PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

AUTOS: "M. D. A. s/ Homicidio" (expte. 21.276-F° 66 TII -2008).

En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 02 días del mes de febrero del año dos mil nueve, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los señores Ministros Jorge Pfleger, Alejandro Javier Panizzi y Daniel Alejandro Rebagliati Russell, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados **"M., D. A. s/ Homicidio"** (Expediente N° 21.276 – Letra "M" –Año 2008).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo practicado de fs. 152: Rebagliati Russell, Panizzi y Pfleger.

El Juez **Daniel A. Rebagliati Russell** dijo:

Contra la sentencia definitiva que condena a S. M. M. la defensa interpuso impugnación ordinaria.

El Tribunal Colegiado, conformado por los doctores Martos, Mallo y Pitcovsky, de la ciudad de Puerto Madryn, mediante sentencia dictada el día 21 de febrero del año dos mil ocho, condenó a M. como coautor material y penalmente responsable del delito de homicidio simple a la pena de doce años de prisión, accesorias legales y costas, por el hecho ocurrido en esa ciudad el día 28 de julio de 2007, aproximadamente a las 04.30 horas, en la calle San Martín, a la altura***, en perjuicio de D. A. M..

El hecho objeto de acusación ha sido el

siguiente: *"El día 28 de julio de 2007 siendo aproximadamente las 04,30 horas, la persona de S. M. M. tras descender del vehículo marca Volkswagen Gol en el cual transitaba por la calle San Martín al **, efectuó al menos dos disparos con un arma de fuego tipo revólver calibre 32, contra D. A. M. impactando uno de ellos en la región supraclavicular derecha, ocasionándole una lesión de la gravedad que produjo su deceso hora más tarde."* (v. fs. 82 del acta de audiencia del auto de apertura).

Que a fs. 126/39 se encuentra agregada la impugnación interpuesta por la defensora particular, doctora L. A. V., oportunidad en la que denuncia una serie de agravios que motivan el recurso, los cuales se relacionan con el trámite del proceso, que perjudica moral y materialmente a su ahijado procesal.

En primer término cuestiona la arbitrariedad con la que se seleccionó la prueba incorporada al debate, admitiendo el tribunal únicamente las de la Fiscalía y desechó e ignoró totalmente las presentadas por la defensa.

A modo de ejemplo dice que al Ministerio Público Fiscal se le permitió la incorporación del acta policial de fs. 1/2 cuando a la defensa le fue denegada dicha posibilidad por el doctor Yangüela, en la oportunidad de dictar el auto de apertura del juicio oral.

Reprueba la circunstancia de no haber sido

notificada la defensa de la presencia de los hermanos y concubina de la víctima.

En cuanto a la admisibilidad de la prueba requerida sostiene que en distintos momentos procesales le fue rechazada sistemáticamente por los jueces intervinientes, sin fundamento ni motivación alguna. Citando nuevamente al doctor Yangüela refirió que su negativa se basó en burdos y vacíos argumentos, sonsacados de la oposición fiscal, rematando su rechazo con que la solicitud de su realización no se encontraba debidamente fundada, agregando que se le había negado la posibilidad de citar a los testigos requeridos.

Continúa diciendo que los señores jueces utilizan como muletilla, para evitar que la defensa pueda probar la inocencia, la frase *"ha acontecido una preclusión del derecho a producirla"*, lo cual no es aplicable en materia penal.

Otra de las críticas se relaciona con la violación al principio de igualdad ante la ley, ya que a su entender no han sido tratados como la Fiscalía. Muestra de ello, dice, son las restricciones procesales a que ha sido sometido su defendido, lo cual ofende no sólo a la lógica kantiana, a la lógica procesal, sino también al psicologismo de los contendientes, y culmina el acápite diciendo *"Se nos negó lo que a otro se le otorgó."* -v.fs.128 vta.-

Destaca, negativamente, la valoración que de la prueba hicieron los camaristas, especialmente del testigo E. R., quien no estuvo presente en la audiencia, y del reconocimiento en rueda de personas practicado por el mencionado, reiterando que erróneamente han desechado la nulidad oportunamente planteada en el debate.

Asimismo denuncia que el tribunal no arbitró los medios necesarios para que el único testigo presencial concurra a la audiencia oral y pública, habiendo impuesto a la defensa la carga de su comparecencia.

Luego vitupera los votos de los camaristas, en cuanto a la calidad de coautor que le adjudicaron a su asistido. Argumenta en este sentido que el único testimonio es el del cuestionado testigo R., quien se limitó a describir una situación que de manera alguna lo coloca a M. como el responsable de la muerte de M., ya que dijo que eran dos las personas que disparaban, no pudiendo determinar quién efectuó el disparo que dio muerte a la víctima.

Acto seguido requiere la producción de prueba para la audiencia fijada por el artículo 385, pero habiendo sido debidamente notificado de la realización de la misma –v.fs. 147 vta.–, no acudió, conforme se desprende del informe de fs. 151.

Sentado ello, paso a analizar el primer tema abordado por la defensa.

La arbitrariedad que la defensa menciona en la selección de la prueba debió ser denunciada y solicitada ante el tribunal de juicio, ya que la decisión del magistrado a cargo de la audiencia preliminar, en este caso doctor Yangüela, no vinculaba a los jueces del debate –art. 299, último párrafo, C.P.P.-

En cuanto a la valoración de la prueba, habré de disentir con la apreciación efectuada.

De acuerdo al escenario de los hechos descripto en la sentencia, existieron dos sucesos bien diferenciados.

Y así lo menciona el Juez Pitcovsky en su primer voto, cuando describe el episodio ocurrido en el local bailable "L. F.", oportunidad en la que M. y D.(quien acompañaba a la víctima) tuvieron una pelea que ocasionó la salida compulsiva de ambos del lugar.

Que la situación descripta ha sido debidamente acreditada por los dichos de C. M., H. C. y J. L. A., empleados del lugar. El segundo episodio el Juez lo sitúa alrededor de las 04.30 horas de la madrugada, en la intersección de las calles xx y San Martín de la ciudad de Puerto Madryn, cuando transcurre el hecho descripto como objeto de acusación.

Para afirmar su postura, quien lidera el acuerdo sostuvo que E. R., único testigo presencial del suceso, en forma clara y minuciosa, declaró lo que vio aquélla noche,

describiendo un automóvil gris VW Gol que circulaba por la calle 28 de julio y, que al llegar a la altura de la verdulería, detiene su marcha y se bajan dos muchachos, golpeando, uno de ellos, en la cabeza de quien llevaba la campera negra, pudiendo escuchar que el otro le decía a M. que no interviniera, a la vez que se suben nuevamente al vehículo y doblan por la izquierda, ocasión en la que M. y D. pasan por donde él estaba y giran en San Martín.

Continuando con la valoración de este testimonio, ponderó la segunda secuencia de los hechos relatada por este observador, cuando el gol gris vuelve aparecer en escena, y se detiene frente al Teatro Español, desde donde se efectuaron tres disparos con arma de fuego, dos que impactaron en la camioneta allí estacionada, y el tercero en M., cayendo éste en la vereda. Incorpora a sus argumentos los detalles brindados por este testigo en Cámara Gesell.

Asimismo menciona la declaración de R. N. D., quien refirió que aquella noche se encontraba y ebrio, pero recordó que cuando estaba yéndose a la pensión en compañía de M., es golpeado en la cabeza con un arma por el imputado luego de que éste se bajara de un Gol gris con vidrios polarizados. Dijo que luego de este golpe cae al suelo y no recuerda nada más.

Hasta aquí, sostiene el Juez Pitcovsky, su relato coincide con el de R., pero respecto al

segundo episodio, no valoró su testimonio ni lo analizó con la estrictez que un juicio amerita, al no dar el testigo precisión ni suficiente razón de sus dichos.

La Jueza Mallo, quien le sigue en orden de sorteo, al igual que su colega, divide lo que ocurrió en el local bailable y lo que pasó luego.

Llega a la misma conclusión que el Juez Pitcovsky de cómo ocurrieron los hechos por la declaración de E. R., quien directamente indicó a M. como uno de los sujetos que disparara contra M. y D., refiriendo que lo conocía como "E. C." o "E. F.". Luego, esta afirmación, la confirma en el reconocimiento en rueda de personas, cuando señala a M. como "E. C.". Sostiene la doctora Mallo que este testimonio lo valora en toda su extensión, y que sus dichos han sido sinceros, ya que desde el primer momento, continúa la vocal, surge su presencia en el acta policial inicial y un pequeño relato de lo que vio.

Luego menciona a D., decide igualmente no valorar su testimonio desde que todos habían expresado que se encontraba ebrio, a lo que sumó el aturdimiento de la golpiza recibida.

Por último, la Jueza Martos, hace mención al acta policial de fs. 1/2, explicando el contenido de la misma, y menciona al testigo de actuación R. Á., que dio cuenta que en la inspección ocular se constató el impacto de arma de fuego en el espejo retrovisor lateral de la camioneta

Chevrolet estacionada en el lugar.

Cita la declaración de V. D. G., fotógrafo policial que tomó las fotografías en el lugar del hecho.

Sigue con el hecho ocurrido en el local Bailable, describiendo los dichos de los testigos de este episodio, C. M., H. D. C. y J. L. A..

Señala que hasta ese momento no existieron hechos controvertidos.

La discusión se centró, sostiene la magistrada, en el segundo de los episodios, cuando M. y D. se dirigían a la pensión.

Para este momento tiene en cuenta la declaración de D., en cuanto al primer tramo, cuando se bajaron los sujetos del Gol gris y procedieron a golpearlo.

En cuanto al hecho específico que diera muerte a M., expresa que es testigo fundamental E. R., que presenció todo lo acontecido. Hizo un breve relato de lo declarado por el testigo en Cámara Gesell.

Concluye en igual sentido que sus colegas.

Hasta aquí me limité a reseñar los fundamentos dados por los vocales para dictar sentencia condenatoria en contra de M. por el hecho aquí investigado.

Ahora bien, de la lectura de la sentencia se desprende que el testimonio de E. R. ha sido fundamental en este proceso, ya que los tres jueces se valieron de él para poder mantener la

sentencia condenatoria.

Que esta prueba primordial se ha podido reproducir en esta instancia de un modo idéntico al que tuvo el Tribunal de juicio, a raíz del CD remitido, en donde se encuentra registrada la declaración en Cámara Gesell.

Escuchar al testigo E. R. me permitió comprender la apreciación unánime efectuada por los magistrados que dictaron sentencia, ya que su testimonio es tan claro y sin titubeos, que permite una reconstrucción del hecho histórico sin fisura alguna.

Se advierte a través del audio que R. se expresa en forma transparente, en un lenguaje sencillo, y no vacila en ningún momento, ni siquiera ante preguntas puntuales de las partes.

Así, describió la presencia de dos sujetos que circulaban en un gol gris, uno flaco, al que indicó como "E. C." y luego reconocido e identificado como M., y otro más petiso y gordito, que no conocía pero de volver a verlo lo reconocería.

Refirió que ambos estaban armados, uno con un calibre 32 y otro con uno 38.

También dijo que ambos efectuaron disparos, dos el g. y el tercero y último lo hizo M..

Aclaró no poder precisar cuál de estos tres disparos fue el que impactó sobre M., ya que todo sucedió muy rápido.

Que el gordito cuando efectuaba los disparos

se encontraba parado frente al automóvil, mientras que M. estuvo en el rodado, se bajó -del lado del conductor-, cuando efectuó el tercer y último disparo.

Dijo también que los dos sujetos tiraban a quemarropa.

Esta breve reseña del testimonio, que en lo real duró más de 45´, sirve para ilustrar la calidad del testigo, que dijo cuanto había observado, y si no estaba seguro de la respuesta de la pregunta, así lo dejó sentado.

De esta manera, coincido con los jueces del Tribunal que este testigo es sincero, y que sus dichos son esenciales para la determinación de la autoría de M., ya que presenció todo lo ocurrido, y todo ello lo pudo volcar en una declaración, que sin perjuicio de la modalidad que se eligió, lo cual no ha sido cuestionado, fue hecha en presencia del juez y las partes, habiendo efectuado un control efectivo la defensa de todos sus dichos.

En relación a la nulidad planteada por la defensa en el inicio del debate, sólo diré que esta pretensión no tuvo éxito porque los argumentos eran endebles. El conocimiento anterior al acto de la persona a reconocer, no afecta su validez. Es más, una de las finalidades de este acto es justamente la identificación de la persona aludida por el testigo, a fin de determinar que efectivamente a la que hacía

referencia es la que está integrando la rueda (art. 210, C.P.P.).

Por último, en lo atinente a la responsabilidad, es correcta la calidad de coautor adjudicada a M., ya que ha quedado acreditado en autos que ambos, luego de la golpiza efectuada a D., regresaron al lugar con el propósito de efectuar disparos contra los sujetos, haciéndolo a *"quemarropas"* (tal como lo consignara el testigo R.), impactando uno de los proyectiles en M., ocasionándole la muerte.

Siendo ello así, poco importa quién efectuó el disparo mortal, ya que ambos accionaron contra la víctima, y se representaron como necesario o posible lo que finalmente ocurrió.

En relación a la pena impuesta, reitero mi posición sentada en autos **"C., M. A. y L., A. A. s/ homicidio simple agravado por el uso de armas de fuego"** *(Expediente 20.963 – Letra C – Año 2007)*, y, de acuerdo al análisis efectuado del recurso y la sentencia, entiendo que el fallo ha sido debidamente fundado, como así también la pena seleccionada, la que se encuentra dentro de la escala punitiva legal, y es inferior a la requerida por el Ministerio Público Fiscal.

Conforme a las argumentaciones expuestas, corresponde en mi opinión, rechazar la impugnación incoada y confirmar la sentencia, con costas.

Siendo ello así, voto por la confirmación de

la sentencia.

Así voto.

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I) Con precisión, en el primer voto, el doctor Rebagliati Russell, ha dejado establecidos los motivos de la impugnación deducida por la defensa del acusado y los hechos que fueron objeto del juicio, de modo que omitiré reiteraciones innecesarias.

II) Por razón del monto de la pena impuesta, en el fallo, al acusado, esta causa deberá ser examinada por el Tribunal, en los términos del art. 179, punto 2° de la Constitución Provincial y su correlato, el art. 377 del Código Procesal Penal del modo en que el pleno resolvió en la causa "L., E. F. – L., E. R. – C. J. D. – L., D. A. s/ Homicidio Calificado por alevosía - Esquel" (Expte. 20.373 – Folio 199 – "L" – 2006, sentencia N° 29/2006, del 24/08/06).

III) La defensa, a cargo de la Dra. L. A. V., planteó a fs. 126/139 una impugnación extraordinaria contra la sentencia de condena, en los términos del artículo 375 del Código Procesal Penal. Sin embargo, una lectura detenida de su presentación revela que el remedio impetrado se enmarca en el artículo 374 del ordenamiento adjetivo –impugnación ordinaria–, pues luego de atacar el pronunciamiento de fs. 106/123, solicitó en el acápite IX del escrito la realización de varias medidas de prueba.

Y no es ociosa la aclaración en esta instancia, pues las partes no asistieron ante esta Sala Penal en la ocasión que fija el artículo 385, apartado sexto, del código de rito (ver fs. 151), con lo que impidieron el contradictorio propio del nuevo proceso penal y la debida adecuación del remedio deducido. Por otra parte, admitir el recurso tal como fue diseñado por la letrada le quitaría al acusado una instancia de revisión.

IV) El impugnante denunció, en primer lugar, que el Tribunal de Juicio seleccionó en forma arbitraria la prueba que incorporó al debate, pues hizo prevalecer las pretensiones del Fiscal por sobre las del acusado, y le admitió a aquél elementos cuya introducción le había sido denegada a la defensa por el magistrado que dictó el auto de apertura a juicio oral (fs. 82/85 vta.).

Calificó de burdos y vacíos los argumentos utilizados en ambas instancias –investigación y debate– para desechar en forma sistemática, según el recurrente, la prueba que ofreció, entre la que se hallaban los testigos de descargo.

De acuerdo con lo expuesto por el Ministro Rebagliati Russell, juzgo que si el impugnante concibió sin razón suficiente la desestimación por el Juez Yangüela de los medios de prueba propuestos por la defensa, debió plantear lo que concibió como una arbitrariedad en su primera

presentación ante el Tribunal de Juicio, pues el último párrafo del artículo 299 del C.P.P. establece expresamente que *"La decisión del juez que admite o que rechaza un medio de prueba no vincula al tribunal del debate".*

De manera que un planteo oportuno ante aquellos juzgadores, le hubiera dado la posibilidad de rever ese rechazo o una nueva negativa dictada por la Cámara, que sí podría ser examinada en esta instancia. Como falta una tempestiva objeción al inicio del debate, la defensa carece ahora de cualquier aptitud revisora sobre el punto.

Tampoco juzgo arbitraria la selección que los magistrados Pitcovsky, Mallo y Martos hicieron de los medios de prueba incorporados al juicio, y menos aun, la decisión de arrimar algunos de los que el Juez Yangüela había desestimado, pues al no ser vinculante para ellos el pronunciamiento del magistrado que dictó el auto de fs. 82/85 vta. por imperio del artículo 299, último párrafo del C.P.P. contaban con plenas facultades para readecuar la prueba a producir durante el juicio.

Por lo tanto, adhiero a las razones expuestas en el voto anterior y será rechazado el agravio que trato.

V) Impugnó también lo que llama restricciones procesales que le fueron impuestas, y que, entiende, lo colocaron en una posición

desventajosa con respecto a la Fiscalía, en violación al principio de igualdad ante la ley, por cuanto –en su opinión– al titular de la acción penal se le concedieron elementos de prueba que a esa parte le fueron negados.

Las reglas para la admisión de la prueba establecidas por el código de rito (artículo 299 del C.P.P.) imponen la aceptación de los medios propuestos por las partes, cuando sean útiles para conocer la verdad sobre el hecho punible sometido a averiguación.

Para lo cual, el artículo 293 del mismo ordenamiento sienta, como condición de admisibilidad, que al tiempo de su ofrecimiento todos los intervinientes indiquen los hechos o circunstancias que con los medios propuestos pretenden probar.

El incumplimiento de esta última norma produjo el fracaso de la pretensión probatoria de la defensa, y así lo juzgó el magistrado que resolvió la apertura del juicio.

Mal puede, entonces, entender el recurrente que los rechazos a su irregular ofrecimiento de prueba constituyeron restricciones procesales impuestas por los jueces, cuando valorando las respuestas jurisdiccionales otorgadas a la defensa en cada una de las oportunidades en que llevó a cabo su solicitud se pueden hallar ejemplos contrarios, como el proveído de fs. 62 donde la Jueza Penal Flavia Trincheri resolvió,

"Proveyendo el escrito de la Dra. L. V.… Hágase saber a la presentante que… esa parte puede ir produciendo la prueba que estime necesaria para el ejercicio de su defensa…".

No hubo violación alguna al principio de igualdad, sino la exigencia fundada a la defensa de que cumpla con el procedimiento tal como lo impone la Ley 5478. Y advierto que si así lo hubiera hecho, aquellas cuestiones que hoy lo agravian, como la admisibilidad en el juicio a pedido del Fiscal, de medios rechazados en la instancia de investigación, también hubieran procedido en su favor.

Por lo expuesto, rechazaré este segundo motivo de impugnación.

VI) La defensa criticó, también, la valoración del Tribunal de juicio sobre el testigo E. R., que no participó del debate, y el reconocimiento en rueda de personas que llevó a cabo el mencionado a consecuencia de lo dicho en su declaración anticipada.

Cabe destacar que la diligencia de reconocimiento no fue observada por la defensa en su oportunidad, de manera que la nulidad planteada durante el juicio y reeditada en esta instancia, no podrá prosperar.

Pero, por otra parte, del acta cosida a fs. 51 surge que en el procedimiento se cumplieron las formalidades exigidas por los artículos 210 y 211 del C.P.P., por cuanto se hallaban presentes

el titular de la acción penal, la defensa técnica del acusado, en ese momento a cargo del Dr. E. I. y la Jueza Penal, Dra. Flavia Trincheri.

Asimismo, consta que con anterioridad al acto de identificación por parte del Sr. E. M. R., se llevó a cabo el interrogatorio que impone el párrafo 3° del artículo 210 por lo cual, su falta de incorporación a los registros de audio y video en los que se grabó la diligencia no afectan su validez, pues el acta referida junto a los componentes de formato digital conforman el encargo.

La circunstancia de que el testigo haya declarado conocer con el apodo de "F." o "C." al imputado, tampoco empece la eficacia del acto ya que su finalidad fue confirmar los dichos de R. y su aptitud para identificar a quién sindicó como uno de los responsables de la muerte de M., entre varios sujetos similares. Lo que así ocurrió.

En razón de los argumentos expuestos, tampoco prosperará este ataque.

VII) Cierto es que la defensa solicitó durante el debate la comparecencia de R. a prestar testimonio, petición que fue acogida por el Tribunal imponiendo al requirente la carga de la presentación.

Del acta de audiencia adunada a fs. 102/104 surge que el día 7 de febrero de 2008, se dio lectura a un informe policial que daba cuenta de la imposibilidad de hallar al testigo en los

lugares aportados por la parte, razón por la cual se procedió a reproducir los CD-ROM de audio en los que constaba su testimonio en Cámara Gesell durante la etapa de investigación.

Medida que no fue cuestionada por el recurrente en ese momento ni sobre la que hizo reserva de impugnar ante esta instancia, por lo que desestimaré el agravio.

VIII) Ha quedado probado en autos que el día 28 de julio del año 2007, siendo aproximadamente las 4,30 hs., S. M. M. junto a otro sujeto no individualizado, descendieron del vehículo marca Volkswagen Gol, en el cual transitaban por la calle San Martín N° ** de la ciudad de Puerto Madryn, dispararon –ambos– con armas de fuego contra D. A. M.. Un proyectil calibre 0,32 acertó en la región supraclavicular derecha de la víctima, ocasionándole una lesión de gravedad que produjo horas más tardes su deceso.

La materialidad del hecho no ha sido cuestionada, y a criterio del a quo quedó debidamente acreditada con el informe de autopsia N° 39/07, las declaraciones en debate de los Médicos Forenses L. N. y H. G.,el acta policial de fs. 1/2 y los testimonios de H. M. y del Suboficial Principal de Policía, V. M. G..

Con las declaraciones de C. M., H. C., J. L. A. y esencialmente con la narración del testigo presencial, E. R., y el posterior reconocimiento que éste hizo de M. en rueda de personas, el a

quo estableció con certeza la dinámica del hecho juzgado y la participación del acusado en él.

Disentiré con el ataque concerniente al carácter de coautor que el Tribunal fijó sobre la intervención de M. en el evento, pues lo encuentro adecuado. La prueba arrimada al debate demostró que el acusado, luego de golpear con la culata del arma que portaba al compañero de M., R. N. D., junto a otro sujeto que no pudo ser identificado dispararon contra el interfecto en la vía pública.

Es decir, ambos tuvieron el dominio sobre el curso causal del suceso y sus aportes concurrieron a ocasionar el óbito de M., evidenciando una voluntad común dirigida hacia el resultado mortal.

La imposibilidad de individualizar al consorte del acusado no obstó a la determinación precisa de la conducta que aquel desarrolló en el evento y su grado de participación en el injusto, siendo el testimonio de R. claro, preciso y contundente para determinar tal circunstancia.

Por lo expuesto, también descartaré este agravio.

IX) En resolución, la sentencia impugnada guarda relación de coherencia entre sus partes. En ella se han unido unas con otras, en adecuada conexión, desde el aspecto jurídico. El fallo cuenta con una motivación suficiente por parte de cada uno de los jueces que lo compusieron. Ellos

han seguido una actividad lógica y consecuente con cada una de sus posiciones.

El pronunciamiento dictado por el Tribunal de Juicio es motivado y derivado del método racional de valoración de la prueba. Ha establecido con certeza la existencia del hecho insimulado y la participación en éste del acusado. Juzgo adecuada la calificación legal efectuada en el fallo.

La mensuración de la condena aplicada por los sentenciantes también es correcta (artículos 12; 19; 29, inciso 3°; 40 y 41 del Código Penal), en tanto cada uno de ellos valoró las circunstancias agravantes y atenuantes sobre la base de lo que quedó probado en la causa (artículos 40 y 41 del Código Penal) y la pena recaída es justa.

De modo que, concuerdo con el Dr. Rebagliatti Russel en rechazar la impugnación deducida por la defensa de don S. M. M., con costas, y la confirmación la decisión dictada por el Tribunal de juicio de la ciudad de Puerto Madryn, integrado por los Dres. Martos, Mallo y Pitcovsky, el día 21 de febrero de 2008, protocolizada bajo el N° 4/08 OFIJUPM.

Así voto.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. El caso bajo examen concierne a la condena aplicada por el Tribunal de Juicio de la ciudad de Puerto Madryn en desmedro de S. M. M., quien fue pasivo de la sanción de doce años de prisión, accesorias legales y costas, en tanto

que fue declarado co-autor material y criminalmente responsable del delito de homicidio simple (art. 79 y 45 del Código Penal)en perjuicio de D. A. M..

Esta persona fue llevada a juicio en relación con los hechos ocurridos el día 28 de Julio de 2007 aproximadamente a las 04:30 hs. en la calle San Martín a la altura de ** de la ciudad de Puerto Madryn, y se le atribuyó que en ese contexto había descendido del vehículo marca Volkswagen Gol en el que transitaba y efectuado al menos dos disparos con un arma de fuego tipo revólver calibre 32 contra el mentado M. impactando uno de ellos en la región supraclavicular derecha, ocasionándole una lesión de la gravedad que produjo el deceso horas más tarde (paráfrasis de la acusación fiscal, reseñada en la sentencia).

Arribó a la Sala por consecuencia de la impugnación extraordinaria (arts. 375 y ss. del CPP)deducida por la señora Defensora de Confianza, quien explayó sus argumentos en el escrito que está añadido desde la hoja número 126 a la 139.

II. Razones de estricta economía me conducen a sustraer de estas líneas una relación acabada del contenido de la sentencia y de los argumentos del recurso.

Me remito, en lo que a ello atañe, a la prolija descripción materializada en los votos

que preceden, completos en ese sentido.

La faena cumplida por mis colegas permiten así penetrar con derechura en el tratamiento de lo que es propio, lo que haré en las líneas que siguen

III. El tema de la Consulta.

Dejo sentado, no sin un ingrediente de porfía, la inveterada opinión sostenida en punto a que ha de ser el pleno de este Superior Tribunal de Justicia y no la Sala Penal quien trate el caso, cuando concurre el instituto de la Consulta apareado a un recurso (arts. 179 inc. 2° de la Constitución Provincial y 377 del C.P.P.(Ley 5478).

Remito a lo que en repetidas ocasiones he referido al respecto.

Desde que el criterio fue presentado al pleno mediante una ponencia que quedó en minoría y expresado, además, en concretos casos (ver precedente "L." y otros de esta Sala) no ha variado y se reitera. Sucede así pues es mi deseo remarcar la posición siempre que, como en el bajo examen, se repiten las circunstancias que la provocaron.

III. Los agravios. La proposición de la Defensa.

1.- Tomaré los ítems del escrito por el que se impugna la sentencia para comenzar la consideración del bajo examen, no sin antes permitirme una breve digresión.

Coincido con el Ministro Panizzi en que el recurso de que se trata es el recurso ordinario del art. 374 del C.P.P. que consagra el instituto del doble conforme y legitima al imputado a reclamar frente a una sentencia adversa.

La circunstancia de que la Sala, mediando la transición, hubiera asumido esa competencia por cuanto no han sido creadas las Cámaras en lo Penal, no varía la naturaleza de las cosas; como tampoco varía el mantenimiento de la capacidad de resolver los recursos extraordinarios previstos por la Ley 5478.

De otro lado es de señalarse que, por dos vertientes, la revisión del caso será amplia.

Una de ellas es la que ha generado el criterio de la Corte Suprema de Justicia en autos "Casal" y otros, en los que se consagró la tesis del esfuerzo máximo de revisión en los supuestos de la decisión condenatoria impugnada.

La otra es la Consulta: instituto que faculta a examinar oficiosamente todo el contenido de la sentencia que aplica pena de la entidad de la que aquí se trata.

Es pues menester, por pares o nones, inspeccionar la sucedida en toda su dimensión.

2.- La parte que impugna se ha quejado de que la prueba por ella pretendida no fue aceptada, como sí lo fue la ofertada por el Ministerio Fiscal.

Ya han centrado mis pares de Sala los

diversos aspectos del discurso y, nuevamente, evito la reiteración.

Lo que no soslayo es afirmar mi coincidencia con la solución que a la queja, pertinaz y turbulenta, han dado los señores Ministros preopinantes.

Es verdad que acorde denuncia el acta de fs. 82/85 y las constancias de registro el Juez Yangüela rechazó la proposición de prueba de la defensa durante la audiencia preliminar. Pero no menos cierto resulta que: a. soslayó la asistente letrado la clara disposición del art. 299 último apartado del C.P.P. que estatuye que la decisión que admite o que rechaza un medio de prueba no vincula al tribunal del debate. b. durante el juicio insistió en la necesidad de que el testigo R. declarara en la audiencia, pero adhirió al resto de la evidencia ofrecida y no se opuso a la incorporación del registro informático que contenía el anticipo que involucraba a aquel órgano. c. la comparecencia del testigo, aceptada por el Tribunal de Juicio, no fue materializada por no lograrse el cometido. d. la parte no concurrió a la audiencia del art. 385 del C.P.P. momento en el cual pudo debatirse, nuevamente, acerca de la producción de medios que hicieran a su causa.

He dicho otrora que el derecho de defensa importa que las partes posean la capacidad de desplegar sus potencias sin interferencias

arbitrarias. Pero la incorrecta administración de ese derecho no puede erguirse como elemento que descalifica un devenir procesal que ha discurrido sin una actuación pro-activa que sustrae lo que hubiera sido útil, considerado ex post.

Y ese es un argumento que echa con tierra la porción del discurso que se considera.

Me preocupa el tramo en que la Defensa denuncia maltrato con incidencia sobre el principio de igualdad.

Se supone que el sistema adversarial permite a cada uno de los "contendientes" presentar su caso con absoluta libertad (arts. 17, 25, 31, 165, 166 entre otros del C.P.P.). Resulta así que una denuncia del talante de la formulada aparece por lo menos extraña, cuando, a los resguardos que el adjetivo impone por vía de revisión, se suma la ausencia de un comportamiento ajeno al sendero procesal por los Jueces que han intervenido en las sucesivas etapas.

La queja que versa sobre el modo en que el Tribunal " a quo" resolvió sobre la nulidad del acto de reconocimiento en rueda de personas, merece también un nones en cuanto a su estimación.

Los Magistrados han dado una respuesta adecuada al planteo que, al respecto, se formuló en el debate y holgarían los conceptos si acaso no resultase imperativo dar razones.

Destaco, a la hora de las definiciones, el

concepto que, con sencillez y precisión, estructuró la Juez Mallo respecto del medio de prueba en crisis y su integración con el testimonio dado por el sujeto que reconoció, antes de hacerlo; pero – y más importante- cuando señaló la naturaleza de aquél en tanto que permite que un testigo identifique a quien vio cometer un delito y no conoce, o valide la percepción acerca de alguien- ocurrida en igual circunstancia- que pudo identificar con ciertos datos que insuficientes en el inicio, cobran mérito pleno después del acto de marras.

3.- No me parece arbitraria, tal como se denuncia, la apreciación de la prueba ocurrida en la sentencia.

Ya he dicho, en oportunidades, que la faena de recrear ideológicamente un hecho pasado implica analizar el todo que las partes presentan y que ha sido legalmente introducido al debate: una tarea de construcción materializada desde la ética profesional que se traduce en análisis metódico, sistemático y honestidad intelectual.

La sana crítica – como técnica- importa precisamente eso: la crítica sana (libre de prejuicios) del material que se produce bajo las reglas de la psicología, la experiencia y la lógica, de suerte tal que las consecuencias sigan a sus causas desde la perspectiva de un observador imparcial; es, precisamente, apego a las reglas enunciadas por que resultan su

contenido en la medida en que el Código Procesal Penal no impone normas generales para la acreditación de algunos hechos delictuosos ni determina abstractamente el valor de las pruebas, sino que deja al juzgador en libertad para admitir todo medio legalmente incorporado que estime útil al esclarecimiento de la verdad, para tamizarla conforme aquellas.

4.- Estos conceptos vienen a cuento pues, bajo el prisma sentado, es correcta la posición del Tribunal de Juicio cuando ha explicado la causa de la convicción que le provocó el testimonio de E. M. R., órgano que presenció el episodio criminal y que, a la par, reconoció a uno de los sujetos agresores.

Luego de escuchar los registros que plasman sus dichos de él, no es factible llegar a otra conclusión que aquella que expusieron los sentenciantes. El discurso vertido por el testigo carece de fisuras internas en su desarrollo (coherencia interna como bien se lo ha calificado en la escrutada) y se corresponde con otras evidencias que no pueden refutarse.

Me explico mejor.

En si mismo, la impresión que el testimonio filmado brinda es de continuidad, de homogeneidad. No se advierte ninguna disociación entre los conceptos que lo constituyen a pesar de la intermediación del interrogador y el profuso despliegue de preguntas de la Defensa.

Puesto en relación con las demás pruebas, la percepción sobre la que versó su deposición ha sido posible (me refiero al contexto modo, tiempo y espacio) y se compadece con los avatares del episodio que dejó estigmas que fueron documentados por la policía en las actas y las ilustraciones que se arrimaron al debate acorde el texto del acta labrada a la sazón, por caso: el vidrio roto en la verdulería, la sangre hallada en las inmediaciones, la camioneta estacionada, los rastros de disparo que esta presentaba cuando fue vista por los policías actuantes.

La testimonial tomada del modo visto no es repugnante al sistema, que acepta cualquier modo de registración de las diligencias, y el reconocimiento en rueda de personas, también filmado, pone un broche asertivo a la imputación que los jueces fijaron del modo en que quedó plasmada.

5.- Creo, por lo que expuse en el punto 3.- que el " a quo" no trasgredió ninguna regla de análisis al ponderar, del modo en que lo hizo, el testimonio de R. D.

He escuchado su deposición de él y mi reflexión se inclina a considerarlo reticente.

Es notable la forma en que dio vueltas hasta aceptar que el imputado lo había golpeado, incluido detalles de esa primera agresión, para reconocer, aún a regañadientes, que M. había

disparado sobre M. y que se movilizaba en un Volkswagen Gol de las características destacadas por R.

No me parece fiable en la completa relación del caso que realizó en la audiencia, de allí la opinión del prólogo.

Por momentos, aún cuando atribuyó los disparos al imputado y afirmó que había otro, su versión es engorrosa, no me parece transparente a la hora de poner en escena al desconocido personaje agresor, y por momentos eludió verter contestaciones precisas, según el interlocutor de que se trataba.

De todas maneras desechar porciones de un relato, que no es el único que refiere a un hecho, no causa mella en la capacidad de construir una idea acerca lo acontecido.

No hay tarifa que mida el valor conviccional de los medios de prueba, tal se ha explicado antes.

6.- En relación con los antecedentes del episodio, en particular el incidente en el bailable "L. F. D.", no hay duda ninguna.

Se tiene, por caso, a la testigo C. M., quien reconoció la discusión entre el imputado y quien acompañaba al muerto por cuanto aquél había intentado "manotear" una campera que le pertenecía a M. o la novia; ella puso en escena a un tercero robusto y a una mujer alta y afirmó que "sacaron" del boliche al amigo y al imputado

y sus acompañantes. Reconoció que, más tarde, el "p." de la entrada le había avisado que a M., a quien conocía, le habían pegado un tiro, conociendo de mentas que el "F." o el "C." había sido el autor. La mujer dijo que el "altercado" había sido cercano a las cuatro de la mañana y que le habían avisado a eso de las seis, sin saber a que hora sucedió la agresión.

De modo coincidente H. C., también empleado de la discoteca, quien reconoció la existencia de "un problemita" entre el imputado y otro muchacho, pues el primero le había señalado que le habían querido robar la campera. Indicó que el presunto ladrón era quien andaba con M. y que el otro se acompañaba de otro muchacho y una chica. Describió a la mujer y al otro: robusto y un poco más bajo. Aludió al coche, que reconoció por cuanto él mismo había participado en la expulsión de los contendientes y conocido del reproche por el hurto.

Señaló que esas personas salieron, subieron al auto y se fueron, y que M. salió después, enterándose por la Policía qué había sucedido más tarde.

Precisó que la salida de M. había ocurrido a eso de las cuatro y media de la mañana y evocó que éste no había participado en la pelea; aclaró que el fallecido salió al rato de haber sido expelido su acompañante, preguntó que había pasado, volvió al lugar a buscar una campera y

abandonó el local definitivamente.

J. L. A., por su lado, también dependiente del "boliche", narró acerca de una pelea entre el indicado M. y otra persona por causa de una campera, que los sacaron, discurrieron un poco, se dieron la mano y el atribuido se marchó en su coche.

Describió a las personas que acompañaban a M., la mujer y un hombre robusto trigueño, quienes se subieron al automóvil.

Reconoció que uno de los protagonistas era el compañero de M., hombre éste que se mantuvo al margen, y ubicó el incidente alrededor de las cuatro de la mañana, enterándose del homicidio a eso de las cinco.

Este compendio extraído de los registro de audio que nutren el legajo bajo inspección resultan, como lo previ en el prólogo, útiles en tres sentidos.

En primer término ubican a los protagonistas en el contexto de tiempo y espacio que embreta al homicidio.

Luego, permite una explicación plausible de las causas del incidente mayor y de su anticipo: la puesta de manos sobre D.; además contribuye a aclarar cuestiones que no son de menor entidad: la relación imputado, automóvil y tercero: el morrudo que también deflagró y está prófugo.

Por último justifica la debilidad del testimonio del testigo D. y refuerza la versión

R., ya ponderada.

IV.- En síntesis: la declaración de hechos formulada por el Tribunal de juicio es la correcta, tal como lo es el juicio de autoría y la calificación legal.

Avalado por los informes de autopsia, la testimonial de los forenses N. y G., de los policías que intervinieron, por los testimonios analizados antes y la prueba documental incorporada al debate, tal se ha visto, hay certeza de que el 28 de Julio del año 2007 en la hora aproximada a las 04:30 de la mañana, D. A. M. fue víctima de disparos con arma de fuego que causaron su muerte horas más tarde. Estos le fueron prodigados por el imputado M. S. M. y un ignoto, en inmediaciones del número ** de la calle San Martín de la ciudad de Puerto Madryn, mientras caminaba en compañía de R. D. quien, poco ha, había sido agredido por uno de aquellos. El fallecido recibió un impacto en la zona de la orquilla external, del lado derecho, en una trayectoria horizontal levemente descendente de adelante hacia atrás y de izquierda a derecha, que le provocó un shock hipovolémico agudo por hemorragia predominantemente interna, en cavidad torácica derecha por lesión directa de la arteria subclavia y parénquima del lóbulo superior del pulmón derecho, a consecuencia de lo que murió.

V.- Esta realidad encuadra en la figura del art. 79 del C.P, tal lo refirieron los

sentenciantes de grado, y el causante es co-autor (art. 45 del C.P.), no advirtiéndose razones que justifiquen el homicidio, ni datos que excluyan la responsabilidad por el hecho o hagan al condenado incapaz de culpabilidad.

La pena, doce años de prisión, ha sido razonablemente estimada, pues se han dado razones ponderadas de su porqué y la expresión de agravios no logra, pese a su pertinacia, ponerla en vilo.

VI. Estas reflexiones –que satisfacen la inspección amplia y los requerimientos de la Consulta- me conducen a coincidir con los señores Ministros preopinantes en la justicia de homologar el fallo en toda la línea, lo que así dejo votado.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

---------- S E N T E N C I A ----------

1°) Declarar improcedente la impugnación interpuesta a fs. 126/39, con costas.

2°) Confirmar la sentencia protocolizada con el número 04/2008, de fs. 106/23.

3°) Protocolícese y notifíquese.

Fdo: R. Russel, Pfleger y Panizi.-