En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los días del mes de Marzo del año dos mil doce, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los señores Ministro Jorge Pfleger, Alejandro Javier Panizzi y José Luis Pasutti bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados **"Pcia. Del Chubut c/A., R.-A., F.... s/IMPUGNACIÓN"** (Expediente N ° 21.597 – F ° 122 – Año 2009).

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

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. Introducción

a. Ha recalado en la Sala la impugnación extraordinaria del Defensor Público Penal, doctor Omar Osvaldo López, deducida en perjuicio de la sentencia registrada con el número 1915/Año 2010, de la Cámara en lo Penal de la ciudad de Esquel.

Este organismo jurisdiccional hizo lugar parcialmente a la impugnación ordinaria articulada por los Defensores de los imputados, revocó parcialmente la sentencia de cesura y condenó a F. A., a E. S. A. y a R. A. A. a la pena de doce años de prisión, accesorias legales y costas, como autores penalmente responsables de los delitos de VIOLACIÓN DE DOMICILIO en concurso real con HOMICIDIO SIMPLE, hechos cometidos en Esquel, el 25 de diciembre de 2007, en perjuicio de A. N. M. y de F. B. Q. (arts. 12, 19, 29 inciso 3°, 40, 41, 55, 150 y 79 del Código Penal).

b. Atenderá la Sala, a la par, el problema que apareja la Consulta (art.377 del C.P.P.) bajo las formas estipuladas en la decisión del pleno que la defirió a este órgano.

II. El recurso

En su presentación, el Defensor Público sindicó tres motivos capitales, a saber:

a.- *"… 1. Nulidad de la sentencia por errónea fijación de los hechos en que se funda la sentencia –arbitrariedad- (art. 375 inc. 3 del C.P.P.)*

b.- *"…2. Nulidad de la sentencia por errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 375 inc. 2do. del C.P.P.). Errónea aplicación del art. 79 del Código Penal, por cambio de calificación. Violación a los principios de congruencia, contradicción y derecho de defensa. Errónea aplicación del art. 150 y cc., del Código Penal…".*

c. *"…3. Nulidad parcial de la sentencia por errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 375 inc. 2do. del C.P.P.). Errónea aplicación de los arts. 40 y 41 y cc. Del Código Penal…"*

En el mentado punto 1, el impugnante puso sobre el tapete, para focalizar la crítica, los elementos de prueba que el Tribunal citó en la postulación de sus fundamentos.

En ese camino, si bien se cuidó de aclarar que conocía las limitaciones que tiene el recurso extraordinario como el que convoca, formuló un claro ataque a la ponderación que los jueces hicieron de la prueba que forjó en sus cabezas el sentimiento de certeza respecto de la participación de los imputados en el hecho endilgado.

Así, pasó revista a una parte de las declaraciones que hicieron los testigos A. M., S. N., L. O. O., G. O. M. y H. E. M., objetando en cada caso sus aportes bajo la afirmación de que eran insuficientes para fundar una sentencia de condena.

Sostuvo que S. N. y L. O. O., en razón del estado en que se encontraban, no pudieron aportar más que el dato de que los autores habían sido tres personas a las que no pudieron reconocer, y de ello dedujo que el valor convictivo dado por los Jueces al segundo excedía el contenido de su testimonio.

Sostuvo que los hermanos G. O. M. y H. E. M. habían afirmado que no vieron nada y solo repitieron lo que les dijo su madre A. M., por ende nada podían sumar estos testimonios a la prueba de cargo.

Manifestó que no existía, en el caso, prueba material que colocara a los hermanos A. en el lugar del hecho, pues la pesquisa no halló en el domicilio de los imputados prendas, calzados o armas con manchas hemáticas que los pudieran vincular con el crimen.

Remarcó que la sentencia de condena se sustentaba exclusivamente en un solo testimonio de cargo: el de la señora A. M..

Puso de relieve las deficiencias físicas que padecía la mujer, indicando que era hipoacúsica con sordera total de un oído y parcial en el restante otro, que padecía epilepsia y no sabía leer ni escribir.

En otro orden, criticó la evaluación que la "a-quo" hizo de la prueba de descargo pues consideró que se habían descartado seis testimonios desincriminantes, que daban lugar, por lo menos, a la duda beneficiosa por ser testimonios de familiares con vínculos afectivos con los incusos.

Señaló que tampoco se había demostrado cuáles eran los indicios de mala justificación que el Juez Pintos esgrimió como prueba de cargo.

En la segunda parte del mismo apartado habló de la arbitrariedad de la sentencia que representó haber condenado a sus asistidos con un solo elemento de cargo, cual fue el testimonio de A. M.. En ese sentido se explayó en calificaciones de la testigo en su doble condición de órgano de prueba y víctima, con citas de doctrina y jurisprudencia que alertaban sobre el cuidado que requería la ponderación de tal situación, sobre todo cuando era un testigo único.

En el punto 2 centró sus críticas en el cambio de calificación que realizó la "a-quo" al mudar el encuadramiento legal de Homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas al de Homicidio simple.

Sostuvo que ese cambio sustancial había modificado el cuadro fáctico imputado a sus defendidos, del cual éstos no habían tomado conocimiento durante el proceso, ni tenido la oportunidad de contradecir, tal cual lo impone el derecho de defensa.

Dijo que esa modificación significó una mutación de la plataforma fáctica sin la posibilidad de que los imputados pudieran ejercer su derecho a defenderse pues tampoco se discutió en el curso del debate.

Citó el artículo 322 cuarto párrafo y 332 párrafo tercero del Código Procesal Penal.

Incluyó en el segundo agravio una crítica a la aplicación del artículo 150 del Código Penal por considerarla equivocada.

Partiendo de afirmar que los hermanos A. no ingresaron al domicilio de la señora M., sostuvo que no podía concursarse la violación de domicilio con el homicidio simple, porque en virtud del principio de especialidad resultaba constitutivo de un concurso aparente, brindando conceptos doctrinarios relacionados y citas del Juez Minatta.

En el tercer agravio, en forma supletoria, criticó el quantum de la pena impuesta por la Cámara en lo Penal, pues consideró que habían tenido en cuenta agravantes no pasibles de merituación y un rechazo de los atenuantes, dando como resultado una pena que excedía el marco del reproche penal formulado a los incusos.

Al referirse a los agravantes expresó que la doble valoración realizada por los jueces García y Sarquís la constituyó la ponderación que había efectuado el Tribunal que determinó la pena, al tomar como agravante *"la afectación al bien jurídico vida"*, *"adelantando la muerte de la víctima"* y *"la pérdida de la vida humana"*, conceptos que se encuentran contenidos en la fórmula "*el que matare a otro"* del tipo penal del artículo 79 del Código Penal.

Dijo que esta doble valoración está prohibida en nuestro sistema legal, por aplicación del principio "*ne bis in idem".*

Otro aspecto de su crítica señaló el error que se había consagrado en la sentencia al agravar por la pluralidad de intervinientes e indefección de la víctima, porque no se tuvo en cuenta que en la vivienda se encontraban ocho personas, situación que, a criterio del impugnante, le hacían perder virtualidad al número de agresores por la desventaja numérica en la que estos se encontraban.

En ese sentido, negó que la víctima se encontrara en estado de indefensión.

Al referirse a los atenuantes se quejó de que la mayoría no hubiera tomado como factores atenuantes la circunstancia de no haberse determinado cuál fue la

conducta concretamente asumida por cada uno de los imputados. También el estado de ebriedad en que se encontraban al momento de cometer el hecho, la calidad de los motivos que lo llevaron a delinquir y el sufrimiento padecido durante el proceso, con citas de doctrina autorizada en el tema.

En el final, luego de hacer reserva del caso federal peticionó que se revocara la resolución apelada nulificando la sentencia por arbitrariedad y errónea aplicación de la ley sustantiva, absolviendo a los imputados. Supletoriamente solicitó se readecue la mensuración de la pena conforme un correcto análisis de los arts. 40, 41 y concordantes del Código Penal.

III. Breve preliminar.

En primer término, no puedo dejar de mencionar que el recurso extraordinario de la defensa viene apareado a la consulta (Art. 377 del C.P.P.) que, según siempre he sostenido (en minoría), es de competencia del pleno del Superior Tribunal.

Esta circunstancia conduce a realizar un estricto escrutinio sobre ambas sentencias, no obstante los agravios dirigidos a una de ellas, pues ese y no otro es el sentido de la palabra "… sin (las) limitaciones…" que consigna la regla, en estos casos.

IV. La solución del asunto

IV. a. El problema de la arbitrariedad

Considero que la manera mejor de escudriñar el asunto es mediante la verificación de todos los argumentos posibles para establecer la corrección de las sentencias recaídas, a través del análisis de los eventuales errores que ellas puedan padecer.

En esa dimensión comenzaré por cuestionarme y cuestionar si, acaso, las que corren constituyen sentencias arbitrarias según los estándares fijados por esta Sala.

Me permitiré una breve digresión. He venido sosteniendo, desde antaño, que el concepto acerca del vicio de la arbitrariedad comprende varios aspectos negativos que hacen a la invalidez de un pronunciamiento como derivación razonada del derecho vigente con atención a las particularidades de la causa.

Estas negatividades (por utilizar un neologismo) pueden consistir en la absoluta falta de razones (defecto mayúsculo), en razones que trasiegan o contradicen de modo intolerable las reglas de la lógica, la experiencia o la psicología y por ende contienen una apariencia de discurso (una sinrazón), en el hecho de soslayar la evaluación de una prueba relevante a la solución del caso u omitir el tratamiento de un aspecto crucial del asunto sin dar explicaciones ningunas, o por fin, en que la decisión fuera edificada sobre la base de prueba inexistente o falseada en su realidad o significado.

Es decir, esta sinopsis o recapitulación de males de una sentencia tiene el denominador común de que el acto jurisdiccional de que se trata es el

producto del capricho de los jueces, constituyendo un verdadero abuso del poder estatal del que aquellos están investidos. Una solución autoritaria que queda englobada en una frase pueril: "Es así porque así es", pretendiéndose legitimar de ese modo el acto que pone fin al proceso.

No hay defecto, en cambio, cuando se han brindado plausibles consideraciones en contra de alguno o algunos de los elementos probatorios de la causa. El sentido y grado de convicción que refleja la motivación de la sentencia debe ser cotejado con la racionalidad y aptitud que tiene la prueba enunciada para generar tal convencimiento, más allá de que sus conclusiones puedan escapar al control porque dependen de la inmediatez propia del debate y se encuentran expresamente vedadas a la instancia del doble conforme por la limitación que, por esencia, reconoce la teoría sentada en "Casal".

También he machacado con que la actividad de apreciación de la evidencia legalmente incorporada al debate es un proceso de construcción en el que nada puede desdeñarse por que sí ni analizarse fragmentadamente; la sana crítica – como método- importa precisamente eso: la crítica sana (libre de prejuicios) del material que se produce bajo las reglas de la psicología, la experiencia y la

lógica, de suerte tal que las consecuencias sigan a sus causas desde la perspectiva de un observador imparcial. Implica, precisamente, apego a las reglas enunciadas por que resultan su contenido en la medida en que el Código Procesal Penal no impone normas generales para la acreditación de algunos hechos delictuosos ni determina abstractamente el valor de las pruebas, sino que deja al juzgador en libertad para admitir todo medio legalmente incorporado que estime útil al esclarecimiento de la verdad, para tamizarla conforme aquellas.

Desde esta perspectiva la lectura de las sentencias, más allá de su acierto o error en esta primera aproximación, no puede caberle el sayo de la arbitrariedad.

IV. a. 1. Veamos los pronunciamientos.

Los Jueces de la Cámara Penal han fundado sus respectivas opiniones regularmente.

Cada uno de ellos, al menos así se lee, analizó prueba testimonial y la verificó por medio de las grabaciones de estilo y trató todas las cuestiones que la defensa planteó en la ocasión.

Tanto en lo relativo a lo fáctico como a lo jurídico los Camaristas estudiaron metódicamente no sólo el comportamiento de los Magistrados de la condena sino que efectuaron un examen concordante

con los principios de la máxima capacidad de revisión o de rendimiento, propio de su labor.

De su lado, la sentencia de la instancia primera había dado razones para dar base a la decisión de condena.

Tomaron en cuenta la prueba significativa y la asociaron con otros datos –ya lo veremos más adelante- que les condujo al pronunciamiento luego revisado en el doble conforme.

Ergo, el primer vallado intelectualmente oponible debe quedar descartado.

IV. b. El tema del recurso extraordinario su motivación y fundamentos.-

Tengo expresado en otros precedentes que el recurso extraordinario exige del impugnante una minuciosa crítica del fallo, con base en las normas procésales que le autorizan el intento.

Esto significa tanto como decir que el texto de la impugnación ha de contener elementos que sirvan de pábulo para la apertura de un nuevo examen basado en las razones que movilizan la voluntad del quejoso.

No sucede así cuando la manifestación escrita y la argumentación oral ante el Tribunal se traducen en una replica de los argumentos de otrora mediante los cuales se motorizó el primer control jurisdiccional, que hoy se censura en otra latitud.

Esta instancia no es un tercer escalón impugnativo común.

Se trata de un plano extraordinario y, como tal, la parte ha de demostrar cabalmente los aspectos errados que lo justifican.

La mera repetición argumental que no logró convencer primero a los Jueces de Juicio y luego a los Jueces de Cámara, sin una explicación elocuente añadida, no alcanza a superar el estándar exigible en clave del remedio que se articula.

Mucho de esto hay en el insistente planteo de la defensa aunque, como advertiremos, la existencia del instituto de la consulta conduce a ampliar el espectro de análisis de la sentencia.

Sobre estos aspectos, evoco el criterio que he mantenido respecto a la impugnación venida desde la Defensa contra una sentencia de la Cámara en lo Penal.

Y lo evoco porque cuando intenté circunscribir estrictamente los límites del control que compete a la Instancia afirmé y afirmo que resulta capital la faena de interpretación del art. 375 del C.P.Ch, pues a partir del cese de la transición, los órganos estatuidos por aquél han asumido su plena competencia, otrora deferida en materia de impugnación ordinaria a esta Sala.

Si bien la que aquí se estudia es el producto del avance cualitativo del proceso penal en la Provincia del Chubut que, a la vanguardia de la legislación en la materia, regula la impugnación de aquella naturaleza sobre la sentencia de condena de modo amplio (el doble conforme del Art. 374 del C.P.P.), esto no significa bajo ningún punto de

vista que la Sala se convierta en una nueva instancia de revisión de igual tono.

Su ámbito de conocimiento en demarcado por una vía excepcional escrupulosamente regulada.

Un repaso razonable de los presupuestos del precepto adjetivo señalado más arriba, norma del recurso, brinda una pista adecuada para desentrañar el correcto sendero que ha de transitarse.

Por un lado, el recurso extraordinario implica la posibilidad de ejercer control sobre el proceso que condujo a la emisión de la sentencia recurrida; única interpretación que autoriza el vocablo "...procedimiento defectuoso..." usado en la norma para catalogar el presupuesto habilitante en ese sentido (inc. 1° del Art. 375).

El inciso, para mí, guarda estrecha relación con los motivos procésales que autorizaban la casación tradicional, consignados en el viejo precepto "…inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad…" (Art. 415 inc. 2° Ley 3155) que preservaba sobre los errores "in procedendo".

Por otro lado, es la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, en la solución del caso concreto, lo que autoriza al control del mismo modo (inc. 2°).

Este dispositivo, según opino, se corresponde con los preceptos que disciplinaban el instituto de marras en términos de derecho, error "in iudicando", basado, empero, en otros principios.

Su sentido se aparta de la necesidad de control político de los Jueces sobre las sentencias. Lo que se pretende es la razonable unificación interpretativa de las normas penales que, a mi manera de ver, debe ser ponderado con precisión y operado en la medida en que el Juez incurra en un inaceptable error de derecho.

Por fin la cuestión más álgida que se presenta, quizás por la particular manera en que el tema de los hechos fue considerado en la actividad revisora extraordinaria, es el que concierne al evidente error en la fijación fáctica de la sentencia como causal de este recurso (inc. 3°).

Es que en contrario al antiguo remedio al que se ha hecho referencia, el que vedaba el ingreso a las cuestiones de hecho, el nuevo rito preceptúa como uno de los presupuestos cuando se afirme: "…que la sentencia, al fijar los hechos por los cuales condena o impone una medida de seguridad y corrección, ha incurrido en un error evidente que determina en ella la existencia del hecho punible o en el que se funda la medida de seguridad y corrección, la participación del imputado en él o

la inexistencia de un hecho menos grave según la ley penal, que permita la reducción de la pena u otra decisión sobre una medida de seguridad y corrección, esencialmente diversa de la anterior…"

En trance de desentrañar el sentido y alcance de ese postulado, veo que desde una perspectiva estrictamente semántica, lo evidente es aquello que es "...cierto, claro, patente y sin la menor duda..." (ver primera acepción del Diccionario de la Real Academia Española).

De manera entonces que para justificar la inspección sobre el proceso de determinación de los hechos, el defecto ha de ser palmario y la denuncia traslucir esa condición de modo incuestionable.

Empero no dejo de pensar en alguna vaguedad o imprecisión en las palabras y, por ende, es menester hacer el intento de brindar cierto contenido al vocablo "error", que la norma procesal adjetiva de la manera vista a los fines de la impugnación.

En primer término – lo reitero- queda excluido un re- análisis de la prueba en sí misma.

El valor convictivo dado a los medios que los Jueces revisaron queda incólume en la instancia.

Si así es, la manera adecuada de encarar la tarea es comprobar si, acaso, la sentencia recurrida cae dentro de la categoría de sentencia

arbitraria o, de otro modo, si el comportamiento de los Jueces ha padecido arbitrariedad en la consideración de los juicios que otros emitieron, y, por ende fijaron los hechos de modo desacertado.

Superada la etapa del "juicio al juicio" la labor queda estrechada a la manera en que los Magistrados de ese menester construyeron su pensamiento, y el único cartabón posible para medirlo es la prueba de "arbitrariedad", tópica sobre la que se ha caminado en otras partes del trabajo.

IV. c. El examen integral a causa de la consulta

Bien se podría culminar aquí el trabajo, poniendo de resalto las repeticiones de la asistencia técnica que no alcanzan a satisfacer los recaudos de esta vía impugnativa no ordinaria.

Pero ya señalé el impacto del instituto de la consulta sobre la tarea que toca, de modo tal que he de continuar escudriñando.

Haré mentas del contenido de la apelación con el sólo propósito de ordenar la exposición.

En el principio, el Impugnante ha hecho rodar su exposición crítica sobre la atacada en torno a la valoración que la Cámara de Apelaciones hizo de la prueba de cargo.

Ha remarcado y tomado como pívot en su presentación, bajo variados títulos, dos cuestiones: a. la circunstancia de que los Jueces condenaron basándose en un solo testimonio, despreciando la coartada producida por la defensa; y b. la nulidad de la sentencia por violación al derecho de defensa en juicio, a causa del cambio de calificación legal sin brindar oportunidad a la Defensa de opinar al respecto.

Adelanto que ambas críticas carecen de soporte fáctico en la realidad.

Esto es así pues en la sentencia de la Cámara en lo Penal de la ciudad de Esquel, dictada el día 23 de abril de 2010 (fojas 158/177 vta.) se trató y contestó cada uno de los puntos detallados por la Defensa de entonces en la impugnación ordinaria; entre ellos, la violación a los principios de la sana crítica en los fundamentos de la autoría, especialmente la constitución de la prueba de cargo; y, también, la objeción formulada a la agravante del homicidio por el concurso premeditado de dos o más personas.

Resulta definitivamente inoportuno y huérfano de razón el actual intento del impugnante de volver a recrear con los mismos argumentos, las objeciones que fueron formuladas y contestadas correctamente en segunda instancia.

Pero cierto es que por efecto de la consulta (art. 179 de la Constitución Provincial, art. 377 del C.P.Ch.), procederé conforme lo exponía: al examen de las sentencias de primera y segunda instancia.

IV.d. El examen de la sentencia de primer grado.

En cuanto al plexo probatorio, los Magistrados del juicio explicaron en forma adecuada la importancia que revestía, en la determinación de la autoría, el testimonio de A. N. M., ponderando muy especialmente los problemas auditivos y neurológicos que sufría y resaltando su capacidad visual, sentido por el cual había tomado conocimiento de la identidad de los agresores.

Para ello no solamente echaron mano de sus percepciones en el debate, sino que acudieron a un experto, el psicólogo Gabriel Letaif, quien explicó, en la audiencia, la plena capacidad de la testigo para deponer porque no había ninguna patología que la inhabilitara.

Resulta encomiable el trabajo de la Juez del primer sufragio, doctora Jones, quien se encargó de establecer la coherencia interna y externa del relato, haciendo mentas de la prueba que así le conducía a pensar.

Se puso en valor el contexto indiciario que abonaba la credibilidad de tal versión al relacionarlo con los dichos de S. N. y de L. O. O., incluso el relato que hizo de lo percibido en el día y lugar del hecho el Cabo P. luego de escucharla a A. N. M. cuando

le llevó noticia de lo ocurrido, y la acompañó hasta su casa donde tomó conocimiento de visu del teatro de los hechos.

Dos cosas merecen destacarse en este tramo del discurso.

Las tachas a los testigos era propia del procedimiento inquisitivo que permitía discutir acerca de la calidad de los testimonios por vía incidental. Esto desapareció de la geografía procesal cuando se adoptó el sistema mixto o inquisitivo reformado a través de la Ley 3155, que consagró la libertad probatoria y el método de la sana crítica.

De suerte que perdió sentido todo "a priori" sobre los testimonios basados en la calidad física o moral del testimoniante.

En este caso, la discapacidad física en sí no representa mella ninguna que impida el conocimiento cabal de la historia (su recreación intelectual) cuando la descalificación del valor del testimonio no se relaciona con la aptitud para percibir con alguno de demás sentidos y de transferir adecuadamente a través del relato esas percepciones.

Lo otro es que el principio de legalidad, adjetivo o sustantivo, implica, sintéticamente hablando, que todo comportamiento estatal es reglado y con más estrictez en el ámbito de aplicación del derecho penal.

Tipos penales en principio cerrados, que aún abiertos, se clausuran a partir de otras normas, impedimento de la analogía, ley previa al hecho de la causa, actividad procesal regular llevada a cabo por sujetos procésales estatuidos ex ante, son derivación de este basamento que tiene una profunda raíz constitucional.

No percibo en el texto de la sentencia bajo estudio un quiebre de estos postulados.

La aplicación de un sistema de análisis que conlleva a soluciones diferentes a las que con pertinacia ha sostenido el señor Defensor, no importan por sí violación alguna; solamente disímiles interpretaciones acerca de la consecuencia del razonamiento, que para mí -lo adelanto- ha sido correcto.

La prueba de indicios, con más precisión la prueba de presunciones es admitida, perfectamente, por el sistema de valoración estipulado por la norma procesal y ha sido estudiada, con profundidad, por la doctrina y la jurisprudencia.

He citado, asiduamente, la opinión de Morello, en el sentido que "… Si hay un sector del mapa probatorio que lleva al operador jurídico (juez, jurado, árbitro, abogado) a trabajar en un frente de conjunto, en una red que, interactuante, anude y teja es el de los indicios: dispersos acaso débiles o insuficientes, si son tratados en solitario, pero que multiplican e interactúan en la recíproca articulación y en función unitaria, el valor de convicción de las evidencias. Las parcelas, los indicios abastecen a las presunciones (así, en plural) que, se reflejan en el paciente armado de la totalidad de esos cabos sueltos. Tan

delicada y compleja trama se dibuja, a los fines de la carga de probar, enlazando débiles consistencias parciales, en una ponderación que relaciona unos indicios con los otros por construir un plexo de hecho en unidad combinada. No hay modo de captar esas partes sino en un todo; sólo así se desemboca en un cuerpo de fuerza compacta…" (ver Augusto Mario Morello en "El peso de los indicios y la valoración de las presunciones en el delito de violación" en La Ley 1998-A- 312).

He señalado también que es posible que en el decurso de las operaciones intelectuales que se realizan sobre hechos comprobados exista, al final, un cierto grado de anfibología, pero ese obstáculo se supera aplicando las reglas de la lógica probabilística prevaleciente.

Por esa razón no resulta equivocado, en principio, cimentar la fijación de los hechos que derivan en la subsunción en la norma penal y la aplicación consecuente de la pena en ese medio de convicción.

Vuelvo al caso.

Probada acabadamente la materialidad del homicidio enrostrado, la autoría ha resultado correctamente fijada por los Jueces de grado primario a partir de la prueba que antes he referido, que, repito, fundaron adecuadamente su postura que, revisada, salió airosa de ese trance y resulta, por segunda vez, homologable en este aspecto.

La mujer vio y contó. Pudo usar un lenguaje pobre, es verdad. Pero el Tribunal de Juicio tomó nota de ello y se dedicó horadar sobre el punto.

Indicó a los imputados y mantuvo una versión que fue coherente en todo el desarrollo del proceso, abonada por sus interlocutores y por las evidencias objetivas.

No hay error de apreciación ninguno que pueda desmerecer la sentencia de primera instancia.

VI. La sentencia de la Cámara en lo Penal.

Hecha salvedad de la calificación legal diferente, tópica sobre la que se irá más adelante, la Cámara en lo Penal fue prolija en su examen del juicio.

Se ha respondido, por ella, punto por punto a los agravios de la defensa cuando pretendió vulnerar el testimonio de A. N. M., y huelgan las palabras frente a la sensatez con la que los jueces ponderaron esa prueba.

También coincido, como lo hicieron los Camaristas, en la importancia del cuadro de indicios que acompaño a ese testimonio y lo tornó fiable (me refiero a las objetividades plasmadas, al asunto en su objetiva materialidad, valga la redundancia)

Los testimonios de O. y N. si bien considerados neutros no pueden ser desatendidos.

Estos son órganos de prueba que traen la exteriorización de la violencia prodigada por otros- tres jóvenes- a la víctima, aunque no puedan identificarlos y apuntalan la coherencia de la testigo puesta en vilo equivocadamente.

La testimonial del Oficial P., también fue considerada adecuadamente, pues bien que recibió la alarma desde la mujer y pudo presenciar el cuadro de la tragedia a poco de ocurrir y apuntó a los relatos que escuchó en la emergencia (por vía de Roberto Marihuan)

Resalto aquí el sufragio del Juez Minatta (tercer votante) quien consideró esa situación de modo muy eficiente, a mi criterio, sin desmedro de los prolijos trabajos de los doctores Pintos y García, claro está, quienes cumplieron acabadamente su rol.

IV. e. El encuadre legal. Su impacto sobre el derecho de defensa en juicio.

El diferente encuadre legal dado por la sentencia de grado no ha configurado una lesión insalvable en el derecho de defensa, como se ha predicado.

El núcleo de los homicidios agravados está en el homicidio simple.

Cuando sucedió la impugnación ordinaria la defensa puso en tela de juicio que no se había configurado la agravante, tópica que la del control aceptó en estos términos: *"…En esto lleva razón la defensa, puesto que no existen elementos que hagan a la certeza del concurso premeditado de los imputados para matar de esa forma. En efecto, se requiere demostrar un concurso, esto es, un acuerdo bien determinado y preciso, consistente en la voluntad de los tres co-autores para matar de esa forma, acuerdo celebrado con la expresa finalidad de disminuir, en el momento de la ejecución, las posibles defensas de la víctima. Ni siquiera basta que ellos lo hayan pensado o pergeñado de ese modo, si en la realidad objetiva no existió indefension o ésta no fue producto exclusivo de la cantidad de atacantes, situación ésta última que fue lo que aconteció en el caso, ya que la indefensión provino de la circunstancia de hallarse dormida y acostada y no provino o tuvo como causa la cantidad de atacantes en el momento de la acción. Es decir, si ya desde el aspecto objetivo no existió la agravante, nada más corresponde analizar al respecto, debiendo calificar el hecho en su figura básica como homicidio simple…"* (Del tercer voto)

Queda de este modo expuesto que no existió sorpresa por el cambio de calificación consistente en la mudanza de un delito agravado a uno simple, y tampoco significó un cambio en el soporte objetivo de la imputación a los acusados, porque fue a causa de un pedido expreso formulado por la Defensa técnica quien había argumentado en ese mismo sentido.

V. La pena impuesta

El ataque de la defensa en lo que atañe a los aspectos cuantitativos de la pena tampoco tendrá andadura.

Los integrantes de la Cámara, por otro lado, hicieron una adecuada valoración de la determinación de pena que impuso el Tribunal de juicio, sin incurrir en arbitrariedad (pues dieron razones lógicas), siendo

que, por otra parte, se compadece del estándar que permite la figura en cuestión.

Lo esencial en la determinación de la pena, dentro de las pautas que prevé el art. 41 del C.P, es que los jueces de mérito den razones particulares atinentes al caso y no brinden argumentos genéricos que impliquen una apariencia de fundamentación, y ello han hecho los Jueces de la Cámara Penal que han refutado las argumentaciones empecinadas en demostrar que ha existido una verdadera doble valoración o infracción al principio que impide la doble persecución.

No debe olvidarse que en el recurso extraordinario ese es el punto de análisis que ocupa a la instancia y no el quantum en sí mismo, al menos que este sea desmesurado, atroz y por ende arbitrario, que no es el caso en examen.

VI. Conclusión

En síntesis, voto por que la impugnación interpuesta sea desestimada y la sentencia venida a control confirmada en todos sus términos.

Asimismo, estimo cumplidos los objetivos de la Consulta por la manera en que se ha pretendido analizar todos los aspectos de la sentencia ocurrida.

Por consecuencia, propongo que se declare improcedente el recurso del Defensor Público y se confirme la sentencia dictada por la Cámara de Apelación Penal.

Así me expido y voto.

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. Compondré mi sufragio sin exponer los antecedentes que motivan la impugnación extraordinaria contra la sentencia de la Cámara en lo Penal, pues la completa relación de los hechos efectuada por mi colega preopinante, resulta lo suficientemente explícita como para poder remitirme a ella.

II. He discrepado del criterio expuesto por la mayoría de esta Sala en punto a que la presencia de la consulta impone el deber de escudriñar exhaustivamente la condena. Sostengo, por el

contrario, que el reclamo de revisión impetrado por la defensa, desplaza al instituto en cuestión.

No obstante ello, acataré la postura mayoritaria y, efectuaré una revisión amplia, esto es, sin limitaciones.

III. Esencialmente la impugnación extraordinaria a favor del imputado denunció que las sentencias de los tribunales a quo fueron dictadas en franca violación al principio de la sana crítica racional, toda vez que otorgaron valor de convicción a una única prueba testimonial de cargo.

El remedio articulado señaló, a su vez, que el cambio de calificación legal favorecido por la Cámara en lo Penal, implicó una modificación de la plataforma fáctica, violatoria de los principios de defensa en juicio, debido proceso, contradicción y congruencia.

En el tercer motivo de agravio atacó el monto de pena impuesto.

IV. Advierto que el Defensor Público Penal de los atribuidos pretende que esta Sala efectúe un nuevo análisis de los aspectos fácticos ventilados durante el juicio.

Pero, como en reiteradas ocasiones he manifestado, la discusión sobre estos extremos excede la capacidad de esta instancia, pues es

materia propia de los jueces de la Cámara en lo Penal y, por ende, ajena al remedio extraordinario intentado.

Es que, la intervención de esta Sala no implica una tercera instancia ordinaria, sino que solamente acoge casos de carácter excepcional en los que, las incorrecciones en el razonamiento o la ausencia de fundamento normativo, impiden considerar un pronunciamiento como ajustado a derecho.

En esa dirección, advierto que el re-examen integral de la sentencia condenatoria y del cuerpo de prueba ya fue cumplido perfectamente por los magistrados de grado, que inspeccionaron el pronunciamiento emitido por el Tribunal Colegiado de la ciudad de Esquel. Es decir, la doble impugnación a la respuesta dada por los tribunales se ha cumplido acabadamente –el doble tránsito por las instancias.

Estimo, en consecuencia, que la impugnación intentada debe rechazarse desde que la aseveración del impugnante, relativa al erróneo tratamiento de planteos defensivos, trasunta mera disconformidad en torno a una cuestión de hecho y prueba, que ha sido objeto de un adecuado tratamiento en la resolución atacada.

Considero, además, que el simple desacuerdo con la solución adoptada no habilita un escrutinio

exhaustivo si el pronunciamiento se encuentra, como en el caso, dotado de una argumentación jurídica sólida.

IV. Sin perjuicio de lo expresado en el apartado anterior, efectuaré una revisión integral de la causa en atención a la presencia de la Consulta.

La coautoría de la muerte violenta de F. B. Q. en cabeza de los hermanos R. A., E. S. y F. A. se apoyó, fundamentalmente, en el testimonio de A. M., quien presenciara en forma directa el hecho.

La nombrada observó el ingreso intempestivo a su domicilio de los tres hermanos A., a quienes conocía por ser amigos de sus hijos; vio que agredieron con golpes de puño, patadas y puñaladas a Q., que se encontraba durmiendo sobre un colchón ubicado en el piso del dormitorio. Dijo que los A. estaban alcoholizados y que la víctima gritaba. Recordó que frente a ese escenario de violencia, golpeó las manos con la intención de que los agresores depusieran su accionar.

La defensa de los inculpados puso en crisis el testimonio de la señora M. al cuestionar su capacidad mental y el interés en el resultado del juicio.

Los sentenciadores, a partir de la intervención del Psicólogo G. L., validaron su

declaración. El profesional describió la personalidad de la entrevistada, constató la discapacidad auditiva que padecía y el antecedente de epilepsia sufrido, pero aclaró que ninguna de las patologías eran inhabilitantes para prestar testimonio. Afirmó que la señora M. no tenía incapacidad psíquica y que se trataba de una persona fiable.

Con buen tino, los magistrados enlazaron la versión de la deponente con otras evidencias a fin de verificar su coherencia. Y, se hallaron frente a una declaración que guardaba estricta correlación con el restante material probatorio.

Así, por ejemplo, M. expresó que "... *a lo último R. le pegó una tremenda puñalada al finadito*", dato que resultó compatible con la profunda herida de aproximadamente quince centímetros en la parte interna del muslo derecho, que exhibía el cuerpo de la víctima. Luego, dijo que cuando sus hijos trataron de auxiliar a Q., éste se paró y cayó contra una madera; circunstancia que fue corroborada con las fotografías tomadas en el lugar del hecho.

En otro orden, la cuestión atinente al presunto interés de doña M. en el resultado del juicio, que fuera denunciado por la defensa, también fue abordada por los jueces de grado. Éstos

juzgaron que una falsa denuncia para proteger a sus hijos hubiera sido fácilmente advertida por los expertos en criminalística que acudieron inmediatamente al lugar teatro de los hechos. A su vez, argumentaron que a lo largo de toda su declaración la testigo experimentó un profundo pesar al sindicar a los hermanos A. por la larga amistad que mantenían.

Los dichos de O. y N. también coincidieron con los de M. en punto a que tres individuos irrumpieron aquella mañana en la casa.

Los testigos aportados por la defensa también fueron evaluados y los sentenciadores los desecharon por las contradicciones e imprecisiones exhibidas.

Así las cosas, advierto que no existió elemento alguno que permitiera dudar de la credibilidad de la declaración de A. M.. Su versión fue correctamente conectada y apuntalada por las distintas evidencias reunidas.

De esta manera, toda vez que las operaciones intelectuales de los sentenciadores cuentan con un razonamiento acertado, comprensivo de todas las partes de la sentencia y, especialmente, del contexto de cada una de las pruebas, la plataforma fáctica, será convalidada.

V. El encuadre legal que la Cámara en lo Penal le asignó al accionar de los atribuidos también es acertado.

El cambio de significación jurídica de una figura agravada a una simple, no provocó ningún desconcierto a la defensa, toda vez que el denominador común de los homicidios calificados es el homicidio simple.

Por otra parte, juzgo que el a quo no introdujo un hecho nuevo, pues la descripción fáctica del evento insimulado se mantuvo incólume.

VI. Por último, en punto al monto de pena también habré de concordar con el primer voto. La medida de pena fue impuesta como lo ordenan las reglas de los artículos 40 y 41 del Código Penal. El a quo no sólo aplicó correctamente aquellas pautas mensurativas sino que también, brindó argumentos específicos del caso para fundar su decisión.

VII. En definitiva, propicio la confirmación del fallo impugnado.

Así voto.

El Juez **José Luis Pasutti** dijo:

I. En el principio obviaré los antecedentes de la impugnación extraordinaria contra la sentencia de la Cámara en lo Penal, en virtud de la completa relación de los hechos que ha realizado el Juez Pfleger.

II. Atento al monto de pena impuesto, el examen a realizar será el de la vía recursiva y el previsto en el artículo 377 del Código Procesal Penal, la consulta.

III. En primer lugar habré de coincidir con los jueces preopinantes respecto a las características que presenta el esfuerzo impugnativo de la Defensa.

El mismo no cumple con los requisitos en tanto es una mera repetición de los argumentos esgrimidos ante la Cámara en oportunidad del recurso ordinario, y persigue una nueva ponderación de los elementos de

cargo y descargo relevados por el Tribunal originario y el de control, actividad que se encuentra expresamente vedada a la Instancia.

Como han dicho los colegas que me acompañan, la intervención de esta Sala no implica una tercera instancia ordinaria, solamente entiende en casos de carácter excepcional donde las incorrecciones en el razonamiento o la ausencia de fundamento normativo, ponen en evidencia la existencia de un pronunciamiento que no se ajusta a derecho, lo que no se verifica en el caso.

Por otra parte, la Cámara de Apelación ha efectuado un completo examen del cuerpo de prueba y de la sentencia condenatoria, cumpliendo en forma correcta con el control previsto en el ordenamiento ritual.

IV. En curso de realizar el examen que prescribe el articulo 277 del Código Adjetivo, adelanto que el andamiaje probatorio que sostiene la conclusión condenatoria aparece, a los ojos del suscripto, correctamente evaluado tanto por el tribunal de juicio como el de control.

Se ha acreditado el óbito de F. Q. en manos de los hermanos R. A., E. S. y F. A..

Ambos tribunales tuvieron como principal elemento de cargo la versión otorgada por A. M., quien, en su calidad de testigo directo, brindó una

pormenorizada descripción de lo acontecido en el momento del ataque letal.

M. manifestó que, encontrándose en su domicilio, observó cuando entraron en forma intempestiva los hermanos A., a quienes conocía por ser amigos de sus hijos. Que los vio alcoholizados y agrediendo con golpes de puño, patadas y puñaladas a la víctima cuando se encontraba durmiendo sobre un colchón ubicado en el piso del dormitorio.

Esta versión fue validada con la intervención del Psicólogo G. L., pues se entendió que, efectivamente, pese a la discapacidad que le achacara la Defensa Técnica a la testigo en cuestión (discapacidad auditiva y el antecedente de epilepsia), la misma no resultaba inhabilitante para apreciar lo que aquella manifestaba haber visto, además, que la señora M. no tenía incapacidad psíquica y que se trataba de una persona fiable.

Por otra parte, se puso en valor que las constancias fotográficas obtenidas en el lugar del hecho se ajustaban en forma lógica con el relato de M. en punto a la dinámica que tuvo el suceso.

Se ha ponderado además que este testimonio guarda estrecha relación con lo aportado por los testigos O. y N. quienes en sus versiones, hablaron

de tres individuos que irrumpieron aquella mañana en la casa de M..

Por último, se descartó correctamente la posibilidad de que M. estuviera movilizada por un interés de proteger a sus hijos, en atención a las comprobaciones efectuadas por los expertos de criminalística y por las características propias de la declaración de la testigo.

En conclusión, estimo que los Jueces han construido la sentencia en base a un plexo probatorio donde la credibilidad comprobada de la testigo M. resulta un correcto soporte, porque ensambla en forma lógica con los restantes elementos de cargo.

Estimo, también, que han sido sanos los procedimientos intelectuales de gestación del estado de certeza que llevó a emitir una conclusión condenatoria.

V. En cuanto a la calificación penal elegida, entiendo que es la correcta y que el cambio operado por la Cámara no afectó los intereses de la Defensa.

VI. Habré de coincidir con los colegas preopinantes en cuanto al monto de pena impuesto, ya que lo encuentro arreglado a derecho, en conformidad con lo prescripto en los artículos 40 y 41 del Código Sustantivo.

VII. Por lo expuesto, coincidiendo con el Juez Pfleger, propongo que se declare improcedente el recurso del Defensor Público y se confirme la sentencia dictada por la Cámara de Apelación Penal, con costas.

Así voto.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

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

1°) Declarar improcedente la impugnación extraordinaria que obra a fs. 260/274 con costas.

2°) Confirmar la sentencia protocolizada con el número 1915/2010, que luce a fs. 240/257.

3°) Protocolícese y notifíquese.-