En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 11 días del mes de Diciembre del año dos mil doce, se reunieron en Acuerdo los Miembros de la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada por los señores Ministros Alejandro Javier Panizzi, Daniel Alejandro Rebagliati Russell y Jorge Pfleger, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados "**Pcia. del Chubut c/ F. F. O. s/homicidio s/ impugnación**" (Expediente N° 22.575- F° 84 – Año 2012).

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

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I.- Prólogo

a. Múltiples son los motivos por los que el presente legajo ha llegado a conocimiento de la Sala.

Lo traen el recurso extraordinario del Ministerio Público Fiscal, el recurso extraordinario de la Defensa y la Consulta.

Los que ejercen la acción penal pública han concurrido para lograr la revocación de la sentencia dictada por el Tribunal de Jueces Penales de la ciudad de Esquel que, el diez de Diciembre del dos mil diez, condenó a F. O. F. como autor penalmente responsable del delito de Homicidio en ocasión de robo (arts. 165 y 45 del C.P.) por el hecho ocurrido en la localidad de Epuyén, Provincia del Chubut, el 29 de Agosto del año de 2009 en perjuicio de R. F. S.

También han censurado procesalmente la declaración de nulidad de una prueba por obra de los mismos sentenciadores, cuya revisión en la instancia

///

propusieron (ver acerca de los párrafos que anteceden la sentencia que está añadida entre las hojas 114 a 173 de este legajo).

Sus motivaciones y fundamentos han quedado plasmadas en el escrito incorporado entre las hojas 216 y 266.

La defensa, de su lado, ha atacado la sentencia de la Cámara en lo Penal que el 19 de Octubre de 2011, confirmó- por mayoría- la pena de diecisiete años de prisión que la instancia de debate le aplicó al condenado (ver las hojas 317 a 330 y el recurso que se encuentra entre las hojas 332 y 340)

Por imperio legal, la Consulta ha sido el otro medio para provocar el avocamiento pues la sanción aplicada tornó operable el instituto previsto en el art. 179. 2 de la Constitución Provincial y 377 del CPP.

b.- El hecho sobre el que giró el debate, y fue base de las sentencias, resultó el que de continuo se reproduce tal cual está en el texto de aquella inmediata al juicio, a saber: "…el ocurrido en la localidad de Epuyén el día jueves 27 de agosto de 2009, en el horario comprendido entre las 20:40 horas y 23:00 horas en oportunidad en la que F. F., actuando con previa planificación requirió los servicios de remisse del señor R. S., manifestando tener que viajar a la localidad de Esquel, quien lo trasladó en su automotor Chevrolet Corsa, patente XXX ***, afectado a la agencia de remisse denominada F., de la localidad de El Bolsón, desde donde hubo partido. Así, luego, y siendo aproximadamente las 21:25 horas lo hizo detener a la vera de la ruta 40 o 259, aproximadamente a 3 kms. del ingreso a la localidad de Epuyén, cercano al mojón del DM. Nro. 1876, lugar adonde utilizando un arma blanca tipo cuchillo lo ultimó produciéndole múltiples heridas sobre la superficie corporal que le ocasionaron casi de inmediato la muerte para luego concretar lo que era su finalidad, el apoderamiento del vehículo de la víctima y de otros elementos personales como zapatillas, teléfono celular, documentación y otros existentes en el interior del rodado, dándose a la fuga por ruta 40 en dirección a la localidad de

///

Comodoro Rivadavia, lugar adonde ya había negociado la venta del automotor…”

En la postulación que se trascribe el Ministerio Público indicó “…con detalle las heridas que presentaba la víctima: 1) herida cortante y penetrante en región del hipocondrio derecho, la cual ingresa en cavidad abdominal, 2) herida cortante en región externa media no ingresa en cavidad abdominal. Muscular, 3) herida cortante en región superior del pectoral derecho. Masa muscular. 4) herida cortante penetrante en región supra clavicular derecha cercano a cara lateral derecha del cuello, con dirección de derecha a izquierda (hacia eje central del cuerpo) llegando a la columna cervical. 5) herida cortante penetrante en cara lateral derecha del cuello hacia el eje central y levemente descendente, llegando a la columna cervical. 6) herida cortante en región infra-auricular derecha (plano muscular) de adelante hacia atrás. 7) herida cortante penetrante en región mentoneana derecha, 8-9) herida cortante penetrante en región infra-auricular izquierda, de izquierda a derecha. 10) herida cortante penetrante región mentoneana izquierda con dirección izquierda a derecha. 11) herida cortante penetrante región submentoneana (cara anterior al cuello), 12) herida cortante penetrante en región infrauricular izquierda de izquierda a derecha. 13) herida cortante penetrante en región pre auricular izquierda (descendente) 14) herida cortante en región mentoneana. 15) herida cortante que abarca pómulo y párpado inferior izquierdo. 16) herida contuso cortante en región párpado superior derecho. 17-18) heridas contusos cortantes en región frontal derecha. 19) herida cortante en cara posterior del hombro izquierdo. 20) herida cortante en dorso mano izquierda…(omissis)…múltiples escoriaciones de distintas dimensiones en el rostro…” (Párrafos extraídos del texto de la sentencia de primera instancia).

El persecución oficial señaló, en la pieza acusatoria, que la muerte se había provocado por consecuencia de “…un paro cardiorespiratorio traumático por shock hipovolémico, consecuencia de una herida de arma blanca en región cervical…” y

///

prohijó la condena por el delito de homicidio calificado criminis causa, en concurso real con robo con arma (arts. 55, 79, 80 inc. 7mo. 166 inc. 2 del Código Penal) imputables a título de autor (art.45 del C.Penal).

c.- La sentencia del debate, como ya se dijo, resolvió condenar al imputado considerándolo autor del delito de robo con resultado de muerte (art. 165 del C.Penal)

La plana de hechos, en su aspecto medular, resultó aquella expuesta por la Fiscalía.

Desechó, sí, la incorporación de una prueba, causada en la interceptación de comunicaciones legalmente dispuesta en desmedro de una mujer, la pareja de F., con la que él había hablado, conversación que el Acusador consideró fuente de cargo. La decisión se tomó por entenderse que la evidencia era violatoria de derechos constitucionalmente protegidos.

La Cámara Penal homologó la pena impuesta, por mayoría, extendiéndose en razones que justificaron esa posición. Ese fue el único reparo que enarboló ante esa instancia.

d. El recurso del Ministerio Público Fiscal fue desarrollado en un nutrido alegato que está entre las páginas 216 a 261, como se expuso más arriba.

Los agravios fueron separados en cuatro ítems que el Ministerio Público desarrolló de modo amplio: a) violación de las formas del procedimiento, en particular de los principios de igualdad de partes, contradicción, sistema acusatorio (arts. 1,2,3,8,13,17, 18,25, 26, 82 inc. 2do, 86, 90, 114 y ccss. del C.P.P) y errónea aplicación del derecho, (arts. 18 y 19 C.N, arts. 45 y ss de la Constitución de la Provincia del Chubut y Tratados Internacionales, incorporados por el art. 75 inc. 22 de la C.N.), art. 378 en función de los incs. 1 y 2 del art. 375 del C.P.P. b) inobservancia de la ley de fondo en que se funda la solución del caso (art. 378 en función del art. 375 inc. 2° del C.P.P.) c) violación del sistema de valoración de la prueba (sana crítica) arbitrariedad de la sentencia (art. 378 en función del art. 375 inc. 1 y 2 del C.P.P.) d) errónea valoración de la norma penal, art. 40 y 41

///

del C.P, al momento de mensurar la pena. Violación del sistema de valoración de la prueba (sana crítica). Arbitrariedad de la Sentencia. Arts. 378 en función del art. 375 inc. 1° y 2° del C.P.P.

El primero de los tópicos de que se trata concernió a la declaración de nulidad de la evidencia descripta como "prueba CC" constante en el folio 353 del legajo respectivo.

Al respecto señaló que el Tribunal de Juicio extirpó el resultado de la interceptación telefónica decretada legalmente en perjuicio del móvil ****-**-******* en lo que a una de las conversaciones atañe, diálogo en que había participado el imputado y que fue utilizado como elemento incriminador por su parte.

Lo hizo, aquél, sin que los litigantes objetaran la incorporación de la prueba al debate y, aún, que en el desarrollo de tal audiencia el imputado fuera confrontado con la escucha.

Esta había sido decidida en el marco de la investigación que, en relación con el hecho de autos, la persecución pública llevaba a cabo sobre S. E. L., considerada co-imputada en el episodio que se juzgó sólo respecto de F., pues la preparación corrió por carriles separados.

La nulidad de oficio se decidió por cuanto, según el Tribunal, se había afectado la prohibición de auto-incriminación en relación con la protección de la intimidad del incuso y por ende las reglas del debido proceso legal.

El recurrente repelió ese argumento, sosteniendo que se habían confundido los principios en juego, pues se analizó una comunicación telefónica bajo los parámetros de una declaración del imputado, tratándose, entonces, de un error evidente.

Remarcó que la interferencia fue obtenida, a su instancia, por decisión fundada de un Juez Penal que jamás se puso en tela de juicio y que el resultado de tal diligencia de ninguna manera podía ser excluido con los argumentos dados por los Jueces intervinientes en el juicio.

Explicó esa situación de modo muy extenso e hizo citas de jurisprudencia y doctrina, viéndose sorprendido por la súbita extirpación "…tan

///

vehementemente dispuesta por el Tribunal…", que causó perplejidad aún al letrado defensor, quien no había objetado la incorporación de la evidencia.

El segundo ítem versó sobre la calificación legal del asunto.

Allí consideró que cabía cuadrar al hecho como homicidio criminis causa legislado en el art. 80 inc. 7° del Código Penal, y desdeñar aquella que los Magistrados aplicaron al dictar la condena: art. 165 del mismo texto.

Reseñó el apelante, en varias páginas, los votos que integraron la sentencia y dijo que sus emisores realizaron un enorme esfuerzo intelectual a la hora de la subsunción, esfuerzo que les condujo a una opción jurídicamente errada.

Estimó que los Jueces no habían considerado que el plan urdido por el imputado para apoderarse del vehículo y venderlo en Comodoro Rivadavia en la mañana siguiente, y luego reunirse con su querida en la ciudad de Mendoza, implicaba necesariamente la muerte de la víctima por las propias características del hecho, por la actividad que el imputado había realizado previamente y la que debía realizar necesariamente con posterioridad "…a lograr el desapoderamiento…" (Sic). Al respecto insistió en que se había formulado un análisis parcializado desde el comienzo en relación con la prueba de cargo por una cuestión de prejuicios: la calidad de la víctima y la presunta relación con la co- imputada L., no deteniéndose "… ni siquiera a pensar, que si este era el plan trazado, que ahora tildan de "burdo" por F., la muerte estaba íntimamente conectada "para" consumar el robo, o "para" asegurar sus resultados o "para" procurar su impunidad…" (Las comillas encierran parte del texto de la alegación)

Predicó que los sentenciadores no se preguntaron (ni contestaron) cómo haría F. para apoderarse del auto sin la resistencia lógica y esperada de S., cómo haría para que se bajara del auto y le permitiera apoderarse de la documentación del mismo, incluso las que portaba en sus prendas de vestir, cómo haría para que no lo denunciara de inmediato en la primer seccional de policía, cómo haría para llegar cuanto antes a Comodoro Rivadavia,

///

contactarse con el comprador, vender el automóvil y largarse a Mendoza perdiéndose en el anonimato; y si bien admitió que cada pregunta permitía "…varias hipótesis…", ninguna contestaba "…todos los interrogantes juntos, y que además se corresponda con el importante plexo probatorio presentado por el MPF en el juicio y que casi no ha merecido contradicción por parte de la defensa técnica…" (Las comillas encierran parte del texto de la alegación)

Citó- al respecto- la doctrina legal de la Sala en lo que a la cuestión atañe, y fue insistente en este predicado: "…No nos caben dudas y no debieron caberle dudas al Tribunal que conforme la exteriorización de la conducta toda de F., analizada en conjunto y no en forma fraccionada, hubo dolo de matar más el "para" que informa el elemento especial del tipo. El "para" fue robar exitosamente, que es lo que la norma prohibitiva describe en su tipo objetivo, cuando refiere a otros delitos, aún cuando admitiéramos- que no lo hacemos- que esa necesidad de matar no hubiera estado ya contenida en el propio plan de robo y hubiera surgido como necesidad durante su trascurso…" (Ver que las comillas encierran el texto de la hoja 238)

El resto de la exposición la dedicó a la justificación de sus razones mediante la invocación de precedentes jurisprudenciales.

El tercer abordaje tuvo por sentido exponer que el Tribunal había violado el sistema de la sana crítica racional al evaluar la prueba.

Denunció, en ese sentido, que los Jueces "…se limitaron a analizar los fundamentos de la sentencia, habiendo declarado nulos con violación a las formas del procedimiento algunos extremos probatorios, y apartándose ostensiblemente de otros válidos y conducentes, infringiendo el sistema de valoración impuesto por el Código del rito, o desacreditando conforme sus propias opiniones personales, las declaraciones testimoniales, declaraciones prestadas por coimputados y hasta prueba pericial científica…"

Hizo, luego, un desarrollo de la prueba que fue minimizada, sintéticamente: 1. El hecho de la llamada por celular a la L. a las 23:15 2. Las excusas presentadas a los policías que lo detuvieron y la

///

circunstancia misma de esa aprehensión 3. El tema atinente a las huellas vehiculares en el lugar del hecho. 4. La reconstrucción del episodio teniendo en cuenta el sentido de la marcha que llevaba el coche, la ausencia de vestigios de agresión en su interior, y las huellas de calzado que fueran encontradas del lado contrario. 5. La apreciación de los dichos del forense Roo. 6. La limitación de la construcción intelectual en lo que concierne a la preparación del robo, que se ha calificado de torpe, minimizando la posibilidad de que F. fuera capaz de dar muerte a S. para robarle. 7. La importancia dada a un llamado telefónico realizado por la víctima el día del hecho, que finalmente fue realizado a un pariente. 8. la valoración del testimonio del Oficial de Policía G. 9. La valoración de los mensajes de texto enviados por la L., antes del episodio y después de la detención del hombre. 10. Los prejuicios que llevaron a los jueces a poner en tela de juicio a S., y el sostén de una probable hipótesis justificante de la pelea, con invasión de las teorías del caso de las partes. 11. El análisis o significado de la hoja de cuchillo encontrada en la escena del crimen. 12. La ponderación aislada de la prueba que traduce el análisis del primer voto. 13. La incorrecta interpretación de la prueba indiciaria. 14. La búsqueda arbitraria de otra explicación para la muerte que no fuera el robo del automóvil.

El cuarto agravio implicó la consideración, subsidiaria, del monto de la pena impuesta.

Allí desmenuzó las pautas de medida de los artículos 40 y 41 del C.Penal y consideró que había sido inadecuada la sanción aplicada, pues esa cuantía resultó contradictoria con la propia ponderación que los miembros del Tribunal de Juicio hicieron de las circunstancias agravantes y atenuantes.

Criticó a cada uno de los votantes y deslizó que la mayoría lograda era meramente formal, por cuanto habían llegado a coincidencias desde perspectivas distintas.

Largos párrafos tradujeron la manera en que abordó la tópica, para concluir en que: "…con solo releer los propios argumentos dados por el tribunal, entendemos que el fallo en el punto analizado adolece

de un error por defecto en la mensuración de la pena aplicada, por cuanto la respuesta, conforme el grado de los injustos achacados y la culpabilidad acreditada en cada uno de los actos que se han tenido por probados hacían estrictamente necesario una respuesta punitiva mayor, tendiente a proveer a la seguridad jurídica, mediante la prevención de futuros ataques a la misma y concretando en los hechos el derecho de las víctimas de obtener en tiempo hábil una respuesta judicial que satisfaga aquella sensación de seguridad jurídica…". (Las comillas encierran parte del texto que conforma el alegato)

Pidió, en el final, que se revocase el decisorio atacado "…conforme lo normado por los arts. 386 y 387 del C.P.P. y/o dictando la sentencia que corresponde en su caso…" (Sic)

Supletoriamente impetró la modificación de la pena

d.- El recurso extraordinario de la defensa, esta vez sobre la sentencia de la Cámara en lo Penal, tendió a lograr la disminución de la sanción punitiva, conformándose con las demás partes de la sentencia de los Magistrados del Juicio.

Consideró que se había inobservado y administrado con error la ley adjetiva, pues el fallo carecía de una adecuada motivación lógica en los aspectos fácticos y jurídicos, aplicándose la sanción de modo arbitrario- en exceso- y que esa cuantía no había sido el producto de un razonamiento adecuado.

Consideró y reiteró que la recurrida no era autosuficiente y sí arbitraria pues no podía escindirse del "…plexo decisor…" (sic). Sobre el tema expuso opiniones de doctrina, y adelantó que a su juicio la sanción adecuada era la de diez años de prisión efectiva.

En otro punto, reflexionó y acusó que los sentenciadores habían incurrido en doble valoración prohibida.

Luego de explicar el significado del principio referido, criticó aspectos de los sufragios dados por los Jueces de Cámara adentrándose en el análisis de cada uno de ellos.

Insistió en que habían decidido tomando como agravantes los elementos constitutivos del tipo penal

///

de la condena al considerar la participación, y que la violencia extrema aludida no tuvo en cuenta la probada pelea entre víctima y victimario ni el hecho que F. no previó o no pudo prever la reacción de S. que generó la lucha a cuchillo entre ambos, situación que escapó a su administración de él.

También criticó la ponencia de la doctora García en lo que hace a la consideración de la conducta como "rayana en el homicidio criminis causa" o la "alevosía", sin tomar en cuenta que esa calificación, propiciada por el Ministerio Fiscal, había sido desechada por los Juzgadores.

Cuando criticó el voto de la doctora Pettinari consideró que su argumentación – que tradujo- implicó un esfuerzo argumental destinado a salirse del mínimo de la pena, límite que el legislador previó en diez años y es superior al del homicidio simple.

Dijo sobre este tema que la "…conceptualización por parte de la magistrada, pone en situación de agravamiento cada uno de los actos llevados a cabo por parte de F., al momento de perpetuarse (sic) el hecho y justamente ante la dificultad del tipo complejo se incurre por un lado en reiterar como agravante las condiciones esenciales del tipo y al analizar los motivos se los canaliza en función del daño producido (también propios del tipo), para tener como sustento de agravamiento de la pena…" (Las comillas encierran párrafos del texto recursivo)

Ponderó, renglón seguido, el voto en disidencia de la doctora Mónica Rodríguez

II. Plan de exposición- Algunas reflexiones pertinentes.

a.- El orden de tratamiento de las cuestiones.

Metodológicamente trataré la cuestión atinente al agravio fiscal pues, lo anticipo, la decisión sobre esa tópica resultará dirimente, tornando abstractas a las otras dos ofrecidas a consideración.

///

La nulidad decidida por el Tribunal carecerá de interés jurídico conforme la manera de zanjar el caso; lo mismo ocurrirá con el debate acerca de la pena. Obvio que esto disipa la Consulta.

b.- El recurso fiscal. La doctrina legal de la Sala en lo que al homicidio calificado atañe. Otras consideraciones.

Como bien ha señalado el Ministerio Fiscal en su alegato de impugnación, la Sala ha sentado criterio- y a ello concurrí con mis votos- respecto de la configuración del delito de homicidio "criminis causa" (art. 80 inc. 7° del C.P).

Así en folios **"V., H. E. y otro p.s.a. de Homicidio Agravado- Trelew s/ impugnación"** (Expediente N° 21.350 – Letra "V" –Año 2008), señalé que: "…*El homicidio criminis causa, según mi parecer, requiere de la existencia de un vínculo ideológico entre la muerte que se provoca y el robo, sea para prepararlo, para consumarlo o para ocultarlo, lograr la impunidad o asegurar su resultado o por no haber logrado el fin. Y este vínculo no significa necesariamente preordenación, pues es posible aceptar que ese nexo fluya de la propia dinámica de los acontecimientos. Y este elemento, que algunos lo*

///

consideran especial del tipo subjetivo, caracterizado por un plus diferente del dolo de matar que sobrecarga este aspecto, se encuentra presente en autos…".

Juzgué entonces que "*…El ataque brutal y las lesiones causadas que llegaron al límite de intentar el degüello que casi despena a P., salvado por la actividad de la Policía, son elocuentes de la presencia de los ingredientes que informan a la norma, que, por cierto, queda en conato. Es imposible tomar nota de lo que pasa por la cabeza de los hombres. Empero es factible extraer aspectos de esa subjetividad por la relación dialéctica que se establece entre la exteriorización y la interioridad. Si aceptamos que dolo existe cuando el sujeto sabe lo que hace y conoce el peligro concreto de su acción o, desde otra perspectiva, que el sujeto sabe lo que hace y hace lo que quiere en relación con el tipo objetivo, no me cabe duda que hay, en la conducta de los que atacaron a P., dolo de matar más el "para" que informa al especial elemento del tipo. Y el "para" fue para robar exitosamente, que es lo que la norma prohibitiva describe en su tipo objetivo, cuando refiere a otro delito…*"

En autos ***"Comisaría Distrito Tercera s/Investigación homicidio agravado en ocasión de***

///

Robo en poblado y en banda r/víctima N. J. M.- Tw.” (Expte. N° 21.537 - Folio 112-Letra “C” – Año 2008), expuse, de partida, la opinión de Ricardo C. Nuñez cuando alude a la esencia del homicidio criminis causae y afirma que: “...*No es necesaria, sin embargo, una preordenación anticipada, deliberada y resuelta de antemano. La ley sólo exige que, en el ánimo del autor, en el momento del hecho, el fin delictuoso o la malquerencia producida por el desengaño sufrido en su anterior empeño delictuoso, funcionen como motivos específicamente determinantes del homicidio. Esto no requiere, indefectiblemente, premeditación o reflexión, sino sólo decisión, la que puede producirse incluso de improviso en la ejecución del hecho mismo…” (Ver su “DERECHO PENAL ARGENTINO” –Parte Especial- T III, Editorial Bibliográfica Argentina, año 1961, p. 54/55)…”*

Recreé la opinión de este Superior Tribunal de Justicia en su anterior composición cuando sentó que: “*…no se exige una previa deliberación y resolución formal de dar muerte, como condición para encuadrar el delito en el art. 80 inc. 3° del C.P. (*antigua redacción), *con prevalencia al art. 165 del mismo; basta, al efecto, que esa decisión exista aún en el instante mismo de su*

///

comisión, lo que revela (…) por el modo o forma de la perpetración, que, en este caso, no ofrece duda alguna, a mi juicio: tan mortal es disparar un revólver contra la víctima, como aplicarle, ya caída, golpes violentísimos con los pies y los puños por todo el cuerpo…" (in re: "A., C. F. y otro s/Homicidio-Expte. 1441-A-62; s. 4/7/63, voto del doctor Pedro Cristóbal Poppe)…"

Del mismo modo evoqué otro precedente que dejó fijados los términos que siguen : "*…La figura del robo agravado del art. 165 C.P. debe limitarse a aquellos casos en que la muerte no ha entrado en el designio del reo y acaece como resultado accidental de la violencia propia del atentado patrimonial en tanto el homicidio agravado del art. 80 inc. 3° se caracteriza por la existencia de una circunstancia de carácter subjetivo, consistente en el propósito voluntario y consciente dirigido a lograr directamente la muerte de la persona elegida…" (in re: "S., H. A. s/Homicidio, etc. Expte. 4055-S-67; s. 6/12/67. Voto del doctor Norberto Bianco)…"*

En autos "***C. H. E. y otro p.s.a. Homicidio Calificado –Puerto Madryn*** *(Expte. 20.950-Folio 5 T II-C-2007)* me pronuncié en la misma sintonía de pensamiento; expuse allí: "*…De la forma comisiva del óbito y de las circunstancias concomitantes surge de modo patente la conexión final en lo que atañe al propósito administrado por los causantes: la decisión de matar y el intento de asegurarse la impunidad. La*

///

multiplicidad de acciones llevadas a cabo por aquellos en desmedro de la víctima incluido el hecho de poner en fuego a la vivienda para destruir toda evidencia, muestran que poseían en sus cabezas, ambas, una decisión de acabar con la vida de cualquier manera, para salir indemnes del delito…".

En suma, esta es la posición que se ha sostenido y no se percibe, aún poniéndola en crisis como lo haré, ningún argumento que permita variar de idea (al menos en lo que me toca).

Alexis Zimas en un artículo aparecido en "Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal" (Año V, Tomo 9 A, páginas 836 a 894) realiza un estudio acerca de la aplicación del art. 165 del C.Penal. Precisamente lo titula "El artículo 165 del Código Penal Argentino y sus graves problemas interpretativos".

Si bien es cierto que la construcción intelectual consultada me suscita reparos por momentos, no puedo desconocer que expone con razonable justeza los lindes del precepto de marras y de su par el art. 80 inc. 7° del C.P.

Señala el articulista que el homicidio cometidos antes del principio de ejecución del desapoderamiento y el que sucede una vez consumado queda excluido del que llama homicidio con motivo u ocasión de robo, brindándole así contenido a la preposición "para" que es típica del latrocinio.

En un tramo de la obra coincide con el pensamiento de Nuñez – ya exhibido - y brinda un ejemplo elocuente. Dice de este modo: "*…Imaginemos el caso de que una persona va a asaltar un banco en el momento en que está cerrado, pensando que no se encuentra nadie en el mismo, pero al llegar descubre que frente a la caja fuerte donde se halla el dinero está parado un custodio; frente a esta situación el sujeto decide matar a la persona para poder consumar el hecho; estamos en presencia de un homicidio criminis causa, pese a no haber una acción reflexiva o resuelta de antemano; por otra parte el disvalor de la acción es el mismo si el hecho se hubiera resuelto en un mes, un día o una hora antes o en el mismo momento del hecho, porque lo que importa es la relación subjetiva específica que se produce…*"

///

Nuevamente en Nuñez se observa la caracterización esencial del homicidio criminis causa y la distinción con aquél que es consecuencia del robo.

Es que el maestro pone en una "…*conexión ideológica*…" entre las conductas la razón del agravamiento y explica, más adelante, su significado.

Así enseña: "…*la conexión ideológica de causa final entre el homicidio y el otro delito puede traducirse en la ejecución del homicidio: a) Para cometer otro delito. El otro delito puede estar a cargo del propio homicida o de un tercero, cómplice o no de aquél, pues lo que agrava no es la connivencia delictiva sino la finalidad delictiva del homicida. El homicidio puede consumarse para preparar, facilitar, o consumar el otro delito, b) para ocultar el otro delito, vale decir, taparlo o evitar que sea descubierto c) para asegurar los resultados del otro delito. El objetivo del homicida es poner a seguro lo que ha obtenido u obtendrá de la comisión de otro delito cometido o por cometerse. El carácter puramente ideológico de la agravante le permite coexistir con la irrealidad de los resultados del delito, siempre que el autor los haya esperado al cometer el homicidio d) para asegurar la*

///

impunidad para sí o para sus cooperadores. El homicida tiende a liberarse del castigo o a librarlo a los que participaron con el en otro hecho punible que puede originar ese castigo…" (Nuñez, op citada página- Parte especial III, página 52)

Al marcar la diferencia entre ambas figuras, esta vez desde la óptica del art. 165, Nuñez expone: "*…Por el contrario, el art. 165 comprende los homicidios que son un resultado accidental de las violencias ejecutadas con motivo u ocasión de robo. El homicidio es aquí un suceso eventual que altera el designio del ladrón y que resulta o de las violencias físicas que, sin ser las propias del robo son ejercidas a causa de este por el ladrón; o en fin de las violencias desenvueltas por la víctima o terceros a raíz de las violencias del autor, pues la ley, a diferencia de lo que dispone respecto de las lesiones, no requiere que el homicidio sea causado por las violencias ejercidas para realizar el robo, sino, lo que tiene mucho más amplitud, que el homicidio resulte del robo…"* (Ver el autor en su obra citada Vol. V página 230).

En resumidas cuentas- y para mí- la distinción entre uno y otro estriba en el

///

especial elemento subjetivo del tipo contenido en la figura del art. 80 inc. 7° del C.P, que traduce la preposición “para”, denotativa de un fin (otro delito) que se conecta con el homicidio que es medio.

La ley sanciona severamente la “cosificación” de la persona que es, así, tratada como un “objeto” que ha menester eliminar para lograr los propósitos ulteriores que la ley describe.

Existe algo más que el dolo en el homicidio agravado; se trata de una finalidad ulterior que extrae la conducta del homicidio simple y la califica.

En lo que concierne a la irrelevancia de los momentos, ya se ha dicho antes de la posición que se sostiene de manera que huelga añadir comentarios.

Y en punto a la diferencia con el delito de la condena, el art. 165 del C.P, ésta estriba en la ausencia de ese requisito, pues allí el homicidio se presentará como un suceso eventual o incidental en el plan criminal del activo: el robo, del modo en que lo explicita, con toda claridad, Ricardo Nuñez.

III. La subsunción correcta del caso.

De lo que he dicho resulta que, sin

///

siquiera tocar un ápice la plana de hechos fijados por el Tribunal de Juicio, la conducta desplegada por el autor resulta constitutiva del delito de homicidio criminis causa (art. 80 inc. 7° del C.P.).

De partida expreso que los Jueces no han tomado nota de la doctrina legal de la Sala en lo que a los requisitos para la construcción del delito de que se trata atañe, la que si bien no es obligatoria "per se" resulta ejemplificativa por que es predecible en alto grado su aplicación a casos similares.

Resulta natural y jurídicamente inescindible- por aquello de la relación dialéctica entre la exterioridad y la interioridad de las personas de la que hable- el hecho fijado: que para coronar con éxito el desapoderamiento del rodado, viajar a Comodoro Rivadavia, venderlo y marcharse con el producido a otros rumbos, inmune, F. ultimó al remisero. Sin corregir la historia aceptada, fluye que el asesinato fue el medio para quedarse con el trofeo vil: el botín.

Aún cuando se tome en consideración la existencia de un forcejeo y la resistencia opuesta por la víctima, y se de por cierto que esa reacción causó en el cuerpo de F. dos leves lesiones, no puede menos que pensarse que la

///

reyerta se produjo cuando el sujeto comenzó la ejecución del delito fin.

La ausencia de heridas de defensa en la víctima y la inusitada violencia desplegada no pueden tener otra explicación lógica que atribuir el homicidio al propósito de lograr la consumación impune y asegurar el resultado del designio primigenio.

Desechada una contienda que lo obligara a matar, tomando en consideración- repito- los estigmas en su cuerpo, juzgo que los hechos hablan a las claras del dolo directo que animó a F. en la consecución del homicidio y de ese plus que caracteriza al latrocinio.

No se trata, a mi juicio, de la muerte "…por haber sido amenazado o por temor acerca de su propia persona…", que es ejemplo dado por Carrara para excluir aquel delito ("…es reo de robo con homicidio…" en ese caso, dice el maestro en su Programa de Derecho Criminal- Parte Especial Volumen 1.I, página 235- Ed. Temis).

Y señalo así porque la mecánica de los hechos lo traduce sin objeciones lógicas que prevalezcan en el proceso de reflexión crítica. No me parece que el desprecio por la vida del otro, que como dije se torna objeto a remover, sufra alteraciones por el ensayo de una defensa

///

que no encuentra otra explicación que la que he señalado. El instinto de conservación de la vida es una pulsión de los seres humanos que no puede ponerse en tela de juicio ni resultar excusa para no asociar fin y medio en casos como el que se ha presentado.

La lógica (el porqué de los predicados o de los sucesos que se relatan), insisto, lleva aquí, sin alteraciones, a la idea de encontrar la respuesta a la incógnita que se plantea (el ánimo de F. al tiempo de matar) en la afirmación de que era el logro del propósito que el autor había tenido como meta: la expoliación; de suerte que la escisión que pretende considerar a la muerte como un resultado eventual del robo contradice los propios hechos declarados en la sentencia, como ya expresé.

Resulta obvio que ninguno de los objetivos que se trazó F. admitían, como bien lo ha señalado el impugnante, la permanencia con vida del conductor.

Cerca de una estación de servicios, a tres kilómetros de una zona poblada, y, aún más, con un largo camino por recorrer para llegar al puerto querido y completar el itinerario criminal primario, no cabe otra cosa que afirmar que al matar dolosamente (cuestión que insisto no está

///

controvertida) el condenado tuvo en su interior el "para" que conecta ideológicamente los dos delitos, tal se ha podido examinar.

Es así como creo que el Tribunal de la sentencia incurrió en una incorrecta aplicación del derecho y, como referí, entró en contradicción con la doctrina legal de la Sala en el proceso de adecuación legal de los hechos probados, que no se estima que deba variar ni para lo general ni en el concreto caso

IV. La forma de resolver. El ejercicio de la facultad de la Sala de mudar la calificación legal y establecer la condena. La sanción.

He determinado en todas las oportunidades en que me ha tocado dirimir cuestiones que atañen al recurso extraordinario del Ministerio Público, que éste transita por un sendero constreñido, angosto, estrecho; ha de atravesar- intento metafórico- una ventana pequeña.

Se ha dejado en claro que, básicamente, el acusador no puede ir más allá de los estrictos límites que, en nuestro caso, demarcan los arts. 375, 376, 378 y sus respectivos incisos, y 379, todos del C.P.P.

El adjetivo local, en línea con el modelo acusatorio, repito, tiende a limitar, cuando no a obturar, la vía recursiva del Ministerio

///

Público y del Acusador particular, estableciendo específicos presupuestos que, para mí, son de interpretación restrictiva.

Este criterio hermenéutico, según creo, reposa en la posibilidad de acudir a la manera en que los problemas son abordados por los modelos constitucionales de cuño similar, y cobra así vigencia la jurisprudencia recalcada por la Corte Suprema de los Estado Unidos de Norteamérica en el precedente "Green v. United States", que he traducido o intentado traducir en otros precedentes (**Kritz** entre los primeros)

De allí que no se desconozca la capacidad del perseguidor de impugnar el fallo. Pero los motivos han de ser "extraordinarios", entendiéndose por tal apegados al estricto marco que lo autoriza.

Bajo esta perspectiva he considerado que el Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut (arts. 373 inciso 3°, 378 y 375 inc. 3°) cuando ha estatuido los presupuestos del control haciendo mentas de la "contradicción", la "ilogicidad" y de la "arbitrariedad" lo coliga con el término "error evidente" en la construcción del discurso y por ende demarca la geografía de intervención de la Sala. Pues lo "evidente" significa la percepción clara y

///

precisa de los vicios que surjan del mero confronte entre el argumento del recurso y el texto impugnado.

Se exorbita entonces la capacidad del remedio extraordinario cuando la tarea propuesta pone en juego o pretende revisar el valor que los Magistrados asignaron a la prueba o la derivación jurídica de ese valor.

Y así digo pues ese estándar sólo puede superarse si sucede falta de fundamentación, fundamentación ilegal o fundamentación omisiva o ilógica o contradictoria, que resumen arbitrariedad reitero, manteniéndose ajenos a esta vía los agravios enderezados a procurar el control de la aplicación de las reglas de la sana crítica racional en la determinación del valor conviccional de la prueba ("mutatis mutandi" STJCBA.Penal Sent. 38, MEZA, DR. 17/03/2008).

Se trata de la cara inversa al esfuerzo de máxima revisión de la sentencia de condena, propia del "doble conforme" que el digesto procesal regula en el art. 374 del C.P.P, en cumplimiento de los mandatos del Bloque Constitucional Federal y la Constitución Nacional (de mi voto en causa **Kritz**).

Para el Ministerio Fiscal el ámbito recursivo extraordinario queda limitado, entonces, a cuestiones de derecho, sean de fondo o de forma, quedando excluidos los hechos que han sido fijados por el "a quo", en la medida en que no existan los defectos expuestos antes.

En lo que al derecho concierne, el recurso extraordinario del acusador pone las cosas en

///

sintonía con la casación tradicional pues 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.

Creo que aquí eso ha sucedido conforme quedó establecido en los párrafos precedentes.

Ahora bien, ¿qué sentido tiene este introito si no se ha puesto la capacidad fiscal en tela de juicio?

No ha sido, al menos no en propósito, un ejercicio retórico.

La razón que poseen las líneas es explicar el ejercicio de la potestad de enmendar la condena anunciada en el título de este apartado, que es el resultado de analizar sistemáticamente el Código desde un postulado inconmovible: el ritual doméstico ha dado al Fiscal la capacidad de recurrir con las consecuencias que ello apareja.

Si se interpretara literalmente el art. 386 del C.P.P, podría decirse que sólo en los supuestos absolutorios la Sala está facultada a ejercer la competencia positiva frente a un error de derecho.

///

Por eso es que en casos límite, como el que corre, acudimos a una interpretación sistemática que, a mi criterio, no es violatoria de los derechos del imputado.

Veamos.

La Sala Penal (arts. 68 y 70 del C.P.P.) es el órgano ante el cual se sustancian los recursos extraordinarios reconocidos en el texto.

Es la última instancia provincial en materia penal de la Provincia del Chubut a los fines del recurso extraordinario federal (art. 69- únicos supuestos de intervención del pleno- y expresamente el art. 388 último apartado, ambos del adjetivo local).

A ella le incumbe pues realizar el último control nomofiláctico (recta aplicación de la Ley) en la sucesión de actos procesales que derivan en la solución final de un pleito, sea cual fuese la vía que la habilite.

El sentido y fin del proceso, por otra parte- y no hay discusión alguna al respecto- implica una sucesión de episodios concatenados (hemos dicho sucesión de audiencias en algunos precedentes) que tienden a una solución definitoria: el dictado de una sentencia que haga cesar el estado de incertidumbre que

///

implica la investigación, el juzgamiento y los controles.

La propia norma estipula como garantía los principios de oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplificación y celeridad (art. 3° del C.P.P), que son las bases que brindan contenido a la definición dogmática que se acaba de exponer.

La mutación de la calificación legal es posible en el desarrollo del pleito; no es una circunstancia insólita o no prevista.

Nótese la capacidad dada a los que sentencian en el art. 332 del ritual con el sólo límite que el atribuido no sea sorprendido por ese cambio y no pudiera, material o técnicamente, confutarla.

Si en materia de recurso rigen en lo pertinente las reglas del juicio, es factible transpolar el precepto comentado en el párrafo precedente a la instancia, con el solo cuidado de no afectar el derecho de defensa.

Aceptado esto, lo único que ha menester verificar es la posibilidad cierta y concreta de menoscabo.

Si el imputado ha venido resistiendo desde el inicio (y durante el juicio) la imputación fáctica y jurídica compartida en este

///

voto, si el doble conforme verificó la exactitud de la plana fáctica (a la que la defensa prestó conformidad, con la reserva hecha por el Ministerio Fiscal que siempre marcó su posición), si en audiencia pública, de manera oral, los extremos aquí considerados se debatieron y contradijeron, ¿qué vulneración a las garantías del imputado suceden al evitar la remisión?

El atribuido y su letrado defensor han conocido siempre a que atener sus conductas y han realizado un esfuerzo encomiable por extraerse de la definición de hechos y de la calificación sostenida en la acusación. Si los hechos, pese al despliegue argumentativo, finalmente son aceptados tal cual, y como mínimo son constitutivos del delito de robo con resultado de muerte (art. 165 del C.P.), habiéndose asignado un valor refrendado por el doble conforme (17 años), ¿ que agravio plausible puede erguirse para censurar una posición como la que sostengo, que pone fin al pleito y deja abierta la vía extraordinaria que develará el ajuste constitucional de la sentencia? O la Consulta a tratarse por el pleno, arriesgo.

Veámoslo de otra manera.

///

¿Qué sentido tendría la realización de un nuevo juicio, presupuesto de una nueva sentencia, frente a la capacidad de la Sala Penal de corregir errores de derecho para unificar la jurisprudencia, tal se propone en este voto?

El dilema no encuentra, para mí, otra manera de solución.

¿Podrían cambiarse los hechos?, la respuesta es no. ¿Podría cambiarse el derecho? Bueno, imaginemos la mejor hipótesis para el imputado: se recrea una discusión que puede favorecerlo con igual resultado que hasta el presente. Pero ella recalará, finalmente, en esta instancia, con la previsibilidad de un resultado nuevamente adverso y simétrico al que se propone.

En la peor, que la Sala Penal remita la causa para que, por tercera mano, se aplique la norma, con la perspectiva de reeditar nuevamente la discusión ante la Cámara Penal y alcanzar estas latitudes por vía- nuevamente- del recurso extraordinario.

El proceso- o los recursos para ser más precisos- se convertiría en una espiral sin fin, con la consecuente traición a los principios que lo ilustran que, junto a las garantías de

///

defensa, operan también en beneficio de las partes.

Luego, no es incompatible con el art. 386 del C.P.P. el ejercicio de la competencia positiva en la materia, a pesar de que no está especialmente prevista, pues no aparece –tampoco- expresamente excluida.

Y las posibilidades de revisión no se obturan, por lo que indiqué en renglones pasados.

Sí se justifica el renvío para discutir el monto punitivo, aunque la sanción prevista por el legislador en el tipo: prisión o reclusión perpetua, no pareciera dejar demasiadas alternativas.

Pero lo cierto es que hay temas que involucran a esa escala penal que pueden ponerse en vilo y que merecen, por su trascendencia, abrir a nuevos argumentos y contradicciones.

Ello sí implica reivindicar el derecho de defensa, despojado de meras connotaciones simbólicas o formulismos vacíos de contenido.

VI. Epílogo

Por lo expuesto, propongo que se declare procedente la impugnación extraordinaria interpuesta por el Ministerio Fiscal y se anule la sentencia recurrida en lo que a la

///

calificación legal atañe y que se declare al imputado autor material y criminalmente responsable del delito de homicidio criminis causa (art. 80 inc. 7° del C.P.) renviándose la causa a la instancia para la realización del juicio de cesura.

Por consecuencia de lo afirmado considero que carece de interés el tratamiento del resto del agravio fiscal y que no es procedente el recurso de la defensa.

Así me expido y voto.

El Juez **Rebagliati Russell** dijo:

I. Los antecedentes del caso ya han sido reseñados prolijamente por el vocal que me precede en el orden de votación y a los que me atendré para evitar inútiles transcripciones.

Se trata del recurso de impugnación extraordinaria interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por un Tribunal Colegiado de la ciudad de Esquel que condenó a F. O. F. como autor penalmente responsable del delito de Homicidio en ocasión de robo (Arts.165 y 45 del C. Penal) a la pena de diecisiete años de prisión.

Dicho pronunciamiento fue recurrido también por el Defensor del imputado, y, a raíz del monto de la pena impuesta, amerita la

///

aplicación de la consulta previsto en el Art. 377 del CPP y 179 .2 de la Const. Prov.)

II. Abordaré, en primer lugar, la impugnación del Ministerio Público Fiscal, cuyo agravio se relaciona con la calificación jurídica impetrada por el tribunal de juicio.

II. a) Procedencia del recurso:

El impugnante en el caso acusó a F. O. F. en orden al delito de Homicidio criminis causa en concurso real con robo calificado (Arts. 80 inc. 7, 45, 55, 79 y 166 inc. 2 del Código Penal) y solicitó para aquél la imposición de la pena de prisión perpetua.

Atento el carácter absoluto e indivisible de la sanción reclamada y el monto escogido finalmente por el tribunal de mérito, no es posible realizar aquí ninguna operación aritmética que permita establecer “la mitad de la pena pretendida” tal como lo exige la norma procesal, razón por la cual corresponde tener por cumplimentada la exigencia del Art. 378 inc. 3° del C.P.P. y, por lo tanto, legitimado el Ministerio Fiscal para recurrir por la vía de impugnación extraordinaria ante este Tribunal.

II. b) Aplicación errónea de la ley sustantiva:

///

Superado el vallado del monto de la pena, el agravio referido a la incorrecta aplicación de la ley penal es de aquellos cuya posibilidad de interposición se encuentra previsto en la expresa remisión que hace la ley al Art. 375 inc. 2 del CPP.

Para verificar su procedencia tengo en cuenta que:

Conforme al hecho descripto en la acusación fiscal y finalmente admitido como probado en la sentencia condenatoria, se imputó a F. lo siguiente *"que en localidad de Epuyén el día jueves 27 de agosto de 2009, en el horario comprendido entre las 20.40 y 23.00 hs, oportunidad en la que F. O. F., actuando con previa planificación, requirió los servicios de remis del Sr. R. S. manifestando tener que viajar a la localidad de Esquel, quien lo trasladó en su automotor Chevrolet Corsa patente XXX-***, afectado a la agencia de remises denominada "F." de la localidad de El Bolsón, desde donde hubo partido. Así, luego, y siendo aproximadamente las 21.25 horas, lo hizo detener a la vera de la ruta 40 (o 259) aproximadamente a 3 km del ingreso a la localidad de Epuyén, cercano al mojón del Km N° 1876, lugar donde utilizando un arma blanca tipo cuchillo lo ultimó produciéndole múltiples*

///

heridas (las que se consignan en apartado) sobre la superficie corporal, que le ocasionaron casi de inmediato la muerte, para luego concretar el apoderamiento del vehículo de la víctima y de otros elementos personales como zapatillas, teléfono celular, documentación y otros existentes en el interior del rodado, dándose a la fuga por ruta 40 en dirección a la localidad de Comodoro Rivadavia, lugar donde ya había negociado la venta del automotor".-

La materialidad delictiva reseñada fue abonada por abundantes elementos probatorios que el Tribunal analizó en su pronunciamiento, y que en su momento, no merecieron por parte de la Defensa discrepancia alguna.

En este sentido cabe mencionar, entre los mas relevantes, los extremos relativos a la detención de F. tal como se consignó en el acta policial de fs.10 (Evidencia A), donde los funcionarios policiales dejaron constancia de la detención del imputado acaecida mientras circulaba en el vehículo individualizado en la acusación, que tenía sangre en las manos y que, acerca de estos rastros, daba distintas explicaciones.

Se labraron las pertinentes actuaciones en el lugar del hecho, tomándose fotografías,

///

levantamiento de rastros y secuestro de elementos útiles.

Asimismo, se recabó información sobre el rodado y su titular, lo que permitió, en definitiva, ir desbrozando la investigación y conectar la detención de F. con el posterior hallazgo del cadáver de R. S.

A ello se aduna la denuncia realizada por R. J. S. y el dueño de la agencia de remises, dando cuenta de la desaparición del padre del primero de los nombrados (Evidencia M).

En igual sentido el contenido del acta policial de fs. 45 y sus fotografías (Evidencia H) certifican el hallazgo del cadáver, los rastros y su compatibilidad con el calzado de F. (Evidencia J), de un trozo de auricular (evidencia AA), secuestro de las ropas del occiso (evidencia K), resultado de la autopsia practicada y múltiples heridas verificadas en el cuerpo de la víctima (Evidencia G), requisa de elementos que se encontraban en el interior del vehículo (Evidencia E).

Las llamadas telefónicas efectuadas desde uno de los celulares secuestrados, donde constan los pedidos realizados por F. a la agencia para el envío de un coche.

///

En el orden pericial, resultó de suma importancia la pericia genética (Evidencia X) mediante la cual se determinó que el cuchillo marca Massion –reconocido por el imputado- la zapatilla de la víctima, un billete de diez pesos, el reloj pulsera Citizen, el hisopado de la puerta delantera izquierda y puertas traseras izquierda y derecha del auto Chrevrolet Corsa XXX***, un cartón, prendas y calzado secuestrado al imputado F. y piedras levantadas en el lugar del suceso, presentaban un perfil genético compatible con el de la víctima –R. S.- con una probabilidad superior al 99,99%.-

La sentencia destacó además, aquellos elementos probatorios que permitían establecer cual era el plan de F. referido al apoderamiento del rodado y su posterior intención de venta en la localidad de Comodoro Rivadavia. Para ello hizo hincapié en las diligencias que aquél desplegó tendientes a la tramitación y obtención de un certificado dominial del vehículo de C., registrado en San Carlos de Bariloche. El testigo R. A. A. dio buena cuenta de ello, como así también la documental incorporada como evidencia L.

///

Además, G. F., F. H. A. y R. A. F., hicieron referencia a la oferta de venta que realizó F. respecto del citado rodado.

Con las probanzas que he dejado señaladas, que de ningún modo agotan el plexo probatorio que analizara con mayor extensión el tribunal de juicio, entiendo que ha quedado debidamente establecido en autos el plan del imputado en cuanto al apoderamiento del vehículo y su posterior venta.

En igual sentido surge que en el trayecto, y en cercanías de Epuyén, agredió a su conductor S. con un elemento cortante con el que le dio muerte.

Posteriormente se hizo del rodado y lo condujo por la ruta N° 40 en dirección a Comodoro Rivadavia, hasta que fue detenido por una patrulla policial que circunstancialmente se encontraba realizando controles de ruta.

A los fines de la calificación legal –principal agravio del Ministerio Fiscal en este recurso- el Tribunal se detuvo en examinar el momento en que se habría producido el acometimiento y por el cual resultara víctima.

En este sentido, acogió los dichos de F. y atribuyó el desenlace mortal a una cuestión incidental no prevista en el plan del autor,

///

motivo por el cual concluyó en calificar los hechos dentro de lo normado en el Art. 165 del C. Penal., es decir, Homicidio en ocasión de robo.-

Sin embargo, del modo en que lo ha sostenido en su voto el Dr. Pfleger, resulta atendible la queja del Ministerio Público Fiscal, pues por las razones que más adelante desarrollaré advierto que en la tarea de subsunción de la norma legal aplicable, el tribunal *"a quo"* no ha realizado una correcta valoración de la prueba y en definitiva se ha apartado de la doctrina legal de este Tribunal.

En efecto, si se tiene por acreditado que el plan o el fin de F. era el desapoderamiento del vehículo y que para su cumplimiento indicó un determinado recorrido a la víctima, a la sazón su propietario, claro está que sólo le era dable al autor de dicho plan, por ser quien poseía el dominio del hecho, establecer o determinar cuando comenzaría la acción de desapoderar.

Él es quien escoge el momento de hacerlo. El momento en que S. debe cesar en la conducción y él debe hacerse cargo, para de este modo ejercer la plena disponibilidad del bien. Este punto en mi concepto es crucial.

///

Objetivamente se acreditó que el sitio fue un descampado en la ruta, lugar donde fue encontrado el cadáver de S. junto a elementos materiales y rastros de huellas que permitieron establecer que allí se desplegó la conducta criminosa.

El cuerpo del occiso presentaba múltiples heridas cortantes, 19 en total, una mortal, otra ubicada en la mitad del torso y las restantes en zonas cercanas al rostro. Ninguna de ellas poseía características que pudieran atribuir su producción a una acción defensiva por parte de la víctima. (ver fotografías del examen de autopsia fs.41/42 evidencia G).

De este acometimiento se hizo cargo el imputado, quien justificó su proceder en una discusión que mantuvo con el conductor, debido a la velocidad a que lo hacía, lo que habría derivado en insultos y en la aplicación de un codazo por parte de S. dirigido desde el asiento delantero hacia atrás donde se ubicaba sentado F. Que antes de salir del auto es lastimado por S. en el cuero cabelludo (lesión superficial en forma de cruz que se observa en la foto de fs. 28 evidencia D). Después, con el fin de defenderse de una agresión armada, es que lo acomete con un cuchillo con el que le da muerte.

///

Cierto es que en un proceso penal los hechos son presentados por las partes de un modo adversarial, generalmente efectuado en relatos alternativos o bien enfrentados unos con otros, pero es el juez quien finalmente seleccionará una de esas posibles historias relativas a los hechos del caso.

Sin embargo, cuando las partes exponen sus "hechos" asumen sobre sí la responsabilidad de la carga de su prueba. En primer lugar lo debe hacer el Ministerio Público Fiscal que es quien lo propone a modo de hipótesis cuando inicia la investigación y luego, asertivamente, cuando lo concluye en juicio y solicita la imposición de una pena.

Por su parte el acusado y su defensor al tiempo que contrarrestan esta imputación, deben cuidar que su exposición encuentre correlato con los datos objetivos que en calidad de prueba válida se hayan arrimado al proceso.

Ello así –pues al decir de Michele Taruffo- el juez que decide sobre los hechos es el narrador final, definitivo y, por tanto, el más importante en el ámbito del proceso. La función principal del juez es la de determinar cuál de todas es la "mejor" narración de los

///

hechos en términos relativos, ya sea escogiendo una historia entre aquellas.

Predicar que en el caso se produjo una pelea espontánea, accidental y fuera de lo previsto en el plan del autor respecto del robo, implica conformar una explicación que guarde correlato lógico con los demás datos recabados en el proceso.

En dicha tarea resulta útil partir de la valoración de los datos antropométricos de los supuestos contendientes. Así surge que R. F. S., tenía 65 años, 1.75 mts de estatura y 100 kg aproximadamente de peso (fs. 37/44 – evidencia g) y las fotografías de fs. 28 (evidencia D) permiten apreciar las características físicas de F. F., como así también las heridas superficiales que presentaba en cuero cabelludo y manos. En tanto que la víctima presentaba un cuadro de múltiples heridas y de tal entidad que a cualquier observador le resultaría de una dificultad extrema poder reconstruir su producción en el curso de una lucha o acometimiento recíproco.

A esta tarea de reconstrucción histórica estaba obligado el Tribunal si era de su interés apartarse de la hipótesis que le presentaba la Fiscalía. Es decir, debía dar su propio relato de

///

lo acontecido basado en las probanzas que entendía relevantes.

Así el Tribunal expresó que: "no se había probado que haya sido el imputado quien inició la agresión, sí que existió una lucha, que la víctima se defendió y alcanzó a lastimar al imputado" (Voto Dra. Estefanía). Por su parte la Dra. Rodríguez consideró que "…la acción del autor estaba dirigida al desapoderamiento y que durante su consumación, en forma dolosa, pero incidental, cometió un homicidio, sin que se advierta una conexidad de causa final o impulsiva entre éste y el robo". Finalmente el Dr. Sarquis señaló que "…el accionar de F. estuvo direccionado a la sustracción del auto, no a matar a S. para conseguirlo, como también lo corrobora su comportamiento posterior… Que tampoco ha podido probarse con certeza cómo, cuándo y porqué se iniciara el enfrentamiento entre ambos, o que fuera el imputado el que lo promoviera, duda que se extiende también a que fuera la propia víctima quien iniciara el mismo, seguramente frente a la posibilidad expresa o sospechada de que el imputado le sustraiga el auto".

Las consideraciones que he trascripto en lo sustancial no dan acabada respuesta a la

///

exigencia que he señalado más arriba, cualquiera sea la vía, o por la pretendida reconstrucción de lo efectivamente sucedido o por la apreciación que intentan realizar del dolo de matar en la conciencia del autor.

En ambos casos, el razonamiento no responde a una base fáctica probada, cual es, el cuadro de múltiples cortes que presentaba el cuerpo de la víctima.

Sí, lo que se da por acreditado, es una refriega entre ambos contendientes, y que uno de los magistrados insinúa como lógica si el plan era robar el auto.

Cómo es posible predicar que la víctima se haya defendido, ya sea para resistir el ataque o el desapoderamiento, con nimios rastros en el ofensor y múltiples heridas en quien pretendidamente se defiende?

No es factible reconstruir una situación que tuviera por fin vencer la resistencia del propietario, sin advertir al mismo tiempo un accionar sumamente diestro y veloz en el agresor y una incapacidad de resistir por parte de la víctima, que permite de este modo que se le infieran 19 cortes en zona cercana al rostro y una de ellas mortal, sin siquiera poner en riesgo la integridad del agresor.

///

La supuesta aptitud para inferir un corte superficial y en cruz en el cuero cabelludo, en el momento que bajaba del auto, si existió, desapareció inmediatamente después, de otro modo no puede comprenderse desde un punto de vista lógico que haya sufrido un acometimiento sin dejar ningún rastro en su atacante ni en su propio cuerpo para defenderse.

Lo cierto es que la violencia desplegada por F. fue mucho mas allá de lo razonablemente idóneo, fue feroz y de una intensidad que desborda de por sí la sola intencionalidad de desapoderar, para terminar siendo la de lograr en forma inequívoca la muerte y de este modo sí conseguir el fin propuesto. Fin que consuma despojando al herido mortalmente de objetos personales y posteriormente del rodado cuya venta había prometido.

Si sólo hubiera sido su intención la consecución del robo, los elementos que había llevado consigo eran más que suficientes como para efectuar la intimidación necesaria y conseguir el objetivo propuesto.

En cambio, cabe aquí aplicar una regla sencilla para apreciar la existencia del dolo de matar. "Cuando un sujeto lleva a cabo una conducta especialmente apta para producir un

///

determinado resultado lesivo y lo hace siendo conocedor de la peligrosidad abstracta de tal conducta y contando con un perfecto "conocimiento situacional" se entiende, desde un punto de vista social, que por fuerza ha juzgado también que su conducta era apta para producir el citado resultado lesivo en aquélla específica situación" (El dolo y su prueba en el proceso penal – Ramón Ragués I. Vallés – J.M.Bosch editor pág. 469/470).

Por otro lado y siguiendo al citado autor, soy conciente de la dificultad probatoria que implica estos juicios de valor, dado que aquello que se "conoce" o se "quiere" es siempre algo perteneciente a lo más íntimo de la psique del individuo, por lo que son obvias las dificultades que plantea el penetrar en ese arcano profundo y escondido del alma humana, en donde la persona guarda y custodia sus más recónditos pensamientos, quereres e impulsos motivadores.

Sin embargo, la aplicación estricta de las teorías subjetivas, entre ellas la del consentimiento, han llevado a conclusiones a menudo inaceptables, dado que quienes la sostienen no resuelven la problemática de cómo es posible acceder en el ámbito del proceso penal al

///

que fue auténtico contenido de la conciencia de un sujeto en el momento en que éste realizó un hecho objetivamente típico. De no ser posible esta averiguación, como lo es en el ámbito del dolo, la perspectiva se encuentra ante una difícil encrucijada que lleva a dudar seriamente de su validez conceptual en el seno de una disciplina eminentemente práctica como es la ciencia del Derecho Penal.

Si con el Derecho Penal debe conseguirse algún tipo de efecto, su empleo no puede estar condicionado por la averiguación de pretéritas realidades psicológicas que no pueden ser reconstruidas de un modo fidedigno, razón por la cual es razonable desechar un apego absoluto a este tipo de posturas psicologistas. La idea de que al Derecho le basta con dar por acreditada una determinada "verdad", entendida ésta en sentido social, es expuesta de modo convincente por Klaus Volk, en la obra antes citada, quien sostiene que "en el proceso penal se activa una intervención en crisis, debe reaccionarse de la manera más rápida posible a una perturbación de la paz jurídica y el juez se encuentra en la obligación de formular una inequívoca decisión de sí o no". Según este autor, un fin tan concreto como el anterior lleva

///

a relativizar las exigencias que comportaría la reconstrucción de la verdad. La poco sutil trama del derecho material, que no declara relevante para el fallo la totalidad de los acontecimientos, sino sólo unos pocos puntos de contacto tipificados, responde a una definición social de verdad que tiene que contentarse con lo que se pueda alcanzar con medios relativamente escasos en un tiempo relativamente breve". De esta manera, sostiene, el contenido empírico utilizado para rellenar el concepto jurídico-penal de dolo sería siempre de naturaleza objetiva, pues son los indicios objetivos los que hacen aplicable tal concepto.

En cualquier caso, en el proceso no puede alcanzarse nada más allá de la probabilidad, y el espacio que existe entre ésta y la verdad puede ser explicado pero no superado empíricamente. La explicación es, por tanto, normativa: el Derecho exige del juez una labor moral y, al convencerse éste de un hecho, asume la responsabilidad de la decisión. Dicha decisión será percibida como justa, cuando su contenido sea susceptible de ser transmitido intersubjetivamente o, dicho de forma más simple, de ser comprendido por la comunidad. De este modo se consigue una plena adecuación entre el

lenguaje del que se sirve el Derecho para emitir sus mensajes y el que la comunidad, como destinataria de éstos, es capaz de comprender.

En ese sentido entiendo que la consideración de una conducta como dolosa, ya no requiere ni depende de determinados datos psíquicos, cuya aprehensión para los ciudadanos y el juez resultan imposibles, sino de que dicha conducta, de acuerdo a sus características externas y perceptibles, se valore socialmente como negación consciente de una concreta norma penal.

En el caso *"sub examen"* entiendo que lo perceptible y valorado es lo que se ha consignado en el plexo acusatorio. El relato del imputado y la propuesta de su defensa no se adecuaron a los extremos verificados en la causa, razón por la cual cabe concluir que el imputado planeó el robo del vehículo para su posterior venta y que con el fin de lograr y asegurar el despojo mató a su legítimo poseedor.

Que como bien lo cita el impugnante y recepta el colega de primer voto, la jurisprudencia de este Superior Tribunal en los autos "A., C. F. y otro s/homicidio – Expte N° 1441-A-62; s. 4/7/63" y otros, ha sido determinante al decir que: "*no se exige una*

///

previa deliberación y resolución formal de dar muerte, como condición para encuadrar el delito en el art. 80 inc. 7 del C.P. … basta, al efecto, que esa decisión exista aún en el instante mismo de su comisión …".

Recientemente en autos "R. A. G. s/ inv. Homicidio s/consulta (Expte N° 22.720-108-2012 "R")" insinué igual postura doctrinaria acerca de la existencia de la agravante del Art. 80 inc. 7 del C. Penal, cuando la muerte ocasionada aún cuando no fuera planeada en el contexto del robo, se produce luego del apoderamiento de las cosas y en el momento en que una de las víctimas los persigue en la vía pública, oportunidad en que se producen los disparos mortales para asegurar la consumación y facilitar de este modo el escape de los autores. Digo que insinué, pues la falta de recurso fiscal y la prohibición de "reformatio in pejus" me impedía toda solución contraria en el caso.

El sentido de la norma es agravar la comisión del homicidio pues éste ha estado destinado a servir a la ejecución de otro delito, en el caso, el robo. La muerte del poseedor de la cosa es un medio para el logro del fin propuesto, el desapoderamiento ilegítimo de lo que aquél posee. Así, al decir de la doctrina, el

///

fundamento de la agravante radica en que el autor invierte la jerarquía de los bienes jurídicos, debido a que antepone la vida de otro a fines delictivos diversos; esa inversión, el tratar la vida de otro como medio y no como fin, la instrumentalización, es lo que justifica el mayor disvalor y que se traduce en una escala punitiva agravada.

Conforme a lo que vengo de expresar entiendo que el "a quo" ha mudado erróneamente la calificación legal impuesta, la que conforme a los hechos relatados en el libelo acusatorio y que el fallo impugnado no ha repudiado en su acreditación, permite su correcto encuadre dentro de los parámetros del Art. 80 inc. 7. del C. Penal, tal como lo ha reclamado el acusador público, es decir, homicidio *criminis causae*, en concurso real con robo con armas.

Ello así, pues no se trata de un delito complejo, sino de dos delitos, homicidio y robo, unidos entre sí, pero distintos y perfectos en sus respectivos elementos subjetivos y objetivos. Así al decir de Nuñez "la tesis del concurso ideal resulta inadmisible dado que el delincuente hace dos cosas: matar y, además, lo que el otro delito, como tentativa o consumación requiere. Concurren, por consiguiente, dos hechos y no un

///

solo hecho, que es el caso comprendido en el Art. 54 del Cód. Penal" (Núñez, Ricardo T. III pág. 57 Edit. Bibliográfica Arg.)

La calificación que entiendo correcta aplicar no vulnera el principio de congruencia, pues la norma sustantiva aplicable se adecua, sin apartarse un ápice, a la descripción de los hechos contenidos en la acusación. De ellos ha estado debidamente informado el imputado y en condiciones de ejercer en plenitud su derecho de defensa material.

Es por ello que entiendo que debe ser atendido el recurso extraordinario interpuesto y éste tribunal en ejercicio de su competencia positiva (Art. 386 CPP) puede disponer la calificación legal adecuada al caso concreto, pues ello es la consecuencia directa de la viabilidad del recurso extraordinario.

De esta manera se cumple con los tres fines que tradicionalmente ha atribuído la doctrina al recurso de casación. El unificador de la jurisprudencia, esto es, que los órganos jurisdiccionales brinden la misma solución ante casos similares al momento de otorgar tutela efectiva. El de la defensa de la ley, concepción primigenia de la casación en Francia, actualmente denominada función nomofiláctica o control de

///

legalidad y finalmente el objetivo de obtener una sentencia justa para el caso concreto.

Con lo hasta aquí reseñado, entiendo que resulta irrelevante tratar los restantes agravios traídos por el impugnante, pues la solución dada al primero de ellos torna abstractos los restantes.

La solución dada al caso también tiene efectos sobre el recurso de impugnación extraordinaria interpuesto por la Defensa contra la sentencia de la Cámara Penal dictada en fecha 19 de octubre de 2011, pues el cambio de calificación ahora operado implica la anulación parcial del fallo originario, como así también de sus actos consecuentes, entre ellos, la sentencia confirmatoria de la Alzada.

III. Por último habré de coincidir con el doctor Pfleger en cuanto al reenvío para el juicio de cesura, a fin de que la sanción punitiva tenga su debate ante la instancia correspondiente.

IV. Por todo lo expuesto voto por que se declare procedente la impugnación extraordinaria interpuesta por el Ministerio Público Fiscal, se revoque parcialmente la sentencia recurrida y se declare a F. O. F. autor penalmente responsable del delito de Homicidio criminis causae en

///

concurso real con robo calificado (Arts. 80 inc.7, 45, 55 y 166 inc. 2 del Código Penal), disponiéndose el reenvío de la causa para la realización del juicio de cesura. **Así lo voto.-**

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. Como anotó el doctor Pfleger, tres son los motivos que movilizan a esta Sala a examinar la cuestión.

Efectuaré una breve reseña de ellos, sin exponerlos en detalle merced a la prolija enunciación realizada por mi colega del primer sufragio, a cuyos términos me remito.

II. Por un lado, en las hojas 216/266 y vuelta, luce agregada la impugnación extraordinaria del Fiscal General, doctor Fernando Luis Rivarola. Él atacó la sentencia del Tribunal Colegiado de Esquel que condenó a F. O. F. a la pena de diecisiete años de prisión por el delito de robo con resultado de homicidio (artículos 165 y 45 del Código Penal), cometido contra de R. F. S.

Por el otro, a fojas 332/340 obra el recurso extraordinario del doctor H. R. C., defensor particular del imputado F. El letrado arremetió contra el pronunciamiento número 1615/2011, emitido por la Cámara en lo Penal de Esquel, que

///

confirmó en todas sus partes la sentencia de cesura de pena.

Por último, el monto de la sanción impuesta al atribuido impone la obligación de escrutar la condena, en los términos del artículo 179, punto 2° de la Constitución de la Provincia del Chubut y su correlato, el artículo 377 del Código Procesal Penal.

III. Como quedara establecido, el Ministerio Público Fiscal insimuló a F. O. F. por el hecho enunciado en los sufragios anteriores, al que encuadró como constitutivo del delito de homicidio calificado (artículo 80, inciso 7° del Código Penal), en concurso real con robo calificado por el empleo de armas (artículo 166, inciso 2° del mismo cuerpo legal).

La defensa durante el debate no controvirtió aquella plataforma fáctica sino que propició una calificación jurídica distinta.

El Tribunal Colegiado de la ciudad de Esquel, pese a considerar demostrada la materialidad endilgada por el acusador público, subsumió el evento en la figura prevista en el artículo 165 del digesto sustantivo, esto es, robo agravado por el resultado mortal.

///

IV. Seguiré el orden metodológico propiciado por el Ministro Pfleger para el tratamiento de la cuestión.

Sintéticamente la impugnación extraordinaria del Fiscal adujo, a favor de su propósito, los siguientes agravios:

Primero: la declaración de nulidad de oficio de la evidencia "CC" y las manifestaciones de la Cabo F. N.

Segundo: la errónea calificación legal del hecho.

Tercero: la violación del sistema de la sana crítica al tiempo de valorar la prueba.

Cuarto: supletoriamente, el monto de pena impuesto por el tribunal de juicio.

En lo que respecta a la legitimación del Ministerio Público Fiscal para recurrir ante esta instancia, es dable advertir que el artículo 378, inciso 3° del ritual dispone que aquél podrá impugnar la sentencia condenatoria *si la pena aplicada fuera inferior a la mitad de la pretendida*. En los presentes, como el Fiscal ha requerido una sanción perpetua e indivisible, que no permite efectuar el cálculo matemático previsto en el artículo de mención, corresponde tener por habilitada la instancia.

///

V. Alteraré el orden de los agravios enarbolados y, en primer término, discurriré en torno al segundo y tercer motivos.

El impugnante sostuvo que el análisis integral de la conducta desplegada por F. permitía tener por probada la preordenación del homicidio para concretar el plan y lograr su impunidad. Adujo que los sentenciadores, al descartar la figura calificada del homicidio, incurrieron en una errónea aplicación del derecho y se apartaron de la doctrina legal sentada por la Sala.

Anticipo que, de manera coincidente a lo afirmado por los colegas que me precedieron, el Tribunal a quo plasmó un análisis parcial y sesgado de los distintos elementos del juicio, que lo llevó a seleccionar una calificación jurídica del hecho incorrecta.

Es que si tomamos en consideración los hechos tenidos por acreditados por el tribunal a quo, no caben dudas de que correspondía subsumirlos en la figura del homicidio *criminis causae*.

Así, luego de un detallado análisis de la conducta exteriorizada por el imputado, surge una inequívoca conexión del homicidio con el robo, es decir, la muerte de R. S. aparece como

///

estrictamente necesaria para la concreción del plan pergeñado por el incuso.

Enunciaré algunos aspectos sobresalientes que denotan el ardid elaborado por F. para cumplir su designio.

El derrotero se inició con la gestión realizada por ante el Registro de la Propiedad automotor con asiento en la ciudad de San Carlos de Bariloche, tendiente a obtener el certificado de dominio del vehículo Chevrolet Corsa Classic, chapa patente XXX ***, que conducía el interfecto el día de los hechos.

Al mismo tiempo, F. se puso en contacto con personas domiciliadas en Comodoro Rivadavia, a quienes les ofreció en venta el automóvil referenciado.

El día del hecho, inmediatamente después de hacerse del informe de dominio gestionado, F. se comunicó por teléfono con la agencia de remises –sin identificarse- y pidió que la víctima lo buscara a pocas cuadras de allí y lo trasladara a El Hoyo, lo cual constituye un indicio de que el atribuido pretendía no ser individualizado por el personal de la remisería, que ya lo conocía.

Se comprobó que el imputado abordó el auto portando un cuchillo, que en el curso del trayecto S. detuvo la marcha y que en esas

///

circunstancias se produjo una refriega entre víctima y victimario, donde F. sufrió heridas superficiales en su cabeza y en ambas manos y S. encontró la muerte producto de los salvajes puntazos que recibió.

La desmedida violencia descargada sobre la humanidad del remisero, que fue más allá de lo razonable para reducirlo y consumar el desapoderamiento, demuestra a las claras que F. proyectó la muerte de S. y que ésta, a su vez, resultaba necesaria para perpetrar el atraco, huir hacia Comodoro Rivadavia con el botín, vender el automóvil, fugarse a Mendoza y asegurarse la impunidad.

En conclusión, si bien el tipo penal del artículo 80, inciso 7°, no exige una voluntad anticipada de matar (el propósito, el ánimo o la resolución de quitar la vida a otro), si no que, al contrario, es suficiente para que concurra la agravante, que la determinación del homicidio surja de repente, súbitamente en la ejecución del hecho, advierto que en el caso, las tareas de logística desarrolladas por F. antes del suceso, el modo en que se produjo la muerte y la conducta ulterior del imputado, demuestran que la muerte estaba inserta en el contexto planeado y programado por el acusado.

///

Así las cosas, sin apartarme de la plataforma fáctica insimulada al acusado, de la que fuera informado a lo largo de todo el proceso, entiendo correcto encuadrar los hechos en la figura del homicidio *criminis causae* (artículo 80, inciso 7° del Código Penal).

VI. De lo anterior, se deriva que ha habido un error en la interpretación de las normas penales que aplicaron los jueces del juicio y, por ende, los de la Cámara en lo Penal, que confirmaron la sentencia de aquellos.

En el proceso penal de la Provincia del Chubut el Ministerio Público Fiscal cuenta con un recurso, si bien extraordinario, por error de derecho estricto como es el recurso de nulidad para corregir eventuales vicios que se produzcan en la sentencia de mérito. Este recurso procede cuando hay violaciones normativas, como ocurre en este caso. Además, se cumplen los requisitos de procedencia ya que la sentencia condenatoria, desestimó el pedido de la pena de prisión perpetua (artículo 378, inciso 3° del ritual). Me remito a lo mis colegas de Sala anotaron antes sobre este punto.

VII. Ahora bien, discrepo del ejercicio de la casación positiva y la aplicación de la pena de prisión perpetua.

///

Es cierto que a la figura de homicidio agravado (artículo 80 inciso 7°) el Código Penal le asigna una pena de reclusión perpetua o prisión perpetua, pero también lo es que esa circunstancia no puede privar al imputado de su derecho al recurso contra la sentencia y la pena (artículos 29 y concordantes del Código Procesal Penal, 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; 8, 2. h de la C.A.S.D.H.; 14, 5, P.I.D.C.P.).

La garantía del debido proceso, que tradicionalmente se aseguraba con "acusación, defensa, prueba y sentencia", ahora se ha extendido a "acusación, defensa, prueba, sentencia y recurso". Esos son los patrones sentados en el país por el precedente "*Casal*..." y ya lo eran en la Provincia del Chubut por el artículo 179, inc. 2°, desde 1994 (“*D. M., W. S. y Otros p.s.a. Homicidio doblemente calificado, 2 hechos, y tentativa de homicidio doblemente calificado, todo ello en concurso real con robo con armas*”, Expediente N° 21650 – T° II – F° 132 - Año 2009 – Letra “D”; sentencia N° 71-P-11 del 30 de Noviembre de 2011).

La Sala Penal, en todos los casos en que se anule el fallo absolutorio o se acoja el recurso fiscal en perjuicio del imputado debe reenviar a otro tribunal de juicio para que sentencie

///

(integrado por otros jueces). De lo contrario, no se cumpliría con la garantía constitucional de la doble instancia, que no puede suplirse con el recurso previsto por el art. 14 de la Ley 48.

En este caso, en el que se agrava la situación del imputado, no procede que la Sala Penal haga "casación positiva". Propicio anular el fallo ("casación negativa") y reenviar al tribunal de juicio a que pronuncie sentencia.

Por su parte, el artículo 386 del ritual, último párrafo, dispone que cuando de la correcta aplicación de la ley resulte la absolución del procesado o la extinción de la acción penal, el tribunal resolverá directamente sin reenvío. Lo contrario no es admisible.

Además, el artículo 304 de la ley formal divide al juicio en dos etapas, de modo que si se lo condenara en esta instancia, el imputado pierde su derecho al juicio de cesura.

Por ello (advertidos el error de derecho y la necesidad de subsanarlo) las sentencias deben ser anuladas y reenviar la causa para un nuevo juicio (artículo 387 del Código Procesal Penal).

La pena de prisión o reclusión perpetua, no implica que de manera automática se le cercene al imputado la posibilidad de discutir la medida de la punición y, eventualmente, cuestionar la

///

constitucionalidad del instituto, puesto en vilo por doctrina muy respetable.

Es decir, aun cuando en principio pareciera que la suerte está echada, por la pena estipulada para la figura, el derecho a discutir la sanción y el consiguiente recurso, siempre deben asegurarse.

Por lo expuesto, propongo disponer el reenvío al tribunal competente para que se realice un nuevo juicio.

VII. La decisión adoptada, torna irrelevante el tratamiento de los restantes agravios enarbolados por el acusador público.

VIII. No examinaré la impugnación extraordinaria de la defensa ya que la solución aquí propiciada revoca el fallo del Tribunal de Juicio y anula el pronunciamiento de la Cámara en lo Penal, tornando abstracta la cuestión traída por la defensa.

IX. Por último, juzgo que los estándares del instituto de la Consulta se hallan cumplidos toda vez que, del examen efectuado ante esta instancia, se observa que se han respetado las garantías constitucionales del imputado y el procedimiento se ha encausado dentro del marco ritual.

///

X. En mérito de lo expuesto, corresponde: 1. admitir la impugnación extraordinaria del Ministerio Público Fiscal, 2. anular los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Colegiado de Esquel y por la Cámara en lo Penal de aquella misma ciudad, 3. disponer el reenvío de estos actuados al tribunal que resulte competente para la realización de un nuevo juicio (artículo 387 del Código Procesal Penal).

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 interpuesta por el Defensor Particular, doctor H. R. C. (fojas 332/340), con costas.

2°) Declarar procedente la impugnación extraordinaria interpuesta por el Ministerio Público Fiscal (fojas 216/266 vta.)

3°) Anular parcialmente la sentencia recurrida, en lo referido al encuadramiento legal.

4°) Declarar a F. O. F., imputado en autos, autor material y criminalmente responsable del delito de homicidio criminis causae. (Arts. 45 y 80 incíso 7mo. del Código Penal)

///

5°) Disponer el renvío de la causa a la instancia para que suceda la cesura de juicio o juicio sobre la pena.

6°) Protocolícese y notifíquese.-

Firman dos ministros por encontrarse el Juez Panizzi en comisión de servicio.

Fdo. Jorge Pfleger- Daniel A. Rebagliati Russell- ante mi: Ricardo V. Pellegrini Secretario.

///