En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 04 días del mes de Febrero del año dos mil nueve, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia bajo la presidencia del señor ministro Jorge Pfleger; integrada con los señores Ministros Alejandro Javier Panizzi y José Luis Pasutti, para dictar sentencia en: *"A., J. E. s/ Homicidio" (Expte. 21.197-Folio 51-T II-A-2007)*.

El orden para la emisión de los votos en el sorteo resultó: Pfleger, Panizzi y Pasutti.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

**I.** Ha venido a consideración de esta Sala la sentencia dictada el 30 de octubre del año 2007 por la Cámara Primera en lo Criminal de la ciudad de Comodoro Rivadavia.

Esa decisión remató en la condena de **J. E. A., F. O. B. y M. F. B.** a la pena de veintitrés años de prisión, accesorias legales y costas del proceso.

Los dos primeros fueron estimados co-autores penalmente responsable del delito de Homicidio Simple y el segundo partícipe necesario en ese delito, todo en relación con la muerte de O. R. A. sucedida el 21 de enero del año 2007, en la localidad de Alto Río Senguer (Arts. 12, 29, inc. 3ro. 45 y 79 del C.P.).

El hecho que fue materia de debate, reseñado en el primer voto y acogido en la sentencia ral se verá, resultó el que de continuo se describe:

*"...M. B., que había sido aprehendido, injustificadamente a su criterio, por agentes de la Policía provincial en esta ciudad (*Comodoro Rivadavia) *tiempo antes del día del hecho (21/1/07), por lo que guardaba un recelo profundo hacia tal Institución, al tomar conocimiento dentro del local bailable "L. D.", ubicado en la localidad de Alto Río Senguer, de la condición de empleado policial de O. A., lo invitó a comer un asado en el camping municipal, para lo cual le propuso ir en busca de carne al finalizar la jornada en el local mencionado, aproximadamente a las 6,00 hs. partiendo de allí en su vehículo Ford Sierra color Blanco, junto a la víctima, su primo F. B., A. y F. Una vez iniciado el trayecto por la ruta provincial nro. 20 (exnacional nro. 40), quedó al descubierto la intención del grupo de hacerse ilegítimamente de un animal ("caponear"), ante lo cual A. se opuso, lo que generó que comenzara una agresión que culminó en una primera instancia con este cayendo del rodado. M. B. alertó allí a los ocupantes del vehículo sobre la condición de Policía de aquel, por lo cual regresaron y lo interceptaron cuando retornaba al pueblo, bajando del auto A., F. B. y F. El primero la emprendió a golpes de puño hasta hacer perder la vertical a la víctima, y una vez en el piso le propinó patadas al igual que F., que le aplicó un puntapié en la cabeza que le provocó un "estertor", quedando "duro". A todo*

*esto M. B. los arengaba a efecto de que continúen con la golpiza. En un determinado momento este y su primo se retiraron en el vehículo y A. le arrojó una piedra de importantes dimensiones a la víctima, para luego retirarse, caminando junto a F. hasta la localidad de Senguer..."*

**II.** Esta decisión llegó al Tribunal por consecuencia de diversas impugnaciones.

Por un lado la atacaron los imputados M. B. y F. B. conjuntamente con sus Abogados Defensores, doctores J. O. R. y O. R. H.

Por el otro la puso en vilo el doctor M. A. C., asistente letrado de J. E. A.

**II. a. Síntesis de los agravios que conciernen a M. y F. B.**

Sintéticamente expuestos aquí los fundamentos dados por estos litigantes fueron los que siguen:

**1) Errónea aplicación de la ley penal sustantiva (art. 372, inc. 2° del CPP).**

Los impugnantes demarcaron ese error en la aplicación de la ley penal de fondo por habérsele adjudicado a M. B., una conducta ilícita, tipificada como participación necesaria del delito de homicidio.

Sostuvieron que para cimentar la calificación legal contra M. B. se tuvieron en cuenta declaraciones de los mismos imputados que resultaban en parte contradictorias y fueron valoradas en forma diferenciadas, las de unos

imputados respecto de las brindadas por otros, en perjuicio de M.

Llamaron la atención sobre los dichos de J. A. cuando en la audiencia declaró que le había pedido a M. B.: "...*que parara el vehículo que él iba a hablar, preguntar (a A.) porqué se tiró si no habíamos hecho nada, porqué nos iba a mandar en cana...";* términos en los que, para los Defensores, se trasluce la intención de ir a conversar con la víctima y no a acometerla, ya que después sobrevino una discusión que desencadenó los hechos posteriores.

En base a esa diferencia en el tratamiento de las distintas versiones de los incusos, sostuvieron que no se había acreditado realmente el aporte causal que le endilgaban al referido M. porque entendieron que: organizar el asado, ir en el vehículo, conducirlo y retornar, no constituyeron aportes dolosos, indispensables y aseguradores para comenzar la ejecución y consumación del hecho ilícito.

**2) Fundamentación insuficiente, contradictoria y arbitraria (art. 372, inc. 3° del CPP).**

En este punto los exponentes sindicaron a la sentencia como una decisión que reflejaba una sostenida posición condenatoria con basamento contradictorio y arbitrario al valorar de manera contradictoria y parcial la prueba oralizada, atentando contra el derecho de defensa, el

principio de inocencia y especialmente desconociendo el beneficio de la duda a favor del imputado, ya que – sostuvieron: "...fracciona, infiere y omite considerar datos probatorios importantes que benefician a los incusos que representamos..."

Centraron el ataque principalmente en la ponderación que el Tribunal de Mérito realizó de los dichos brindados por el imputado F., denunciando una parcialización en perjuicio de sus asistidos por cuanto se tomó en cuenta las coincidencias de F. y el co-imputado A. para adjudicar determinada conducta a F. B. en el devernir del evento criminoso; pero no se consideraron aquellos datos que también A. volcó en su descargo defensista y que jugaban a favor del mencionado B.

Otro punto de la sentencia que señalaron defectuoso y que la convertía en contradictoria y arbitraria resultó el análisis del Preventivo N° 4/07 de la Comisaría de Río –Senguer, que fuera confeccionado por el Jefe de la Seccional Comisario Marinao y que refleja los datos inmediatos recogidos en los primeros instantes de la investigación. Disintieron con la ponderación del contenido del acta realizado por los miembros del Tribunal, en cuanto refería a lo declarado en el primer momento por F., por considerar que la primera declaración es la que más se acerca a la verdad de lo ocurrido y no las posteriores, como

así lo entendieron los Jueces de la "a-quo".

Bajo este subtítulo, los recurrentes pusieron de manifiesto otro hito que formaba parte de la contradicción, fraccionamiento y parcialidad en la valoración de la prueba: particularmente la evaluación de los informes médicos colectados en la causa.

Se refirieron específicamente a que el Forense oralizó que uno solo fue el golpe letal y la víctima lo recibió en la cabeza del lado izquierdo.

Empero, estimaron que la decisión en crisis se apartó de los datos brindados por los profesionales médicos y que los Jueces se basaron *"... en su interno y subjetivo entender, sin referencia alguna de naturaleza o carácter relativa a la ciencia...Es decir toman esta posición que se revela más gravosa, dejando de lado la posición más favorable, al no observar las reglas de los conocimientos científicos..."*

**3) La no valoración de Prueba decisiva (art. 372, inc. 5° C.P.P)**

Aquí criticaron la falta de valoración probatoria, cuando no se analizó la interpretación del "b." sobre los rastros del lugar del hecho constrapuestos con la posición asumida por sus defendidos, a la que debió sumarse la de J. A.

Pusieron de relieve que el b. siempre se refirió a huellas de "zapatillas", lo que debió

jugar a favor de F. B. ya que el único testigo J. F. describió al "P." B. vistiendo "zapatos"; restándole valor a la prueba obtenida por personal policial mediante un baquiano sin que se hubiera recogido muestras de las huellas aludidas para poder posteriormente cotejarlas y peritarlas, como así también las huellas dejadas por el automotor en cuestión.

**4) Violación al principio de congruencia (art. 372, inc. 6°).**

Bajo este acápite los recurrentes criticaron la sentencia porque consideraron que los Jueces mutaron la imputación, de instigación a la de participación, en el homicidio que le endilgaron a M. B.

Sostuvieron que ambas calificaciones constituyen hechos diametralmente opuestos ya que el instigador crea en el instigado la decisión de cometer un delito determinado sin tener ninguna intervención en la etapa de su ejecución careciendo de dominio del hecho, a la inversa de lo que ocurre con la participación.

Afirmaron que de ello se derivaba un contenido fáctico diferente ya que el instigador opera de manera previa al de la ejecución del ilícito.

**5**) Supuestos que autorizan la revisión de la sentencia.

En este tópico los impugnantes sostuvieron que existía la causal prevista en el artículo 372

inciso 8° del C.P.P., ya que la decisión judicial se fundaba en prueba testimonial cuya falsedad era evidente.

Con cita del artículo 389 inciso 2° del Código Rituario criticaron la versión otorgada por F. y en una profusa enumeración señalaron las partes de su testimonio que consideraban falaces.

**6)** Procedimiento defectuoso.

Bajo este título denunciaron que la "a-quo" no había cumplido con la manda procesal que imponía llevar a cabo el juicio en dos partes en virtud del instituto denominado cesura del juicio penal o debate bifásico.

Sostuvieron que tal procedimiento había sido omitido, no siendo óbice que las partes no lo hubieran solicitado ya que mal podrían haberlo hecho atendiendo a que el delito imputado en la acusación no era de los de penas divisible, pero si lo era el encuadre jurídico escogido por el Tribunal Colegiado.

Entendieron que los Jueces se debieron limitar a emitir juicio sobre la existencia del hecho, su calificación y responsabilidad del acusado, y con ello pasar a la segunda fase del juicio: la individualización de la pena, asegurando el derecho de defensa y la posibilidad de proponer pruebas.

Culminaron peticionando la revocación de la sentencia en crisis y la absolución de sus

defendidos M. y F. B.

**II. b. Síntesis de los agravios.**

El doctor M. Á. C., abogado defensor de J. E. A., formalizó su expresión de agravios en el escrito que está en las hojas números 377 a 383.

El abogado denunció, en primer lugar, una violación del principio acusatorio ya que -sostuvo- mientras el régimen procesal penal vigente imponía que los jueces sean imparciales y ajenos al proceso, debiendo atenerse a las versiones propuestas por las partes, los jueces del caso no respetaron los hechos que fueron materia de acusación.

Afirmó que el primer voto fue el único que indicó cual fue la acusación pública y privada, pero que, sin embargo, no se sometió al límite de la acusación tal como fue planteada y alteró la versión de los hechos indicados en la misma.

Criticó a los restantes ponentes porque se limitaron a transcribir parte de los testimonios, en especial el de F., sin antes establecer cuales serían los hechos de la imputación.

Advirtió que, además de ese defecto, los jueces de la "a-quo" tampoco consideraron la versión indicada por la Defensa, construyendo una nueva, por ellos establecida.

Afirmó que, según la acusación, lo que llevó a la muerte a A. fue el profundo recelo de M. B. por la institución policial; y que si no se pudo acreditar ese extremo, tal como los Magistrados

así lo indicaron, no debieron avanzar en una condena tal como sucedió.

Con relación al dolo de homicidio sostuvo que mientras el autor del primer voto pretendió tener por acreditado ese extremo en escuetos tres párrafos, ninguno de los restantes miembros del Tribunal trató la cuestión, y ello es un motivo suficiente para nulificar el fallo recurrido.

Consideró, C., que el doctor P. solo se limitó a analizar el aspecto subjetivo del agravante del inciso 8° del artículo 80 del C.P., para sostener su rechazo, y como si de ello surgiera un efecto residual, tener por probado el dolo de la figura básica.

En otro apartado de su escrito de impugnación el Defensor denunció que se había violado, en el curso del procedimiento, el artículo 215 del Código Procesal Penal, y señaló las irregularidades en las que había incurrido personal policial en los primeros pasos de la investigación, perdiendo totalmente el rumbo de aquella.

También cargó las tintas respecto del trato diferencial privilegiado que se le había brindado al testigo de cargo F., llegando a ser –sostuvo- un *"...testigo estrella mimado de la Fiscalía..."*

Por último, atacó el quantum de la pena discernida por considerarla excesiva y no fundamentada legalmente.

Indicó que pese a enunciar los puntos atenuantes, esas circunstancias no fueron tenidas en cuenta y ello se refleja en el monto de la pena aplicada, ya que casi la máxima prevista para el delito que le achacaban.

Ofreció como prueba: el audio de la acusación tanto pública como privada y la declaración de M. y F.; el video de la reconstrucción del hecho y el acta N° 04/07 que diera comienzo al proceso.

Culminó haciendo reserva del Caso Federal y postulando la anulación de la sentencia.

**III.** A fs. 388/389 vta y 390/393, el Procurador Fiscal, doctor R. A. C. contestó el emplazamiento del Tribunal Colegiado.

**IV.** A fs. 432/434 vta. luce acta de la audiencia que tuvo lugar en esta instancia el día 17 de abril del corriente año, oportunidad en la que los Defensores impugnantes, el dtor J. O. R., O. R. H. y M. Á. C., ratificaron los motivos de sus recursos.

**V.** En primer lugar, en atención al monto de pena impuesto en la sentencia, ceñido por las limitaciones que en algunos aspectos que se verán posee la consulta (la prohibición de empeorar la situación del imputado) andaré en la solución del caso, que merece, ante todo, una breve digresión acerca de su trámite.

Soy de opinión, consecuente con la emitida en cada ocasión en que la situación fuera

planteada y materia de una breve memoria presentada a cada uno de los Ministros de este Tribunal a la que me remito, que en los supuestos en que concurra el recurso de parte y el procedimiento de consulta la situación debe atenderse por el pleno.

Así he dicho- y sin perjuicio de la remisión- pondré nuevamente sobre el tapete mi punto de vista al respecto, sucintamente esta vez.

Sostengo que literalmente interpretado, el art. 179 punto 2° de la Constitución no parece dar lugar a dudas en punto a la tesis que yergo.

La atribución de tratar a la consulta lo es al pleno, según mi inteligencia acerca de la norma y como tal, debe entenderse el número completo de miembros del Superior Tribunal que, otra vez desde una perspectiva literal, la propia Constitución establece en no menos de tres y no más de seis, consagrando el vocablo "pleno" aún cuando previera la división en salas.

Si al solo fin explicativo construyéramos el precepto constitucional del caso bajo el modo de composición del Tribunal hoy, éste prescribiría que: los seis miembros del Superior Tribunal conocen y resuelven, sin sustanciación, en las causas criminales en las que se prive de libertad por más de diez años.

En clave sistemática, la Ley reglamentaria vigente ( el Código de Procedimientos en lo

Criminal del Chubut) confirma, a mi entender, esa conclusión, también considerada la letra de su texto que no admite ir más allá de lo estrictamente lingüístico.

El digesto es claro al respecto pues: a. da un sitio especial a la Consulta, art. 391. b. reconoce su autonomía cuando estatuye que resulta indiferente la actividad impugnativa de las partes. c. postula la inexistencia de limitación alguna en cuanto a la amplitud del conocimiento y el alcance de la resolución, salvo la "reformatio in peius", exista o no impugnación de partes d. prescribe que: d.1 si no existe impugnación de parte el Superior Tribunal dicta sentencia sin más trámite ( sin sustanciación ) d. 2 cuando co-exista impugnación de parte se aplica, en lo que concierne, el procedimiento del recurso.

Luego, si la sentencia arriba por consecuencia del recurso de casación y se trata de caso en el que se ha aplicado una pena privativa de libertad, se sustancia el recurso tal lo prevé el Código y se resuelve por el pleno.

No debe olvidarse que en el trámite de la casación, la norma manda a que, en el proceso de decisión, los jueces de la audiencia, una vez finalizada, pasen a deliberar y- con posterioridad al sorteo- dicten sentencia (art. 427 del C.P.P. - Ley 3155).

Volveré más tarde a considerar el alcance o la extensión del tratamiento cuando cohabitan recurso y consulta; ahora someteré el supuesto a otro sistema analítico para verificar su corrección lógica y evitar el error de juicio, en lo posible.

Desde una perspectiva progresiva ( y aún cuando deba aceptarse que la reglamentación no pueda alterar la esencia constitucional) se tiene que el codificador del porvenir procesal ha mantenido la norma del código adjetivo vigente sin hacer modificaciones. Fluye claramente la intención de dejar al instituto en su actual dimensión tanto en lo formal- funcional cuanto en la extensión.

Mirado desde una óptica "pro homine", una manera de ver las cosas que favorece con intensidad la vigencia de los derechos humanos, es mi opinión que se re-asegura ( garantiza) la más eficaz protección para los casos graves con el examen del caso por seis antes que por tres jueces, justificando la existencia del instituto, que el reformador constituyente del ´94 mantiene virtual, como lo comentara antes.

La división del Superior Tribunal en salas es, a mi juicio, un mero recurso o mecanismo de distribución de tareas que no puede erguirse para sustraer a los miembros del Cuerpo de la competencia adjudicada constitucionalmente, tanto y más cuanto el pensamiento esbozado al principio

resiste el análisis desde diversos puntos de mira.

Estas consideraciones resultan coherentes con opinión anterior de este Cuerpo que brindara al instituto un lugar privilegiado pues, cuando el conocimiento de un asunto sobrevino a la deducción de un recurso de casación y a la par existían las condiciones de operabilidad de la consulta, se dio prioridad al tramite de la segunda.

El criterio que se sostuvo fue el siguiente: "...Si bien la defensa interpuso recurso de casación (...) éste Tribunal, dada la pena impuesta, imprimió al presente el trámite previsto por el art. 171 de la Constitución Provincial y art. 23 del decreto ley 1386, en razón de que las mencionadas normas acuerdan mayor jurisdicción para resolver el caso en beneficio del procesado..." ( ver causa "A., H. G. s/ violación y corrupción" voto del doctor Schettino).

Volveré a la letra constitucional. Los vocablos conoce y resuelve con que el constituyente prodiga la capacidad a este Cuerpo envuelven la idea de examen y decisión; la locución causas criminales extiende el sentido de aquella tarea a todo cuanto envuelva al caso y, me atrevo a señalar, con la sola limitación de lo que resulte de la inmediación de los jueces del juicio oral y público en relación con la

prueba.

Creo que, en este sentido, la consulta viene a tener una vinculación simbiótica con la casación en términos de "Casal", con la diferencia que, vuelvo insistir, carecerá de las limitaciones que impongan los recursos, por que el interés trascenderá al de la parte en la medida en que prevalecerá el del imputado.

La limitación de la "reformatio in peius" es otro vallado que impedirá empeorar la situación del atribuido a pesar de la amplitud del examen; un comentario que es de perogrullo por cuanto está específicamente previsto en la ley reglamentaria, como se ha visto.

Estas consideraciones, estimo, son útiles para aventar cualquier óbice que pudiera hacerse al instituto en relación con lo que se viene tratando, pues queda claro que la pena sólo cumple la función habilitante, pero no es la que condiciona la intensidad del examen.

No debe perderse de vista que el art. 391 de C.P.P. (Ley 3155) utiliza la expresión "...conocerá del proceso..." lo que habla a las claras que el análisis podrá involucrar tanto a los hechos cuanto al derecho, en todos sus aspectos, con los contornos expuestos anteriormente. Creo que una recta inteligencia de la norma constitucional y de la locución usada en el digesto adjetivo conduce identificar ( a considerar sinónimos) "causa criminal" y

"proceso".

No creo que pueda desdoblarse el tratamiento de las cuestiones de hecho y derecho (formal o sustancial) y la pena tal se ha esbozado en el pleno, sin riesgo de trasgresión o inobservancia de expresas normas legales.

Significaría romper la lógica del discurso-fundado en el sistema legal- si se aceptara la virtualidad del instituto y la forma de realizarlo y se le recortara limitándolo al tratamiento de la cuantía de la sanción impuesta.

No debe olvidarse que dentro del régimen de nulidades, las de orden general refieren al nombramiento, capacidad y constitución del Tribunal( art. 149 inc. 1° del C.P.P.) de suerte que cualquier ponderación que se formule debe precaverse de incurrir en el precitado defecto, por la grave sanción que apareja.

Por estas razones que he esbozado los más brevemente posible soy del criterio de que en los casos en que una sentencia aplique una pena superior a los diez años y sea recurrida en casación, el tratamiento de la cuestión, más allá del trámite del recurso, debe aplicarse el procedimiento decisorio reservado a la consulta por el pleno, con los alcances que se han delineado en esta memoria.

Va de suyo que el mismo criterio, por efecto extensivo, ha de seguirse cuando se trata de múltiples imputados y sólo uno de ellos haya sido

sancionado con una pena que motive la aplicación del procedimiento de consulta.

**VI.** En segundo término, teniendo en cuenta que los agraviados han sometido a escrutinio cuestiones que envuelven la apreciación de la prueba y la manera de formular el discurso de justificación de una condena, me remitiré -otra vez- a lo que profusamente he tratado en causas en que se plantean similares problemas en los que orbita los tópicos de la verdad, la certeza y la sana crítica, y, por añadidura, la arbitrariedad por ausencia de motivación.

He de ratificar cada uno de aquellos conceptos, dejando sentada la idea que la tarea del Juez implica la reconstrucción histórica de un hecho y que sólo puede materializar mediante el ejercicio de la razón crítica, apreciando el todo que las partes le presentan con agudeza, con método, con honestidad intelectual.

Por eso es correcto el proceder de los sentenciantes si, en la decisión han predicado certeza luego de un proceso de evaluación de la evidencia realizado con apego a las reglas de la sana crítica, fundando debidamente el relato que traduce la opinión.

**VII.** Bajo estos parámetros, iniciaré el examen del caso y, al respecto, anticiparé la opinión a la que he arribado después de escrutar la sentencia que se inspecciona y que remata en la solución que propondré a los señores colegas

de sala.

Creo, por lo que señalaré en los renglones que ocupará mi trabajo al respecto, que las críticas que se le han formulado al fallo resultan inmerecidas, en ciertos aspectos.

Esta, la sentencia, no se ha apartado de las formas prescriptas en lo que atañe a la plana fáctica del debate, está debidamente motivada, la prueba ha sido correctamente analizada, el juicio que vincula los hechos con los condenados es ajustado a derecho y la calificación jurídica inobjetable.

Sin embargo coincidiré con los impugnantes en cuanto a la irregularidad que constituyó la realización del juicio sin la cesura que impone el artículo 304 del Código Procesal Penal.

Explicaré esta propuesta de solución teniendo en consideración los puntos objetados por los impugnantes, cambiando el orden en que fueran presentados para un mejor tratamiento.

Ellos son los siguientes:

1. violación del principio de congruencia y del principio acusatorio
2. Fundamentación insuficiente y arbitraria. No valoración de la prueba decisiva
3. Errónea aplicación de la ley penal
4. Violación del artículo 304 del C.P.P.
5. Violación de las pautas mensurativas de los articulos 40 y 41 del Código Penal.

Veamos.

**1. Violación del principio de congruencia y del principio acusatorio.**

Luego de efectuar una detenida lectura de la plataforma fáctica contenida en la acusación y de cotejarla con el objeto procesal construido en la sentencia en crisis, he arribado a la convicción de que no se ha trasegado el principio de congruencia, según lo han denunciado los Defensores.

Aquellos, fundamentaron su protesta en el cambio del marco legal que contenía la acusación respecto de M. B. quién, sindicado de "instigador" por la Fiscalía, fue determinado "participe necesario" en el delito que se consideró probado, actitud intelectual que – a sus dichos de ellos- perjudicó los derechos del atribuido.

Veamos.

Aclararé de inicio, y lo explicaré en otro tramo de este decisorio, que la cuestión que atiende a la congruencia se vincula primordialmente con lo fáctico, aún cuando una calificación más gravosa de esa plana pueda discutirse en el mismo nivel (art. 332 del C.P.P, Ley 5478).

Por consecuencia de ello, los Jueces han de fallar acorde el cuadro demarcado por la demanda acusatoria, sea originaria, sea ampliada por circunstancias sobrevivientes en el debate.

En el caso, y analizada la sentencia en su

integridad, tengo para mí que, en rigor de verdad, la variación que se denuncia sólo afectó la calificación legal del caso propuesta por la Fiscalía y poseyó razón, como bien lo explicaron los jueces, en la interpretación de la prueba que les permitió reconstruir intelectualmente el hecho sucedido. Descartado por ellos que el terceto condenado montó en el auto e invitó al occiso respondiendo al plan de matarlo, pre-concebido por el propósito retaliativo de M. B. en contra de la Policía, los Jueces fueron armando la secuencia de hechos y deslindaron la conducta de cada uno.

No lo hicieron de modo arbitrario sino correlacionando la declaración del testigo F., las evidencias objetivas dejadas por el crimen, el testimonio del forense y la interrogación a un número de testigos, amén de la consideración a las declaraciones de los imputados.

De todas maneras, la palabra instigación no fue utilizada en el relato que efectuó el fiscal en la Acusación, que, como bien puede leerse en el texto reproducido en la sentencia refirió a que: "...a todo esto M. B. los arengaba a efecto de que continúen en la golpiza...".

Me permito destacar que el doctor M., de manera inobjetable evocó en el prólogo de su ponencia los términos de la acusación y en el último párrafo dejó escrito que: "...Así, M. B. sería el "ideólogo" de la empresa, generador de

las condiciones propicias a fin de acabar con la vida del Policía A., precisamente en virtud de su condición de revista...".

En este tren de ideas apunto a que los Jueces decodificaron jurídicamente la conducta del que ocupa de modo diferente a la forma en que lo hiciera el acusador público. Vale decir, a un hecho específico real acorde los límites de los discutidos le correspondieron un hecho hipotético legal diferente. E hicieron lo adecuado.

La modificación a la que alude la Defensa Técnica tuvo lugar en el tratamiento de la calificación legal y en nada varió –como vengo diciendo- la base del juicio.

Ello ha quedado explicado suficientemente en la sentencia cuando en forma expresa, contestando a la segunda cuestión, se dijo: "*...I.- Tipifico las conductas de F. B. y J. A. como constitutivas del delito de Homicidio simple, en calidad de co-autoría (arts. 79 y 45 del CP). Ellos fueron quienes golpearon a la víctima, impactos que, en su conjunto, provocaron su muerte, de una forma, con un despliegue de violencia y en una posición el difunto tal, que no podían ignorar, al menos, que el resultado muerte podía producirse. M. B. armó la excursión en busca de carne, condujo a todos por la ruta, regresó al comando del rodado para interceptar a A., permitiendo que sus agresores le dieran alcance y lo golpeara, acción que*

*compartía desde su rol en el hecho y sus expresiones. Por todo ello le cabe responsabilidad como partícipe necesario (art. 45). Se ha intentado considerarlo como inductor del hecho pero su intervención no puede catalogarse de tal manera ya sea por la determinación propia de B. y A. a la cual he hecho referencia a los efectos de desplegar la acción por la que hemos de responsabilizarlos ya por que la decisión antijurídica responde más a un criterio de confluencia de voluntades que a la determinación provocada por una a las restantes (Donna, Edgardo Alberto, "Autoría y la participación Criminal ", pag. 126 y ssgtes., Edt. Rubinzal Culzoni)* (del primer voto, el del Magistrado M. con quien coincido plenamente).

Por otro lado, y sin el propósito de resultar reiterativo, marco nuevamente que fluye del texto que se inspecciona que la conducta recogida por los jueces como verdadera no fue intempestiva.

Los hechos captados fueron parte de la hipótesis que, ventilada, se comunicó a los imputados en el curso del juicio de modo completo, habilitándoles – a ellos mismos y a la defensa- la posibilidad de realizar una contra-argumentación plena, aventando el peligro de una sorpresa que pudiera constituir lesión al derecho de defensa en juicio.

Y el término sorpresa es lo gravitante a la

hora de ponderar este fenómeno procesal de la congruencia.

En causa "L.", fallada por esta Sala, al opinar sobre el tema deje sentado que, a mi parecer, debía existir entre la plataforma fáctica presentada por el Ministerio Fiscal y la sentencia definitiva, dije que no había disvalor procesal en que se hubiera constreñido la base de hechos de la imputación, lo que resultaba posible si así sobrevenía del debate y de la deliberación ulterior, sencillamente por que no causaba gravamen alguno. Empero, advertí, que lo grave- y sancionable- habría sido expandir el aspecto atinente a los hechos sin que se dieran las previsiones del Código Procesal, por que ello vulneraba, sin dudas, el derecho a defenderse que posee el imputado.

Sostuve, en el caso que cito, que el principio de congruencia importa que el fallo se expida sobre el hecho y las circunstancias contenidas en la acusación que han sido debidamente intimadas y sobre las que –básicamente- tuvo ocasión de ser oído el atribuido, lo que implica vedar que aquél se extienda a hechos no contenidos en el proceso que garantiza el derecho a audiencia, sintetizado en la regla de correlación entre la acusación y la sentencia (claramente, al respecto, Julio B. Maier en su "Derecho Procesal Penal" T I. Pág. 568).

Referí, en el precedente de que se trata, a la cita con la que el autor mencionado consignaba la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando exponía: "...La Corte Suprema Nacional, en sus sentencias, parece requerir, como condición para casar el fallo, no solo la indicación puntual del elemento sorpresivo que se incluye en él, sino también las defensas concretas que se hubieran opuesto de no mediar la sorpresa y, en especial, los medios de prueba omitidos por esa circunstancia..." y tal situación no ha sucedido en autos.

La opinión dada es consecuente con la postura que asumí y asumo en relación con el principio que ocupa traducido en la relación inescindible que debe existir entre los aspectos fácticos de la acusación, el objeto del debate y la sentencia, atadas por las circunstancias de tiempo, modo y lugar que aquella, la primera, establece. Esto asegura al imputado el ejercicio real y efectivo del derecho a defenderse materialmente durante el proceso (art. 18 CN, 8 de la CADH y 14 del PIDCP, art. 75 inc. 22 CN y art. 44 C.P.Ch) que envuelve la circunstancia de no ser sorprendido por lo que no espera: que el Juez se pronuncie acerca de un hecho sobre el que no ha podido confrontar o controvertir, ni aún ofrecer prueba.

En síntesis. No hubo, en el caso, sorpresas para la Defensa Técnica, ni para los incusos.

Como se puede apreciar en la sentencia, el hecho no ha mutado ya que en el curso del debate oral se puso énfasis en la circunstancia atinente al conocimiento previo que tenía M. B. respecto del empleo de la víctima y en dilucidar si realmente existió o un un plan para vengarse por cuestiones personales pasadas, arribándose a la convicción de que, por el contrario, como los Jueces estimaron demostrado en el juicio, el tema acerca de la condición de policía del occiso no gravitó ex ante el viaje, sino que surgió cuando los acontecimientos se precipitaron a partir del develamiento de que la carne para el asado no iba a ser comprada sino obtenida de modo espurio.

Así, estimo que deberá rechazarse este argumento.

**2. Fundamentación insuficiente y arbitraria. No valoración de la prueba decisiva.**

El ataque realizado por las partes impugnantes bajo este título se basó principalmente en la importancia y nota de verosimilitud que le otorgó el Tribunal de Mérito a la versión brindada por el testigo F. en desmedro de las ofrecidas por los imputados.

Sin embargo, luego de examinar las pruebas relacionadas por los Jueces, debo concluir en que la decisión condenatoria ha sido mesurada y se encuentra avalada por las comprobaciones cargosas colectadas en el juicio.

Explico.

La afirmación sobre la cual se movilizaron los esfuerzos recursivos en lo que hace a este punto, se encuentra sintetizada en el siguiente párrafo: "... *Toda prueba debe ponderarse con racionalidad y reconocer una fundamentación suficiente y completa de todos los elementos convictivos y que en el juicio de credibilidad se analice no solo la información producida por el testigo, sino también las condiciones de la fuente informativa que debe exhibir un total desinterés en el caso y no, como en el presente, que se acuerda particular relevancia a un testigo que se viene calificando de "singular" y sin atender para nada a otros elementos que contradicen sus afirmaciones y lo desmerecen..."*

Sobre el punto creo que la "a-quo" realizó una ponderación de toda la prueba en su conjunto y dio detalles de los motivos que la condujeron a darle entidad de verdadera a la versión de F. y de falaz a la de los imputados, en ciertos aspectos cruciales.

Partiendo de admitir la presencia de A. y F. B. de pie golpeando a A. mientras se encontraba en el suelo, en el lugar donde fue ultimado, y de M. en el puesto de manejo del Ford Sierra en el que se conducían esperando a pocos metros de distancia, debieron emprender la tarea de establecer como sucedieron los hechos que culminaron con la muerte del damnificado.

En ese camino los Jueces se percataron de

que las explicaciones dadas por los imputados no sólo se contradecían entre sí y con lo que había contado F., sino que, además, no podían explicar razonablemente lo ocurrido en distintos momentos previos al desenlace fatal.

Me refiero específicamente a los motivos por los cuales A. se arrojo del vehículo. Tanto A. como los primos B. dijeron que no sabían porque lo había hecho, buscando mostrar la apariencia de una decisión absurda y sólo producto de un estado de embriaguez que era común a todos los ocupantes del Sierra.

Por el contrario, F. explicó con detalles en el curso de la reconstrucción llevada a cabo el debate oral (imágenes captadas en el video adjunto) qué sucedió en el automóvil en cuestión y culminó con la caída de A. mientras el rodado se encontraba en movimiento.

Al respecto sostuvo que este último fue atacado ferozmente por A. quien, sujetándolo por el cuello con su brazo derecho, lo golpeó repetidas veces con su puño izquierdo; mientras F. B., que se encontraba arrodillado en el asiento delantero izquierdo apoyado en el respaldar y mirando hacia atrás, también le propinaba golpes con su puño derecho. El testigo afirmó que en el ínterin, luego de someterlo a la referida golpiza, A. abrió la puerta trasera derecha de su lado y A. lo empujó con sus dos manos hasta expulsarlo del vehículo.

Esta versión resulta creíble porque muestra el encono que se había suscitado contra A. y se relaciona en forma lógica con lo ocurrido a posteriori de la caída.

Otra parte del testimonio de F. que aparece como sincero es el lugar donde se ubicó al descender del auto una vez que alcanzaron a A. El hombre dijo que se mantuvo atrás del vehículo mirando desde varios metros cómo A. y F. B. golpeaban a la víctima. Esta versión coincide con la otorgada -en ese punto- por los primos B., ya que ninguno de estos lo describieron en actitud agresora contra A.

¿Porque habrían de mentir al respecto los primos B.? En cambio, es fácil encontrar la motivación de A. cuando sostuvo en forma mendaz que F. participó en la agresión, ya que era una forma de diluir su propia responsabilidad, incluyendo a alguien que lo había señalado como responsable –ante la justicia- del resultado dañoso.

Por otra parte, hay elementos en la versión de descargo de quienes sostuvieron lo contrario a F., que caen por su propio peso ante lo absurdo de la proposición. Me refiero a las razones que dan los imputados para explicar porqué regresaron a buscarlo a A., después que había caminado aproximadamente un kilómetro y, más aún, porqué A. le propinó golpes de puño a modo de arrebato sin razón aparente, derribándolo y continuó con

la golpiza hasta ultimarlo.

No se puede aceptar que lo hicieron sin ningún motivo, ya que no fue una acción solitaria sino una secuencia que se desplegó en el tiempo y en el espacio y estuvo compuesta por numerosas acciones por parte de todos los intervinientes.

De adverso, en los dichos del testigo F. la conducta agresiva hacia A. encuentra una justificación en un discurso lógico y razonable, que indica cómo, desde el comienzo, cuando éste no quiso participar de la "caponeada" que propuso M., y cuando reveló el empleo de aquél y su preocupación de que fuera a denunciarlos si lo dejaban ir, movilizó a los ocupantes del automóvil a golpearlo para impedirlo.

No caben dudas que, en la declaración de F. B., la afirmación de que éste permaneció en el interior del vehículo junto a su primo mientras A. golpeaba a A. fue un esfuerzo para mejorar su situación procesal, que se vió frustrado por la versión que dio el testigo F., concordante, en general, con la otorgada por A.; ya que ambos lo describieron junto al cuerpo de A. propinándole patadas en la zona superior, desde los hombros a la cabeza.

A esta altura cabe resaltar las características propias de cada uno de los individuos que estuvo presente en el hecho, en relación con el peso convictivo que tienen sus versiones, más allá del su ensamble con otros

elementos de cargo.

Y me refiero precisamente a la credibilidad que generaron, en sus interlocutores y en especial en los integrantes del Tribunal Colegiado, la apariencia y el comportamiento procesal de los sospechados y de F.

Refiriéndose a este testigo el autor del primer voto expresó: "... *Las Defensas han pretendido que todo su testimonio es falaz, tanto como los Acusadores le han dado crédito sin reservas. Lo concreto es que en todas las ocasiones mencionadas en que volcó su versión, de las que podemos tener noticia, esta ha sido homogénea, sin perjuicio de alguna diferencia menor que no hace a lo medular de sus expresiones, como el sitio exacto en que M. B. estacionó su rodado cuando alcanzaron a la víctima ya fuera del vehículo...*"

En el segundo voto se dijo: "... *efectuado el control interno sobre sus dichos (*de F.), *en el juicio se apreció que su relato no fue dubitativo, contradictorio o con un discurso premeditado. Por el contrario, a pesar de su limitado lenguaje, se escuchó un testigo firme, coherente, que depuso sin animosidad hacia los imputados, sereno, espontáneo y que dio cabal razón de sus dichos...*"

Con relación a los golpes que ultimaron al occiso las conclusiones del Médico Forense permiten inferir que no fue uno solo, sino que

fueron varios los impactos que por su número, contundencia y lugar donde hicieron blanco causaron la muerte de A. Buena ha resultado la reflexión de la Cámara que enfocó los estigmas desde la pluralidad: el "golpe" de los "golpes" como causa del deceso.

En efecto, el Dr. C. G. entre sus conclusiones describió las lesiones que presentaba el cuerpo de A. enunciando "...***1.*** *Hematoma en rostro, sobre el lado izquierdo, que abarca todo el pómulo y se extiende hasta el pabellón auricular del mismo lado, tiene aproximadamente 5,5 cm. de ancho.* ***2.*** *Hematoma en rostro sobre el lado derecho, que toma la mejilla y se extiende hacia abajo es de aproximadamente 4 cm. de largo, por 2 cm. de ancho.* ***3.*** *Hematoma-Excoriación muy extenso en codo izquierdo, que abarca toda la superficie del mismo y se continua en antebrazo ... omissis..* ***4.*** *Hematoma en cráneo, por encima de pabellón auricular izquierdo de 3 cm. de ancho y 7 cm. de largo. Se extiende en forma perpendicular al eje mayor del cuerpo,* ***5.*** *Herida cortante penetrante en mentón semicircular, producida por un roce contra superficie dura.* ***6.*** *Hematoma-Excoriaciones múltiples en la espalda. Sobre región lumbar derecha e izquierda, Aparentemente fueron producidas por roce contra el suelo...".*

Refiriéndose a las causas del óbito expresó: "*... La muerte de O. R. A. fue producida por*

*varios golpes en el cráneo que produjeron hemorragia cerebral, tanto del tipo subdural, como intraparenquimatosa aguda. Dicha lesión fue producida por varios golpes aplicados con mucha violencia y con un elemento contundente, tipo romo..."*

Este informe que hecha por tierra los argumentos de la Defensa Técnica de F. B. cuando pretendió que las heridas letales no fueron inferidas del lado donde se encontraba su asistido cuando lo golpeó a A., es decir del lado derecho, porque como quedó demostrado los golpes los sufrió tanto del lado derecho de su cabeza como del izquierdo.

De cualquier manera, estimo que la prueba que han citado los Jueces es contundente y la ponderación que realizaron de la misma fue suficiente y legal. Es inobjetable la motivación de la sentencia en tanto se ajusta a las reglas de la sana crítica racional. Y esto es así cuando, como en el caso, la "a-quo" analizó detenidamente todos los elementos de juicio reunidos, haciendo prevalecer el testimonio de A. F., corroborado por otras pruebas, sobre la negativa de los imputados.

Al respecto dos palabras más: el modo en que se "coloca" en el proceso a una persona, sea como testigo o imputado, responde a un acto volitivo del investigados o del Juzgador, que- obvio es- habrá de dar razones a ello.

Las categorías en que pueden embretarse a quienes de una manera u otra orbitan alrededor de un hecho criminal responden a criterios de valoración que si atenidos a las reglas del recto pensar no pueden reprocharse.

Contrariamente a lo que se ha predicado, en el proceso acusatorio los jueces no "optan" secamente por una de las versiones contrapuestas. Valoran las hipótesis contradictorias y construyen – en su intelecto- la realidad pasada.

Esa construcción sobreviene al juego dialéctivo de los opuestos y a escoger en su intelecto la probabilidad prevalecientes que será, procesalmente, certeza.

Por lo expuesto corresponde rechazar también la impugnación en este punto.

**3. Errónea aplicación de la ley penal.**

En este punto, el Defensor de los imputados B., realizó la crítica a la calificación escogida de "partícipe" con la que se lo condenó a M., desde el cuestionamiento a la ponderación que los Jueces realizaron de la prueba de cargo, negando que las cosas hubieran sido como lo declaró el testigo F.

A la cuestión, que no se corresponde con el título, ya la he considerado en el punto anterior. De todas maneras diré, fatigando lo obvio, que de conformidad con la evaluación que realizaron los integrantes de la "a-quo" el hecho se enmarca en forma clara en homicidio simple, y

el endilgue en cabeza de M. B. es correcto en los términos enclavados (la calidad de partícipe necesario).

El estudio dogmático que hicieron los jueces del juicio resulta harto suficiente para homologar este aspecto de la impugnación, pero de todos modos no perderé ocasión para echar unos párrafos al respecto.

Pero voy por partes.

En el caso de A. y F. B., quedó establecido y demostrado que fueron los que golpearon repetidas veces a la víctima, quien se encontraba en la oportunidad en una posición que la hacía vulnerable al ataque de aquellos y, como bien consideraron los Jueces, ante el despliegue de violencia que prodigaron a A., los incusos no podían ignorar que el resultado muerte podía producirse.

Eso, por una parte.

En lo que atañe a M. B. no hallo otra solución jurídica a su intervención en el hecho que aquella que el Tribunal de Juicio estableció.

Se ha demostrado que M. fue quien armó la excursión para conseguir la carne, también fue quien eligió la ruta por la que condujo el vehículo y regresó al comando del rodado, cruzándolo por donde circulaba A., posibilitando de esa forma que sus agresores le dieran alcance y lo golpearan mientras los arengaba desde el rodado para que continuaran con la golpiza.

Dicha colaboración a la producción del evento criminal en manos de los coautores, se ha demostrado que fue esencial en tanto comprendió el aspecto objetivo: el aporte reseñado arriba como conductor del móvil en el que se trasladaban los agresores y, subjetivo o psíquico: la exteriorización a viva voz dirigida a fortalecer los designios criminosos de A. y B. en el curso de la agresión.

Recurriendo a la formula mas utilizada para determinar la importancia del aporte de M. al resultado letal, el de la *conditio sine qua non*, no es posible hesitar en que, suprimida hipotéticamente la colaboración de aquél, el resultado acriminado desaparece.

Pero si aún se pusiera en vilo esa opinión traigo a colación la opinión de N. al respecto.

El maestro (ver Derecho Penal Argentino-Parte General II página 293) enseña que "La del auxilio o cooperación sin los cuales el hecho no habría podido cometerse", es, sin lugar a dudas, una fórmula de no fácil aplicación, que, en sustancia, puede expresarse diciendo que comprende los actos de participación que no constituyendo intervención en la ejecución del hecho significan aportes directos que, en el caso concreto y con arreglo a sus características, resultan posibilitadotes de su consumación tal como se realizó. No es preciso que para alcanzar la categoría de necesario, el aporte se traduzca

en una contribución a la materialidad del delito o a los conocimientos del autor o partícipes; sino que bastan actos psíquicamente decisivos para el autor principal, como la presencia intimidadora que lo decida a la ejecución del delito prometido o actos aseguradores de la consumación del hecho...Esta complicidad puede realizarse en forma de auxilio o cooperación, porque por su eficiencia causal puede apreciarse penalmente sin necesidad de acuerdo del agente con los otros participantes. Por consiguiente, sólo puede ser anterior o simultánea al hecho...".

La claridad conceptual del autor es una herramienta dogmática capital a la hora de interpretar la conducta probada y asienta, ya sin probabilidades de contradicción, la decisión tomada por los que sentenciaron.

Luego, estimo que también esta objeción debe ser rechazada.

**4. Violación del artículo 304 del C.P.P.**

En la cuestión que concierne al juicio de cesura voy a repetir lo sostenido en causas anteriores al respecto.

La cesura del debate ha significado un verdadero progreso legislativo a tono con el avance de la teoría acerca del proceso.

Es así como la Ley vigente manda a fundar el juicio de culpabilidad y a la par estructura el procedimiento para fundamentar la pena,

distinguiendo esas dos fases.

Maier, en su “Derecho Procesal Penal” T I. Fundamentos, Editores del Puerto, página 382, realiza una aguda crítica sobre el modo tradicional en que los Tribunales individualizan las penas y advierte, desde la experiencia, que “...además de abarcar un porcentaje ínfimo de la sentencia, queda librada al más absoluto arbitrio judicial que, sin sujeción a ninguna de las formas rígidas establecidas para reconstruir el hecho y arribar al fallo de culpabilidad, mide la reacción penal que va a aplicar con métodos que carecen de un fundamento racional...” (ver página 382) por tanto, a su parecer, “...resulta imprescindible, por un lado, sujetar la reconstrucción de los hechos a tener en cuenta para individualizar la pena, el debate sobre ellos y la decisión a las mismas pautas de garantía que rigen para el fallo de culpabilidad, y, por el otro, exigir que el fallo sobre la pena reúna las características de objetividad y seriedad que el de culpabilidad, esto es, que sea racionalmente fundado...”.

De esta manera, entonces, deben interpretarse las normas que refieren a la cesura de juicio.

Así, considero que el art. 304 del C.P.P. brinda, al imputado y a su defensor técnico, la posibilidad de ofrecer prueba para que luego del necesario proceso dialéctico los Jueces se

pronuncien.

Se minimiza en el juicio, de esta manera, las consecuencias que puede conllevar en los hechos la disparidad de criterios o, la falta de criterios expresos que existen sobre la determinación de la pena.

Los presupuestos del juicio legal y regular son, como se sabe, proposición acusatoria, defensa, prueba y sentencia; y esas reglas elementales son aplicables, en plenitud, en este nuevo juicio sobre la pena (he utilizado la palabra repetidamente ex professo).

Por lo expuesto estimo que debe prosperar la protesta en el sentido aludido, que ha realizado el Defensor de los imputados B., y declararse la nulidad de la parte volitiva de la sentencia en crisis solo en lo que respecta a la pena impuesta, y devolver la presente causa para que, por medio de un Tribunal competente, se realice el juicio de cesura para la determinación de la pena a aplicar a cada condenado.

**5. Violación de las pautas mensurativas de los articulos 40 y 41 del Código Penal.**

Bajo este título el Defensor de A. denunció que los Jueces del Tribunal de Mérito inobservaron dichas pautas y que, para la fijación del monto de pena que le impusieron a su asistido, consideraron como agravantes circunstancias genéricas y, a pesar de manifestar ciertos atenuantes, ellos no fueron evaluados a

los efectos del decisorio, cuestionando el uso de afirmaciones dogmáticas que no implicaron una derivación razonada del derecho vigente.

Sin embargo, y sin entrar a ponderar la justificación de las afirmaciones del Defensor, estimo que en virtud de la solución dispuesta a los cuestionamientos del punto 4, el tratamiento de este acápite deviene insustancial y, por carecer de virtualidad jurídica, debe ser rechazado.

**Así me expido y voto.**

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I) El minucioso doctor Pfleger, en el primer voto de esta sentencia, dejó establecidos con claridad los motivos de las impugnaciones deducidas por los defensores de los acusados y los hechos que fueron objeto del juicio.

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).

II) El estudio de la resolución impugnada ha resultado muy complejo, ya que se compone de diversos y nutridos elementos, escritos y

resoluciones, además de la cinta de video. Por ello, procuraré ser afable con el lector y, para una mejor interpretación de este voto, seguiré el orden de los agravios que construyó el doctor Pfleger en el anterior. Éstos son: 1°) Infracción a los principios de congruencia y acusatorio; 2°) Insuficiencia de fundamentos, arbitrariedad y omisión de valorar de prueba decisiva; 3°) Errónea aplicación de la ley penal (artículo 372, inc. 2° del Código Procesal Penal); 4°) Transgresión del artículo 304 del Código Procesal Penal y 5°) Violación de las pautas de medida de la pena (artículos 40 y 41 del Código Penal).

III) El agravio concerniente a la trasgresión a los principios de congruencia y acusatorio se basa en que los jueces habrían variado el hecho de la imputación trasladado a M. B. y en el apartamiento de los hechos de las acusaciones pública y privada. El cambio que infringió dichos principios –según las impugnaciones– contiene dos aspectos.

El primero es que se le asignó el carácter de instigador, pero fue considerado partícipe primario, en la sentencia final; lo que, a criterio de la defensa, constituyen hechos diametralmente opuestos.

El segundo, que no se habrían respetado las acusaciones pública y privada por haber recaído la condena por un hecho diverso. Como puede apreciarse, ambas razones están estrechamente

vinculadas, lo que permite un solo tratamiento.

Como se sabe, lo que protege el principio de congruencia emana de la sentencia de condena –en el caso, el acto procesal en el que se habría producido la alteración transgresora– que debe recaer sobre el mismo hecho objeto de acusación, que las defensas debieron conocer y cumplir su cometido sin que las hallaran desprevenidas.

Pero esta protección no incluye la calificación legal. Antes, el límite consiste en el hecho por el que se intimó al imputado en la acusación, del que debía defenderse. En el caso, dicho límite ha sido respetado, de modo que el alegado quebrantamiento no es tal.

No debe perderse de vista que el hecho insimulado –el mismo que los jueces tuvieron por acreditado–, fue intimado a los tres imputados durante el juicio, lo que permitió que ellos ejercieran una defensa cabal, carente de cortapisas, estorbos y sorpresas.

Fue el propio fiscal, el doctor Coronel, quien anotó que a pesar de haberse descartado las agravantes pretendidas por los acusadores público y privado, el fallo bajo examen no ha violado el principio de congruencia (fojas 388 y 392).

Al comienzo del voto antecedente (considerando I) se transcribió el hecho de la acusación, que es, ni más ni menos que el de la condena. Lo que varía, claro, es la calificación legal con respecto al coimputado M. B.

En su sufragio, el doctor Pfleger lo explicó con precisión: "... en el relato del hecho que efectuó el fiscal en la acusación no utilizó en ningún momento la palabra instigación y sólo formuló una descripción de la secuencia que comenzó a la salida del comercio L. D. y culminó con el óbito y abandono del occiso a la vera del camino... La modificación a la que alude la Defensa Técnica tuvo lugar en el tratamiento de la calificación legal y en nada mutó... la base del juicio".

Concuerdo con el doctor Pfleger en que no se dio, en el fallo, un cambio a los términos del hecho objeto del juicio.

Tanto en la acusación como en la sentencia, a M. B. se le reprochó la misma conducta: la de armar la excursión que obtendría la carne para el asado, conducir a todos por un camino alternativo elegido por él y, una vez que A. se arrojó del rodado, regresar para increparlo, permitiendo que los homicidas lo alcanzaran, quienes, al propio tiempo eran alentados por M. B .desde su vehículo. El doctor M. anotó que el nombrado "... sería el ideólogo de la empresa, generador de las condiciones propicias a fin de acabar con la vida del policía A...".

Queda claro que el hecho de la acusación es el mismo de la condena. Los jueces no lo cambiaron mudando ninguno de sus accidentes, sólo varió la calificación legal.

De manera que no se afectaron los principios de congruencia, ni el acusatorio, ni la oportunidad de llevarse a cabo una defensa integral y el agravio –pese a la encomiable labor de los defensores– será rechazado (artículo 18 de la Constitución Nacional, 8° de la CADH y 14 del PIDCP).

IV) Sobre la base del artículo 372, inc. 3° del Código Procesal Penal, las defensas atacaron la sentencia por considerar que carece de motivación suficiente, que es contradictoria y arbitraria.

La queja radica en el crédito que el Tribunal de juicio le asignó a las declaraciones del testigo F. como testimonio de cargo, en detrimento de las pruebas defensivas.

A pesar de ello, los jueces han examinado con rigor esa declaración, la han considerado detenidamente, la han enlazado con el resto de la prueba y anotaron los motivos que los llevaron a tenerla por válida. Cada uno ha discurrido y expresado el orden de ideas para llegar a una misma conclusión. Es decir, dieron razones para probar el hecho del proceso y los motivos en que se apoyaron para considerar eficaz el testimonio de F.

El primer voto, en cuanto a la evaluación de dicha deposición, cuestionada por las defensas, se basta a sí mismo. El doctor M. anotó que "... Aquí no hablamos de un único testimonio

designador de culpabilidad, pues evidencias materiales, la versión de un coimputado y la propia coherencia interna del testimonio referido... avalan el mérito de la cuestionada versión". El juez adoptó como parámetro de interpretación del testimonio cuestionado por la defensa (y explicó la razón de ello) el de tomar ciertas parcelas de sus dichos y desechar otras.

La misma credibilidad le asignó a esas declaraciones la segunda votante, doctora Pettinari (fojas 339 y siguientes), quien expresó pormenorizadamente los fundados motivos que la llevaron a juzgar de ese modo.

Lo propio hizo el doctor Pintos a partir del segundo párrafo que se imprimió a fojas 345.

Los impugnantes también objetaron la valoración que se hizo del Preventivo N° 4/07 de la Comisaría distrito Río Senguer, elaborado por el Jefe de la Seccional, Comisario Marinao. En ella se da cuenta de los datos recogidos durante los primeros momentos de la investigación. Los defensores señalaron que F, allí dijo la verdad y luego, no.

Pero los jueces ponderaron ese instrumento con las fotografías obtenidas en la misma diligencia, con las huellas de calzado encontradas en el lugar del homicidio y con la camisa secuestrada. Por lo demás, estos elementos de prueba se valoraron empalmados con la declaración de F., la cual –como anoté antes– fue

válidamente tenida por eficaz.

Es que los jueces no tuvieron esa prueba –que contendría la irregularidad apuntada por la defensa– como prueba dirimente, sino que, como he escrito antes, ésta fue el testimonio de F. y su conexión con la demás evidencia a la que aludieron los magistrados para fundamentar cada uno de sus votos. Así, la prueba esencial se produjo en el debate, no fuera de él.

En cuanto a la valoración probatoria acerca de la interpretación del baquiano –el testigo J. A. G.– sobre los rastros del lugar del hecho no encuentro que ésta hubiera sido juzgada de manera errónea por los jueces, ya que dieron sobrados fundamentos sobre la conclusión a la que arribaron, por lo que me remito a lo dicho hasta ahora. G., cuando aludió a rastros de zapatillas, se refirió al calzado del interfecto, no al de alguno de los imputados, de modo que el argumento defensivo es ineficaz.

Además, como advirtió, el doctor Pfleger, cuyo voto hago mío, los jueces desentrañaron que las definiciones de los imputados, por un lado, se contradecían entre sí y con la de F.; y por el otro, no lograron explicar razonablemente lo ocurrido en distintos momentos previos al homicidio.

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

V) Otro de los agravios refiere a la cantidad de golpes que acabaron con la vida de A. Las explicaciones del Médico Forense en la audiencia, dan cuenta de que no se trató de uno solo sino de varios.

Al principio de la hoja N° 322, el doctor Montenovo juzgó –con apoyo en el criterio del perito médico, doctor C. G.– que el deceso de A. fue causado por una lesión (hemorragia cerebral parenquimatosa), pero producida por una "multiplicidad" de golpes en el cráneo de la víctima. Al mismo punto llegó la doctora P. (fojas 338 vta.). Conclusión a la que también arribó el doctor Pintos, en su voto (fojas 342 vta., punto II). Lo que reiteró luego, aunque por una reflexión que parece invertir la carga probatoria (fojas 346, 2° párrafo).

El doctor G. dijo que O. R. A. murió como consecuencia de una hemorragia cerebral, tanto del tipo subdural, como intraparenquimatosa aguda, producida por varios golpes en el cráneo aplicados con mucha violencia y con un elemento contundente, tipo romo.

Por todo ello, adhiero al voto del doctor Pfleger, de manera que la impugnación sobre esta materia será rechazada.

VI) Quedó probado que A. y F. B. fueron quienes golpearon a A. –que se encontraba en un estado de indefensión– en reiteradas ocasiones, con comprensión de que el resultado mortal era

factible.

Lo que la defensa reprochó (con refutación de la versión del testigo F.) es la calificación de "partícipe necesario" atribuida a M. B.

En este punto también, concuerdo con la solución a la que arribó el juez que elaboró el voto antecedente. Como se señaló allí, el hecho objeto del proceso subsumen en la figura de homicidio simple, y es acertado el juicio de partícipe necesario de M. B. Es decir, sin su aporte el resultado mortal no se hubiera producido, dado que fue él quien organizó la expedición en busca de carne. Además, dirigió su vehículo al sitio donde estaba A. (luego de que éste se arrojara). Con ello, puso a éste al alcance de sus agresores con conocimiento del peligro que importaba para aquel. Tampoco debe soslayarse la circunstancia de que M. insistió con ahínco en que se intensificara el ataque contra la víctima.

De manera que debe responder como partícipe necesario del homicidio cometido materialmente por su primo y por A., pues puso a disposición de los autores materiales a la víctima, a sabiendas del peligro que ello implicaba (aun cuando desconociera el plan específico de los autores principales).

De ahí, que el agravio será rechazado.

VII) La defensa alegó que la omisión del juicio de cesura –transgresión del artículo 304

del Código Procesal Penal– afectó el derecho de defensa y requirió que directamente se resuelva la absolución de los imputados B.

Sobre esta cuestión concuerdo, una vez más, con el conspicuo doctor Pfleger, mas discrepo de la solución que postuló la defensa.

El artículo 304 del nuevo reglamento de juicio penal establece la división del juicio en dos etapas, en los casos de tribunal colegiado. En la primera, se tratará todo lo concerniente a la existencia del hecho, su calificación, la responsabilidad penal y culpabilidad del acusado. En la segunda, las consecuencias de dicho veredicto, es decir, la pena.

Aciertan los doctores J. O. R. y O. R. P. H: en este juicio sólo se cumplió con una sola etapa, la primera.

Esta división tiene su razón de ser en que debe dotarse a los jueces de mayor conocimiento sobre el instituto de la pena y despojarlos de criterios meramente discrecionales. El juicio de cesura es un verdadero enjuiciamiento y no es lícito privar al imputado de él.

De manera que se acogerá parcialmente el recurso, se declará la nulidad de la sentencia en lo concerniente a la pena de los tres imputados, y se remitirá la causa para que se cumpla con el juicio de cesura a los fines de la imposición de penas, a cada uno de los imputados.

VIII) De acuerdo con lo que ha quedado

establecido en el primer voto y en éste, deviene abstracto el tratamiento de los agravios concernientes al monto de la pena impuesta a los condenados y a la transgresión a los artículos 40 y 41 del Código Penal.

IX) Pese a los argumentos de los recursos, la sentencia atacada, guarda relación de coherencia entre sus partes. Los jueces han unido unas con otras en correcta conexión desde el aspecto jurídico. Al contrario de lo que sostienen las defensas, hallo que el fallo cuenta con una motivación suficiente por parte de cada uno de los jueces que la compusieron. Ellos han seguido una actividad lógica y consecuente con cada una de sus posiciones.

En resolución, el pronunciamiento dictado por la Cámara, es una decisión motivada, derivada del método racional de valoración de la prueba. Ha establecido con certeza la existencia de los hechos insimulados y la participación en ellos de los acusados. Juzgo adecuada la calificación legal efectuada en el fallo y la decisión de la Cámara debe ser confirmada con excepción de lo que se falló acerca de la cesura del juicio.

**Así voto.**

El Juez **José Luis Pasutti** dijo:

I. En atención a lo normado por el último párrafo del artículo 25 del Código Procesal Penal –Ley 5478- procederé a emitir mi sufragio, en el que omitiré toda referencia a los antecedentes

del caso y los agravios esgrimidos por el recurrente, remitiéndome para ello a la síntesis que realizó el Juez Pfleger.

II) En punto a la cantidad de miembros de este Cuerpo que deben conocer en la revisión constitucional denominada consulta por razón de la pena aplicada (artículo 179, inc. 2° de la Constitución de la Provincia del Chubut), remito, como bien lo indica el doctor Panizzi, a lo sentenciado por este Superior Tribunal de Justicia 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) Luego de examinar las cuestiones traídas a revisión por la defensa, adelanto mi posición coincidente con la solución que los magistrados preopinantes dieron al caso.

IV) Siguiendo el orden dado por mis colegas, a fin de facilitar la lectura del fallo, comenzaré respondiendo al punto indicado como *Violación del principio de congruencia y del principio acusatorio*.

La defensa denunció una modificación en el objeto procesal al sostener que la acusación adjudicó el hecho a M. F. B. como instigador y luego la sentencia lo hizo en calidad de partícipe primario.

Esta circunstancia no implica de manera alguna una mutación de la plataforma fáctica,

toda vez que el hecho que conforma el objeto de acusación ha sido descripto en forma ordenada, informándose a los imputados cómo se inició, transcurrió y finalizó el suceso adjudicado.

De esta manera, la participación que en definitiva se le adjudique, surge del propio debate oral y público, en donde los jueces, a la hora de deliberar la calificación jurídica que le corresponde al hecho, evalúa el accionar de cada uno, y decide si la acción debidamente informada a los imputados a lo largo del proceso, lo fue en calidad de autor, partícipe primario, secundario o instigador.

Además, como bien lo sostiene el Juez Pfleger, en la descripción no figura en calidad de qué participo cada uno de los condenados, limitándose a explicar la acción desplegada.

De manera que no ha existido en la sentencia ninguna modificación del hecho que implique una violación al principio de congruencia, manteniéndose intacta la defensa de los sometidos a proceso.

El segundo punto indicado por el juez Pfleger es: *Fundamentación insuficiente y arbitraria; no valoración de la prueba decisiva,* tampoco habrá de tener acogida.

Se centra el ataque de este punto en la valoración que el tribunal hizo del testimonio prestado por F., parcializando las declaraciones de los coimputados para favorecer a la veracidad

de aquél.

También atacan la interpretación que los jueces hicieron del preventivo nro. 4/07 de la comisaría de Río Senguer, ya que le restan importancia a lo dicho por F. en esta oportunidad.

Analizado el tema, advierto que es cierto que existen dos versiones, la del testigo F. y la dada por los imputados, y que el tribunal dio por cierta la aportada por el testigo. Pero esta elección ha sido debidamente fundada.

En este sentido remarcaron que los imputados no supieron dar una explicación de por qué la víctima se arroja del vehículo, mientras que el testigo lo indicó, y este relato es coherente con lo que sucedió después.

Este análisis del testimonio se comparó con el restante material probatorio incorporado al debate, y fue así que el a-quo decidió darle credibilidad y con él logró reconstruir lógica y coherentemente el suceso investigado.

En cuanto a la valoración de los informes médicos, no es cierto lo que indican los defensores, ya que en la audiencia quedó acreditado que la víctima recibió varios golpes.

Entiendo que el análisis que se hizo en los votos no contiene defectos lógicos, y se produjo con apego a las exigencias del sistema imperante: la sana crítica, estableciéndose con certeza la existencia del hecho delictivo y la participación

en el mismo de los imputados.

Siguiendo el orden, paso al tercer punto *Errónea aplicación de la ley penal*.

Vuelve la defensa en este punto a criticar la calidad de partícipe necesario asignada a M. B.

Y el resultado de la revisión en este acápite vuelve a favorecer a la sentencia, ya que han elaborado los jueces la calificación jurídica correspondiente.

Así, tal como quedó el hecho establecido en el fallo, es claro que se trató de un homicidio simple, en donde A. y F. B. fueron los que golpearon a la víctima, mientras que M. B. fue quien condujo el vehículo para dar alcance a A. con el propósito de atacarlo, quedando acreditado el aspecto subjetivo del tipo al incentivar desde el rodado la golpiza efectuada por sus consortes de causa.

De esta manera ha quedado acreditada en forma certera la participación esencial del indicado.

El siguiente punto *Violación del artículo 304 del C.P.P.*, asiste razón a la defensa, y habré también de coincidir con mis colegas de Sala en la solución del caso.

En efecto, la letra de la ley es muy clara cuando establece que el juicio se divide en dos etapas, que tiene objetos procesales diferentes. En la primera se determina la responsabilidad

del sometido a proceso, y culminada esta, con veredicto de culpabilidad, se pasa automáticamente a la segunda, en donde la defensa tiene la posibilidad de ofrecer nueva prueba y debatir sobre la fijación de la pena correspondiente.

En autos esta segunda etapa se ha omitido, afectándose palmariamente el derecho de defensa en juicio.

Siendo ello así, corresponde declarar la nulidad parcial de la sentencia en crisis, en lo que respecta a la imposición de la pena, y devolver al tribunal que corresponda a fin de realizarse el juicio de cesura para determinar la pena que corresponde aplicar a los condenados.

Respecto al último punto, entiendo que por la solución dada al anterior, el tratamiento de esta cuestión deviene abstracta.

**Así voto.**

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente

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

**1°) Hacer lugar** parcialmente a la impugnación de fs. 365/376 vta.

**2°) Rechazar** la impugnación de fs. 377/383, con costas.

**3°) Confirmar** la sentencia en cuanto a la declaración de culpabilidad de J. E. A., F. O. B.

y M. F. B.

**4°) Declarar** la nulidad de la sentencia en lo que respecta a la imposición de pena.

**5°) Devolver** las presentes actuaciones al tribunal que corresponda para que se realice el juicio de cesura.

**6°) Protocolícese** y notifíquese.-

Fdo: R. Pfleger, Panizzi y Pasutti.-