

Registro Nro.: 24/13

///la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los **14** días del mes de febrero de dos mil trece, se reúnen los miembros de la Sala Segunda de la Cámara Federal de Casación Penal, Dr. Alejandro W. Slokar, y Dras. Ana María Figueroa y Angela Ester Ledesma, bajo la presidencia del primero de los nombrados, asistidos por la Secretaria de Cámara, Dra. María Jimena Monsalve, con el objeto de dictar sentencia en la **causa n° 15678** caratulada "**Pantano, Sebastián Miguel s/recurso de casación**", con la intervención del Fiscal General ante esta Cámara, Dr. Javier Augusto De Luca, de los Dres. Daniel Enrique Borojovich y Augusto Popusa Bogado por la querrela, y del Defensor Público ad hoc en esta instancia, Dr. Nicolás Ramayón, por la asistencia técnica de Sebastián Miguel Pantano.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan sus votos, resultó que debía observarse el orden siguiente: Ledesma, Slokar y Figueroa.

La señora juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

I

El Tribunal Oral en lo Criminal n° 28 de esta ciudad, resolvió por mayoría "**I.- CONDENAR A SEBASTIÁN MIGUEL PANTANO...a la pena de PRISIÓN PERPETUA, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS, por considerarlo autor material penalmente responsable del delito de robo con arma de fuego en concurso real con portación de arma de guerra sin la debida autorización legal en concurso real con el delito de homicidio criminis causa (artículos 12, 29 inciso 3°, 45, 55, 80 inciso 7°, 166 inciso 2°, último párrafo y 189 bis punto 2), 4° párrafo del Código Penal).**" (fs. 919/919 vta. y 921/956 vta.).

Contra este decisorio, el Defensor Público, Dr. Gustavo Alberto Ferrari, interpuso recurso de casación -fs. 965/1011-, el que fue concedido a fs. 1015/1016 vta., y mantenido a fs. 1025.

II

El impugnante, bajo la invocación de las causales previstas en ambos incisos del art. 456 del código adjetivo, introduce los siguientes agravios.

a) En primer lugar, afirma que la sentencia en pugna es arbitraria, en lo que hace a la acreditación del aspecto subjetivo del tipo penal asignado a su asistido (art. 80 inc. 7 del C.P.), dado que a su ver, de los elementos de convicción producidos en el debate público, no es posible colegir el dolo homicida que exige dicha figura legal, sino que se presenta un amplio margen de duda, en los términos estipulados en el art. 3° del código adjetivo.

Añade que el tribunal intenta fundar la existencia de dolo homicida "en las siguientes circunstancias: 1) utilización de un arma de fuego cargada para la perpetración del robo, 2) golpe en la cabeza de Agrest previo al disparo que produce la muerte, 3) dominio del arma por parte de Pantano y no haber desistido de su accionar luego del primer disparo contra el piso."

Al respecto, asevera que "la decisión de matar no puede deducirse del mero uso de medios susceptibles de provocar el resultado muerte sino del contexto y de las especiales circunstancias que rodearon al suceso investigado, en particular de los dichos de [Sebastián Miguel Pantano] quien, desde el inicio del proceso, reconoció la materialidad del robo pero explicó que la muerte de Agrest no fue querida sino accidental."

Agrega que en la sentencia se "afirma de manera dogmática que el resultado muerte no le resultó sorpresivo a Pantano pues utilizó para perpetrar el robo un arma de fuego cargada...", sin embargo, continúa, la circunstancia de haber dejado abandonados en el lugar del hecho, varios elementos incriminantes, dan la pauta de lo inesperado de la situación generada, ante la reacción de la víctima y la falta de premeditación en el uso del arma, con la finalidad que le atribuye el tribunal.

En relación al golpe que habría sufrido el aludido Agrest en la cabeza, sostiene que "la circunstancia de que el golpe haya sido vital, es decir producido antes de la muerte...no importa per se que se haya demostrado fehacientemente que fue efectuado dolosamente por Pantano...ni tampoco que haya generado con anterioridad al segundo disparo pues es científicamente posible...que dicho golpe se produjera luego del segundo disparo pero antes del fallecimiento de Agrest, lo que desvirtúa...el fundamento de los sentenciantes para afirmar el dolo homicida."

Asimismo, señala que no se encuentra controvertido que los disparos se produjeron "en el contexto del forcejeo entre Pantano y Agrest, que comenzó en la habitación de los padres Agosta y se trasladó al baño de dicha habitación...el primer disparo impactó en el piso del baño -y 5 segundos después aproximadamente- se disparó el segundo en el brazo izquierdo de la víctima, el que culminó con su muerte."

Aduna que "los Sres. jueces dan por probado el dolo directo de matar en la actitud de Pantano de no haber desistido de su accionar luego de efectuarse el primer disparo contra el piso pues entendieron que el dominio del arma se encontraba en su poder...", "olvidando que toda lucha siempre se conforma por lo menos por dos personas, motivo por el cual no es razonable exigir el desistimiento de un forcejeo del cual también participaba Agrest..."; por ende, asegura que "no es lógico

descartar la hipótesis del disparo accidental, fundamentado en el deber de Pantano de desistir de un acontecimiento -forcejeo- que se produjo como consecuencia de la reacción propia de una persona atemorizada y víctima de un robo."

Sostiene además, que no se secuestró el arma empleada en el suceso, por lo que no fue posible determinar su correcto funcionamiento, que el único disparo en el cuerpo de la víctima se ubicó en una zona no vital, y que "la autopsia advirtió sobre el brazo del occiso una marca -lesión por contacto- que se denomina "signo de Puppet"...que dicha marca se produce por la corredera del arma cuando se desplaza de atrás hacia adelante.", significando ello que "estaba cargada con más proyectiles en su recámara, de lo contrario...la corredera cuando se desplaza hacia atrás queda trabada por el cargador vacío y no recupera su posición inicial, lo que no hubiera generado dejar lesión."

Cierra el punto, afirmando que ante tal cuadro de situación, se debe colegir que no se verifica la existencia del dolo de homicidio, sino que se trató de un disparo accidental producto del forcejeo, y que el criterio de los jueces que conformaron la mayoría del tribunal, afecta el principio lógico de razón suficiente.

Solicita que se "declare la nulidad de la sentencia...y se remita el proceso a otro tribunal para que se resuelva conforme a derecho (art. 471 CPPN)."

b) En segundo lugar, y en forma subsidiaria, requiere a este Tribunal que se case el fallo en cuestión, y "se califique el hecho probado en orden al delito de robo con armas de fuego en concurso ideal con portación de arma de guerra en concurso real con homicidio culposo (arts. 54, 84, 166 inc 2°, 189 inc. 2°, 4to. párrafo del CP)."

Aclara que debido a que "la muerte de Agrest no fue querida por [su asistido] no corresponde subsumir su conducta en la figura prevista en el art. 165 del Código Penal pues [adhiera] a la tesis que sostiene que en dicha norma sólo se encuentran incluidos los homicidios dolosos que no reúnen las condiciones del art. 80 inc. 7° del CP."

En síntesis, entiende que "existió un homicidio culposo por negligencia...dado que violó el deber mínimo de cuidado...al manipular un arma de fuego sin adoptar los recaudos de seguridad mínimos...", por lo que postula el cambio de calificación en los términos indicados, y la imposición de "una pena que no supere los 8 años de prisión."

c) En tercer lugar, arguye que el tribunal aplicó erróneamente el art. 55 del código sustantivo, dado que a su ver, entre los delitos de robo agravado por su comisión mediante el empleo de un arma de fuego y el de portación de arma de guerra sin la debida autorización legal, existe un concurso ideal.

Sobre el particular, argumenta que "no se acreditó

detentación previa ni posterior...", y que los sentenciantes dan por ciertos tales extremos, porque el encartado *"ingresó solo a la vivienda, y...porque huyó con el arma en su poder..."*, pero lo cierto es que no se sabe *"quién llevó el arma al lugar del hecho..."*, como así también *"se desconoce cuándo Pantano se deshizo del arma, pudo bien haber dejado de portarla apenas traspasó la puerta de la vivienda..."*.

Por ello, pide que se case la sentencia examinada, y que se modifique la relación concursal entre dichas figuras legales, conforme el temperamento señalado.

d) En cuarto lugar, y en forma subsidiaria, alega que si se considera que el sindicado Pantano obró con dolo, no se constató *"la ultraintención que requiere el tipo penal previsto en el art. 80 inc. 7º del Código Penal..."*; por lo tanto, sostiene que el voto que conformó la mayoría del tribunal, es arbitrario.

Manifiesta que *"correspondía subsumir el hecho imputado en la figura de robo agravado por homicidio conforme al art. 165 del Código Penal, tal como lo entendió en su voto en disidencia el Dr. Luis Márquez, por estricta aplicación al principio de inocencia..."*.

Añade que el voto de la mayoría transgrede las leyes de la lógica, toda vez que no puede sostenerse que el enjuiciado Pantano mató para procurar la impunidad, cuando se comprobó que al huir velozmente del lugar, dejó *"abandonados los elementos personales que luego se utilizaron para lograr su individualización y por ende su detención..."*, y que *"Si realmente hubiera estado en la psiquis de [Pantano] matar a Agrest para lograr escapar de la escena del delito y así procurar la impunidad, claramente otro debió haber sido su designio y estrategia..."*.

Señala que *"la inesperada resistencia opuesta por Ezequiel Agrest fue la desencadenante de un cambio en el curso causal de los acontecimientos, que desvió el destino originario de los mismos y transformó lo que era un hecho de robo con armas, en una tragedia inesperada y no deseada..."*, y que *"La sentencia tuvo por probada la existencia de un forcejeo entre Pantano y Agrest y que en ese contexto se produjo el disparo y la posterior muerte. La existencia de dicho forcejeo producido por la reacción de Agrest contra Pantano por el dominio del arma permite afirmar que el disparo -si se descarta la accidentalidad- no haya sido reflexivo sino producto de la confusión propia de la lucha por el arma..."*.

Agrega que *"si la intención de Pantano hubiera sido causar la muerte de Agrest para lograr escapar y así poder lograr su impunidad, queda sin explicar en el razonamiento de la mayoría de los sentenciantes, qué papel jugaban los hermanos Agosta en el plan de Pantano pues claramente conocía que en la escena del hecho estaban presentes más personas además de Agrest..."*, y que conforme surge del contenido de las escuchas

telefónicas transcriptas a fs. 22, Pantano le dijo a su madre que nunca fue su intención matar al susodicho Agrest.

Adiciona que "ninguno de los acusadores pudo demostrar que Pantano haya actuado -al momento de disparar contra Ezequiel Agrest y causar su muerte- bajo alguna de las variantes de la conexión psicológica requeridas entre el homicidio y el robo, menos aún se encuentra probado que [Pantano] causó la muerte de Agrest para huir del lugar y procurar su impunidad."

Finaliza el presente agravio, aseverando que no corresponde "la posible aplicación de la agravante prevista en el art. 41 bis del Código Penal, para el delito de homicidio en ocasión de robo (art. 165 del Código Penal) propuesta por el voto minoritario...", dado que "al ser ese tipo penal una forma agravada de otras modalidades del delito de robo, a las que desplaza por especialidad, no puede ser alegada, cuando una de las calificaciones dejadas de lado expresamente incluía el uso de armas de fuego (...art. 166, inc. 2° del Código Penal)."

En atención a lo expuesto, solicita que "se case la sentencia recurrida, se califique el hecho probado en orden al delito de homicidio en ocasión de robo y se imponga...una pena que no supere los 11 años de prisión...(arts. 45 y 165 del CP)."

e) Por último, plantea "la inconstitucionalidad del art. 80, inciso 7° del Código Penal, en conjunto con lo dispuesto en el art. 14 del mismo cuerpo legal (en la oración agregada por ley 25.892) y el art. 56 bis de la ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad (agregado por ley 25.948).", argumentando que "la pena de prisión perpetua impuesta en esta causa...no puede ser graduada para respetar el principio de proporcionalidad, no admite ni libertad condicional, ni salidas transitorias u otros beneficios fijados para la ejecución de las penas restrictivas de la libertad personal."

Al respecto, afirma que la pena impuesta a su defendido, colisiona con la prohibición constitucional de toda especie de tormento, tratos crueles, inhumanos o degradantes, y violenta la garantía de igualdad, máxime teniéndose en cuenta que "fue aplicada a un joven de 25 años, cuya personalidad aún está en formación...", transformándolo "en un ser ajeno a la vida en sociedad, y lo confina a verse privado de cualquier proyecto que no le fuera impuesto por el Estado."

Culmina la actual crítica, asegurando que la lesión a la referida garantía, está dada "por establecer que una determinada categoría de autores de delitos quedan privados de su derecho a la libertad condicional."

Cita profusa doctrina en aval de sus afirmaciones y formula expresa reserva del caso federal.

III

a) En el término de oficina, se presenta el Fiscal

General Dr. Javier Augusto De Luca, a los fines dispuestos en el art. 466 del código adjetivo, quien señala en esencia, que *"la materialidad del hecho y la autoría del imputado no forman parte de los agravios de la defensa, sino que la crítica, básicamente, se dirige al encuadre jurídico que seleccionó el tribunal, conforme la valoración de la prueba que realizó."*

Afirma que *"la sentencia se edifica...sobre los testimonios de los hermanos Agosta, la vecina de estos, Marta Elizabeth Galasso, la partida de defunción, la autopsia practicada por la Morgue Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el informe realizado por el médico legista Dr. José Muhamada e informes de intervenciones telefónicas."*; todo lo cual, desde su óptica, ha sido adecuadamente ponderado por el tribunal de juicio.

Sostiene que *"Pantano se valió de la pistola en todo momento para amedrentar y amenazar a las víctimas, diciéndoles que los mataría si no hacía lo que les decía."*, y que *"la intención de la víctima era reducir la capacidad agresiva que Pantano tenía con un arma de fuego bajo su dominio. No hay nada que haga pensar o inferir que Agrest, de haber tenido el arma en su poder hubiese atentado contra la vida de Pantano..."*.

A su entender, la circunstancia de haber olvidado sus propias pertenencias en la escena del crimen, no *"desvirtúa el dolo exigido por el art. 80, inc. 7."* Agrega que el imputado podría haber escapado, pero optó por recuperar el arma, y disparar en dos oportunidades, huyendo con el dinero robado; y que de acuerdo a los informes médicos valorados por el tribunal, el nombrado Agrest recibió un fuerte golpe en la cabeza antes de morir, lo que llevó a los magistrados a deducir que el agresor se colocó en una situación de superioridad sobre la víctima, de ahí *"que el disparo fuera de arriba hacia abajo."*

Además, considera que *"si el homicidio es el resultado "accidental", imputable a título culposo o preterintencional, del robo (no caso fortuito) debe encuadrarse en el art. 165 del CP; mientras que el homicidio es criminis causae (art. 80 inc. 7º ibídem) si la muerte es para (medio de): preparar, facilitar, consumir, ocultar otro delito o de asegurar el resultado o la impunidad o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito, es decir si existe conexión ideológica entre el homicidio y otro delito; no es necesaria la premeditación, siendo suficiente el dolo eventual."*

Por otro lado, asevera que *"La portación del arma de fuego no sólo antecedió al momento en que se tuvo por iniciado el robo, sino que se extendió hasta el momento en que el imputado escapó, pues no fue encontrada en la casa por lo que hasta al menos salir de allí, tenía el arma consigo."*

Culmina su escrito, indicando que la pena de prisión perpetua contraría nuestro ordenamiento constitucional, y que

"la disposición del art. 14 del C.P., reformado por la ley 25.892 (2004) que impide la libertad condicional a los condenados por el delito del art. 80 inc. 7 C.P., como así también el beneficio del art. 56 bis de la ley 24.660, para los condenados por el delito de mención, entre otros.", "violan el principio de igualdad en tanto a otros condenados a prisión perpetua inclusive, pero por otros incisos del mismo artículo 80, a la que se le depara igual pena, estas otras disposiciones le deparan consecuencias diferentes. Además se contraponen al principio de resocialización".

En síntesis, postula el rechazo del recurso de casación incoado por la defensa -fs. 1029/1034 vta.-.

b) En la misma ocasión procesal, el Dr. Nicolás Ramayón, hace suyas las críticas y peticiones introducidas por el Dr. Ferrari, manifestando que no se han incorporado elementos de juicio que acrediten con certeza, que la intención del encartado Pantano haya sido causar la muerte del aludido Agrest, debiendo tenerse en consideración que el disparo, no fue dirigido a una zona vital del cuerpo.

Añade que *"si bien...se trató de un homicidio imprudente, aun cuando hipotéticamente se considerara que fue doloso, lo cierto es que no se encuentra acreditado el nexo subjetivo especial que requiere la figura del inciso 7° del art. 80 del C.P., por lo que en el peor de los casos, la conducta debe ser subsumida en el art. 165 del citado ordenamiento sustantivo."*; y que en este supuesto, no corresponde la aplicación del art. 41 bis del C.P., dado que la razón de ser de tal figura agravada, se basa en la peligrosidad que genera la utilización de un arma de fuego, *"pero ese riesgo en el caso de un homicidio en ocasión de robo -cuando es producido por un arma de fuego- debe considerarse ínsito en su tipicidad objetiva, por lo que no corresponde de ninguna manera esa punición adicional."*

Asimismo, arguye que el voto que conformó la mayoría, evaluó como parámetro agravante de la sanción los antecedentes penales que registra su asistido, contraviniendo *"al principio de ne bis in ídem, como así también al principio de culpabilidad y de derecho penal de acto."*, y que el voto en disidencia ponderó la "osadía" y la "firmeza" en el accionar desplegado por el encartado, aspectos éstos que *"no constituyen parámetros legalmente establecidos por el art. 41 del C.P., por lo que se ha vulnerado el principio de legalidad (art. 18 C.N.), como así también el ámbito de reserva personal (art. 19 C.N.) en razón de que se trata de caracteres que pertenecerían a la personalidad y forma de ser del autor del hecho, ajenos a la ponderación de los magistrados."*

Cierra el punto, asegurando que se desechó indebidamente, como parámetro de dosificación atenuante de la sanción, el arrepentimiento manifestado por el inculpado, y que desde su óptica corresponde imponer el mínimo de la escala

penal "ya sea se aplique...(robo calificado por el uso de arma de fuego en concurso real con homicidio imprudente en concurso ideal con el delito de portación ilegítima de arma de guerra) o la calificación subsidiaria (homicidio en ocasión de robo).".

Finalmente, alega que "en caso de no hacerse lugar a los planteos precedentes, debe declararse la inconstitucionalidad del artículo 80, inc. 7° del Código Penal en cuanto establece la pena de prisión perpetua, la que conforme la exclusión explícita del derecho a la libertad condicional establecida en el art. 14 del mismo cuerpo legal, la torna en una sanción cruel e inhumana." -fs. 1035/1042 vta.-.

c) A fs. 1044/1050, se presenta el Dr. Borojovich quien en substancia, afirma que la resolución impugnada "cuenta, en lo referido a la materialidad de los hechos, a la actuación que le cupo al imputado y al dolo con que el mismo actuó al dar muerte a Ezequiel Agrest, con fundamentos suficientes, mínimos, adecuados, serios, y bastantes que obstan su descalificación como acto jurisdiccional válido.", y que "Tampoco existió una errónea aplicación de los arts. 55 y 80 inc. 7 del C.P., pues los señores jueces brindaron las razones por las que entendían que el hecho debía calificarse como robo agravado por haberse cometido con armas de fuego en concurso real con portación ilegítima de arma de guerra en concurso real con homicidio criminis causa.".

Por último, estima que los preceptos contenidos en los arts. 14 y 80 del C.P., y 56 bis de la ley 24.660, no contrarían nuestra Carta Magna. En consecuencia, solicita que se rechace el recurso de casación incoado por la defensa.

d) A fs. 1055/1055 vta. obra un escrito presentado *in pauperis* por el encartado Pantano, en el que manifiesta que ha sido padre de una beba de ocho meses, que asume su responsabilidad, y que nunca quiso que pase lo ocurrido. A fs. 1062, la defensa requiere que al momento de resolver, se tenga en consideración lo expresado por el nombrado, y que se imponga una sanción que no exceda el mínimo legal correspondiente.

e) En la etapa prevista en el art. 468 del código de forma (4 de diciembre de 2012, conforme constancia de fs. 1061), la querella presenta la breve nota que luce a fs. 1060/1060 vta., en la que se remite a todo lo dicho a fs. 1044/1050.

En este contexto, la causa queda en condiciones de ser resuelta.

IV

Adelanto que el recurso en examen, debería tener favorable acogida parcial, con los alcances y por los motivos que seguidamente se expondrán.

a) En principio, y para una más adecuada comprensión del caso traído a estudio del tribunal, es oportuno recordar que en la sentencia objetada, se tuvo por probado que "el día 8 de julio de 2011, alrededor de las 17.30, en circunstancias en

que Lucía Inés Agosta y Ezequiel Agrest se encontraban trasladando insumos cinematográficos del vehículo Volkswagen Golf, dominio ADM 242 que pertenecía a este último, hacia el interior del garaje del inmueble de la calle Bertrés 583 de esta ciudad -domicilio de la primera-, se acercó a ellos Sebastián Miguel Pantano. Fue así que Pantano, desde la vereda, les preguntó si efectivamente estaban sobre la calle Bertrés, y luego de haber obtenido la respuesta pertinente y en circunstancias en que Lucía Agosta intentaba cerrar la puerta del garaje de la vivienda, el imputado extrajo una pistola calibre 45 y apuntándolos, los obligó a ingresar al inmueble, reclamándole a Agosta la entrega de las llaves del inmueble y a Agrest, las del auto.-

Luego de preguntarles acerca de la presencia de otras personas en la casa, los conminó a subir por las escaleras hasta el primer piso y le ordenó a la mujer que despertara a su hermano, Andrés Agosta, quien se encontraba durmiendo la siesta en su habitación. Luego de ello, los cuatro se dirigieron al cuarto de Lucía, donde Pantano se apoderó de la suma de alrededor de cien dólares (U\$ 100) y trescientos pesos (\$ 300) que la nombrada tenía en el cajón de su mesa de luz. Acto seguido se trasladaron al dormitorio principal, donde luego de pedirle corbatas a Lucía, Pantano hizo que los tres se acostaran en el suelo y comenzó atando a Andrés. En ese momento, Ezequiel Agrest se incorporó repentinamente y empujándolo con un hombro, hizo que el arma cayera al piso, trabándose ambos en un forcejeo para capturar la pistola, que tomaron al mismo tiempo, desplazándose, aún durante la lucha, hacia el baño en suite de la habitación.-

Fue así que ambos hermanos aprovecharon para salir corriendo por el pasillo de la habitación, hacia la escalera y finalmente hacia la calle, mientras que dentro del baño, Pantano disparó el arma en dos oportunidades. En la primera, el proyectil impactó en el piso del baño y en la segunda, en el cuerpo de Agrest, más precisamente en el tercer espacio intercostal izquierdo, lesionando lóbulo superior del pulmón izquierdo, pericardio y cara lateral del ventrículo izquierdo (provocando un hemopleura de 1500 cm³ de sangre); el cartucho salió del corazón por la parte inferior del ventrículo izquierdo, lesionó el hemi diafragma izquierdo, el borde del lóbulo hepático izquierdo y el estómago; perforó asas intestinales, y se alojó entre la vejiga y el recto -espacio retrovesical derecho-, causando, en definitiva la muerte de Ezequiel Agrest por hemorragia interna y externa. El disparo registró una trayectoria de izquierda a derecha, de arriba hacia abajo y ligeramente de adelante hacia atrás.-

Inmediatamente después del segundo disparo, Pantano se retiró corriendo del escenario, en poder del dinero mencionado y del arma en cuestión. Posteriormente personal

policial que se hizo cargo del procedimiento secuestró en el baño: un bolso que contenía, entre otras cosas, un curriculum vitae, con una fotocopia de su Documento Nacional de Identidad, un teléfono celular y anteojos de lectura.-" (conf fs. 939 vta./940 vta.).

b) En segundo lugar, e ingresando al tratamiento de los agravios incorporados por la defensa, cabe destacar en principio, que la ocurrencia del suceso juzgado y la actuación que le cupo al encartado Pantano no se encuentran controvertidos; sin que se advierta además en la resolución de tales aspectos, la existencia de algún supuesto de arbitrariedad que amerite la descalificación de lo decidido como acto jurisdiccional válido (arts. 123 y 404 inc. 2° del C.P.P.N.).

El recurrente cuestiona la calificación jurídica asignada por el tribunal, a la conducta desplegada por el nombrado Pantano, sustancialmente considera que no se encuentra acreditado con el grado de certeza necesario exigido a todo veredicto de condena, el aspecto subjetivo del tipo penal contenido en el art. 80 inc. 7° del código sustantivo, estimando que el desenlace fatídico fue producto de un disparo accidental en el trance del forcejeo, o que a lo sumo su asistido debe ser responsabilizado por la figura legal legislada en el art. 165 del mismo cuerpo normativo.

Pues se impone aquí, repasar en forma preliminar, de qué modo los magistrados -tanto el voto que conformó la mayoría como el sufragio en minoría-, resolvieron el tema en pugna, a fin de esclarecer adecuadamente la cuestión.

En tal cometido, se destaca que en el voto que integró la mayoría del tribunal, se indicó que no hay duda que existió dolo homicida en el accionar llevado a cabo por el procesado Pantano, dado que decidió cometer el delito contra la propiedad, munido de un arma de fuego de grueso calibre cargada, y que no le podía resultar ajena la posibilidad de tener que utilizarla, poniendo en riesgo el bien jurídico vida -ver fs. 944 vta./945-.

Asimismo, se señaló que en el transcurso del episodio, el imputado podría haber desistido de emplear el arma, y sin embargo "*ante el forcejeo con Ezequiel Agrest, decidió utilizar la pistola que portaba, disparando y ultimándolo. Por más que haya sido realizada esta acción durante el forcejeo, ello no obsta a su intención homicida, ya que la posesión y el dominio del arma la tenía él.*".

Además, sostuvieron los Sres. jueces que "*El informe de la autopsia ratificado en el debate por el forense doctor Pedro Grondona, señala que el disparo letal fue de arriba hacia abajo. Esta conclusión, no objetada en el juicio, debe complementarse con la que concluye que el golpe que recibió...Agrest en su cabeza, acreditado también en la autopsia aludida, si bien no implicó desvanecimiento para la víctima, sí*

tuvo entidad para producirle un atontamiento, tal cual lo expresó...en el debate el doctor Grondona, quien también aclaró que dicho golpe fue vital, es decir que lo recibió antes de su muerte."

Agregaron que "El atontamiento que le ocasionó dicho golpe fue el motivo que lo colocó en una posición que justifica la dirección de arriba hacia abajo en que se produjo el disparo mortal.", que el dolo homicida se mantuvo desde que se produjo el primer disparo, hasta el segundo que ocasionó la muerte del aludido Agrest, y que ello "Estuvo íntimamente relacionado con el suceso que lo motivó, es decir con el robo, por lo que debe encuadrarse en la normativa del artículo 80 inciso 7 del Código Penal." -fs. 945/946-.

Añadieron que "La norma en cuestión requiere como elemento esencial la ultra intencionalidad por parte del autor del homicidio en ocasión del robo, que se manifiesta en la norma legal con las palabras "para" o "por". Es decir tiene que existir ese elemento subjetivo en el autor que lo lleva a matar para lograr un fin ulterior.", y que el nexo entre el robo y el homicidio "encuentra basamento en la propia actitud de Pantano. Mató para poder escaparse o lograr la impunidad y por eso es que inmediatamente después de producir el disparo, sale de la casa de los Agosta corriendo."

Además, entendieron que otra circunstancia a tener en cuenta, es que al huir de la escena del crimen, el sindicado Pantano dejó en el lugar los objetos personales antes detallados, y que "si no hubiera matado para lograr la impunidad escapándose velozmente con el botín, lógico es pensar que se hubiera tomado tiempo para juntar sus pertenencias y no dejar pistas que lo pudieran identificar."

Por tales motivos -entre otras cosas que no amerita memorar-, consideraron que la conducta desplegada por el enjuiciado Pantano, encuentra correlato en el tipo penal acuñado en el art. 80 inc. 7° ibídem -fs. 946/948-.

Hasta aquí la posición que adoptó la mayoría del tribunal, ahora pasemos a reseñar el voto en minoría, en lo que al punto en concreto se refiere.

Expresó allí el magistrado que emitió su veredicto en soledad, que coincide con sus colegas, en cuanto a "la responsabilidad penal que le cabe a Sebastián Miguel Pantano por el homicidio doloso cometido contra Ezequiel Agrest.", pero que a su ver "no se encuentra probado con el grado de certeza apodíctica que exige un pronunciamiento condenatorio, que haya existido -al momento de matar- el segundo elemento subjetivo que exige la figura del art. 80 inc. 7, esto es la ultra intención de matar con el objeto de lograr la impunidad o para lograr su cometido primigenio de robar; por lo que [corresponde] calificar los hechos materia de juicio en los términos del art. 165 del Código Penal."

A continuación, y luego de efectuar diversas citas

doctrinarias acerca de las distinciones y características típicas que rigen las normas contenidas en los arts. 80 inc. 7° y 165 del código de fondo, afirmó que "cualquiera sea la posición que se asuma, hay acuerdo de que quedarían excluidos del art. 165 del C.P. los resultados que son producto de lo fortuito.", y que "en la coexistencia de los arts. 80 inc. 7 y 165 del Código Penal respecto de los homicidios dolosos, la regla diferenciadora entre uno y otro es que corresponden a la primera norma los casos en los cuales el agente ha vinculado ideológicamente el homicidio con el robo, sea como medio para cometerlo, ocultarlo, asegurar sus resultados o su impunidad, sea como manifestación de desprecio; mientras que el art. 165 comprende los homicidios que son el resultado incidental de las violencias ejecutadas con motivo u ocasión del robo, pues el homicidio es aquí un suceso que altera el designio del ladrón y que resulta de las violencias ejercidas por él para facilitar o cometer el robo o de las violencias desenvueltas por la víctima o terceros a raíz de la violencia del autor." -fs. 948 vta./950 vta.-.

Adunó que "en el caso, resulta más haya de la duda razonable que el homicidio doloso haya sido cometido con la ultraintención de lograr la impunidad, por cuanto, hay indicios que van claramente a contrapelo lo que impide lograr una razonable concordancia para luego arribar a una inferencia conclusiva de cargo.

En efecto cuando el personal [policial] arribó a la escena del crimen encontraron un billete de \$10 y un celular marca Samsung, más precisamente en la bañera; unos anteojos de lectura dañados en sus patillas y una llave dorada plana que se hallaban en el pasillo lindero al baño. Asimismo, procedieron a secuestrar de arriba de la cama de la habitación un morral portaobjetos que contenía un currículum vitae con los datos personales de Sebastián Miguel Pantano, fotocopia de su Documento Nacional de Identidad, un par de guantes de cuero color marrón, un cargador de teléfono celular marca Samsung, un cuaderno de tapa de color azul rayado, una carpeta de color verde con cierre y un cuaderno con anillos tipo oficio con hojas cuadrículadas con anotaciones telefónicas."

Seguidamente, aseveró que "Casi todos estos elementos dejados en la escena del crimen pertenecían a...Pantano. Por la cantidad, así como por su calidad probatoria tales elementos resultan superlativos para lograr la identificación del autor y su posterior detención. Dejar tantas huellas en la escena del crimen resulta más que llamativo y bastante inusual para alguien que pretende lograr su impunidad." -fs. 950 vta./952-.

Adicionó asimismo, que "su decisión de salir corriendo de la escena del crimen constituye un indicio de escaparse para lograr su impunidad, pero tal conducta se dio dentro de un marco circunstanciado de...modo, tiempo y lugar que

obligan a considerar otros indicios -como los antes mencionados- que no acompañan tal hipótesis, de modo que no se puede obtener una inferencia conclusiva de cargo ante la falta de concordancia de tales indicios sin afectar la presunción de inocencia."

También aseguró que "tampoco consta que el imputado haya intentado causarles daño a las otras víctimas con el objeto de lograr su impunidad eliminando a los testigos que llevaría a su individualización. En efecto, los hermanos Agosta escaparon de la escena y no hay constancias de que Pantano haya ido tras ellos, tal hipótesis ni se mencionó en el juicio." - fs. 952 y vta.-.

Sumó a lo expuesto, que "Por otra parte, en cuanto a otros elementos ultraintencionales mencionados por el artículo 80 inc. 7, tampoco aparece debidamente comprobado que el homicidio haya sido asegurar el producto del robo o su concreción. En efecto, vale recordar que la sustracción del dinero fue anterior al episodio del forcejeo entre víctima y victimario, y que además Pantano luego de haber obtenido aquella suma de dinero buscaba más, conforme lo hizo saber Lucía Agosta en la audiencia de debate.", y que "Lo cierto es que luego del forcejeo y la muerte de Ezequiel Agrest, Pantano no continuó con su previo designio de seguir robando; el episodio mortal truncó y cambió el curso de los acontecimientos, porque a Pantano ya no le interesó seguir buscando cosas para robar sino que huyó de la escena del crimen dejando fortísimas huellas personales identificatorias."

Por tales razones, entre otras que no compete enumerar, concluyó en afirmar que "no se puede sostener -con el grado de certeza requerido en esta instancia- que el fin del homicidio era inutilizar la vida para lograr su cometido de robo o su impunidad. Pantano frente a la reacción de la víctima intentó mantener el control de la situación perdida, se enfrascó en la lucha, lo golpeó a Ezequiel Agrest, y finalmente, ante lo infructuoso decide matarlo, dejando en su camino mucho más de las huellas que resultarían necesarias para identificarlo como el autor del crimen, desinteresándose así, de seguir con el robo, y que fuera su designio primigenio."

Añadió que "el infructuoso esfuerzo presuncional respecto del elemento ultraintencional que exige la figura del 80, implicaría avanzar ya sobre el postulado consitucional antes enunciado [en alusión a la presunción de inocencia] atento al tenor de las incertidumbres al respecto, más allá de lo razonable. Por ello [consideró] que en este punto a Pantano le alcanza el beneficio de la duda previsto en el art. 3 del CPPN." -fs. 952 vta./954-.

Así las cosas, el Sr. juez que se expidió en minoría entendió que "la conducta de Pantano encuentra adecuación típica en el homicidio en ocasión de robo (art. 165 C.P.)",

puntualizando que "nos encontramos ante un delito complejo...que afecta al bien jurídico vida y propiedad cuya relación concursal ya ha sido resuelta normativamente por el legislador, sin que sea menester acudir a sus respectivas figuras autónomas de homicidio y/o robo ni idel ni real..." -fs. 954-.

c) En mi opinión, la última postura reseñada es, atendiendo a las particulares circunstancias constatadas en el caso concreto, de acuerdo al marco probatorio producido en el debate público, la más respetuosa de las garantías de legalidad, culpabilidad y presunción de inocencia (arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N.; 26 de la D.A.D.D.H.; 11:1.2 de la D.U.D.H.; 8:2 y 9 de la C.A.D.H.; 14:2 y 15:1 del P.I.D.C. y P.).

Es dable recordar que en las causas n° 5487, "De Los Santos, Cristian Guido s/rec. de casación", reg. n° 1142/05, de fecha 19 de diciembre de 2005 y n° 7587, "Castaño, Emiliano Julio s/rec. de casación", reg. n° 716/07, de fecha 12 de junio de 2007, de la Sala III de este Tribunal, se señaló -entre otras cosas a las que me remito *mutatis mutandi* para abreviar- que el tipo penal acuñado en el art. 80 inc. 7° del código sustantivo, castiga a quien matase a otra persona para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito. De este modo, el delito se conecta subjetiva o ideológicamente con el otro ilícito. Es necesario que siempre se encuentre, como señala Buompadre, la siguiente ecuación: un delito medio (homicidio) y un delito fin (el otro delito, en nuestro caso el robo) ambos conectados entre sí subjetivamente ("para" o "por") (conf. "Derecho Penal, parte especial", tomo 1, segunda edición, Mave, Buenos Aires, 2003, pág. 159).

De lo expuesto, se puede concluir que "(e)l tipo penal no agrava el homicidio por el hecho *objetivo* del concurso con otra infracción, sino que es imprescindible, además, la *conexión* entre ambos, siendo esta última necesaria en el sentido más estricto de la palabra" (Morosi, Guillermo E. H., "Homicidio *criminis causae* y robo agravado por homicidio", Colección Orden Jurídico Penal nro. 10, Fabián J. Di Placido Editor, Buenos Aires, 2003, pág. 17 con cita de Soler). El fundamento de la agravante radica, entonces, en la subestimación de la vida y la comisión del homicidio como medio para otro fin.

Lo relevante es determinar si, en el momento del hecho, estuvieron presentes en la conciencia del autor los motivos previstos por la ley penal (conf. Iellin, Dalia, Pacheco y Miño, Julio A., en AA.VV. "Código Penal, comentado y anotado, parte especial", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 19).

Se indicó asimismo en los precedentes de cita, que esta conexión ideológica, puede relacionarse de dos maneras: el

homicidio se comete con el fin de ocultar el otro delito o se lo realiza con el objeto de asegurar el resultado del otro ilícito (conf. Donna, Edgardo Alberto, "Derecho penal, parte especial", tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1999, pág. 49).

Pues justamente en la acreditación de esta conexión ideológica final entre ambos delitos (homicidio y robo), como elemento típico específico y distintivo (ultra intencionalidad) de la figura legal en trato, es donde finca el problema -tal como lo destaca la defensa- del voto que conformó la mayoría en la sentencia impugnada.

En efecto, los magistrados que emitieron dicho sufragio, entendieron que el accionar desplegado por el encartado Pantano, encuentra catálogo en la norma contenida en el citado art. 80 inc. 7°, en la modalidad de matar para procurar la impunidad.

Sin embargo, y conforme queda de manifiesto en la exposición del Sr. juez que se pronunció en minoría, la evidencia colectada en el marco de la causa, evaluada en la resolución examinada, no conduce inexorablemente a tener por constatada la existencia de aquel plus en la faz subjetiva del tipo penal de referencia, respecto de la conducta llevada a cabo por el nombrado Pantano, en el contexto del suceso juzgado.

Sabido es que el principio constitucional de culpabilidad impide el dictado de una decisión condenatoria ante la existencia de incertidumbre, dado que el tribunal debe tener certeza apodíctica -como irrefutable corolario de que el suceso no pudo acaecer de otra manera-.

En este orden de ideas, Maier sostiene que *"...la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución. Cualquier otra posición del juez respecto de la verdad, la duda o aun la probabilidad, impiden la condena y desembocan en la absolución..."* (conf. Julio B. J. Maier, "Derecho procesal penal", Tomo I, Fundamentos, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1996, 2° edición, pág. 495).

En este sentido, cabe recordar que *"la verdad sólo puede percibirse subjetivamente en cuanto firme creencia de estar en posesión de ella, y esto es lo que se llama estado de certeza, de contenido simple y, por lo tanto, ingraduable. Se presenta cuando se ha desechado toda noción opuesta capaz de perturbar la firmeza de esa creencia"* (Clariá Olmedo, Jorge A.; *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I. Nociones Fundamentales; Ediar S.A. Editores, Bs. As., 1960, pág. 446).

La génesis lógica de una sentencia judicial representa un conjunto de razonamientos integrados por deducciones e inducciones y como juicio refleja el trabajo intelectual del juez, quien realiza en el acto un estudio

crítico de las cuestiones planteadas por los justiciables, sus pruebas y alegatos.

Ello, da cuenta de la labor llevada a cabo por el juzgador, a fin de demostrar a través de su fundamentación, que ha llegado a una convicción, sea para condenar o bien para absolver (mediante la declaración de la existencia o inexistencia del derecho). Es en los considerandos donde el juez no sólo necesita convencerse a sí mismo, sino también a los litigantes y a la sociedad, de la justicia de su decisión, pues una sentencia arbitraria implícitamente ocasiona un desprestigio al Estado mismo.

En consecuencia, la sentencia constituye una unidad lógico jurídica, cuya parte dispositiva debe ser la conclusión final y necesaria, por derivación razonada, del análisis de los presupuestos fácticos y normativos enunciados en su fundamentación.

El tema de la libre apreciación de la prueba está vinculado a la función del juez, en lo que hace a la eficacia de los medios de prueba, a cómo gravitan y a qué influencia ejercen sobre su decisión, y reconoce en nuestro ordenamiento el marco legal de la sana crítica, expresión que comprende la necesidad de valorar los distintos medios, explicando las razones que ha tenido el juzgador para formar su convicción al ponderar la variedad de la prueba. De esta manera, se regula la actividad intelectual del juez frente a la prueba, al impedir resoluciones fundadas en el capricho de éste, por ello no actúa completamente libre en sus apreciaciones, pues se encuentra sometido a determinadas reglas legales.

También, cabe recordar que el principio de razón suficiente en la sentencia condenatoria, exige que la prueba en la que se basan las conclusiones sólo pueda dar fundamento a ellas; o expresado de otro modo, que ellas deriven necesariamente de los elementos probatorios invocados en su sustento (T.S.J. de Córdoba, Sala Penal, s. n° 40 del 27/12/84, "Flores"). La declaración de certeza puede basarse tanto en las llamadas pruebas directas como en las indirectas, siempre que si éstas consistiesen en indicios que en su conjunto resulten unívocos y no anfibológicos, porque son los primeros los que en definitiva tienen aptitud lógica para sustentar una conclusión cierta (T.S.J. citado, Sala Penal, S. N° 41, 27/12/84, "Ramírez"; S. N° 32, 2/5/00, "Agreda"; S. N° 42, 31/5/00, "Agüero").

De los preceptos vistos, se concluye que la exigencia de motivación de la sentencia se satisface con la existencia de una pluralidad de pruebas, que permitirá al juez formular todas las inferencias inductivas que apoyarán su conclusión; que de no contar con ellas, excepto que el debate se circunscribiera a cuestiones de puro derecho, carecerá de elementos para expedirse, en cuyo caso necesariamente tendrá que absolver, dada la imposibilidad de condena en caso de duda.

Esta multiplicidad de elementos de convicción se erige como una garantía contra la arbitrariedad del decisorio, toda vez que nuestro ordenamiento procesal establece que la sentencia será nula si no se hubieren observado en ella las reglas de la sana crítica racional, entre las que se encuentran las reglas de la lógica a saber: principio de no contradicción, de identidad, del tercero excluido y de razón suficiente, los que constituyen la base de análisis a la hora de calificar la decisión como arbitraria o no.

El último de los principios citados, implica que la conclusión asertiva de responsabilidad penal debe derivar necesariamente de las pruebas de la causa valoradas lógicamente.

En el caso que nos ocupa, es precisamente esta ausencia de indicios precisos, homogéneos y concordantes lo que se verifica, a la hora de determinar la existencia de la ultra finalidad que exige el mentado tipo penal receptado en el art. 80 inc. 7° del Código Penal, y que por ende impide, so riesgo de afectar severamente los principios de máxima taxatividad legal, culpabilidad e inocencia, subsumir la conducta desplegada por el inculpado Pantano, en el citado precepto normativo.

Es que, en mi opinión y de acuerdo con lo señalado por el magistrado que se expidió en minoría, existen determinados datos relevantes en el plexo probatorio ponderado en la sentencia, que se contraponen al concepto de "procurar la impunidad", en los términos regulados en el inciso del artículo en cuestión.

Me refiero concretamente a la cantidad de objetos personales que dejó el imputado en el escenario del crimen, determinantes para lograr su identificación, que revela que no primó en el obrar del sindicado Pantano, la idea de lograr la impunidad, adoptando los recaudos necesarios a tal efecto; a ello se suma, como también lo destaca el voto en minoría, que no se han incorporado evidencias que indiquen que el nombrado, haya intentado hacerles daño a los hermanos Agosta, para evitar ser identificado.

En definitiva, y compartiendo por lo demás, en lo que al punto en concreto se refiere, las razón brindadas por el Sr. juez que se pronunció en disidencia, en orden al tema observado, considero que el fallo impugnado, en derredor de la arista aquí tratada, no satisface el requisito de certeza apodíctica que requiere todo veredicto de condena, por lo que con estricto apego a los principio de orden superior indicados e *in dubio pro reo*, se impone concluir que no resulta factible catalogar el accionar desplegado por el encausado Pantano, en el tipo penal contenido en el art. 80 inc. 7° del código sustantivo (arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N.; 26 de la D.A.D.D.H.; 11:1.2 de la D.U.D.H.; 8:2 y 9 de la C.A.D.H.; 14:2 y 15:1 del P.I.D.C. y P.; y 3, 123, 404 inc. 2, 470 y 471 del C.P.P.N.).

c) Aclarado cuanto precede, debo decir que coincido con el magistrado que se expidió en último término -en concordancia además con lo solicitado por la defensa-, en cuanto aseveró que corresponde la aplicación al caso, de la figura legal contenida en el art. 165 del código de fondo.

En primer lugar, estimo necesario puntualizar que la sentencia en crisis se encuentra debidamente motivada, en lo que respecta a la determinación del dolo homicida por parte del enjuiciado Pantano, en el contexto del episodio luctuoso que se tuvo por acreditado en la causa.

En torno a ello, se advierte que para dilucidar el extremo comentado, se valoraron adecuadamente las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrollaron las acciones, específicamente el arma de grueso calibre utilizada por el ofensor, las pericias e informes médicos que dieron cuenta del golpe previo al disparo mortal, recibido por la víctima en su cabeza, que de acuerdo a lo relatado por el Dr. Grondona en el debate público, según lo reseñado anteriormente, tuvo entidad suficiente para producir un atontamiento, la forma y zona del cuerpo en la que ingresó la bala, y la trayectoria que siguió, de arriba hacia abajo y de adelante hacia atrás, provocando las lesiones internas antes detalladas; todo lo cual, conformó un universo probatorio homogéneo e indubitable acerca de la develación de la intencionalidad que tuvo el imputado Pantano al momento de efectuar el disparo letal.

En síntesis, considero que los magistrados han confrontado y armonizando correctamente los elementos de convicción producidos en el debate público, para esclarecer el tópico aquí ventilado, surgiendo con el grado de certeza ya señalado, la determinación del dolo homicida en el accionar del enjuiciado (conf. causas n° 6892, "Toledo, Marcos s/rec. de casación", reg. n° 1128/06, de fecha 9 de octubre de 2006, n° 6907, "Calda, Cintia Laura s/rec. de casación", reg. n° 1583, rta. el 27 de diciembre de 2006, n° 5605, "Ledesma Sánchez, Sergio Bernardo y otro s/rec. de casación", reg. n° 876/07, de fecha 27 de junio de 2007 -de la Sala III-, y n° 15197, "Taboada, Mathías Ezequiel s/rec. de casación", reg. n° 20559 de la Sala II, de fecha 10 de octubre de 2012).

Como colofón de lo expuesto, se concluye que el decisorio cuestionado, en lo que atañe al aspecto anotado, aparece como la derivación lógica y razonada de las pruebas allí evaluadas, sin que las críticas esbozadas por el impugnante, logren conmovier lo resuelto como acto jurisdiccional válido (arts. 123, 398, 404 inc. 2°, y 471 a *contrario sensu* del C.P.P.N.).

Pues entonces, y retomando el tema marcado al comienzo del presente punto, compete recordar que al votar en el precedente "Luna, Jorge Alberto s/rec. de casación", c. n° 6018, reg. n° 1136/05 de la Sala III, de fecha 15 de diciembre

de 2005, se señaló que el homicidio al que se refiere la norma legislada en el art. 165 ibidem, debe ser doloso (conf. Donna, Edgardo Alberto, "Derecho Penal, parte especial", tomo II-B, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2004, pág. 142 y ss. y Morosi, Guillermo E. H., "Homicidio criminis causae y robo agravado por homicidio", Alcance y diferencias de cada figura. Doctrina y Jurisprudencia Nacional y Provincial. El art. 165 CP y los principios de legalidad y culpabilidad, editor Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2003, pág. 47 y ss.).

Buompadre también comparte este criterio, marcando que *"Si observamos atentamente el Código Penal, podremos apreciar que el legislador, cuando ha debido referirse a un tipo culposo o preterintencional, no ha empleado la expresión técnica "homicidio" para aludir al resultado, sino que lo ha hecho recurriendo a expresiones tales como "produjera la muerte" (art. 81, inc. 1º, letra b), "causare a otro la muerte" (art. 84), "si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer" (art. 85, incs. 1º y 2º)...etcétera. Esto permite inferir que si en esta oportunidad se ha optado por la voz homicidio (que al decir de Chiappini, tiene una insoslayable carga de dolo), es que se ha querido decir algo más o algo distinto que mera culpa o preterintención."*

Agrega el autor, que la diferencia entre los preceptos regulados en los arts. 80 inc. 7º y 165 del código Penal, está dada en el aspecto subjetivo, precisando que *"En ambas hipótesis el agente mata. Pero, si ha matado "para" robar, el hecho encuadra en la figura del homicidio agravado por conexidad con otro delito; si, en cambio, "al" robar ha matado, la figura aplicable es la del robo agravado del art. 165. El homicidio del art. 80, inc. 7º, presenta un elemento subjetivo especial (para o por) del que carece el delito contra la propiedad. En la figura del robo agravado la muerte, aunque previsible, representa un suceso que no ha estado anticipadamente en los planes del autor. Se trata de una consecuencia eventual."* (conf. Jorge E. Buompadre, "Derecho Penal, parte especial", Tomo 2, Mave, Buenos Aires, 2004, pág. 69 y vta.).

Justamente, esta es la hipótesis que se constata en el caso -tal como lo destacó el magistrado que se expidió en minoría, y que aquí amerita reiterar- en cuanto aseveró que *"Lo cierto es que luego del forcejeo y la muerte de Ezequiel Agrest, Pantano no continuó con su previo designio de seguir robando; el episodio mortal truncó y cambió el curso de los acontecimiento, porque a Pantano ya no le interesó seguir buscando cosas para robar sino que huyó de la escena del crimen dejando fortísimas huellas personales identificatorias."*, y explicó que *"Pantano frente a la reacción de la víctima intentó mantener el control de la situación perdida, se enfrascó en la lucha, lo golpeó a Ezequiel Agrest, y finalmente, ante lo infructuoso decide matarlo...desinteresándose así, de seguir con*

el robo, y que fuera su designio primigenio.”.

En tales condiciones, con estricto apego a la doctrina sucintamente señalada y atendiendo a los postulados constitucionales observados en el punto que antecede, considero que la conducta desplegada por el encartado Pantano, encuentra correlato en el tipo penal regulado en el citado art. 165 del Código Penal (arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N.; 26 de la D.A.D.D.H.; 11:1.2 de la D.U.D.H.; 8:2 y 9 de la C.A.D.H.; 14:2 y 15:1 del P.I.D.C. y P.; 45 y 165 del C.P.; y 3, 123, 404 inc. 2, 470 y 471 del C.P.P.N.).

d) En otro andarivel, y en lo que respecta a la aplicación al caso de la figura legal contenida en el art. 41 bis del código sustantivo, que postula el Sr. juez que se pronunció en minoría, corresponde resaltar lo siguiente.

Los acusadores, público y privado, no solicitaron al momento de formular las imputaciones pertinentes, la aplicación de dicha figura agravada, de modo que mal puede la judicatura incorporar oficiosamente tal calificación, dado que ello implica un exceso del límite jurisdiccional al que está constreñida para expedirse, con afectación manifiesta al derecho de defensa del procesado (sobre el particular, me remito para acotar, a los conceptos vertidos en las causas n° 6704, “Ricciuti, Lucio s/rec. de casación”, reg. n° 791/06, de fecha 13 de julio de 2006, n° 7362, “Vera, Pedro Felipe y otro s/rec. de casación”, reg. n° 197/07, rta. el 9 de marzo de 2007, n° 10582, “González, Claudio Héctor s/rec. de casación”, reg. n° 1348/09, de fecha 29 de septiembre de 2009, y n° 11317, “Reyes Lantigua, Esmeralda y otra s/rec. de casación”, reg. n° 503/10, de fecha 20 de abril de 2010, de la Sala III, que se compadecen con la doctrina sentada por nuestro Máximo Tribunal *in re* “Sircovich” (Fallos 329:4634), y el voto de los doctores Lorenzetti y Zaffaroni en “Amodio” (Fallos: 330:2658), “Ciuffo” (Fallos 330:5020) y “Antognazza” (Fallos 330:4945), y más recientemente en el Fallo “Recurso de hecho deducido por la defensa de Mario Alberto Espinoza en la causa Espinoza, Mario Alberto s/p.s.a. de lesiones leves. Perico -causa n° 5392/07-”, E.251.XLIV, de fecha 5 de octubre de 2010).

Asimismo, y analizando el caso desde otra perspectiva, se debe señalar que más allá del debate que se pueda formular en torno a este tipo de agravantes genéricas, sobre su constitucionalidad, por violentar diversos principios de orden superior, como por ejemplo el *ne bis in idem*, en aquellos supuestos en que se lo aplica conjuntamente con determinados tipos penales que ya tienen previsto expresamente, en su aspecto objetivo, la utilización de arma de fuego -v.gr. arts. 144 cuarto inc. 4° y 166 inc. 2° del C.P., entre otros-, culpabilidad, proporcionalidad, y otros preceptos -que no es del caso detallar, ni ahondar en demasía, puesto que ello excedería el marco del caso en concreto-; lo cierto es que la procedencia de esta figura agravada, en aquellos tipos penales

que contemplan el mayor daño a las personas, ya había suscitado controversias en el debate parlamentario, tal como lo destaca D'Alessio, al señalar que el diputado Quinzio, se había opuesto a la aplicación de la norma referida al delito de homicidio "Considerando que el homicidio ya tiene incluida la seguridad del daño mayor imaginable contra las personas (la muerte), se explica que no debe ser agravado el hecho por la utilización de un arma de fuego." (Andrés José D'Alessio, "Código Penal", Comentado y Anotado, parte general (artículos 1° a 78 bis), La Ley, Buenos Aires, 2005, pág. 441).

Pues el supuesto que toca decidir, se trata por todo lo dicho hasta aquí de un delito pluriofensivo (art. 165 del C.P.), en desmedro a los bienes jurídicos vida y propiedad, que ya tiene contemplado el mayor daño imaginable contra las personas, quedando comprendida además la utilización del arma no sólo como medio para causar el homicidio, sino también en la violencia ejercida para perpetrar el robo.

e) Por otro lado, en lo que atañe a la aplicación de la figura legal contenida en el art 189 bis punto 2), 4° párrafo del código de fondo, se debe decir -siguiendo la línea de pensamiento trazada- que no se ha incorporado a la causa ninguna evidencia, que permita asegurar que la finalidad de la detentación del arma, sea otra que su utilización para la comisión del suceso juzgado.

En el específico marco apuntado, no se debe efectuar otra interpretación, a riesgo de violentar sensiblemente los principios de culpabilidad y de legalidad.

Por lo tanto, y en virtud de las razones expuestas en las causas n° 4725, "Nazar, Sergio Héctor s/rec. de casación", reg. n° 348/07, rta. el día 17 de abril de 2007, n° 7226, "Sixto, Alejandro s/rec. de casación", reg. n° 571/07, de fecha 21 de mayo de 2007, y n° 12.792, "Arias, Walter Elvio; González, Yurika Solange; González Muñiz, Iván Marcelo s/rec. de casación", reg. ° 114/11, de fecha 25 de febrero de 2011, de la Sala III, a las que me remito para acotar; cabe concluir que en el caso se nos presenta un supuesto de concurrencia aparente entre los delitos involucrados.

En las condiciones apuntadas, se impone colegir que la aplicación de las figuras legales tratadas en el actual punto, implicaría una afectación directa al principio *ne bis in idem*, dado que los extremos señalados ya se encuentran comprendidos en el tipo penal complejo, acuñado en el referido art. 165 del Código Penal.

f) Por último, diré que en atención a las soluciones propugnadas en los puntos precedentes, deviene inoficioso el tratamiento de los demás planteos incoados por la defensa.

Por todo ello, propongo al acuerdo: **I)** Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa del encartado Pantano, sin costas; **II)** Casar y modificar parcialmente la resolución criticada, debiendo tenerse al

nombrado Pantano, como autor penalmente responsable del delito de homicidio en ocasión de robo, en los términos signados en el art. 165 del C.P.; **III)** Remitir la causa a la Secretaría General de esta Cámara, a fin de desinsacular otro tribunal el que, previa audiencia de partes, deberá determinar la nueva sanción a imponer; y **IV)** Comunicar lo aquí decidido al tribunal de origen (arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N.; 26 de la D.A.D.D.H.; 11:1.2 de la D.U.D.H.; 8:2 y 9 de la C.A.D.H.; 14:2 y 15:1 del P.I.D.C. y P.; 45 y 165 del C.P.; y 3, 123, 404 inc. 2, 470, 471, 530 y concordantes del C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

El señor juez doctor **Alejandro W. Slokar** dijo:

Tal como como lo refleja la disidencia de la sentencia en examen, siendo que "... en el caso no se encuentra probado con el grado de certeza apodíctica que exige un pronunciamiento condenatorio, que haya existido -al momento de matar- el segundo elemento subjetivo que exige la figura del art. 80 inc. 7, esto es la ultra intención de matar con el objeto de lograr la impunidad o para lograr su cometido primigenio de robar"(fs.948vta./949), en un todo de conformidad con el criterio que vengo guardando en las causas n° 14236, caratulada: "Naranjo, María Laura y otro s/recurso de casación" (reg. n° 19730, rta. 12/3/12) y n° 12981, caratulada: "Chiancone González, Daniel Edgardo s/recurso de casación" (reg. n° 20471, rta. 21/9/12), la exigencia constitucional del *favor rei* fuerza a adherir a la solución propiciada por la jueza Ledesma para que se califique legalmente la conducta desplegada por el incuso como constitutiva del delito previsto en el art. 165 del CP.

Por lo demás, comparto en lo sustancial el voto de la colega y expido el mío en igual sentido en lo que respecta a la cuestión introducida por la defensa en punto a la agravante del art. 41 bis CP, en mérito a cuanto llevo dicho en la causa n° 8699, caratulada: "Medina, Alberto Darío s/recurso de casación" (reg. n° 19583, rta. 27/12/11), y así también en cuanto sostiene que no corresponde la aplicación del art. 189 bis, apartado 2), párrafo cuarto CP (cfr., en similar sentido, mi voto en la causa n° 13.099, caratulada: "Silva, Lucas Brian y Gómez, Aníbal s/recurso de casación", reg. n° 20668, rta. 15/10/2012).

Así voto.

La señora jueza **Dra. Ana María Figueroa** dijo:

1°) Que adhiero parcialmente al voto emitido por la jueza Ledesma y expido el mío sobre las cuestiones en las que disiento de los puntos que desarrollaré a continuación, sin perjuicio de que se encuentre sellada la suerte del recurso en dichos aspectos por los votos coincidentes de los colegas que me preceden.

2°) En primer lugar, coincido con el análisis efectuado en el voto de la jueza que lidera la votación, en

torno a que la calificación legal que corresponde asignar al hecho es la prevista en el artículo 165 del CP.

Ello por cuanto considero que, de las circunstancias acreditadas en la causa, no luce suficientemente probada, con la certeza que requiere el dictado de una decisión condenatoria, la ultrafinalidad que caracteriza al delito previsto en el art. 80, inc. 7° del CP.

Que tal como lo afirmé al emitir mi voto en las causas n° 12.981 "Chiancone González, Daniel Edgardo s/recurso de casación", reg. n° 20.471, rta. el 21/9/12, y n° 14.236 "Naranjo, María Laura y otro s/recurso de casación" (reg. n° 19.730, rta. el 12/3/12), cabe recordar que al tratar el aspecto subjetivo de la tipicidad del delito en cuestión, larga ha sido la discusión en torno a los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, donde como en el caso del artículo 80 inciso 7 del Código Penal, se requiere una ultrafinalidad - también conocido este caso como delito incompleto de dos actos-.

Ante ello, y al analizar la tipicidad subjetiva del artículo 80 inciso 7 del Código Penal, debe efectuarse una tarea especialmente cuidadosa en materia probatoria al tener por acreditados los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo. Al respecto, tiene dicho la doctrina, que *"al momento de matar, el sujeto activo debe también tener la finalidad de preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito, o procurar su impunidad para el mismo agente o para otro que ha cometido el delito... El fundamento de la agravante es la subestimación de la vida y la comisión del homicidio como medio para otro fin"* - Código Penal de la Nación comentado y anotado. Director: D'Alessio, Andrés José, La Ley, 2° ed. Tomo II, pág. 26-.

Conforme fuera dicho, la *ultrafinalidad* exigida por el tipo en cuestión, como conexión ideológica en cabeza del autor entre la muerte y la comisión de otro delito, requiere que el autor haya querido matar para cometer otro delito o procurar su impunidad. En la presente causa no ha sido probado, ni surge de las constancias reunidas, que Pantano haya matado para robar, o para conseguir la impunidad de ese delito, en tal sentido la calificación asignada por el *a quo*, no reúne las exigencias de certeza propias de una sentencia condenatoria, y contraría así lo dispuesto en el art. 3 del CPPN, tal como lo desarrolla la jueza que lidera la votación en su voto.

3°) En lo que respecta a la agravante del artículo 41 bis del CP -introducida por la ley 25.297-, resulta de aplicación cuanto sostuve al votar en la causa n° 11.219 "Castillo Carballo, Bruno Martín s/recurso de casación", reg. n° 19.769, rta. el 28/3/12, -precedente al que remito en honor a la brevedad-.

Sólo he de recordar que en dicha oportunidad dejé establecido que *"no se vislumbra que el art. 41 bis del C.P. vulnere el principio de razonabilidad o el de proporcionalidad"*

(art. 28 de la C.N.), toda vez que el legislador tuvo en cuenta para la aplicación de esta agravante genérica el mayor poder ofensivo de las armas de fuego"; y que "en definitiva, la figura prevista en el artículo 79 del Código Penal (en el presente caso, el robo agravado del artículo 165 CP) no contiene como elemento constitutivo o calificante la utilización de un arma de fuego, pudiéndose llevar a cabo por cualquier medio, y en consecuencia, es correcta la aplicación de la agravante reglada en el artículo 41 bis del Código Penal impuesta por el a quo (cfr. Sala II causa n° 6658 "Ruiz Díaz Ríos, Arnaldo A. y otra s/ recurso de casación" reg. 9385, rta. el 5/12/2006 y CSJN in re L. 588. XLIII. "López González, Rosalba Marlene s/causa n° 6658" rta. el 29/12/2009)".

4°) Por lo demás, en cuanto a la aplicación de la figura prevista en el artículo 189 bis, apartado 2), párrafo cuarto del CP, cabe citar, *mutatis mutandi*, lo resuelto al expedirme en la causa n° 13.099, caratulada "Silva, Lucas Brian y Gómez, Anibal s/recurso de casación", reg. n° 20.668, rta. el 15/10/12).

5°) Por último, he de dejar a salvo mi opinión en el sentido de que corresponde devolver estas actuaciones al Tribunal de origen, quien se encuentra habilitado a fijar una nueva pena por haber ya tomado conocimiento de visu de Sebastián Miguel Pantano -cfr. CSJN "Niz, Rosa Andrea y otros s/recurso de casación", N. 132. XLV, rta. el 15/06/10; "Maldonado, Daniel Enrique y otro s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado causa N° 1174C" - Fallos 328:4343, considerandos 18 y 19-.

Tal es mi voto.

En virtud del resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal por mayoría **RESUELVE:**

HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación incoado por la defensa, sin costas; **CASAR PARCIALMENTE** la sentencia en sus tramos pertinentes y, en definitiva, **CONDENAR** a Sebastián Miguel Pantano por considerarlo autor material penalmente responsable del delito de homicidio en ocasión de robo (arts. 45 y 165 del C.P.).

En consecuencia, **APARTAR** al Tribunal Oral en lo Criminal n° 28 de esta ciudad, y **REMITIR** las actuaciones a la Oficina de Sorteos de la Secretaría General de esta Cámara, a fin de desinsacular otro tribunal, para que se expida sobre la determinación de la sanción a imponer al aludido Pantano (arts. 123, 173, 404 inc. 2°, 470, 471, 530 y concordantes del C.P.P.N.).

Regístrese, hágase saber, cúmplase con la remisión ordenada, sirviendo la presente de atenta nota de envío, y comuníquese al tribunal de procedencia, para que tome razón de lo aquí decidido.

Fdo.: Dres. Alejandro W. Slokar, Ana María Figueroa y Angela E. Ledesma. Ante mi: María Jimena Monsalve.-

