CAUSA: "PROVINCIA DEL CHUBUT c/ A., R. A. A., F. A., E. S." (Carpeta de la Oficina Judicial Esquel NIC N ° 441 Legajo de Investigación Fiscal N ° 3682.

En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, a quince días del mes de diciembre de dos mil diez, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Esquel, el Tribunal integrado por la **Dra. Nelly N. GARCIA**, en su carácter de Presidente, y **los Dres. Víctor A. SARQUIS y Gladis Mónica RODRIGUEZ**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del Art. 385 del CPP, en el marco de la Causa caratulada: "Provincia del Chubut c/ A., R. A.- A., F.- A. E. S.", Carpeta de la Ofícina Judicial Penal N °441, Legajo Fiscal N ° 3682, en la que tuvieron debida participación el **imputado**, **F. A.**, representado por su Defensor técnico, el **Dr. J. C.**, y los imputados **R. A. A. y E. S. A.**, representados por el **Dr. Omar O. LOPEZ. ----**

Y RESULTANDO:

Que el día seis de diciembre del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del Art. 385 del CPP, presidida por la Dra. Nelly N. GARCIA, en la que el Defensor Público, Dr. Omar O. LOPEZ, y el Defensor Particular Dr. J. C., ratificaron los fundamentos de los agravios esgrimidos oportunamente al interponer su impugnación ordinaria, obrantes a fs. 215/221 vta y 224/227 vta, respectivamente, contra la sentencia que dictara el Tribunal Colegiado de esta Circunscripción Judicial, integrado por los Sres. Jueces Penales, Dres. Carina P. Estefanía, Graciela A. Rodríguez y Camilo Pérez, registrada bajo el N ° 1714, Folio 3148/58 Año 2010, que condenara a R. A. A., E. S. A., a cumplir la pena de Quince Años de Prisión, y a F. A., a la pena de Catorce Años de Prisión, accesorias legales y costas, como autores materiales y penalmente responsables de los delitos de Violación de Domicilio en Concurso Real con Homicidio Simple (Art. 12, 19, 29 inc. 3 , 40, 41, 55, 150 y 79 del Código Penal y 239, 240 y 241 del C. P. P), en relación a los hechos ocurridos en la ciudad de Esquel el día 25 de diciembre de 2007, en perjuicio de A. N. M. y F. B. Q..

Analizadas las pretensiones que el representante de la Defensa Pública recurrente plasmó en su escrito impugnatorio, surge que las mismas han sido dirigidas a poner en crísis la sentencia atacada, alegando en primer lugar la errónea fundamentación esgrimida por el Tribunal al momento de imponer la pena, producto de la arbitraria valoración que hicieran de los principios contenidos en los arts. 40 y 41

del Código Penal. Respecto del agravio mencionado, destacó que la interpretación que los Jueces de grado realizaron ha sido violentamente más gravosa para sus asistidos, ya que para mensurar la pena los integrantes del Tribunal han utilizado diferentes criterios para el ingreso a la escala penal, sin tener en cuenta la solución propuesta por la Defensa cual es la de comenzar el análisis de la pena partiendo del mínimo de la escala penal. Destacó que la disparidad de los criterios plasmados en los votos de los Jueces en cuanto a la valoración del injusto para la cuantificación de la pena, y a la vez el análisis similar que éstos hicieron en cuanto a la valoración de atenuantes y agravantes, hace imposible que arribaran a un punto de convergencia, tal como lo han hecho, generando así una sentencia que se torna a todas luces arbitraria y carente de lógica en sus fundamentos.

En segundo lugar, planteó asimismo como materia de agravio, la valoración de los agravantes tenidos en cuenta en la sentencia para la determinación de la pena, como así también la existencia de atenuantes no contemplados por los juzgadores a la luz de los arts. 40 y 41 del Código Penal.

En relación a ello, atacó la doble valoración que efectuaron los Jueces en cuanto a la extensión del daño causado y la pérdida de la vida, y alegó una palmaria violación al principio del "ne bis in idem" que surge del resolutorio en crísis; y destacó como no probadas otras circunstancias que han sido valoradas como agravantes, como la indefensión de la víctima. Por último, destacó que no fue analizada la motivación concreta que llevara a los imputados a la realización del hecho, y destacó que la misma es esencial en el reproche que se pretende formular, agregando que la duda o la inexistencia de dicha motivación, debe ser merituada a favor de sus defendidos.

Agregó a lo mencionado como otro atenuante, el sufrimiento vivido por los imputados, la pérdida del trabajo de ambos, durante el proceso que lleva ya casi tres años, con el consiguiente deterioro económico para ellos y sus familias.

Que todas estas circunstancias y consideraciones no merituadas en la sentencia, han conllevado a errores en la mensuración de la pena, y solicitó se haga lugar a la impugnación interpuesta, a fin que dicho errores sean corregidos a favor de sus asistidos, imponiendo una pena que sea proporcional al injusto reprochado, y requirió la aplicación del mínimo de la escala penal del tipo por el que fueran condenados. Hace reserva de interponer Recurso Extraordínario local y federal.

Asimismo, y conforme surge del escrito de impugnación obrante a fs.224/227vta, el Dr. J. C. en su carácter de Defensor Particular de F. A., dirigió su crítica al fallo recurrido con similares argumentos a los plasmados por la Defensa de los coimputados, dirigiendo en primer lugar sus agravios al punto de partida considerado por el Tribunal de grado para la mensuración de la pena, y destacó en este sentido, que si para el acceso a dicha determinación el mínimo es mas favorable al condenado, ésta debe ser la puerta de ingreso para la ponderación de los atenuantes y agravantes previsto en la norma de los arts. 40 y 41 del Código Penal. Que ésta interpretación es impuesta al juzgador por el principio "pro homine" de raigambre constitucional. En segundo lugar, se quejó el recurrente respecto de la ilegítima agravación de la pena impuesta a su asistido, producto de la doble valoración del tipo delictual impuesto, esto es que no puede ser permitido que aquellas circunstancias que se hallan contenidas en el tipo legal y que han contribuido a codeterminar la magnitud de la pena, puedan volver a ser consideradas en la formación concreta de la medida de la pena, puesto que 1a sanción punitiva se encuentra intrínseca en el mismo delito. Al análisis efectuado, agregó que tampoco puede ser incluido como agravante de la pena el ingreso intempestivo al domicilio de la víctima, ya que dicha ponderación ha sido ya tenida en cuenta al momento de imponer el tipo legal correspondiente al delito de violación de domicilio por el que se lo condenara. Asimismo, efectuó una crítica respecto de la valoración de los agravantes que efectuó el Tribunal, como así también respecto de la errónea aplicación que hicieran los jueces respecto de los antecedentes condenatorios de su asistido, en relación a ésto último, destacó que mas allá de lo dispuesto por la norma del Art. 41 inc. 2 ° en cuanto a las reincidencias y demás condiciones personales, entiende que si éstos son tomados como criterios agravatorios de la condena, se cae inexorablemente en la doble imposición, proponiendo que dichas circunstancias sólo sean tenidas en cuenta en la etapa de unificación de pena prevista por la norma del Art. 58 del Código Penal. Por todo ello, solicita se haga lugar a la impugnación ordinaria, y se reduzca adecuadamente la pena impuesta al mínimo legal de ocho años de prisión, y hace reserva de interponer recurso extraordinario local y federal. Conforme surge de las actuaciones, a fs. 228 vta, se realizó el emplazamiento previsto por el Art. 384 l er. Párrafo del C. P. P al Ministerio Público Fiscal, no evacuando responde respecto de la impugnación interpuesta por los Sres. Defensores, manifestando la imposibilidad de hacerlo debído a

la urgencia en fijar la audiencia, adelantado por escrito que lo haría en la misma.
Llegados a la instancia de la audiencia de impugnación prevista por el Art. 385 del C. P. P, los Defensores técnicos de los ímputados, ratificaron y reiteraron los fundamentos volcados en sus escritos, formulando nuevamente las peticiones allí esgrimidas, mientras que el Dr. Zacchino no asistió a la misma.

Y CONSIDERANDO:

Atento los precedentes reseñados, corresponde dar respuesta fundada a las cuestiones que fueran objeto del recurso, como lo ordena el Art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el Art. 385, 5° párrafo, CPP).-
A esos fines, el Tribunal fijó las siguientes cuestiones a resolver: l °)¿Debe admitirse o rechazarse la impugnación interpuesta por la Defensa de los Sres. R. A., F. A. y E. S. A., contra la sentencia de pena impuesta?, 2°)En consecuencia, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.
Cumplido el proceso deliberativo (Art. 329, al que remite el Art. 385, 5° Párr., CPP), se estableció el siguiente orden para la votación: García - Sarquis- Rodriguez

La Juez García dijo: En cuanto al primer agravio, por el ingreso a la escala penal por el punto medio, que utilizara la Dra. Carina Estefanía en su voto, considero que únicamente vinculándolo al caso concreto podrá decirse que su utilización llevó a una individualización de la pena que resulta arbitraria o irrazonable. En este caso puntual esa forma de ingresar a la escala penal no resulta objetable, lo que aparece como contradictorio son sus argumentos para llegar al resultado de quince años de prisión, ya que las razones que da no justifican porque disminuye el término medio, justifica que reduce la escala por la importancia de los atenuantes, aunque sean menos en cantidad, pero solamente valora agravantes.
En cuanto a lo general también le asiste razón al Dr. López con relación al voto de la Dra. Rodríguez, por utilizar como método la comparación con otros precedentes, pero al no individualizarlos no se puede controlar el nivel de discrecionalidad ya que partiendo del mínimo, llega al mismo monto de quince años.
A fin de responder al Dr. C. que advierte incongruencia en el valor de los agravantes, ya que la Dra. Estefanía los valoró en menor proporción y R. y P. los inflaron, para coincidir en el mismo monto; digo que no está tarifado cuanto vale en años cada agravante o atenuante y puede variar su valoración ponderando unos, como muy valioso un agravante, y otros como muy importante un atenuante, por lo que para mí lo relevante

es que cada magistrado pueda dar razones de las valoraciones que hace, no hay incongruencia si por distintos caminos se llega al mismo resultado.
No considero que el grado de arbitrariedad de la sentencia por sus contradicciones internas sea tal, que justifique anular la misma y disponer el reenvío, ya que los tres jueces valoran agravantes y atenuantes y posíbilitan el control de la decisión judicial.
Por ello, es necesario continuar con el tratamíento de los demás agravios, en primer lugar analizando el voto de la Dra. Estefanía: entiendo que valoró mal, como agravante la afectación del bien jurídico vida que es el más importante, privando de todos los derechos a la víctima y también a *sus* familiares, lo que implica una doble valoración negativa, ya que justamente la pérdida de la vida está contemplada en el tipo y bien jurídico protegido.
Asimismo en cuanto a la extensión del daño causado, le asiste razón a los defensores que es el propio y normal que causa cualquier homicidio.
A mi criterio valoró correctamente, como agravante la afectación de la víctima A. M., considero que encuadra en la modalidad de la acción por las circunstancias del hecho, en horas tempranas de un día especial, como ser la Navidad, y para agredir a otra persona, ya que hay distintos grados de violencia para invadir la privacidad ajena.
En cuanto a la pluralidad de intervinientes, se agravían los defensores, porque habían ocho personas en la casa y se descartó la agravante del concurso premeditado de dos o más personas; pero considero que es razonable tener en cuenta para mensurar la pena que en concreto fueron tres personas que agredieron a una sola, los demás se encontraban en otra habitación y durmiendo y el que estaba al lado de F. B. Q. huyó, la participación de más personas implica mayor grado de víolencia y menos posibilidades de defensa, por lo que este agravio debe ser rechazado.
La indefensión de la víctima, aunque se no se haya probado el homicidio agravado por alevosía, es razonable valorar como agravante por un mayor grado de injusto el hecho de que la víctima se encontraba dormida y fue atacada sin darle tiempo ni a incorporarse, conforme quedó probado en juicio con los testimonios de A. M. y de L. O. O., por lo que este agravio también debe ser rechazado.
Entiendo asimismo que valoró correctamente la violencia del hecho, por la cantidad de lesiones que le produjeron a Q., siete heridas punzo cortantes, hematomas, equimosis, en diferentes regiones del cuerpo y edema cerebral, ya que si

bien todo homicidio es violento como lo expresan los defensores, hay distintas formas de matar y precisamente, ésta no es de las menos violentas.
Por otra parte el Dr. López pretende que se considere un atenuante la circunstancia de que no se pudo determinar fehacientemente que hizo cada uno, considero que la participación que le cupo en el hecho no puede tomarse como agravante para alguno de ellos, pero tampoco es un atenuante porque quedó probado que los tres pegaron patadas y puñetazos que son compatibles con la causa de la muerte.
Por otro lado el Dr. López solicita que se considere un atenuante la circunstancia de que no se haya probado una motivación concreta. La calidad de los motivos no fue tenida en cuenta por los Jueces, porque acogieron a la postura del Defensor, cuando en su alegato sostuvo, que si no se pueden determinar deben ser desechados como agravantes y a mi criterio esa es la valoración correcta, para que juegue como atenuante tiene que estar probado un buen motivo que haga comprensible el hecho, como ser error, necesidad, defensa, conflicto ético, no tener otras opciones, etc.
Se agravia también el defensor porque valoró la edad de R. y S. como agravante por su grado de madurez y como atenuante para F. por ser el menor de los tres hermanos. A mi criterio debe tomarse la edad por su juventud como atenuante para los tres ya que el propio Fiscal lo consideró como atenuante, lo que no advierto es una diferencia relevante entre los 25 años de F. y la edad de los hermanos, 27 años R. A., y 29 años E. S., ni se probó en el juicio un liderazgo especial de los hermanos sobre F., por lo que no advierto razones de peso para disminuir la pena a F..
Con relación a la valoración de los antecedentes como agravantes, a mi criterio no deben computarse, ya que comparto la posición del Dr. Mario Magariños, en "Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto", quien sostiene que es otra derivación del derecho penal de autor contraria a la Constitución, "Dicho una vez más de modo esquemátíco, si la ley penal exclusivamente puede seleccionar decisiones de acción exteriores y públicas (Art. 19 de la C. N) y la pena sólo debe fundarse en lo que de modo previo y preciso establece la ley (Art. 18 del C. N) entonces, la culpabilidad y la pena sólo adquieren legitimidad en tanto, respectivamente, constituyan reproche y respuesta al autor por la realización del acto que la ley contempla y carecen de toda legitímidad si aparecen como derivación, aunque sea parcial, de algo diferente a la conducta prohibida por la norma, por ejemplo, como reflejo de la peligrosidad, del carácter, del ánimo o de la

personalidad del individuo. (Pág. 130) y "La predicada insensibilidad del autor frente a la pena no constituye una cuestión de doble riesgo o doble juzgamiento, pues configura un juicio, un reproche y un plus sancionatorio fundado en los sentimientos del autor por la pena sufrida y, por esa misma razón, la más pura expresión de un derecho penal represivo del ánimo, de los sentimientos y de la personalidad. Por consiguiente, lo quebrantado mediante la regulación legal de la reincidencia es el mandato constitucional de estructurar un sistema penal de acto." (Pag. 133)

Y tal como lo expresa Zaffaroni, en su Obra en colaboración con Alagia y Slokar, Derecho Penal Parte General, "El Art. 41 C. P se refiere a las reincidencias en que hubiera incurrido el agente, por regla general, el concepto tradicional de reincidencia se vincula a una agravación de la pena en razón de anteriores delitos." y continúa: "desde el Siglo XVIII hasta el presente se han ensayado múltiples explicaciones, aunque ninguna de ellas es satisfactoria y, en general ninguna logró salvar la objeción de que el plus de poder punitivo se habilitaría en razón de un delito que ya fue juzgado o penado, por lo que importaría una violación al non bis in idem o, si se prefiere, a la prohibición de doble punición." (Pag. 1057).

Por último la Dra. Estefanía, reconoce un estado de vulnerabilidad social pero concluye que no debe ser tomado como reductor de la pena por el mayor esfuerzo que debió realizar el imputado para alcanzar esa vulnerabilidad concreta por lo grotesco de la conducta. Al respecto leyendo todo el capítulo "La culpabilidad por la vulnerabilidad" de la obra Derecho Penal Parte General, de Zaffaroni Alagia y Slokar, 2da. Edición Pág. 1054/1056, es correcta la interpretación que efectúa la Dra. Estefanía, ya que matar a una víctima indefensa, implica un gran esfuerzo para alcanzar el estereotipo del criminal; pero sin perjuicio de ello, comparto el criterio de los Jueces Rodríguez y Pérez y considero atenuante a tener en cuenta las condiciones personales de vida de los imputados, que contribuyeron a construir un perfil violento, por lo que su ámbito de autodeterminación para elegir patrones de conducta menos violentos está disminuida y debe valorarse como un atenuante.

Analizando el voto del Dr. Pérez, advierto que valoró correctamente la naturaleza de la acción cuando dormía en un colchón sobre el piso mediante patadas, golpes de puño y la utilización de cuchillos por la índefensión de la víctima; y la pluralidad de intervinientes. Los atenuantes, tales como la difícil y conflictiva situación familiar en su niñez y

adolescencia, la juventud de los tres y la buena situación familiar y laboral actual.
Entiendo que valoró mal, la extensión del daño causado, conmoción en sus amigos, es lo mínimo que produce cualquier homicidio y la pérdida de la vida está contemplada en el tipo.
Los medios utilizados, patadas, golpes de puño y puñaladas, no son extraordinarios en atención al tipo del homicidio simple y resultado de la autopsia.
Los antecedentes de los imputados, que algunos son de más de diez años atrás, la mayoría son por robo y por esos hechos ya cumplieron pena, se está afectando el non bis in idem y no tienen relación con el homicidio.
He dejado adrede para el final el análisis del voto de la Dra. Rodríguez, porque fue el menos criticado y a mi criterio ha efectuado una correcta valoración de los agravantes y atenuantes, efectuando el encuadre legal de cada uno, estableciendo una cuidadosa diferencia con los elementos del tipo para no caer en la doble valoración. En cuanto a la medida razonable por la sensibilidad de la pena, destaco y comparto el contenido que le dio, por la deficitaria situación carcelaria en nuestra provincia, citando el voto de la Dra. Jones en A..
No comparto que haya valorado como agravante los antecedentes, por los motivos ya expresados.
En conclusión, la Dra. Estefanía y el Dr. Pérez valoraron agravantes que no son tales y la Dra. Rodríguez comparte el mismo monto de pena comparando con otros precedentes que no indica, por lo que corresponde disminuir el monto de la pena impuesta, por una cuestión lógica si se quitan agravantes y se suman atenuantes.
Para fijar el monto de la pena a imponer, tengo en cuenta como agravantes la naturaleza de la acción el modo particular de llevar a cabo las conductas reprochadas, la participación de tres personas que aumenta el poder ofensivo y por ende disminuye la posibilidad de defensa y la indefensión de la víctima, no por el número de atacantes, sino por la forma intempestiva de entrar, y agredirla cuando se encontraba acostada en el piso, el grado de violencia innecesaría como las siete heridas punzo-cortantes, hematomas y excoriaciones en distintas partes del cuerpo, el ataque a la prívacidad de A. M. especialmente grave, por la forma de entrar cuando sus moradores dormían, el día de Navidad, día de celebración y de paz para matar a otro. De todos los agravantes valoro como muy grave la indefensión de la víctima, que fue atacada a golpes por tres personas cuando dormía acostada en el piso en

un rincón de la habitación, lo que justifica una pena muy alejada del mínimo. Por otro lado valoro como atenuantes la historia de vida de los hermanos A. Ampliamente desarrollada por los jueces al referirse al informe del Lic. P.. Su juventud en el sentido de que son personas jóvenes que les resulta difícil al momento de actuar representarse las consecuencias negativas para ellos y sus familias, pero no advierto razones para diferenciar a F. del resto de sus hermanos ya que se llevan dos años de diferencia entre ellos. Y las malas condiciones carcelarias y las escasas posibilidades de que reciban como condenados una ayuda útil para superar las condiciones personales y sociales que los llevaron al delito, por lo que la medida de la pena debe ser sensible al dolor que ella implica para quien la sufre. Por ello propongo la pena de doce años de prisión para F., S. y R. A., como la pena justa y adecuada al disvalor del injusto y grado de culpabilidad y así lo propongo.

El Dr. Sarquís, valora como agravante los antecedentes, pero entiendo que en el monto de la pena, su incidencia es insignificante, por eso coincidimos en los doce años de prisión.

A fin de regular los honorarios de los Sres. Defensores en la segunda instancia, valorando la calidad de su trabajo y resultado obtenido y que esta es una incidencia consecuencia de la primer impugnación a la sentencia condenatoria, conforme las pautas de los arts. 5, 7 y 44 de la Ley XIII N ° 4, en la suma de PESOS OCHOCIENTOS, los honorarios del Dr. López, y en la suma de PESOS MIL, los honorarios del Dr. C..

El Juez Dr. Víctor Alberto SARQUIS, dijo:

I.-ANTECEDENTES DE LA IMPUGNACIÓN PLANTEADA.- Remisión:

Conforme los antecedentes reseñados y detallados en los resultandos y en el voto de la Sra. Magistrada que preside este acuerdo, Dra. Nelly García, se ha puesto a consideración y resolución de este Tribunal, la impugnación ordinaria deducida primero por escrito, por los Sres. Defensores, Dr. Omar Osvaldo López, por la Defensa Pública y por los imputados R. A. y E. S. A. (Conf. escrito fs.215/221 vta. C. J. N ° 441 Ofiju Esquel y Legajo Fiscal N ° 3682/07 del MPF) y por el Sr. Defensor Particular del Sr. F. A., Dr. J. O. C. (Conf. escrito fs.224/227 vta. CJ cit.), y luego al momento de mejorar los fundamentos de la impugnación al abrirse la audiencia respectiva en esta instancia (Art. 385 del C. P. P.), contra la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Colegiado de esta Circunscripción Judicial, presidida por la Dra. Carina Paola Estefanía, e integrado con los Dres. Graciela Anabel Rodríguez y Camilo Pérez, de fecha 04/11/10, que condenara en definitiva a los R. A. y E. S. y F. A. como

autores material y penalmente responsable del delito Violación de Domicilio en Concurso Real con Homicidio Simple (Art.45, 55,150 y 79 del Código Penal), a sufrir los dos primeros, la pena de QUINCE AÑOS de PRISIÓN y el último la de CATORCE AÑOS DE PRISIÓN, todas de cumplimiento EFECTIVO, con más accesorias legales y las costas del juicio (arts.12,19,29, inc.3°, 40 y 41 del C. Penal), según sentencia registrada bajo el N ° 1714, F ° 3148/58, Año 2010 de la Of. Jud. cit.-

Las pretensiones de los recurrentes, expuestas en el escrito impugnatorio referído, apuntaron a solicitar la nulidad de aquélla, por las razones y motivos que conformaron los agravios -detallados en el primer voto y en los antecedentes reseñados "ut supra"-, requiriendo se modifique el monto de pena impuesta, fijándosela en el mínimo de la escala penal prevista para los delítos imputados (cit. "supra"), esto es la de ocho años de prisión.-

Tales agravios, como vimos, fueron ratificados en la audiencia fijada en esta instancia, solicitando su íntegra reproducción y requiriendo se tenga presente la reserva de plantear en su caso, recurso extraordinario federal por ante la CSJN por vulneración de las garantías constitucionales involucradas (Art. 14, Ley 48).-

II.-TRATAMIENTO DE LOS AGRAVIOS RESEÑADOS.-

Antes de abordar específicamente el tratamiento de los agravios citados, entiendo pertinente, por haber sido materia remarcada por el Dr. López, recordar la proposición fáctica que conformara el caso de la acusación y por la cual fueran llevados a juicio los hermanos A., que fuera tenida por debidamente acreditada por la sentencia condenatoria cuestionada.- En tal sentido, y en lo que aquí importa, la descripción de los hechos que formaron parte de la acusación, y que la sentencia de condena ratificara, fueron descriptos como ocurridos el día 25 diciembre 2007, entre la hora 7,00 y las 8,00 de la mañana aproximadamente, en el interior de la vivienda sita en la calle pasaje I. V. del Barrio "V." de esta Ciudad de Esquel, identificada como casa número * y ocupada por la familia M., en circunstancias en que, mientras sus ocupantes dormían, ingresaron los tres imputados, presuntamente por una ventana que se hallaba abierta, acometiendo conjuntamente y con intenciones de darle muerte a F. B. Q., haciéndolo mediante patadas, golpes de puño y utilizando los cuchillos que portaban...A raíz de las graves lesiones sufridas por Q. en el ataque, éste perdió la vida producto de un paro cardiorrespiratorio traumático como consecuencia de un trauma craneano grave con importante edema de la masa encefálica..."

Igualmente creo oportuno señalar que en la misma linea de crítica al decisorio, ambos impugnantes lo cuestionaron por violación de las normas tanto adjetivas -por vulneración de la sana crítica racional resultando errónea la fundamentación del fallo sobre la cuantía de la pena impuesta a sus pupilos (arts.370, 372 inc. 2°, 374 y cc. del CPP), como sustantivas, en cuanto a que el decisorio habría aplicado erróneamente los arts. 40 y 41 en cuanto a la determinación judicial de la pena, lesionando con ello las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso.- Asimismo, y para el caso de no ser acogidos sus agravios, formularon reserva de recurrir ante la CSJN por la vía prevista en el Art. 14 de la Ley 48.-

Focalizando ahora nuestra atención al ámbito del primer agravio -individualizado por el voto precedente y a cuya formulación me remito breviatis causa-, entiendo que sin emitir juicio sobre la corrección o no de utilizar como método de ingreso a la escala penal legalmente prevista para el delito por el que sus pupilos fueran condenados, el término medio de la misma -aspecto que, como se sabe, carece de una regulación legal específica que imponga el mismo u otro que tome como punto de inicio el mínimo de la escala penal de que se trate-, lo cierto es que en el caso, el punto central de la crítica, vinculado estrechamente a la razonabilidad del monto de pena impuesto viene de la mano de dos circunstancias objetivas

señaladas por ambos Defensores Técnicos: la primera, que cada uno de los jueces tomaron un punto de partida distinto para ingresar a la escala, pues la Dra. Estefanía, lo hizo por el término medio; la Dra. Rodríguez descansó en criterios comparativos aplicados a hechos similares, más graves o menos graves suministrados por la praxis judicíal, cuestionándosele el no haber explicitado en el caso qué precedentes tomó para aplicar al caso concreto, y finalmente, el Dr. Pérez, tomó como punto de inicio el mínimo de la escala penal, en sintonía con el criterio propugnado por la Defensa, que debe imponerse, falta de regulación expresa, por resultar más beneficioso para el imputado).- Y la segunda, que teniendo en cuenta que en líneas generales los tres jueces remarcaron similares circunstancias agravantes y atenuantes, no resultaría razonable ni lógico que hubiesen arribado a una propuesta punitiva coincidente; en este último aspecto, cómo agudamente lo pone de resalto el Dr. López y lo ratifica el Dr. C., si todos los jueces ponderan iguales agravantes y atenuantes, pero parten de diversos puntos de ingreso a la escala penal aplicable, no se entiende porqué razón mientras la Dra. Estefanía -que habría partido de una pena de 17 años

y 6 meses de prisión, por ser la mitad de la escala aplicable de 8 a 27 años-, llegó a un monto de pena definitivo inferior en dos años y medio al mínimo de ingreso a la escala penal que considerara, lo que implicaría una incidencia superlativa de las atenuantes en desmedro de la entidad de las agravantes ponderadas, el Dr. Pérez, partiendo del mínimo de la escala, intensifíca en siete años el monto de pena mínimo previsto en la escala penal para llegar a similar monto definitivo de pena consensuado por los tres jueces (15 y 14 años de prisión, respectivamente como vimos), lo que obviamente implicaría en este caso, ponderar una igualmente superlativa valoración de la incidencia de las mismas círcunstancias agravantes en desmedro o con desprecio de las atenuantes consignadas, y a su vez, la Dra. Rodríguez no determinó sobre qué o cuales precedentes tuvo en cuenta para comparar y merituar la pena, no obstante lo cual, coincidió con el monto final de pena impuesto a los imputados propugnados por los otros dos Vocales del Tribunal, omisión que no permitiría revisar la corrección o no del monto de pena consensuado con los demás vocales del Tribunal.- Vísta la queja desde esta perspectiva, en principio no puede negarse la razonabilidad y pertinencia de tales falencias que conforman esta primera queja de los recurrentes y que el tríbunal de impugnación debe corregir.-

Con ese objetivo, debo advertir que más allá de los errores señalados, subsanables por cierto por esta vía impugnativa, cada uno de los Magistrados, explicó o dio razones sobre cómo operó técnicamente para llegar al monto de pena impuesto a los condenados, y, además, en mi criterio, y sin perjuicio de las otras consideraciones que haré infra al tratar los demás agravíos, atento las características y gravedad del hecho atribuido, la sanción punitiva seleccionada y consensuada por los jueces, no luce "príma facie" desorbitada ni desproporcionada a la magnitud del injusto, ni ostenta una irrazonabilidad tal que permita catalogarla como sentencia arbitraria.- En ese sentido, es sabido que el deber de motivación exige que todas las razones que el juez pone en juego al estimar la sanción sean claramente manifestadas, ya que "...la decisión judicial no responde únicamente a razones de justíficación jurídica, sino también a las llamadas razones explicativas vinculadas a las ideas, creencias y valores culturales de quien decide..." y "...la motivación de la decisión judicial que impone una pena debe permitir conocer de manera concreta cuáles son las razones por las que el tribunal ha escogido la sanción que aplica y no otra..."; "...este conocimiento no debe ser logrado mediante un esfuerzo de intuición sino que ha de quedar claramente a

disposición de quien lea el fallo de manera que no sólo se advierta el marco legal aplicable, sino el uso particular que se ha hecho de el...” (Fleming, A., Viñas, P, "Las Penas", Ed. Rubinzal Culzoni, Ed. 2009, Pág.440; íd. Ziffer, P., "Linenamientos...", Ad-Hoc., págs.93/98).- Creemos entonces que todos y cada uno de los Jueces han dado, como lo he dicho y más allá de los cuestionamientos que puedan hacérseles, sus razones y fundamentos que permiten conocer cómo y por qué llegaron a la determinación de la pena que impusieron a los imputados, más allá de lo que justamente tales votos han permitido, esto es su revisión a través de la articulación de la impugnación en análisis.- Por estas razones, lejos está el fallo en crisis de poder ser atacado por arbitrariedad.-

En este punto, vale la pena recordar aquí que nuestra CSJN ha predicado que "con la doctrina de la arbitrariedad se tiende a resguardar la defensa en juício y el debido proceso exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa (Conf.(Fallos 316:1717, 311:948), indicando que "... la arbitrariedad requiere un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso, o una decisiva carencia de fundamentación..." (Fallos, t. 311, Vol. 2, 1988,p. 3200, Sumario n ° 269), revistiendo "...carácter estrictamente excepcional..." (Ibíd.., p. 3201. sumario n ° 277), ello en sintonía con la doctrina que postula que "...son arbitrarias las sentencias que poseen omisiones de gravedad extrema..." y explica: "...Lo que se exige es que la sentencia recurrida prescinda inequívocamente de la solución prevista en la ley o adolezca de una manifiesta falta de fundamentación..." (Cit. de Quiroga Lavié, Benedetti Cenicacelaya), autores que desde su perspectiva, consideran que "...la arbitrariedad es el modo de manifestación de la voluntad del Juez no sujeto a formación alguna y que se ha apartado, desviado, negado o rechazado la normación vigente..." (ver "Derecho Constitucional Argentino- Segunda edición actualizada por Humberto Quiroga Lavie- T I, Ed. Rubinzal Culzoni, Pág. 697)....”. (Conf. STJCh, "S. - H. s/robo...", Expte Nro. N ° 21.873 – T ° II – F ° 168 – Letra "S" - Año 2009, 24/08/2010, Sentencia N ° 046, Año: 2010, citas tomadas del Voto del Dr. Jorge Pfleger, publ. en Eureka).-

Entiendo que la claridad de los conceptos vertidos bastan para fundamentar mi rechazo a la pretensión defensista de considerar arbitraria la sentencia impugnada, como lo indiqué precedentemente.-

Sentado ello y volviendo al agravio en tratamiento, entiendo, más allá de toda especulación dogmática, que la elección por

parte del juzgador del punto de ingreso a la escala penal aplicable -que es, como es sabido, el previo e ineludible marco legal en el debe operar todo proceso de determinación de la pena-, es sólo un instrumento o método no regulado legalmente -como bien lo indicara el Dr. C. en su alegato y lo puntualizara la Dra. García en el voto precedente-, para determinar el inicio de la valoración de las circunstanclas atenuantes y agravantes que tendrán incidencia en la determinación judicial de la pena, dentro de las pautas generales previstas como tales en los arts. 40 y 41 del C. Penal.- Conforme esta apreciación de las mismas -que puede compartirse o no-, no advierto que la elección de uno u otro punto de ingreso sean "per se" más o menos favorables o más o menos perjudiciales al destinatario de la sanción penal, pues la razonabilidad o proporcionalidad de la pena elegida, dependerá más que de la elección del punto de inicio de escala penal que se tenga en cuenta, del criterio que el Juzgador aplique a la ponderación de aquellas pautas mensurativas genéricas y por ende no taxativas, en cada caso concreto.- Por ello, a mi juicio, es que a pesar de que, como lo indicara más arriba, resultan "prima facie" razonables los cuestionamientos que en este punto formularan los impugnantes, entiendo que, atento las modalidades y características del hecho, no aparecería, también "prima facie", como desajustada al grado de culpabilidad de los imputados por el injusto cometido, teniendo en cuenta el marco punitivo suministrado por la escala penal aplicable, la pena finalmente consensuada por los integrantes del Tribunal de Juicio Colegiado.- Consigno al pasar que similar criterio al aquí indicado, sostuve recientemente en la causa NIC N ° 414-Legajo de Investigación N ° 3193, no encontrando al menos hasta ahora, nuevas razones o fundamentos que me sugieran mutarlo.- Con estas salvedades y reparos, hallo razón a la queja.-

Paso ahora a tratar los siguientes cuestionamientos vinculados a este primer agravio en análisis, para lo que seguiré el orden propuesto por el Dr. López -coincidente en lo general con el que siguiera el Dr. C.-,siempre teniendo en cuenta el marco legal fijado por la escala penal ya referida.- Como dije, las críticas formuladas pretendieron mostrar tanto una errónea apreciación del fallo de las circunstancias que ponderaron como agravantes, cuando a su juicio no lo eran, como a remarcar la omisión del Tribunal de tratar otras circunstancias que señalaron los impugnantes, atenuantes, a su criterio, que incidirían favorablemente en la cuantificación de la pena.-

Dentro de la crítica de los impugnantes en relación a la

merituación de las circunstancias tenidas en cuenta como agravantes por el fallo, cuestionaron primeramente que los Jueces hayan considerado, dentro de la pauta mensurativa enunciada por el Art. 41, inc. 1 0 del C. Penal, referida a la "extensión del daño y del peligro causados", como agravante en la mensuración de la pena, la pérdida de la vida de la víctima y el daño consiguiente al bien jurídico protegido por la norma penal aplicada, puesto que tal pérdida y tal daño son presupuestos del tipo objetivo del Homicidio Simple (Art. 79 del C. Penal, que pune al "que matare a otro", según agregaran en esta instancia los impugnantes), por lo que su consideración como agravante del tipo de Homicidio Simple, en esta instancia, implicó efectuar una doble valoración de las mismas circunstancias, en perjuicio del imputado, prohibida en nuestro sistema legal a través del reconocido principio constitucional del "ne bis in ídem".- Asimismo, en el marco del cuestionamiento en análisis, el Dr. López -atinadamente, a mi entender-, advirtió el equívoco del fallo al merituar el mal causado a la dueña de casa donde se perpetrara el homicidio, Sra. A. M., como una circunstancia agravante de este delito, del que no sólo no fuera víctima sino que se ha ponderado sobre la base de una escala penal propia de este delito mucho más grave que la de la violación de domicilio, de la que sí fue víctima aquélla (interpretación que entendió fue hecha "in malam parte") y según surgíría del voto del Dr. Pérez, crítica que apoyó el Dr. C., al sostener que "el carácter intempestivo del ingreso al domicilio se lo ha utílizado como doble agravación tanto para la violación de domicilio COMO para el homícidio" (fs.226, leg. cit.).- Al respecto, hallo razón en este punto a los impugnantes, como también los sostuviera la Sra. Magistrada que preside este acuerdo, al menos parcialmente y en cuanto se refiere sólo a haber tomado como agravante para intensificar el monto de pena propuesto, una circunstancía que integra la descripción fáctica del tipo objetivo previsto en el Art. 79 del C. Penal; es obvio que el mayor daño que se le puede ocasionar a un semejante es quitarle la vida, como bien jurídico supremo, pero el mismo ya ha sido objeto de especial protección por el legislador al diseñar la fórmula legal que pune el homicidio (Art. 79 del C. Penal), por lo que considerar además tal circunstancia como agravante a los fines de cuantificar la pena, implica valorar dos veces una mísma circunstancia en perjuicio del imputado, violando la prohibición de doble valoración, como lo entendieron los impugnantes.-

En cuanto al agravio vinculado a que el Tribunal considerara como agravante la pluralidad de intervinientes y la

indefensión de la víctima, cuestionando que al considerar la primer circunstancia referida, los Jueces no habrían tomado en cuenta la presencia de varias personas en la vivienda al momento en que los imputados ingresaron a la misma y dieron muerte a Q., por lo que esta circunstancia neutralizaría el accionar conjunto de los tres imputados; y en relación a considerar que los imputados actuaron conociendo la indefensión en que se encontraría la víctima al momento en que fuera abordada por aquéllos (su estado y el de los demás moradores de la casa después de los festejos de navidad), actuando dolosamente es decir a sabiendas del estado de indefensión en que se encontraba la víctima, como circunstancia agravante del homicidio, como lo hiciera la sentencia, el mismo es una "...condición no probada y por tanto no pasible de ser evaluada como agravante...".-
Entiendo, también compartiendo con la Dra. García la decisión de no acoger este agravio, que como bien lo han dejado entrever los Jueces al medir la pena, ambas circunstancias -pluralidad de atacantes y estado de indefensión de la víctima, en cuanto a que éste se encontraba acostado, durmiendo los efectos del alcohol de una noche de festejos y la condición de alcohólico habitual de Q., circunstancias todas acreditadas en la sentencia de responsabilidad-, han sido correctamente evaluadas como agravantes del homicidio cometido por el fallo impugnado, al momento de mensurar la pena.- En ese sentido advierto, como lo puntualizaran los Jueces, en especial la Dra Rodríguez, que si bien, por un lado el estado de indefensión señalado, no pudo completar el homicidio agravado por alevosía -por no haberse configurado las demás exigencias impuestas por la figura del Art. ,80, inc.2° del C. Penal-, y por otro, tampoco la pluralidad de intervinientes, obviamente acreditada por la coautoría atribuida a los hermanos A., pudo integrarse a los demás requisitos previstos por el Art. 80 inc. 6° del C. Penal -homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas, por el que, agrego, fuera condenado en primera instancia, revocándose tal calificación en la instancia de impugnación por considerar el tribunal revisor la falta de acreditación del elemento subjetivo de la figura pero no el número de atacantes-, ello no puede erigirse en obstáculo para considerar a ambas circunstancias como factores de agravación de la pena al momento de su determinación; pues esto es lo que a mi entender, han hecho correctamente los jueces.- Estas breves razones, con más las puntualizadas por la Dra. García en este punto, fundan mi decisión de no hacer lugar a este agravio.-

Tampoco el siguiente, que se refiere a la imprecisión reconocida por el decisorio acerca de la participación de cada uno de los coimputados en el hecho, que según los impugnantes, no puede ser tomada como agravante, pues "...el reproche debe ser por el acto realizado por cada uno de ellos...", lo que "...no se suple con la fórmula "codominio del hecho" que podrá ser utilizada para determinar la autoría, pero en modo alguno sobre qué realizó cada uno en el hecho, mientras..." ello "...no sea expresamente determinado con las pruebas producidas, cosa que no sucede en autos".-
Al respecto, comparto también lo dicho por la Dra. García en su voto, en el sentido de que aquella imprecisión acerca de lo que efectivamente hizo cada uno de los imputados cuando atacaron de consuno y especialmente golpeando con patadas y puñetazos la cabeza de la víctima -en donde ésta tenía los golpes que le provocaron la muerte-, no resulta posible considerarla ni a favor ni en contra de ninguno de los imputados, de manera que tampoco puede considerarse un atenuante como parece requerirlo el Dr. López.-
Pasando ahora al otro agravio cuestionando los impugnantes que se haya tomado como agravante la violencia ejercida para cometer el homicidio, aseverando el Dr. López que no es posible pensar en un homicidio, sin que este sea producto de un acto violento, no pudiendo "vislumbrarse un plus" pues si existiera el accionar de los imputados hubiese debido subsumirse en algunas agravantes del homicidio previstas en el Art. 80 del C. Penal.- A mi juicio, tampoco puede receptarse este agravio de la Defensa, desde que si bien todo accionar que se lleve adelante para "matar a otro", lleva ínsito una dosis de violencia; no obstante, es un dato suministrado por la experiencia, casi obvio por cierto, que existe en la realidad, un sinnúmero de circunstancias de hecho que acompañan al accionar homicida, que muestran distintos grados y formas de violencia -más intensas las unas, menos intensas las otras-, sín que necesariamente deban configurar alguno de los supuestos previstos en el diseño de las agravantes del homicidío, prevista en la norma sustantiva referida por la Defensa; y si ello, como en el caso, es así, no advierto ningún obstáculo ni lógico ni jurídico, que impida a los Jueces ponderarlas como agravantes al momento de determinar la pena que debe aplicarse al caso.- No hace falta demasiada atención para advertir en el caso, conforme la recreación del mismo tenída por cierta en la sentencia de responsabilidad, el empleo por parte de los imputados de una violencia inusitada descargada sobre la víctima, revelada no sólo por la intensidad de la golpiza que le propinaran a Q. con patadas y trompadas sobre su cabeza, sino también por los

cortes inferidos a la víctima en miembros inferiores tan superficiales como innecesarios.- Por todo ello, tampoco debe prosperar este cuestionamiento al decisorio en crisis.-
En cuanto al cuestionamiento que el Dr. López hace al fallo impugnado, particularmente al voto de la Dra. Estefanía (punto IV.2.a.5 de su escrito impugnatorio), en cuanto dicha Magistrada estimó como agravante respecto de R. y S. A., la mayor edad de éstos en relación a F. A., infiriendo sólo por ello un mayor grado de madurez en aquellos por el solo dato de su edad cronológica, sin apoyatura en otros elementos que la indiquen.- Vista así la crítica, impresiona como sensata y razonable, por lo que creo debe ser atendida.-
Sin perjuicio de ello, hago notar que como se desprende de los resultandos del fallo en crisis, fue la propia Acusación quien evaluara la juventud de los imputados como atenuante a los fines de la cuantificación de la pena, criterio obviamente no cuestionado por la Defensa, por lo que dentro de la lógica del principio acusatorio, no sería feliz interpretar la misma circunstancia como agravante de la pena.- Por ello, en el caso, corresponde a mi juicio considerar la edad de todos los imputados como atenuante al momento de cuantificar la pena a imponerles.-
Sin perjuicio de tal interpretación, simplista por cierto, se ha reconocido que este factor que se ha tenido en cuenta entre las pautas mensurativas del Art. 41, inc.2 ° del C. Penal, "...no puede jugar de otra manera que como indicadora del grado de madurez de la persona y del grado de asentamiento de ciertas características de su personalidad, que harán más fácil o más difícil la evitación de la conducta prohibida..."(Zaffaroni -Alagia-Slokar, "Derecho Penal- Parte General", Ed. Ediar año 2002, Pág.1053; íd. Fleeming - Viñals "ob cit., Pág.397).
El siguiente agravio de los impugnantes referido a la incidencia de los antecedentes penales condenatorios de los imputados como factor de agravación de la pena, en el concepto de los Jueces del Tribunal "a quo", tampoco puede ser receptado, decisión ésta que también implica apartarme respetuosamente de los sólidos y convincentes argumentos en contrario expuestos por la primer votante, con sostén en la ilustrada opinión doctrinaria contenida en las obras que cita (del Dr. Magariños y de Zaffaroni -Alagia-Slokar), y compartir el criterio que en el caso adoptaron los Jueces del Tribunal "a quo" al ponderar tal circunstancia como agravante.- Para ello, tengo en cuenta que, más allá de las elucubraciones dogmáticas y de los cuestionamientos que al criterio que sostengo pueda hacerse, lo cierto que no puede soslayarse que a la difícil hora de determinar la cuantía del

reproche penal que debe hacerse a quien es considerado autor de un ilícito penal, resulte indiferente que tal accionar haya sido cometido por un autor primario -quizás como un único y ocasional alzamiento en su vida a los mandatos impuestos por las normas penales-, o que el mismo hecho haya sido cometido por un sujeto que los ha violado reiteradamente -adviértase que nos referimos sólo a un mero reiterante-; desde mi óptica, un elemental principio de justicia, que a mi entender siempre debe iluminar todo proceso de cuantificación de pena, no puede dejar de merituar tal circunstancia y establecer una diferencia entre ambos supuestos que debe incidir sobre el monto de pena que se seleccione.-

Estas razones, por otro lado, han estado presentes al decidir la pena a imponer en diversos precedentes en que me ha tocado intervenir (cito entre los últimos la Causa "L.", Carpeta de la Oficina Judicial Penal de Esquel, N ° 638, Legajo de Investigación Fiscal N ° 5866, ente otros); en la misma línea de análisis, y por las mismas razones, he merituado como atenuante para aminorar la sanción penal a imponer, la inexistencia de antecedentes penales condenatorios que registrara el imputado; así lo he dicho recientemente en la Causa M. ya citada (CJ Of. Jud. Esquel N ° 414, Leg. Fisc. N ° 3193), a cuyos fundamentos remito y doy aquí por reproducidos.-

Asimismo, para no dejar sin respuesta a las razones invocadas por los impugnantes, resalto que este cuestionamiento fue abordado por los Defensores desde dos ángulos; para el Dr. López, los antecedentes condenatorios no debieron ponderarse como agravantes en el caso de E. S. A., pues dados el monto de la condena impuesta (1 año y 6 meses de prisión en suspenso) y la fecha del antecedente condenatorio informado (18/03/98), tal sentencia "ha caducado a todos sus efectos por aplicación del Art. 51 inc. 2° del C. Penal), por lo que el antecedente no debe ser tenido en cuenta para agravar la pena; por su parte, el Dr. C., y respecto a su defendido F. A., que registrara tres condenas anteriores -por delitos contra la propiedad y contra la integridad física-, estimó que recién podrán ponderarse tales precedentes al momento de unificar las condenas conforme la manda del Art. 58 del C. Penal, por lo que si aquí se tienen en cuenta tales precedentes como agravantes, se caería en "una doble punición prohibida por la ley".- Más allá de la seriedad de ambos cuestionamientos, considero, respecto del primero, que en el marco del criterio que he expuesto sobre la incidencia de los precedentes condenatorios en la mensuración de la pena, si bien son atendibles las razones expuestas por el Dr. López

respecto de E. S. A., ello no implica considerarlo como "primario", sólo a los fines indicados.- Y en cuanto al cuestionamiento del Dr. C., entiendo que sin perjuicio de la significación que se le dé a tales precedentes condenatorios de F. A. al momento de unificarse las condenas, ello no obsta a que deba tenérselos en cuenta al momento de mensurar la pena que deberá cumplir por el delito cometido en esta causa, por aplicación de la previsión contenida en el Art. 41,inc.2° del C. penal que la contempla entre las pautas mensurativas allí previstas.-

Por todos los fundamentos expuestos, reitero que el agravio en tratamiento, no debe prosperar.-

Pasando ahora a los cuestionamientos referidos a lo que el Dr. López llamara existencia de atenuantes no contemplados por los Jueces (Conf. punto IV.2.b., fs. 220 CJ cit.), mencionó en primer término que siendo la demostración de "la calídad de los motivos que lo determinaron a delinquir" (Art. 41, inc. 2 ° C. Penal) un parámetro esencial para determinar la "culpabilidad por el acto", la circunstancia de que "no se ha desentrañado en el hecho ninguna motivación concreta que llevara a los imputados" a accionar como lo hicieron, o al menos existirán dudas al respecto, ello debería contabilizarse como un atenuante al momento de cuantificar la pena.- No comparto tal criterio; ello pues no se vislumbra en el accionar reprochado –dadas las características, modalidades y circunstancias en que se cometiera- ningún motivo plausible o entendible para producir semejante hecho de sangre, que permita poder ser interpretado en favor de los imputados, como lo pretende la Defensa Técnica de R. y E. A.; tampoco advierto que ésta haya planteado alguno.- Va de suyo que si por vía de hipótesis, el motivo rozara el mencionado por el Dr. López, esto es la existencia de un hecho de menor importancia entre la víctima y uno de los imputados -que según el impugnante fuera descartado por "no haber sido probado como motivador de actos posteriores"-, debería haberse interpretado como agravante, dada su insignificancia.- Creo útil mencionar aquí que al aludir el Art. 41 inc. 2° la calidad de los motivos que determinan al sujeto a delinquir...” emplea “...una fórmula que se relaciona directamente con la culpabilidad en cuanto juicio de reproche; los innumerables motivos que inciden sobre un sujeto al momento de transgredir el orden penal son computables para personalizar el reclamo que se le formula por no haberse abstenido de la conducta delictiva...”, agregando los autores que cito, en lo que aquí interesa, que "...cuando el infractor se conduce impulsado por sentimientos disvaliosos, tal motivación debe ser valorada en contra del

imputado, agravando el reproche penal..."; y "...si la culpabilidad es reprochabilidad modulable en función de la capacidad de autodeterminación o de la posibilidad de motivación frente al mandato de la norma penal, en el centro de este factor se encuentra precisamente la razón por la que se transgredió el mandato...", y "...no puede desconocerse que la futilidad del motivo puede actuar como reveladora de un alto grado de culpabilidad, en tanto permite apreciar en el sujeto un total desinterés por motivarse en la norma..." (Fleeming - Viñals, ob cit, págs.381/383).- Lo dicho, con sostén en los conceptos transcriptos, fundan el rechazo del cuestionamiento en análisis.-

Igualmente no puede receptarse el siguiente, tampoco mencionado por los Jueces del Tribunal "a quo", que apunta a estimar como atenuante de la pena, las consecuencias negativas para los imputados y sus familias que conlleva la prisión preventiva que vienen sufriendo por la excesiva duración del procedimiento, "...cercano a los tres años..." (pérdida de sus trabajos, deterioro económico del grupo familiar, etc.), siguiendo -a mi modo de ver sesgadamente- las enseñanzas de la Dra. Patricia Ziffer en su obra "Lineamientos de la determinación de la pena", de inevitable consulta para la tarea que nos ocupa.- En ese sentido, tales entendibles consecuencias por la demora, en gran medida en vez de ser perjudicial, ha favorecido la situación de los imputados frente a la ley penal, si recordamos que en virtud de las impugnaciones planteadas por los Defensores de los imputados contra la primigenia sentencia de condena, se logró cambiar la calificación principal del hecho (homicidio agravado Conf. Art. 80 inc. 6° del C. Penal, por Homicidio Simple, Art. 79 del C. Penal), con la consiguiente reducción de la pena impuesta (prisión perpetua a pena de prisión temporal), antecedentes éstos especialmente remarcados en el Cap. III del escrito impugnatorio del Dr. López (fs.215 vta./216 CJ cit.).- Y por otro lado, no debe soslayarse que las nocivas consecuencias derivadas de la excesiva duración del proceso, tienen ahora en nuestra legislación adjetiva la solución legal apropiada (Conf. arts.146, 147, 285,inc.7° del CPP), transcurridos obviamente, los términos previstos en las normas procesales citadas.- Por estas razones, tampoco debe receptarse el agravio en tratamiento.-

En relación al último de los cuestionamientos planteados por los impugnantes, comparto las consideraciones y fundamentos expuestos a su respecto por la Dra. García, que aquí doy por reproducidos, en cuanto a que no obstante coincidir con la interpretación que la Dra. Estefanía hizo de la cita del Prof. Zaffaroni referida a la situación de

vulnerabilídad social de los imputados -interpretación cuestionada por el Dr. López-, tal situación, ilustrada convenientemente por lo informado técnicamente por el Lic. P. -según fuera reconocido por el fallo y por los impugnantes-, debe computarse como factor atenuante de la pena en la medida que ha incidido en el ámbito de autodeterminación de los imputados dificultando la elección de patrones de conducta menos violentos.- Por ello, debe acogerse tal petición de la Defensa.-

Con lo dicho, creo haber dado respuesta fundada a cada uno de los agravios planteados y que fueran materia de la presente impugnación.- Con base en lo dicho respecto de cada uno de ellos, y partiendo del monto de pena impuesto por la sentencia en crisis, y teniendo en cuenta especialmente la incidencia que debe tener en dicho monto punitivo las circunstancias atenuantes referenciadas en la receptación de algunos de los agravios planteados por los impugnantes, que imponen reducir tal monto de pena, comparto plenamente, como razonable, adecuado y proporcional al grado de culpabilidad por al injusto cometido, el propuesto para los tres imputados indiscriminadamente por la primer votante, esto es, la pena de DOCE AÑOS de PRISIÓN EFECTIVA, con más las accesorias legales y las costas del juicio (arts.12,19,29, inc.3°, 40 y 41 del C. Penal),por haber resultado coautores material y penalmente responsables de los delitos de Violación de Domicilio, en Concurso Real con Homicidio Simple (arts.45,150, 55 y 79 del C. Penal).- A las razones que para llegar a tal monto diera la Dra. García en el voto precedente, que en lo básico comparto plenamente -salvo su distinta apreciación sobre cómo interpretar la reiteración delictiva de los imputados-, agrego que principalmente por la merituación del grado de violencia y el desprecío por la vida del prójimo que evidenciara el accionar reprochado, el aprovechamiento de la indefensión de la víctima (por la situación en que se encontraba y por la superioridad numérica de los atacantes), y por la consideración de las atenuantes que he considerado atendible al tratar cada uno de los agravios, el mayor peso de aquéllas imponen alejar la respuesta punitiva del mínimo de la escala penal aplicable (8 a 27 años de prisión), sumándole la mitad del mínimo, con lo que llegamos al monto punitivo citado, que acordáramos por mayoría en la extensa y rica deliberación que siguiera a los inteligentes cuestionamientos de los impugnantes.-

Finalmente, respecto de las demás cuestiones referidas a la imposición de las costas causídicas y a la regulación monto de los honorarios profesionales devengados por los

profesionales intervinientes por su tarea en esta instancia –de la Defensa Pública, Dr. Omar 0.López y del Sr. Defensor Particular de F. A., Dr. J. 0.C.-, por compartir los fundamentos de la decisión que sobre ellos tomara la Dra. García, adhiero sin más.- Así voto.-

La Juez Dra. Rodríguez dijo:

1. He de ingresar directamente al tratamiento del recurso deducido, en virtud del completo racconto realizado por la Magistrada que guía el acuerdo.

La determinación de la pena es la fase de la sentencia penal que más intensamente afecta los derechos de la persona sometida a proceso y exige, por ello, una motivación específica, que va más allá de la genérica exigencia legal y constitucional de fundamentación. El juez debe construir la decisión aún dentro del marco de parquedad de los lacónicos parámetros legales, teniendo en consideración la gravedad del hecho en tanto refleje la culpabilidad del acusado como punto de partida fundamental y decidiendo la cuestión con arreglo, básicamente, a los principios de legalidad, taxatividad legal e interpretativa o interpretación restrictiva, ley penal más benigna, proporcionalidad mínima, trascendencia mínima, humanidad y prohibición de doble punición.

El esfuerzo de fundamentación que ha merecido esta cuestión sustancial en el caso de autos es digno de ponderarse positivamente, tanto respecto de la actividad asumida por las partes como por la de los Sentenciantes, configurando un avance en el progresivo desarrollo que se advierte en la práctica judicial en el ámbito de la individualización de la pena.

La difícil tarea aconseja establecer parámetros lo más objetivos posibles para permitir el control del razonamiento seguido en la valoración, teniendo en cuenta que la libertad que ha dado el código penal a los jueces en tan trascendente decisión no puede traducir un mero arbitrio, sino el razonado análisis de circunstancias -objetivas y subjetivas- que distingan el hecho a juzgar dentro de la constelación de hechos atrapados por el mismo tipo penal.

Sin embargo la pretensión de objetividad no es absoluta pues, tratándose de la aplicación de pautas eminentemente valorativas, la misma "...nunca logrará eliminar el problema del criterio judicial. Todas las reglas de cuantificación de penas no pueden ser más que tablas ejemplificativas. La cuantificación de penas por tabulados mecánicos es, al menos de momento, imposible, y constituye el embuste de un criterio pretendidamente objetivo..." (ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *Derecho Penal Parte General,* Ediar, Buenos Aires, Año 2002, p. 950).

2. Los impugnantes han postulado la nulidad de la decisión recurrida por considerarla contradictoria y, por ende, arbitraria, solicitando la aplicación del mínimo legal. Pese a coincidir con algunas de las críticas que se formulan al fallo recurrido -como analizaré- considero que los defectos de la decisión no determinan su invalidez como acto jurisdiccional sino que pueden subsanarse, en tanto los Sentenciantes han valorado, con aciertos y errores, elementos de análisis suficientes como para realizar la determínación de la pena en esta instancia, como expresamente lo solicitaran ambos impugnantes.

3. En esa senda he de comenzar con la crítica que formulan los recurrentes, vinculada con la arbitrariedad que denuncian, como consecuencia de las contradictorias posturas asumidas por los Jueces A-quo respecto al punto de ingreso a la escala penal. El fallo muestra que la jueza Estefanía, en posición coincidente con el ministerio público, entiende que debe ingresarse por el punto equidistante entre máximo y mínimo de la escala penal. La jueza Rodríguez, en cambio, propone atender a la praxis judicial y a los precedentes, correlacionando el hecho a juzgar con supuestos hipotéticos de distinta gravedad. Y, por último, el Juez Pérez concuerda con la posición de la Defensa en cuanto a ingresar por el mínimo de la escala penal.

Coincido con los colegas de este Tribunal en cuanto al valor relativo que tiene fijar dicho punto de ingreso a la escala penal pues, si bien es un parámetro útil para acotar los márgenes de la discrecionalidad judicial, no deja de ser un criterio práctico que no siempre se refleja en la concreta decisión asumida. Un ejemplo de ello es la propia sentencia impugnada, en la cada uno de los jueces adopta un criterio distinto para entrar al marco punitivo y sin embargo todos llegan, considerando similares atenuantes y agravantes, a idéntica conclusión sancionatoria.

En tal sentido, si bien entiendo que puede resultar útil considerar la escala punitiva como un marco de gravedad contínua -que contiene todos los posibles supuestos atrapados por la norma en cuestión-, he opinado en anteriores pronunciamientos que la función acotadora del derecho penal aconseja una aplicación restrictiva de la habilitación de poder punitivo, que ubica al intérprete en los márgenes menores de la escala penal para, a partir de alli, ponderar los parámetros mensurativos que enumera la ley.

En idéntico sentido se ha pronuncíado la jurisprudencia local, al señalar: "Los principios de máxima limitación de la respuesta contingente, pro homine, y la realidad de nuestro sistema carcelario (que en los hechos genera tendencia a la

criminalización secundaria), sugieren partir en el análisis, desde las cercanías a los mínimos establecidos". (del voto del Dr. Montenovo en autos: "PROVINCIA DEL CHUBUT c/M., J. C."(Carpeta de la Oficina Judicial Esquel NIC N ° 414-Legajo de Investigación N ° 3193).

4. Por otra parte considero que los únicos agravantes que pueden ser ponderados son aquellos oportunamente requeridos por el ministerio público fiscal pues, entiendo, los que fije el Tribunal deben surgir taxativamente de ese requerimiento –no así los atenuantes, que no reconocen ese límite-, pues lo contrario implicaría vulnerar el derecho de defensa del condenado al impedirle alegar y probar en contra de eventuales calificantes que pueda valorar, con evidente quiebra de la imparcialidad, el juzgador.

5. Asimismo, hemos compartido con los colegas del Tribunal la opinión de que no se han brindado razones suficientes, ni se encuentran, que permitan discriminar la respuesta punitiva respecto de los tres acusados, por lo cual entiendo que la revisión de la condena debe partir de la menor pena impuesta, esto es, la de catorce años de prisión para cada uno de los condenados.

6. Así, en cuanto a las pautas calificantes de la penalidad a imponer, tengo en cuenta la pluralidad de partícipes y la indefensión de la víctima, circunstancias ambas de importante intensidad agravante de responsabilidad. Si bien se trata de extremos cuya configuración ha quedado descartada como elementos típicos de las figuras de los Art. 80 inc. 2° y 6° del Código Penal -alevosía o acuerdo para matar-, deben ser ponderadas al analizar la modalidad y ocasión asumidas en el obrar delictivo. No cabe duda de que el contenido de injusto es directamente proporcional a la desprotección del bien jurídico afectado, siendo en el caso tres los atacantes contra una sola persona que se hallaba entregada al sueño.

La doctrina explica que "...no existe doble desvaloración cuando el mismo elemento se toma en cuenta en la cuantificación de la pena para particularizar su intensidad. Como es lógico la prohibición de doble desvaloración no se afecta cuando no se trata de una nueva desvaloración sino de la particularización o perfeccionamiento del grado de una única desvaloración". (ZAFFARONI- ALAGIA- SLOkAR, op. cit., p. 1000).

Sí, en cambio, advierto doble desvaloración al ponderar el fallo la pérdida de una vida humana como extensión del daño ocasionado. Es claro que tal consecuencia es ineludible en la configuración de un homicidio consumado y, por tanto, ínsita en el respectivo tipo penal.

En cuanto a la extensión del daño causado, entiendo que debe computarse como agravante que la vulneración a la intimidad domiciliaria fue llevada a cabo con una modalidad de mayor intensidad intrusiva, con un ingreso intempestivo –a tempranas horas de la mañana de un día festivo-, en ocasión en que todos sus ocupantes se encontraban durmiendo.

7. Para valorar las circunstancias atenuantes parto de considerar una de las conclusiones contenida en el fallo de condena en segunda instancia, particularmente del voto del juez Pintos, en el que se indica que "...la materialidad del hecho aceptada en la sentencia...pareciera indicarnos que se trató de un suceso bastante tumultuoso...". Existe una profunda brecha valorativa entre considerar el hecho como un asesinato programado por tres personas contra otra indefensa –aún descartadas las agravantes de preordenación o alevosía-, que entenderlo como el obrar agresivo y tumultuario de tres ebrios trasnochados que arremeten de forma violenta contra una desprevenida víctima.

En tal contexto, y sin ánimo de cuestionar el dolo homicida de los autores pues se trata de un asunto que ha pasado en autoridad de cosa juzgada, no puede dejar de valorarse -entiendo- la posibilidad de que aunque los autores hayan conocido y querido su obrar, la muerte haya sobrevenido como una consecuencia no "deseada" por ellos; tal extremo puede inferirse del cuadro lesional que presentaba el occiso, en el que de las siete heridas de arma blanca las punzo cortantes fueron inferidas en los miembros inferiores del occiso y las restantes producidas en las manos, propias de actitudes de defensa.

Coincido también con la Defensa en que debe ponderarse como atenuante la circunstancia de no haberse determinado cuál fue la conducta concretamente asumida en el evento por cada uno de los imputados. Tal incerteza sólo puede resolverse en beneficio de los atribuidos, considerando ficticiamente que cada uno de ellos realizó el menor aporte a la obra común.

Coincido con la colega del primer voto en cuanto a que la falta de prueba acerca del móvil que guió a los acusados al emprender la agresión -definido por Zaffaroni como "la base más incuestionable del reproche de culpabilidad por el acto"-, no puede valorarse favorablemente, pues tampoco surge siquiera un indicio que permita acercar la motivación a circunstancias que denoten menor grado de exigibilidad de una conducta distinta.

También cabe ponderar como atenuante la edad de los acusados, personas jóvenes todas ellas; aunque la escasa diferencia etaria impida una distinción que discrimine la respuesta

punitiva para cada uno de los acusados, no obsta para considerarla una circunstancia minorante de responsabilidad, tal como peticionara oportunamente el propio ministerio público fiscal.
Un elemento que tampoco puedo dejar de considerar es el estado de ebriedad en que se hallaban los autores al momento del hecho, tal como quedara cristalizado en el fallo de primera instancia y que no fuera modificado en la alzada. La naturalización que suele darse del exceso en el consumo de alcohol, fundamentalmente en los sectores sociales que selecciona el sistema penal, no puede llevarnos a ignorar el importante efecto reductor de la culpabilidad -por disminución del ámbito de autodeterminación- que deriva de la ingesta alcohólica, que el tribunal de juicio ha tenido por acreditada y que necesariamente debe mensurarse en la determinación de la pena.
Valoro, asimismo, que en la causa ha mediado inicialmente una calificación legal excesiva, lo cual traduce una mengua del derecho de defensa, pues neutralizar la calificación de homícidio calificado -que conlleva la consecuencia legal más grave de nuestro ordenamiento sustantivo- exige un esfuerzo tan grande como innecesario que debe ser tenido en cuenta al valorar las consecuencias jurídicas del hecho.
Respecto a la valoración como agravante de la existencia de antecedentes condenatorios en los acusados, entiendo que dicha posición presenta reparos constitucionales similares a los que se han denunciado en relación al Art. 50 C. P., pues agravar la situación por hechos ya juzgados implicaría imponer una doble punición. He sostenido antes que los anteriores sometimientos a proceso penal del agente sólo pueden valorarse
ocasionalmente como atenuante de la pena a partir, por ejemplo, de la posibilidad de merituar las condiciones personales de mayor vulnerabilidad del autor (Art. 41 del Código Penal), valoración que implica, para un derecho penal de "acto", que únicamente puede hacerse jugar como inversamente proporcional del reproche penal. En el caso esta última circunstancia, detalladamente descripta en el primer voto, está contemplada en la minorante vinculada al menor esfuerzo realizado por los acusados para asumir conductas que se asimilan al estereotipo que han reproducido desde su niñez.
8. En síntesis, teniendo como agravantes la pluralidad de agentes, la indefensión de la víctima y la modalída comisiva del delito de violación de domicilio y como atenuantes la vulnerabilidad de los autores -extremo impecablemente tratado en el primer voto, en argumentación que comparto-, la menor

participación de cada uno en el hecho -favor rei-, la edad y el estado de ebriedad de los acusados, cabe disminuir sensiblemente la pena impuesta en el fallo de condena, estimando que la consecuencia justa para los hechos atribuidos se centra en una sanción de DIEZ años de prisión para cada uno de los condenados.
9. Por último, adhiero a la postúlación formulada por la Magistrada del primer voto en cuanto a costas y honorarios profesionales. Así lo voto.

Atento los votos que anteceden por mayoría la Cámara Penal de Esquel, con la dísidencia de la Dra. Rodríguez:

FALLA:
1) Haciendo lugar parcialmente a la impugnación efectuada por los Dres. Omar López y J. C. en representación de los imputados.
2) Revocar parcialmente la sentencia de cesura y condenar a F. A., argentino, DNI N ° **.***.***, nacido en Esquel el 23/09/**, hijo de F. y de S. I. M., con escolaridad primaria completa, casado, con último domicilio en Barrio C., Pasaje * de la ciudad de Esquel, a E. S. A., de apodo "M.", argentino, DNI N ° **.***.***, nacido en Esquel el 09/04/**, hijo de F. y de S. I. M., con escolaridad primaria completa, con último domicilio en -Barrio ** V., casa N ° ** de la ciudad de Esquel, y a R. A. A., argentino, DNI N ° **.***.***, nacido en Esquel el 30/01/**, hijo de F. y de S. I. M., con estudios primarios completos, con último domicilio en Barrio ** V., casa N ° ** de la ciudad de Esquel, a la pena de doce años de prisión, accesorias legales y costas, como autores penalmente responsables de los delitos de VIOLACION DE DOMICILIO en concurso real con HOMICIDIO SIMPLE, hechos cometidos en Esquel, el 25 de díciembre de 2007, en perjuicio de A. N. M. y de F. B. Q. (arts. 12, 19, 29 inc 3 ° , 40, 41, 55, 150 y 79 del C. Penal.)
3) Regular los honorarios profesionales del Dre. López en la suma de Pesos Ochocientos ($800.), en su carácter de Defensor Público, y en la suma de Pesos Mil ($1000.) los del Dr. J. C., Defensor Particular, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 5, 7, 44 y ccdts. de la Ley XIII N ° 4.-
4) Protocolícese y efectúense las comunicaciones de rigor.
5) Al momento de la lectura, la presente se encuentra suscripta solamente por la Sra. Presidente, habiendo remitido la Dra. Rodríguez su voto por vía electrónica con firma digital, sin perjuicio de su posterior con firma material,

encontrándose ausente el Dr. Víctor A. Sarquis, en uso de licencia (Art. 331 in fine C. P. P.).

Fdo: Nelly Garcia- Juez- Dra. Rodríguez (firma digital). Ante mi: Gustavo Alvarez

Registrado bajo el N ° 1915, folio: 3697/45 año : 2010. conste