Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 29 días del mes de junio del año dos mil quince, se reunió en Acuerdo la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia, integrada por los Ministros José Luis Pasutti, Carlos Alberto Velásquez y Raúl Adrián Vergara, con la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados "**Provincia del Chubut c/ F., F. O. s/ homicidio agravado s/ impugnación extraordinaria**" (Expte. 22.575 – Año 2012 – NIC 1.128 Esquel).

Del sorteo practicado resultó el siguiente orden para la emisión de los votos: Pasutti, Velázquez y Vergara.

El Juez **José Luis Pasutti** dijo:

I. A modo de introducción, llevaré a cabo una breve reseña de los particulares antecedentes del caso sometido a conocimiento y decisión de este Tribunal.

En fecha 09/12/13 y mediante sentencia 2704/2013, la Cámara en lo Penal de Esquel confirmó la condena a prisión perpetua dictada contra el señor F. O. F. por la comisión del delito de homicidio agravado (artículos 45, 80 inciso 7, 12, 19 y concordantes del Código Penal). Se atribuyó al acusado el evento ocurrido en la

///

localidad de Epuyén, el día 27 de agosto de 2009 en un horario cercano a las
21:30 horas, en perjuicio del señor R. F. S..

Por este hecho, el señor Fonseca había sido condenado en primer término a una pena de diecisiete años de prisión por la comisión, en calidad de autor, del delito de homicidio en ocasión de robo (sentencia 513/2011, registro de la Oficina Judicial de Esquel).

Contra dicha decisión el Ministerio Fiscal dedujo impugnación extraordinaria ante esta Sala en lo Penal, el cual quedó reservado durante la sustanciación del recurso ordinario que –paralelamente- interpuso la defensa del acusado. La Cámara en lo Penal de la ciudad de Esquel, por mayoría, ratificó en todas sus partes el fallo del tribunal de juicio (sentencia 1615/2011, según el registro de la misma Oficina Judicial), y ante ello, la defensa formuló su propia impugnación extraordinaria.

A su turno esta Sala, en su primera actuación (sentencia 73/2012), hizo lugar al recurso de la parte acusadora, anuló parcialmente la sentencia de mérito, modificó la calificación legal a homicidio *criminis causae*, y dispuso el reenvío del caso a la instancia para la realización del juicio de cesura sobre la pena.

///

Como consecuencia de esta decisión, la Sala declaró improcedente la impugnación de la defensa, y esos agravios quedaron sin tratamiento.

La defensa de F. interpuso recurso extraordinario federal en contra de esta resolución, el cual fue posteriormente rechazado (sentencia 15/2013, registro de la Sala), sin que luego la parte dedujera la queja directa ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por las razones que explica a fojas 571 y 579 de su actual presentación.

De acuerdo con los antecedentes señalados al inicio de este apartado, el nuevo tribunal que intervino en el juicio de cesura condenó a Fonseca a la pena de prisión perpetua (sentencia 1803/13, registro de la Oficina Judicial de Esquel), fallo que fue luego convalidado por el tribunal revisor. Y contra la sentencia 2704/2013, ya aludida, la defensa interpuso la impugnación extraordinaria que provoca la nueva intervención de este Tribunal.

II. En su recurso la parte sostiene que esta Sala, en su primera intervención, modificó el fallo original y agravó el tipo penal en perjuicio del acusado. Considera que ello constituye una “casación positiva”, que el Código

de Procedimiento Penal sólo admite cuando la sentencia favorece al acusado (artículo 386, último párrafo).

Caso contrario, tal como reconoció el Ministro Panizzi en su voto, se debe reenviar la causa a otro tribunal. Para el acusado constituye la primera condena, respecto de la cual tiene el derecho constitucional a una revisión integral (Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8 punto 2 inciso h; entre otras).

Este derecho a la doble instancia o doble conforme abarca el examen de la condena y de la pena, y por su amplitud –agrega- excede el marco del recurso extraordinario federal. De acuerdo con la teoría del máximo rendimiento, que abandona la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, la garantía alcanza a todo lo que sea posible revisar.

Es por ello que el cambio de calificación decidido por la Sala, sin inmediación y sin reenvío, impide el análisis amplio de esta sentencia más gravosa. Se priva a la defensa de un examen completo, en audiencia oral, pública, contradictoria, concentrada, con presencia de las partes y del tribunal, y que permita cuestionar la interpretación de los hechos y el alcance y modo de aplicar el derecho al caso concreto.

///

El recurrente critica que la Sala -en particular, el Ministro Pfleger- se apartó del contenido específico del artículo 386 por medio de una interpretación sistemática. Pero ello se justifica ante normas oscuras o contradictorias, características que no posee la norma citada; más aún, asumiendo el orden del sistema jurídico, esta interpretación afecta la armonía del conjunto, y resulta restrictiva del derecho de defensa.

Si bien a la Sala le incumbe el control nomofiláctico de las normas, concluye, la aplicación literal del artículo en cuestión permite el reenvío de la causa a otro tribunal. De ese modo se arribaría a un fallo que pueda ser revisado, y en suma, a una sentencia definitiva respetuosa de las garantías del acusado.

III. Concluida la síntesis de antecedentes y agravios, propongo a continuación la solución que estimo aplicable al caso sometido a examen de esta Sala.

Ya he tenido oportunidad de analizar una cuestión en cierta medida similar a la planteada en autos, en ocasión de emitir mi voto en la causa "R., J. N. p.s.a. robo agravado s/ impugnación" (expediente 22.427/11, sentencia 47/2014 de fecha 25/09/14). Reiteraré a continuación, en lo pertinente, aquellos

///

argumentos que estimo trasladables al caso que hoy nos convoca.

El régimen de impugnaciones integra un sistema normativo cuya inconsecuencia no debe presumirse. Es así que los recursos, acordados de modo bilateral a acusador y acusado por razones de equidad, procuran "la revisión por parte de un órgano jurisdiccional distinto del que las dictó (de superior jerarquía orgánica), de resoluciones que se denuncian como erróneas (viciadas por equivocadas), procurando que el tribunal del recurso las descalifique por ser tales y las sustituya total o parcialmente por otras, que resuelvan sobre lo mismo, pero en forma opuesta o diferente (revocación o modificación); o que, sin sustituirlas, sólo las deje sin efecto (anulación), lo que tratándose de la sentencia definitiva posterior al juicio, determinará generalmente, el inmediato envío (reenvío) a otro tribunal de la misma competencia y jerarquía del que dictó la anulada" (CAFFERATA NORES, José I., *Proceso penal y derechos humanos*, segunda edición actualizada por Santiago Martínez, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, páginas 182-183).

El legislador chubutense reconoce vías de impugnación a las partes acusadoras (Ministerio Fiscal y querellante), pero a la par tanto el

///

reenvío y segunda absolución (CPP, artículo 387 última parte) como la regulación del plazo razonable de juzgamiento (CPP, artículos 146 y siguientes), no admiten remedio alguno.

Pero la actuación del tribunal revisor tiene también efectos ultraactivos, tal como ya se ha establecido en un caso anterior: "en materia de recursos la decisión del Tribunal llamado a resolver implica la asunción de un grado de competencia que define una situación jurídica dada y sustrae el tema de discusión ulterior. Se basa, según mi opinión, en un elemental principio de estabilidad de las decisiones judiciales, puntal del principio de seguridad jurídica. En otras palabras, cuando por vía de los recursos un Tribunal decide sobre un asunto queda cerrada toda discusión que abarque ese tema y las instancias han de atenerse a esa posición so riesgo de reeditar hasta el infinito esa cuestión" (autos caratulados "Incidente de nulidad y excepción (Expte. 6027/05 'Ovando, Mónica Beatriz s/ homicidio')", expediente 21.145/2007, sentencia de fecha 14/06/10, voto del Ministro Pfleger).

De acuerdo con lo reseñado en los antecedentes del caso, la defensa no interpuso recurso de queja contra el rechazo del recurso extraordinario decidido por la Sala en su

///

anterior intervención. Y con ello, dejó firme lo resuelto por la Sala en lo Penal.

Era esa vía, de la mano del caso federal que alegó en dicha oportunidad -y que hoy mantiene-, la manera de discutir lo resuelto. Pero nunca la reedición del planteo ante el tribunal *a quo*, una vez que con su propia conducta en el proceso ya había consentido la decisión de esta Sala.

En consecuencia, estimo que los agravios que ahora trae el apelante no pueden prosperar, y así lo dejo señalado.

IV. Sin perjuicio de lo antedicho, y por estar en juego la imposición de una pena privativa de la libertad superior a los diez años, la jurisdicción del tribunal también incluye la consulta (Constitución de la Provincia del Chubut, artículo 179 inciso 2; Código Procesal Penal, artículo 377).

Al respecto, destaco que este procedimiento de control judicial fue concebido exclusivamente a favor de la persona sometida a proceso, se ejerce incluso sin instancia de la parte, y por su naturaleza no reconoce más límite que la prohibición de agravar la situación del inculpado.

///

Dicho esto, y sin perjuicio del reconocimiento de la autoría del hecho realizado por el acusado en el debate, estimo que los jueces cumplieron holgadamente con su obligación de fundar la materialidad del hecho y su atribución a F..

En efecto, y como una mera enunciación sin pretensión de exhaustividad, los magistrados se valieron de las declaraciones de los numerosos testigos examinados en el debate (P., O., A., Z., C., C., P., C., F., A., F., S.), quienes aportaron información relevante para el caso. Las constancias documentales vinculadas con los viajes de la víctima (remisero) durante el día del hecho, y con la certificación del estado de dominio de su vehículo (secuestradas de la mochila del imputado), aportaron datos contextuales del evento de suma importancia.

También se tuvieron en cuenta los dichos del personal policial que intervino en la aprehensión del acusado, y que llevó a cabo variadas actividades de criminalística (G., O., Q., S., P., M., A., A., M. y F.). Sus declaraciones resultaron coherentes con las actuaciones labradas oportunamente, y de ese modo se incorporaron –legítimamente, y con provecho para la causa- las actas y fotografías vinculadas

con la interceptación y detención del inculpado, y con el secuestro del vehículo en el que se trasladaba; la requisa a su persona, la verificación de su estado físico y el levantamiento de rastros en su cuerpo y vestimenta; la inspección del rodado, la obtención de vestigios, y el secuestro de elementos hallados en su interior; así como la planimetría, las fotografías y la toma de muestras diversas en el lugar donde fuera hallada la víctima.

Los peritos que declararon en el juicio (G., R., E. y G.), también suministraron información crucial sobre los hechos y su dinámica. Cada uno de ellos, desde sus respectivas experticias, explicaron el relevamiento efectuado a las comunicaciones y mensajes de texto de las líneas telefónicas del imputado y de la víctima, y la ubicación geográfica de la línea telefónica del acusado en tiempo contemporáneo a los hechos; el peritaje realizado sobre la dinámica del hecho; el cotejo de huellas; y la autopsia practicada al cuerpo de la víctima, así como el estudio de sus prendas. El peritaje genético efectuado por especialistas del CENPAT, en tanto, permitió demostrar la compatibilidad entre el perfil genético de la víctima, y las manchas hemáticas

///

obtenidas del cuchillo, manos, teléfono celular, prendas y calzado del acusado, de las puertas del rodado, y de las piedras levantadas en el lugar del hecho.

La calificación legal del caso, por su parte, fue correctamente establecida por el tribunal del reenvío en homicidio *criminis causae* (Código Penal, artículos 45 y 80 inciso 7), de acuerdo con los lineamientos fijados por esta Sala -a instancia de la parte acusadora- en su primera actuación. Dicha subsunción legal, como ya expliqué, quedó firme.

Y la sanción impuesta a F. (prisión perpetua), confirmada a su vez por la Cámara en lo Penal de Comodoro Rivadavia, es la necesaria consecuencia punitiva del tipo penal aplicable al caso. Se corresponde, asimismo, con la doctrina desarrollada por esta Sala en relación con la constitucionalidad de esta pena (casos “B.”, “C.”, “D. M.”, “W. Y. L.”, “O.”, entre otros).

Todo lo dicho sella, de modo negativo en mi opinión, la suerte del actual recurso de la defensa.

Por todo lo expuesto, propongo a quienes me siguen en el orden de votación que se declare inadmisible a impugnación extraordinaria deducida en autos, con costas.

///

Así voto.

El juez **Carlos Alberto Velázquez** dijo:

I. El Ministro que me antecede ya ha resumido los antecedentes del caso y los agravios que fundan la impugnación extraordinaria sometida a decisión de esta Sala. En honor a la brevedad, a ellos me remito.

II. Trataré los cuestionamientos en el mismo orden en que fueron abordados en el primer voto.

II.1. La independencia interna del Poder Judicial debe ser interpretada en conjunto con otros principios que también informan la actividad judicial -para el caso, la estabilidad de las decisiones y el sentido de los recursos en el proceso-, y que en conjunto componen un sistema integral y armónico.

Autorizada doctrina así lo entiende. En efecto, se sostiene que "en el espíritu del Pacto de San José, que diseña las garantías básicas de un proceso penal, se halla el criterio de que todas las resoluciones judiciales que producen algún agravio deben poder ser recurridas por todas las personas que intervienen en ese proceso penal. De esto no se debe inferir que cualquier resolución puede ser recurrida inmediatamente, ni que cualquier sujeto del proceso puede recurrir cualquier resolución. La organización del sistema de recursos es algo que depende de cada sistema procesal y que debe ser analizado en relación con la totalidad del proceso penal" (BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, 2da. edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, página 287).

De acuerdo con esta idea, y con sus matices en cada caso, nuestro Código de Procedimiento Penal reconoce expresamente la posibilidad de que los acusadores -Fiscalía y parte querellante- impugnen aquellas decisiones que afecten sus intereses en el proceso (Código Procesal Penal, artículos 363, 364, 368, 370, 378, 379 y concordantes).

Como correctamente señala el Ministro que guía el Acuerdo, una vez que resuelve el tribunal revisor, esa decisión implica definir la situación jurídica controvertida y opera hacia adelante. De lo contrario, se podría generar una suerte de sinfín procesal mediante la posterior renovación de la

///

cuestión ante las instancias inferiores, y de manera indefinida.

Rechazado el remedio extraordinario federal, entonces, la defensa debió interponer el recurso de hecho ante la Corte Suprema. De ese modo podía discutir lo resuelto por esta Sala en su primera intervención, en función del caso federal que ya expresó en aquella oportunidad. Pero no lo hizo, y de ese modo consintió lo decidido.

Por esta razón, concluyo que no se deben atender los actuales agravios del apelante.

II.2. La jurisdicción del tribunal también abarca la consulta, en tanto el caso importa la imposición de una pena privativa de la libertad de más de diez años (Constitución de la Provincia del Chubut, artículo 179 inciso 2; CPP, artículo 377).

Se trata de un control de oficio e ilimitado, aunque impide el empeoramiento de la situación del acusado.

Desde esta perspectiva, coincido con el Ministro que me precede respecto de la completa tarea que realizaron los jueces para fundamentar la ocurrencia del evento juzgado, y su autoría en cabeza de Fonseca –más allá del reconocimiento del propio acusado en el debate-.

En efecto, fueron abundantes los medios de prueba tenidos en cuenta. Así, por ejemplo, varios testigos aportaron datos de importancia para el esclarecimiento del hecho (Z., C., C., F., A., F.,
S., C., P., P., O., A.). Con un sentido contextual, también se evaluaron diversos documentos relacionados con el trabajo de

remisero de la víctima (sus viajes durante el día del hecho), y con el estado de dominio de su vehículo
(constancias que además fueron secuestradas de la mochila del imputado).

También resultaron relevantes los datos aportados por los policías que intervinieron en la detención de Fonseca y llevaron a cabo tareas diversas de criminalística (M., A., A., M., F., G., O., Q., S., P.).

Sus dichos, además, permitieron incorporar como evidencias de cargo las constancias -fotos y actas- labradas en oportunidad de interceptar y detener a F., secuestrar el vehículo, requisar su persona, examinar su estado físico, y tomar rastros en sus prendas de vestir y humanidad. De igual modo se pudieron valorar los elementos y vestigios obtenidos del rodado, y las operaciones científicas realizadas en el lugar de hallazgo de la víctima (toma de muestras, planimetría, fotografías, etcétera).

Por medio de las respectivas deposiciones de los peritos que trabajaron en la investigación (E., G., G. y R.), se conocieron datos fundamentales sobre el hecho juzgado y su dinámica. Se analizaron las comunicaciones y mensajes de texto de los teléfonos de víctima y

///

acusado, y se determinó la ubicación geográfica de la línea de Fonseca en horarios coherentes con la acusación. El peritaje sobre la dinámica de los hechos, la comparación de las huellas y el estudio del cuerpo y vestimenta de la víctima, suministraron en cada caso información sólida y consistente con el reproche contra F..

Y por si alguna duda quedara ante tantas pruebas de cargo, por medio del estudio genético efectuado por expertos del CENPAT se estableció la compatibilidad entre los rastros hemáticos tomados de diversas fuentes (cuchillo, teléfono, manos y vestimenta del imputado; vehículo; piedras encontradas en la escena del hecho), y el perfil genético de la víctima S..

La subsunción legal del hecho atribuido a Fonseca (homicidio *criminis causae*, artículos 45 y 80 inciso 7 del Código Penal), siguió las pautas desarrolladas por la Sala en su primera intervención. Esa decisión, por lo que ya expliqué en el punto II.1 de este sufragio, fue consentida por la parte.

Por último, encuentro que la pena de prisión perpetua impuesta al inculpado, se ajusta a lo previsto en el tipo penal recién aludido. Además de haber sido convalidada por el tribunal de revisión ordinaria, también coincide con el

criterio que sobre su constitucionalidad la Sala ha fijado en su jurisprudencia (casos "C.", "D. M." y "O.", por citar algunos).

III. En virtud de los argumentos que he expuesto a lo largo de este voto, y al igual que el Ministro que guía el Acuerdo, propicio la inadmisibilidad de la impugnación extraordinaria interpuesta en autos, con costas.

Así voto.

El juez **Raúl Adrián Vergara** dijo:

1. Los antecedentes del caso y los agravios del recurso ya han sido explicados de manera adecuada en el primer sufragio. No fatigaré al lector con su reiteración, y paso sin más a resolver las cuestiones planteadas.

2. El ordenamiento jurídico consiste en un todo integral y sistemático, en el que operan de manera simultánea diversos principios cuya conciliación se debe propiciar en la medida de lo constitucionalmente admisible. La independencia interna del Poder Judicial es importante, como también lo es el control de las decisiones judiciales y su estabilidad.

El CPP Chubut, con sus particularidades, admite que las partes acusadoras impugnen ciertas decisiones (artículos 363, 370, 378, 379 y normas concordantes). Y en caso de reenvío, la actuación del tribunal revisor también implica cristalizar la discusión jurídica hacia el futuro.

Esta consecuencia deriva del concepto mismo de recurso como modo voluntario de controlar la actividad judicial. Es una manifestación libre para aquel a quien se le concede esa facultad, una expresión de su poder de determinación individual.

Por este motivo, se sostiene que por regla la inactividad durante el procedimiento importa la pérdida de facultades que debieron ser ejercidas oportunamente. Si no se recurre una decisión impugnable, por ejemplo, significa que no se ejerce esa facultad, y que es aceptada y queda firme (ver Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal – Actos procesales*, punto #14.B, "El valor de la inactividad

///

en el procedimiento", tomo 2, Del Puerto, Buenos Aires, página 30; ver, en similar sentido, página 279).

La Sala ha tenido oportunidad de expedirse respecto de este alcance ultraactivo de las sentencias: "los pronunciamientos de los tribunales superiores, en el marco de los recursos, no admiten que en las instancias previas se efectúe una nueva reflexión sobre lo decidido, toda vez que se pretende resguardar la estabilidad de las decisiones judiciales" (autos caratulados "Incidente de nulidad y excepción (Expte. 6027/05 'Ovando, Mónica Beatriz s/ homicidio')", citado en el primer sufragio, voto del Ministro Panizzi).

En consecuencia, si la parte quería controvertir la decisión de esta Sala en su primera actuación, debió acudir ante la Corte Suprema por medio de la presentación directa o recurso de queja.

Al no hacerlo, dejó firme lo resuelto. No puede ahora pretender que se reedite una discusión que ya fue zanjada, y que contribuyó a consolidar.

3. La Consulta. En el caso se ha impuesto una pena superior a los diez años de prisión, y ello extiende la jurisdicción en los términos previstos en el artículo 179 inciso 2 de la Constitución Provincial.

Ingresaré pues de oficio en el examen integral del caso, con el sabido límite de la prohibición de *reformatio in pejus* que opera a favor del acusado.

Anticipo mi total coincidencia con los votos que me preceden. Sin perder de vista que el acusado reconoció el hecho en el juicio, los magistrados de todos modos han cumplido de manera cabal su obligación de fundar todos los aspectos de la sentencia de condena.

3.1. La materialidad y autoría del hecho. Tal como ya se ha señalado, la prueba de cargo valorada en contra de Fonseca es copiosa y contundente.

///

Como ejemplos de ello, puede citarse la información de relevancia suministrada en el debate por numerosos testigos (C., C., P., C., F., A., F., S., P., O., A., Z.). A la par, las constancias documentales relacionadas con el trabajo de S. (sus viajes como remisero durante el día del hecho), y con el estado de dominio de su vehículo (estas últimas secuestradas -vale indicar- de la mochila del imputado), también resultaron de provecho para conocer el contexto del hecho juzgado.

Los policías M., A., A., M., F., G., O., Q., S. y P., explicaron sus respectivas intervenciones en la detención del acusado y en la ejecución de actividades variadas de criminalística.

Por medio de sus declaraciones, además, se incorporaron al acervo probatorio las diligencias de actuación policial vinculadas con la aprehensión de F., su requisa y constatación del estado físico; con la obtención de rastros desde su cuerpo, vestimenta y del rodado – secuestrado- en el que se trasladaba; y con las tareas de policía científica efectuadas en el lugar donde fuera encontrado S. (planimetría, fotografías, levantamiento de vestigios, etcétera).

///

A su turno, los expertos E., R., G. y G., explicaron en detalle las actividades periciales realizadas durante la instrucción del caso. En efecto, se examinaron las comunicaciones y mensajes de los teléfonos de F. y S., y se pudo establecer la posición geográfica de la línea del victimario en horarios coincidentes con la tesis acusatoria. De manera complementaria, el estudio de la mecánica de los acontecimientos, el cotejo de las huellas y el examen de las ropas y cuerpo de la víctima, permitieron llegar a conclusiones unívocas y coherentes con la atribución del hecho ilícito a F..

El estudio a cargo de científicos del CENPAT afirmó, finalmente, la compatibilidad entre el perfil genético de la víctima, y las muestras hemáticas obtenidas del imputado (manos, ropas, cuchillo y teléfono), del vehículo automotor secuestrado, y de las piedras halladas en el lugar.

3.2. Calificación legal. A F. se lo ha considerado autor del delito de homicidio *criminis causae* (Código Penal, artículos 45 y 80 inciso 7), en concordancia con las directrices explicadas en la sentencia anterior de esta Sala. Esa resolución, como ya dije, quedó firme. Nada tengo para agregar sobre este aspecto.

///

3.3. La pena. Para finalizar, la sanción impuesta a F. -prisión perpetua- se corresponde con la única que establece la ley sustantiva mencionada en el apartado anterior. En su oportunidad fue ratificada por la Cámara en lo Penal, y se compadece con la constitucionalidad que a su respecto ha afirmado esta Sala en la jurisprudencia ya señalada en los votos anteriores, y a cuyo detalle remito.

4. Colofón. Como corolario de mi argumentación, me sumo sin más a la propuesta de rechazar la impugnación extraordinaria deducida, con costas.

Así voto.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

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

1°) Declarar inadmisible la impugnación extraordinaria deducida por la defensa a fojas 570-584, con costas (Código Procesal Penal, artículos 239, 240, 247 y concordantes); y **2°) Protocolícese** y notifíquese.

Fdo. José Luis Pasutti-Carlos A. Velázquez-Raúl Adrián Vergara

///