Ch. con la conducta desplegada por G. y con su resultado, la muerte de M., **tanto en su aspecto objetivo como subjetivo** (arts. 46 y 47 del C.P.). Esto dificulta estimar como plausible una solución como la que propone, la que en ciertos fragmentos no constituye una reconstrucción racional del evento a la luz de criterios de imputación jurídicos, sino un conjunto de frases relativamente inconexas.

Pareciera que recurrir a una teoría extranjera que no posee un amplio apoyo jurisprudencial y doctrinario en nuestro orden jurídico, ha traído como consecuencia para el Sr. Agente Fiscal una dificultad expositiva, al intentar adecuar cada uno de los supuestos fácticos que estimó relevantes, a los elementos conceptuales que conforman la construcción teórica sobre la **complicidad omisiva** que procura se aplique a este caso.

La falta de claridad se vincula, a su vez, con las **diversas contradicciones en las que incurre el impugnante** al justificar su posición. **En algunos tramos sostiene que debe atribuirse al imputado una participación secundaria omisiva** porque no poseía un específico deber de evitación, ni dominio del hecho; y **en otros tramos afirma expresamente que habría que imputar a Ch. el acontecer, al no haber realizado una acción** que -por diversas circunstancias- debía llevar a cabo (vuelve a la omisión impropia).

Sólo a modo de ejemplo transcribo una frase del recurso (a pesar de que pueden encontrarse diversos ejemplos de este tipo): "*...éste MPF no dice que ch. tenía el deber de evitar el resultado, dice que en la omisión típica que está realizando, lo convierte en un aporte porque no ha realizado en esa comunidad lo debido. No puede ser garante pero si partícipe de esto...*".

Debió haber aportado prueba en uno u otro sentido. Pero lo cierto es que sus opciones eran variadas: o imputaba una acción (como hizo en la instrucción en el primer 308); o imputaba una omisión impropia (con deber de garante, lo que dice que no hará); o imputaba una omisión de un deber propio como la del funcionario que tiene obligación de custodia y libera la zona para un robo; pero "el

deber" de Ch. no existe. Lo cierto es que esa **confusión estratégica se advierte al haber efectuado una requisitoria imputando una acción, para luego hacer otra con una omisión (fs. 380/389) previo pedir un sobreseimiento que su propio Superior Jerárquico explicó como impertinente (fs. 392/393).**

Volviendo a la imputación de **complicidad omisiva**, digo que la utilización de una solución dogmática tan particular como la propuesta por el Agente Fiscal -tomando como base la expuesta por Claus Roxín en "Autoría y Dominio del Hecho", Ed. Marcial Pons, 1994, pag. 523/528-, ha complejizado sin dudas la petición. Le ha resultado sumamente dificultoso identificar los casos en los que existiría una omisión (sin deber y sin dominio), y aplicar correctamente los supuestos teóricos al caso concreto; **por lo que -en última instancia- culmina todas sus afirmaciones sobre la necesidad de imputar a Ch. apelando a la existencia de un deber en cabeza del nombrado que no llevó a cabo, a pesar de serle exigido** (siempre se vuelve a la conducta omisiva impropia pese a afirmar que ello no es así y reconocer que no existía posición de garante). Igualmente en caso de acompañar esa petición debería el recurso prosperar resultando entonces Ch. autor o coautor, pero nunca como partícipe secundario.

Creo que la realidad (me refiero a lo fáctico y a los medios de convicción recabados) pone un límite que el Sr. Agente Fiscal no acepta.

Existe -como algo ya dije- **una problemática teórica sobre la imputación con la que se encuentra el acusador**: si existe dominio del hecho por parte de Ch., éste debería responder como autor o coautor, echando mano a la distribución funcional de tareas; y en el caso no existen elementos de convicción suficientes como para sostener razonablemente que Ch. poseía ese dominio, el que estuvo -claramente- en manos de G.. Esto se percibe de la propia reconstrucción que realiza el Sr. Agente Fiscal quien incluso ha descripto que durante el suceso G. "se adueñó" de la pelea. Y por eso pidió ese sobreseimiento que el Superior calificó de erróneo.

También **podría haberle imputado una omisión como parte del mismo plan común**, pero entonces nuevamente sería coautor o partícipe secundario en la medida del aporte; pero **debió acreditar el acuerdo previo y la medida del aporte**, lo que no ocurrió.

Por otro lado, **si hubiera existido para Ch. un deber específico de evitar el resultado**, ya sea por mandato expreso de la ley o porque la situación en la que se encontró hubiera hecho nacer ese deber en su cabeza, pues correspondería –nuevamente y siguiendo un criterio de imputación basado en la omisión impropia- que **respondiera como autor (debería ponerlo como "garante" lo que antes refirió expresamente que no le imputaba la Agencia Fiscal)**.

Lo cierto es que el Ministerio Público no ha logrado acreditar por qué razón podría afirmarse que existía esta acción debida y que Ch. no habría realizado; esta dificultad pareciera haberlo guiado a recurrir a una construcción teórica específica sobre la **posibilidad de que exista una complicidad sin deber y sin domino, como la elaborada por Roxin**.

Ahora bien, no puede pasarse por alto que esa teoría, sumamente específica, no posee un respaldo pacífico en la doctrina ni en la jurisprudencia, ya sea local o extranjera. Por el contrario, hago notar que es "ese" mismo autor quien, en la obra citada, expresamente reconoce que *"...la doctrina absolutamente dominante entiende que la omisión sin deber de evitar el resultado en todo caso es impune..."* (ob cit. pag 523).

Más allá de las objeciones expositivas y teóricas que me merece el recurso interpuesto, las afirmaciones sobre los hechos que entiende habrían sucedido y sobre la vinculación entre las acciones de Ch. y el resultado lesivo, sobre los que procura justificar su participación como cómplice secundario, **no poseen respaldo en ningún elemento de convicción obrante en la investigación**.

El Fiscal ha sostenido que Ch. **poseía un conocimiento especial que generaba en el caso particular un deber de actuar interrumpiendo**

el curso causal dañoso que se estaba llevando a cabo, o que iba a desarrollarse. Sin embargo, esa parte no ha aportado a la investigación -siendo su deber, atento poseer el monopolio de la acción penal, de la investigación y teniendo a su cargo la iniciativa probatoria, todo por expresa imposición legal- **ningún elemento de convicción del que pueda extraerse (con el grado de probabilidad que la instancia requiere) que Ch. supiera**, previo a que ocurriera el hecho, **que G. tenía un arma blanca o que era su intención quitarle la vida a la víctima**.

Más bien, existen **diversos elementos que permitirían concluir lo contrario**: tanto lo **declarado por Ch. a fs. 75/79**, como lo **expuesto por N. a fs. 28/30** (quien tampoco sabía de esas circunstancias); ambos relatos brindan una versión sólida de cómo habrían ocurrido los hechos, en tanto han sido consistentes entre sí y coherentes con la forma en que se habría desarrollado la agresión de G. hacia la víctima, de acuerdo a la **versión brindada por M. (fs. 9/10)** y a lo que puede **observarse en el video agregado a la causa**.

Pero he aquí lo determinante; esa opinión que vierto lo hago no por ser mi íntima convicción, sino porque **no tengo otros elementos que me permitan demostrar lo contrario**. En el mismo sentido ha valorado por el Dr. Rafael Oleaga (al no hacer lugar a la prisión preventiva solicitada contra Ch.), por el Dr. Gallardo (al hacer lugar al sobreseimiento) y por mi propia parte y por el Dr. Pablo Soumoulou (al rechazar la requisitoria contra Ch. y reenviar a la instrucción).

Hago notar que la carencia de elementos que acrediten ese conocimiento especial se percibe en la misma argumentación utilizada por el recurrente, quien por momentos sostiene que la participación de Ch. **-en la discusión con la víctima y su protagonismo en esa reyerta- es un aporte causalmente relevante** en la muerte de M., tanto en su aspecto objetivo como subjetivo; y -en otros tramos- **intenta sostener que la omisión de dificultar el ilícito configuraría el nexo de imputación entre el aquí imputado y el suceso**.

Nótese que al afirmar el conocimiento que -en versión del

impugnante- habría tenido Ch. sobre cómo iban a sucederse los hechos y cuál iba a ser el accionar de G., recurre a afirmaciones dogmáticas sin identificar ningún medio de convicción del que pueda razonablemente extraerse esa conclusión. Así expresa "...*nadie puede negar que Ch. tenía conocimiento de la decisión de cometer el delito de G....*" (fs. 434) o "...*lo que no está permitido y es previsible para los integrantes de ese grupo, es la muerte...*" o "...*Ch. tenía que prever que esto iba a pasar, máxime cuando sabía que G. era boxeador y entonces no puede decirse que no sabía nada de lo que iba a pasar...*".

Ninguna de estas afirmaciones posee correlato en algún elemento de convicción de la investigación (y todo pese al primigenio rechazo efectuado por este Cuerpo).

Lo que soslaya el Sr. Agente Fiscal es que -tal vez- en el contexto en que se produjo el hecho, Ch. pudo prever que entre él y la víctima, y -como hipótesis de máxima- alguno de los acompañantes se produjera una pelea o un intercambio de golpes; sin embargo ese supuesto no permite afirmar que Ch. tuvo conocimiento que G. portara un arma blanca, ni de su determinación a utilizarla, ni de su voluntad de terminar con la vida de M.. Esos extremos debieron haber sido acreditados por el Sr. Agente Fiscal (con pruebas directas y/o presunciones) y no ha ocurrido, por lo que no puede considerarse acreditado el "conocimiento especial" que pretende atribuirle.

Como consecuencia de lo expuesto, entiendo que la reconstrucción fáctica que efectúa el Sr. Agente Fiscal y los nexos de imputación en los que pretende fundar la responsabilidad de Ch., no conforman una respuesta plausible y razonable sobre como habrían ocurrido los sucesos y sobre la responsabilidad penal. Su justificación **no permite entender en qué forma puede considerarse que Ch. ha prestado colaboración (causal pero no esencial; activa u omisiva) a G. en su agresión contra M.**, a la luz de una sana crítica racional y con fundamento en los elementos de convicción colectados en esta I.P.P.

La carencia de respaldo probatorio en la que

sostengo el rechazo de los agravios planteados por el Sr. Agente Fiscal, **es también la razón por la que -entiendo- debe correr esa misma suerte** el recurso presentado por el **representante del Particular Damnificado**.

Este último pretende en su impugnación, que la participación de Ch. -y también de N.- en el suceso sea comprendida como la acción conjunta de tres personas que desde el momento en que bajaron del automóvil realizaron acciones guiadas por la finalidad de terminar con la vida de M., y que esa era la intención de los tres ocupantes del rodado. Incluso sostiene, excediendo la -nueva- imputación formulada por el Ministerio Público Fiscal, que Ch. habría disminuido el poder de defensa de M. y aumentado el de agresividad de G.; interpretación fáctica que fue expresamente descartada no sólo por los Órganos de Garantías, sino también por esta Sala -a fs. 330/340-, resolutorio que habría motivado la variación en la acusación del Fiscal de complicidad primaria a secundaria (con fundamento en la importancia o necesidad de su aporte).

Es que la versión que propone el representante del Particular Damnificado no posee apoyo en los elementos de convicción reunidos en la investigación; esa hipótesis no sólo no concuerda con el relato brindado por M., sino que tampoco podría considerarse que posea correspondencia con la forma en la que habrían acaecido los sucesos, de acuerdo a lo que se puede observar en el video incorporado. La falta de respaldo probatorio de los agravios expuestos por el Dr. Montenegro fundan su rechazo, **resultando una mera divergencia de valoración probatoria con la que realizara el órgano A Quo**.

En ese sentido, considero que **en autos no se han incorporado nuevos medios de convicción que puedan hacer variar la interpretación que sostuve al decidir sobre la situación procesal de Ch.**, y cuando se le enrostraba ser cómplice primario. No se ha aportado ningún dato que permita variar la versión de los hechos que tuve por acreditada en esa oportunidad, con base a lo que surge de las declaraciones testimoniales de N. y M., de lo declarado por el propio

encartado, y del video agregado a la causa.

Es más, la nueva declaración testimonial prestada por M. que luce a fs. 361/365, ahora en sede del Ministerio Público Fiscal, reafirma la posición que adopté oportunamente sobre la falta de participación de Ch. en la agresión que culmina con la muerte de M.. Expresamente M. al describir el hecho relata que el que agredió físicamente a la víctima es G., al que identifica como "el de buzo celeste", quien se habría adueñado de la pelea.

En su testimonio no aporta ningún nuevo dato que pueda apuntalar la hipótesis de que Ch. habría colaborado de alguna manera con G., o que supiera y avalara los planes homicidas del agresor, sino que **brinda una descripción completamente concordante con lo que surge de los elementos que ya obraban agregados a esta causa** -que fueran extensamente valorados por esta Sala- y con la interpretación que a partir de ellos ha efectuado el Juez de primera instancia.

De los testimonios y del video captado por la cámara de seguridad, no podría considerarse razonablemente acreditado que Ch. haya efectuando algún aporte relevante en el resultado dañoso. Incluso podría sostenerse que ha tomado una actitud "de nula colaboración" con G. al momento de iniciarse la pelea, ya que ni siquiera lo siguió en su acción, pudiendo observarse cómo se retira hacia el automóvil de N. y se sube por el lado del acompañante al iniciarse la trifulca.

Como corolario de lo expuesto, entiendo que nos encontramos ante un supuesto encuadrable en la **causal de sobreseimiento normada en el inc. 6to. de art. 323 del Rito (pues tampoco puedo aseverar que exista certeza negativa sobre el accionar de Ch.)**. Esa normativa y su aplicación una vez culminada la investigación y cuando ya no existe más plazo a esos fines, genera para el sistema el beneficio de evitar la elevación a juicio de investigaciones donde no se ha logrado el grado de conocimiento suficiente, y para el imputado el beneficio de obtener en un plazo razonable un pronunciamiento (art. 8.1 de C.A.D.H., 14.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires),

respetando su derecho a peticionar el sobreseimiento en "esta etapa", ya que el propio legislador lo considera excepcional una vez elevadas las actuaciones tal la normativa del art. 341 del Rito.

La situación procesal de Ch. se corresponde -prima facie- con lo dispuesto en ese inciso 6to, donde expresamente se prescribe esta falta de probabilidad positiva -contracara del art. 157- como uno de los requisitos necesarios para sobreseer.

El inciso establece otros dos requisitos que deben cumplirse para que se pueda producir la consecuencia conclusiva allí establecida; el primero plenamente objetivo- es que los **plazos de la I.P.P. se encuentren vencidos, circunstancia que se da en esta causa**, ya que entre la fecha en que se llevó cabo la declaración del imputado en los términos del art. 308 del C.P.P. y la requisitoria de elevación a juicio han transcurrido el establecido en el art. 282 del Código de Rito.

El otro, es que **no fuese razonable objetivamente prever la incorporación de nuevos elementos de cargo**; y en ese sentido debe destacarse que no existe en autos ningún elemento aportado por el Ministerio Público Fiscal que permita considerar -con base objetiva en las constancias de la causa- a la luz de la sana crítica racional, que en un futuro pudiera ello acaecer.

En virtud de los argumentos desarrollados corresponde rechazar la apelación deducida y mantener el sobreseimiento del nombrado (art. 323 inc. 6to. del C.P.P.).

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: Por los mismos fundamentos que el señor Juez doctor **Barbieri**, voto en igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO: Atento el resultado alcanzado al tratar la cuestión anterior, corresponde rechazar los recursos de apelación interpuestos por el señor Agente Fiscal, doctor Gabriel Lopazo, a fs. 430/437 y vta. y por el Representante del Particular Damnificado -Dr. Mario Montenegro- a fs.

438/439 (quien lo mejora a fs. 454/455) y **confirmar** la resolución apelada de fs. 420/423, que sobreseyó totalmente H. M. Ch., por el delito de homicidio que se le enrostrara -ahora- en carácter de partícipe secundario (arts. 46 y 47 del C.P. y 323 inc. 6, 334 a 337 y ccdds., 421, 434, 435, 442 y ccdds. del Código Procesal Penal).

A LA MISMA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: Por los mismos fundamentos que el señor Juez doctor **Barbieri**, voto en igual sentido.

Con lo que terminó este acuerdo que firman los señores Jueces nombrados.

RESOLUCION

Bahía Blanca, julio 5 de 2013.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto:

Que es justa la resolución apelada (fs. 420/423; arts. 46 y 47 del C.P. y 323 inc 6, 334 a 337 y ccdds., 421, 434, 435, 442 y ccdds. del Código Procesal Penal).

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede; **SE RESUELVE: rechazar los recursos de apelación interpuestos** por el señor Agente Fiscal, doctor Gabriel Lopazo, a fs. 430/437 y vta. y por el Representante del Particular Damnificado -Dr. Mario Montenegro- a fs. 438/439 (quien lo mejora a fs. 454/455) y **CONFIRMAR la resolución apelada de fs. 420/423**, que sobreseyó totalmente H. M. Ch., por el delito de homicidio que se le enrostrara en carácter de partícipe secundario (arts. 79, 46 y 47 del C.P. y 323 inc. 6, 334 a 337 y ccdds., 421, 434, 435, 440, 442 y ccdds. del Código Procesal Penal).

Notificar. Fecho, devolver al Juzgado de Garantías interviniente.