En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los seis días del mes de marzo de dos mil catorce, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Dr. **Guillermo Alberto MÜLLER**, en su carácter de Presidente del Tribunal integrado con los Dres. **Rafael LUCCHELLI y Alejandro Gustavo DEFRANCO**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 3331**, **carpeta individual n° 739**, caratulada: "H., F. y otro s/ p.s.a. Homicidio -víctima J., E.-", de la Oficina Judicial de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, en la que tuvieron debida participación del Sr. Fiscal general, Dr. **Herminio G. Meneses;** y

----------**CONSIDERANDO**:----------

Que el día 18 de febrero del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Guillermo Alberto Müller, a la que asistió únicamente el Fiscal General Dr. Herminio G. Meneses dando respuesta a la impugnación presentada por la Defensa técnica de F. A. H., por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el

Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de F. A. H. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Guillermo Alberto Müller, en segundo lugar el Dr. Alejandro Gustavo Defranco y finalmente el Dr. Rafael Lucchelli.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo:

1.- Llega nuevamente el presente caso a esta instancia para resolver la impugnación ordinaria que fuera deducida por la Defensa Pública, asistiendo a F. A. H., contra la sentencia dictada el 1º de julio de 2011 por el Tribunal Colegiado de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, registrada bajo el nº 19/2011 y por la que resultara condenado su asistido a la pena de once años de prisión, accesorias legales y costas al haber sido hallado coautor penalmente responsable del delito de Homicidio (arts. 79 y 45 del C.P.); ello por derivación del reenvío dispuesto por la Sala Penal del S.T.J. al hacer lugar a la impugnación extraordinaria deducida por el Ministerio Público Fiscal, revocando la sentencia Nº 23/2011 de esta Cámara en lo Penal.-

Antes de desarrollar los agravios esgrimidos por la parte cabe destacar que se produjo una circunstancia nueva que merece asentarse en esta reseña, pues el día 13 de noviembre de 2013 este Tribunal dispuso la

suspensión del proceso en relación a M. G. P. en los términos del art. 84 del C.P.P. como consecuencia del planteo de su defensor a partir de la sentencia dictada por el Juez Civil, Comercial, Rural y de Minería de esa Circunscripción el 2/8/2012 declarando la incapacidad por insanía de Portales, decisorio confirmado por la Excma. Cámara de Apelaciones el 22/3/2013, petición a la que adhirió el Ministerio Público Fiscal.-

2.- El impugnante sostiene que los jueces se han basado para sostener la participación de su defendido en el hecho en indicios que no configuran prueba y que a la luz de la sana crítica racional no pueden dar certeza jurídica de su autoría.-

Afirma que H. fue condenado por la sola circunstancia que momentos previos o anteriores al hecho se encontraba en la propiedad de la víctima, lo que no fue negado en el juicio, y que la condena obedece a dichos brindados por el consorte de causa a la policía, persona que ya fuera declarada incapaz por demencia en otros tres procesos penales, versión a la que los jueces dieron relevancia.-

Concluye que la sentencia en tales condiciones presenta insuficiente motivación, omite valorar prueba decisiva y se aparta del principio in dubio pro reo (art. 372 inc. 3º y 5º del C.P.P, 18 C.N. y 44 del la Const. Prov.), pretendiendo la absolución de su asistido por no existir elementos probatorios que puedan ir más allá de la probabilidad resultando

operativo el beneficio ya enunciado lo que avala con cita doctrinaria y jurisprudencial.-

Subsidiariamente para el hipotético caso que el tribunal no recepte el planteo requiere la disminución de la pena al mínimo legal.-

3.- Que el Ministerio Público Fiscal no dio respuesta al emplazamiento que se le formulara; ahora bien realizada la audiencia del art. 385 del C.P.P., a la que solo compareció el Titular de la Acción, pudo contestar los argumentos de la defensa y expresó que por vía de indicios se puede llegar a la certeza y que tanto las huellas dactilares halladas y las versiones de los testigos L. y V. confirman que H. se hallaba en la chacra del Sr. J. al momento que ocurrió el hecho; que en definitiva todos los indicios corroboraron los dichos brindados espontáneamente por Portales a los funcionarios policiales que dieron testimonio en el juicio pudiendo reconstruirse lo sucedido.-

Con respecto a la crítica que formula la defensa relativa al valor otorgado por los Jueces del Tribunal a los testimonios de los funcionarios policiales que escucharon a Portales al presentarse espontáneamente en Comisaría y la virtualidad o verosimilitud que estos podían tener frente a una presunta incapacidad del nombrado, refirió que el dictamen pericial que se le efectuó establece que puede comprender la criminalidad del acto y por ende que es capaz.-

4.- Para iniciar mi voto considero relevante destacar que no se encuentra en discusión la materialidad del hecho sometido a proceso y los magistrados pudieron sortear exitosamente este primer interrogante. Así afirman que entre las 21:30hs. del día 16 de junio de 2010 y primeras horas del día 17 de ese mismo mes y año en circunstancia que el Sr. E. J. se encontraba en la vivienda de su chacra individualizada como Nº XX de C. de la localidad de Sarmiento fue agredido brutalmente recibiendo golpes en distintas partes del cuerpo, entre ellos uno muy importante en la cabeza y con un elemento contundente –rifle Winchester cal. 22- y un corte profundo en el tercio inferior del cuello con arma blanca. Que el golpe en la cabeza con el rifle empleado como elemento contundente provocó una herida cortante de 10 cm. de longitud y un importante traumatismo de cráneo con hemorragia cerebral y el corte en el cuello con arma blanca comprometió la piel, músculos, nervios, vena yugular, arteria carótida y traquea provocando un shock hipovolémico con posterior paro cardiorespiratorio y consecuentemente el óbito.-

Los jueces han ponderado el testimonio de M. J. F. persona que concurre a la chacra y encuentra el cuerpo sin vida de J., dando aviso al sobrino que alerta a la autoridad policial para realizar la constatación pertinente y recoger muestras para su peritación y los informes médicos producidos por los Dres. S. J. A. y L. sobre los que expusieron en la

audiencia.-

a.- Sobre el tema que nos ocupa, la fuerte y sostenida crítica a la sentencia en lo que hace a la participación que le adjudican a H. en el hecho en calidad de coautor, ubicándolo como la persona que efectuó el corte en el cuello con un cuchillo con las consecuencias ya detalladas, extraigo del análisis de los sufragios que a tal premisa arriban los jueces por una sumatoria de indicios que si bien son concordantes a los fines de acreditar la presencia del imputado en el lugar no permiten de acuerdo a una recta y lógica ponderación concluir si fehacientemente acometió contra J.; que acciones desplegaron cada uno de los imputados, menos los motivos por los cuales habrían actuado, y ello es un obstáculo serio para convalidar el pronunciamiento dado que indudablemente con los elementos que integran el plexo probatorio no se vislumbra la certeza necesaria para una sentencia condenatoria y así lo acordamos en la deliberación.-

Es indudable que los Jueces del Tribunal para reconstruir el iter parten de las manifestaciones que el coimputado efectuó espontáneamente a funcionarios policiales en la Comisaría de la localidad, las que validan con los testimonio de los agentes mencionados sobre los que volveré más adelante y teniendo en cuenta el alcance de la sentencia emitida por la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia en el caso.-

El Sr. Juez Rosales para sostener en definitiva una

coautoría funcional se basa exclusivamente en el relato que había efectuado Portales en las condiciones ya mencionadas, puesto que más allá de los indicios de presencia H. en el lugar nada indica que efectuó la acción descripta por Portales. Desde luego que puede llegarse a la certeza por vía de indicios unívocos como lo afirma el magistrado, pero hace referencia, entre otras, a la imprecisión de las fechas indicadas por los testigos o bien descarta que el hecho pudo haber sido producido por otras personas que no sean los imputados y admite que en el lugar y por el desorden había varias personas, en definitiva no pudo explicar sobre la base de prueba idónea la acción que dice desplegó H. y ninguno de los indicios nos acerca a ello a contrario de su consorte de causa, puntualmente me refiero a la ropa y botines secuestrados y las manchas hemáticas que presentaban.-

Del voto del Dr. Camilo P. extraigo que, con igual desarrollo que su colega, solo funda la coautoría de Portales pues la circunstancia precedentemente apuntada lo incrimina, y al analizar o reparar en la participación de H. no encuentra otra apoyatura que las manifestaciones hechas por Portales a los funcionarios policiales, que como bien dice el Juez solo puede tener valor indiciario y como acabo de sostener no hay otros que el de presencia en el lugar, por lo tanto la asociación realizada parece antojadiza ya que no superan tales indicios la mera probabilidad en relación al nombrado.-

Por último el Dr. Rolón, con idéntico estilo, luego de detallar la prueba rendida en el juicio, deteniéndose en aquellas que como indicios indicaban la presencia de H. en el lugar, refiere que: "A esta cadena indiciaria debemos sumar los dichos de Portales en sede policial…" para reconstruir el suceso exclusivamente sobre tal relato y agrega que ese relato debe aceptarse sin más porque las precisiones que brinda indudablemente obedecen a su participación en el hecho; también sin ningún sustento afirma que H. intentó desviar la investigación dejando huérfana la conclusión que utiliza en su contra para el reproche, cuando del desarrollo se extrae que solo comprendería a Portales al tratar de ocultar las prendas con manchas hemáticas, y al más el elemental análisis la conclusión se presenta como contradictoria pues si confesó a la autoridad policial voluntariamente su participación en el hecho que sentido y relevancia tiene tal conducta, es más coloca un manto de duda sobre, si la presentación en la Comisaría fue realmente espontánea.-

La concurrencia de H. al lugar no es una circunstancia extraña cuando se sabe que lo hacía con habitualidad, le cortaba leña a la víctima, también bebían y fumaban, y así lo reconoce el encartado en la declaración que se incorporó en el juicio, resulta entonces evidente que estos indicios de presencia no convencen sobre la coautoría que se le adjudica.-

Conforme el desarrollo que vengo efectuando no hay otros

elementos de cargo idóneos, serios y concordantes, que tengan la contundencia para otorgar la certeza necesaria para arribar al fallo condenatorio.-

La hipótesis acusatoria fue consagrada en su totalidad en la sentencia y a no dudar que ella se construye sobre el relato de Portales a la autoridad policial, para luego esforzadamente concatenarla con indicios que se agregaban a la investigación y que rápidamente se obtenían a partir del mismo, pero ninguno pudo aproximarnos a los motivos de la agresión, a la puntual intervención de H., menos a la presunta acción desplegada; se impone preguntarnos como saber que hizo H. suprimiendo estas manifestaciones y la respuesta no es otra que con la prueba que queda es absolutamente insuficiente hasta imposible construir la coautoría que le reprochan.-

b.- Por último el impugnante también centra su crítica en la errónea ponderación de las manifestaciones de Portales efectuadas a los funcionarios policiales, en el sentido que no es una persona capaz y que incluso ello fue declarado en otros tres proceso penales lo que se acreditó en el juicio.-

De la sentencia extraigo que no se dio mayor trascendencia que esta cuestión para adjudicar veracidad al relato efectuado por Portales en base a los testimonios de P. y Á. y solo se trató la cuestión al

responder a la inimputabilidad planteada por su Defensor en juicio.-

El pronunciamiento de la Sala Penal del S.T.J. es absolutamente claro y contundente respecto a la aceptación de tales manifestaciones no pudiendo desecharse, resultando consecuente con sus precedentes que fueron invocados por los Jueces del Tribunal para fundar los sufragios y como sabemos estas manifestaciones tienen el valor de indicio.-

Ello no quita que las expresiones de Portales debieron ser evaluadas con suma cautela, y a criterio del suscripto no procedieron los jueces de tal manera máxime algunas circunstancias probadas que paso a desarrollar.-

Sabemos que Portales se presentó en Comisaría a pocas horas de que tomara intervención en el hecho la autoridad prevencional a partir del aviso recibido, que daba cuenta que el Sr. F. encontró el cuerpo sin vida del Sr. J. en la chacra Nº 40.-

Los agentes P. y Á. refieren que, en tal circunstancia Portales admite haber golpeado a la víctima propinándole un fuerte golpe en la cabeza y por la espalda con un rifle y que H. lo cortó en el cuello con un cuchillo indicando el lugar donde lo arrojó, aunque previamente el Oficial Dorado ya contaba con un "llamado anónimo", del cual podría insinuarse si verdaderamente la presentación fue espontánea, que sindicaba a Portales y H. como responsables, es decir que existió la posibilidad de generar una

investigación absolutamente independiente y nada de ello fue atendido por los Sres. Jueces.-

Retomando la cuestión expresó Portales a los agentes que habían bebido en abundancia y dada la problemática de este sujeto en base a los informes médicos producidos no era un dato menor. Ya en el año 2008 los Dres. W. y G. producían un informe en otro proceso que daba cuenta de una oligofrenia e insuficiencia importante del desarrollo psíquico destacando que es un alienado mental y que es alcohólico, desde luego tal informe no alcanzó a los jueces para declarar la inimputabilidad como lo propició su defensor, pero a los fines de ponderar el relato en tales condiciones debió atenderse pues es imprescindible comprobar que el sujeto ha podido discernir la verdad de lo que declara por sus propios elementos de juicio.-

Enseña Jauchen al tratar la sanidad mental del confesante que "Además de la espontaneidad y libertad que debe tener el confesante para que sus manifestaciones puedan ser válidas, es menester que, al momento de prestar declaración goce de salud mental". Ello necesariamente es materia de comprobación y agrega "…este ha de ser un imperativo que debe verificarse en cada caso, cualquiera sea el sistema de valoración de la prueba que la legislación haya adoptado. La libre convicción o sana crítica otorgada al juzgador para apreciar la prueba en modo alguno permite tener como válida una confesión prestada por quien en ese momento no gozaba de salud mental

suficiente" (cfme. autor citado en su obra "Tratado de la prueba en materia penal", pág. 242/243, Edit. Rubinzal – Culzoni).-

Corresponde puntualizar que nada se ha dicho en que condiciones se presentó Portales a la Comisaría, máxime que resultaba una persona conocida en el ámbito y se sabía de su problemática a punto tal que es conocido como "el loco".-

Al margen de ello y como ya dejara asentado en la reseña, se produjo en el desarrollo de este proceso una circunstancia nueva con alto impacto, y en esta oportunidad merece ser atendida.-

El 13 de noviembre de 2013 este Tribunal dispuso la suspensión del proceso en relación a Portales ante el pedido de la defensa adhiriendo el Ministerio Público Fiscal, que no es un dato menor, en virtud de la incapacidad por insanía declarada en sede civil.-

La Cámara de Apelaciones de esta Circunscripción Judicial el 22 de marzo de 2013 confirmó la sentencia del Juez de grado de Sarmiento de fecha 2/8/2012, es decir que esta situación se produjo incluso antes del pronunciamiento de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia y cabe advertir a la Defensa que no puso en conocimiento del alto cuerpo la misma cuando pudo tener influencia decisiva ante la impugnación del Fiscal.-

Lo particular del caso es que la propia Asesoría de Familia e Incapaces de Sarmiento promovió la acción en el año 2010, prácticamente

al inicio de este proceso y desde luego sobre la base de información pertinente que data ya del año 2008 y a la que me he referido; por ende frente al tenor del mismo y que fue corroborado por peritos médicos conforme la sentencia que declara la incapacidad por insanía, que entidad se le puede adjudicar al relato de esta persona del que solo se sabe por el testimonio de dos funcionarios policiales que lo escucharon en la Comisaría, máxime cuando se autoincriminaba de un homicidio, y más grave, culpando a H. de haber intervenido.-

5.- Conforme al desarrollo que vengo efectuando y para concluir tenemos que, la construcción de los jueces sobre la base de prueba indiciaria no es correcta, no cuenta con una debida conexión entre la afirmación base y la afirmación consecuencia por lo que es arbitraria en cuanto a la coautoría adjudicada al impugnante, construcción que parte de las manifestaciones de una persona, efectuada a la autoridad prevencional que se autoincrimina y culpa también a otro de haber cometido un homicidio cuya sanidad mental no fue atendida, sin dejar de considerar que tampoco es satisfactorio el pronunciamiento al tratar la causalidad, cuando el médico forense no pudo determinar si el golpe en la cabeza tuvo idéntica aptitud para dar muerte a la víctima, lo que justifica sobradamente revocar el pronunciamiento absolviendo a F. A. H..-

6.- Por último entiendo necesario señalar, ante el análisis

que he realizado del caso y las conclusiones a las que he arribado que las mismas comprenden a M. G. P., y no obstante la suspensión dispuesta a su respecto, el pronunciamiento debe comprenderlo teniendo en cuenta la extensión de la impugnación al coimputado –art. 366 del C.P.P.-. Las dudas que no lograron ser despejadas con las pruebas rendidas en el juicio vinculadas a autoría también lo alcanzan y se impone su absolución (arts. 28 C.P.P. y 44 C.Ch.) y así lo voto.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **DEFRANCO** dijo:

Vienen estos folios a consideración de este Cuerpo merced al reenvio impuesto por la Sala Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, luego de haber revocado la sentencia registrada bajo el número 23/2011 por la que la Cámara en lo Penal de Comodoro Rivadavia absolvió a M. G. P. y a F. A. H. por el delito por los que fueran condenados por el Tribunal de Juicio en fecha 22 de junio de 2011.

En efecto, los nombrados fueron declarados autores responsables del delito de Homicidio Simple –art. 79 del C.P.- por el hecho ocurrido entre los días 16 y 17 de julio de 2010 en el que perdiera la vida E. J., todo ello en el interior de su domicilio sito en la ciudad de Sarmiento.

Recordemos que en fecha 1 de noviembre de 2011 la Excma. Cámara en lo Penal de Comodoro Rivadavia declaró la nulidad de la acusación fiscal y de la sentencia a la que se arribara, absolviendo a los

imputados y disponiendo sus inmediatas libertades. Llegada dicha resolución al cimero Tribunal provincial, se revocó dicho resolutorio, generándose el retroceso a esta instancia en la que nos hallamos avocados al análisis del mérito de la sentencia original, la que condena a Portales y H..

De su lectura, surge que los jueces que intervinieron en el debate fundan su unánime resolución en los indicios colectados en la investigación, por carecerse de prueba directa, pero, sobre todo, en uno de ellos: el contenido de la declaración auto incriminatoria que realiza Portales ante la prevención, a pocas horas del suceso luctuoso, ante el Comisario J. S. P. y el Oficial H. F. Á..

Este el punto central desde donde debe resolverse la cuestión traída a debate, a la sazón, el agravio principal del recurrente y por donde han transitado los enjundiosos sufragios tanto de la composición original de la Cámara en lo Penal como los de los jueces de la distinguida Sala Penal.

Entrando de lleno al tema, los jueces de la sentencia han tenido en cuenta, para sostener la culpabilidad de los traídos a juicio, el contenido de las declaraciones testimoniales del Comisario y el Oficial de marras quienes manifiestan en la audiencia que Portales se presenta espontáneamente a la Seccional, cuenta que H. “degolló” a J. y que el presentante se limitó a asestarle un golpe en la cabeza con un rifle.

Ciertamente, escuchado el audio registrado en el cd que se me pone a disposición, en concreto, el contenido en la carpeta 268, pista 11, a partir del minuto 03:04, se escucha la declaración de P. quien dice que *"...irrumpe en la guardia de la dependencia un ciudadano que se identifica como Portales, se lo notaba muy asustado, manifestando que se hacia presente en la dependencia en razón de que un chileno lo quería matar... se le preguntó cuales eran las causales de su presentación en la dependencia y manifiesta él que ese día... una participación en el hecho (sic) de la muerte del Sr. J.... se le hace saber que no puede declarar en presencia de personal policial ni hacer ningún tipo de manifestaciones sino ante el Juez competente y con su respectivo abogado defensor..."*. Agrega que "*...este señor sigue hablando... manifiesta de que él junto a H. habían producido la muerte de un individuo, que él había partido un rifle en la cabeza del Sr. J. y que el otro individuo le había cortado el cuello..."*.

Agrega el Comisario nuevamente que se lo veía alterado y que manifestó que al arma la habían tirado a un canal, que se le hizo saber al Sr. Fiscal y a la Oficina Judicial por teléfono, dejando un mensaje en la grabadora del Defensor Oficial ya que no atendió el llamado.

A su turno el Oficial Á. coincide en lo sustancial con lo manifestado por su superior.

Sin perjuicio de que el acta –que corresponde a la hoja 4

del legajo fiscal- fue tachada de nulidad por el Sr. Juez de la Audiencia Preliminar, lo cierto es que por vía de las declaraciones testimoniales de los numerarios policiales se introduce el dato materia de controversia y coadyuva a fundar la sentencia.

Es por ello que se transforma en el eje del agravio y merece, entonces, la mayor atención.

En esa senda, debo decir que si el Sr. Juez de la Audiencia Preliminar, en 29 de abril de 2011, declaró la nulidad del acta inicial, a través de la cual se daba noticia de la declaración en la sede policial de Portales, no es posible desatender tal tamaña sanción mediante el recurso de receptar declaración testimonial a los mismos intervinientes del acto fulminado.

Aunque se autorizara la producción de tales pruebas en el debate, lo cierto es que se sancionó la invalidez del acta inicial, de conformidad con las disposiciones del art. 161 del rito, esto es, la imposibilidad de valoración de actos cumplidos con inobservancia de los derechos y garantías previstos en la Constitución, en particular, el derecho a la no autoincriminación, por lo que va de suyo que, no valorar el acta inicial pero hacer renacer su contenido a través de los dichos de las personas que intervinieron en el acto, resulta lisa y llanamente un desconocimiento de la decisión del magistrado de la audiencia mencionada y, lo que es mas grave, una vulneración de la garantía aludida por vía oblicua.

Es que, el Juez de la Audiencia Preliminar había resuelto, ante el planteo defensista, que los dichos auto inculpatorios de Portales *"...al no contar con la presencia de su defensor... ni haberse comunicado en forma inmediata al Juez... podemos considerar que se encuentra dentro de la coacción inherente... motivo por el cual transgrede ostensiblemente el principio de legalidad de la prueba... por lo que corresponde, de conformidad con el art. 161, declarar la nulidad de dicha acta..."* (carpeta de audio 161, pista 1.739, a partir de minuto 12:38).

Con buen criterio, el Sr. Magistrado niega valor alguno a la confesión prestada por Portales por haber sido efectuada en un ambiente de *inherently coercive*, que, en caso de pretender sostenerse lo contrario, era el Ministerio Publico quién debía acreditar que no existió.

Apunta con acierto el Juez que no se contó con la presencia efectiva del Defensor, mas allá de una mera invocación que no contestó el teléfono celular. Y agrego: no existe constancia –mas allá de la propia declaración de los Policías que participaron del acto- de que se le haya informado a Portales de sus derechos; la experiencia común indica el significado que posee el solo hecho de presentarse ante la autoridad policial; no existe evidencia de la voluntariedad de su declaración lo que se pone en duda con una circunstancia de la que se tuvo noticia durante la tramitación de la revisión de esta sentencia.

Me refiero concretamente a la tramitación por ante el Juzgado en lo Civil, Comercial, Laboral, Rural y de Minería de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, Secretaria Nro. 2, en autos "Asesor de Familia e Incapaces s/Insania (Portales)", de la solicitud de declaración de incapacidad por insania respecto de M. G. P..

En dichos folios, en 2 de agosto de 2012, se hizo lugar a la acción interpuesta teniéndose en cuenta "...las conclusiones de los peritos médicos designados en autos... quienes dictaminaron que se trata de una persona de sexo masculino, de 30 años de edad, con insuficiencia del desarrollo psíquico por lo que entra dentro de los alienados mentales (demente en sentido jurídico)... (siendo) la fecha aproximada del origen de su afección a partir de la primera infancia... sin posibilidad de mejoría...".

A ello debe sumarse, tal cual consta en el legajo al que me encuentro avocado, que Portales fue declarado en tres ocasiones inimputable, en las Carpetas Judiciales 212, 217 y 277.-

Cabe preguntarse entonces si es dable afirmar en forma categórica la voluntariedad de la comparencia del imputado a la dependencia, la espontaneidad de su declaración inculpatoria y el correcto entendimiento de los derechos que se afirma se le hicieron saber.

Es que aquí corresponde una pequeña digresión. Entiendo, junto a Fernando Díaz Cantón ("Exclusión de la prueba obtenida por medios

ilícitos..."; Nueva Doctrina Penal, 1999/A, pag. 333), que "...*el principio* in dubio pro reo... *está llamado a servir de norma de clausura del caso penal en forma favorable al imputado no solo cuando subsiste la duda sobre los presupuestos de la responsabilidad penal, sino también cuando subsiste la duda con relación a si determinada prueba de cargo esencial deriva o no de un acto procesal llevado a cabo en violación de normas fundadas en garantías constitucionales del imputado...".*

En ese sentido Roxin, crítico de la posición mayoritaria en Alemania que no aplica el principio a cuestiones probatorias, pone como ejemplo que *"...en vista de la importancia que de lege lata tiene la libre voluntad de decisión del imputado que presta declaración, se debe apoyar la aplicación del principio in dubio pro reo para violación del #136a* (sobre interrogatorios prohibidos)...*"* (Roxin, Claus; "Derecho Procesal Penal", Ed. Del Puerto, 2003, pag. 114).

También aplicando el principio de la duda a favor del imputado al momento de valorar la prueba es claro Alberto Binder al señalar que "…*toda vez que existan dudas acerca de si el imputado ha sido presionado para declarar en contra de sí mismo, se debe entender que la declaración en cuestión no tiene validez…"* (Introducción al Derecho Procesal Penal, Ad Hoc, pág. 182).

Ello así, no es posible afirmar la espontaneidad de la

declaración, atento la dudosa capacidad mental del individuo, ni su voluntariedad, ni la comprensión de los derechos que a todo imputado le corresponden.

Por ello, su declaración misma es inocua para fundar un juicio de responsabilidad criminal. Mas allá de la nulidad del acta de fojas 4, o si se intenta sortear dicha fulminante sanción a través de la declaración de los agentes policiales, lo que no puede tenerse validamente en contra son sus dichos, provenga –repito- de cualquier fuente de conocimiento, sea un acta, una declaración o la mismísima filmación del evento.

A fuerza de ser reiterativo, no es que los agentes de policía no puedan declarar sobre lo que llega a ellos a través de sus sentidos; no es que deban callar u ocultar lo que presenciaron –sin perjuicio de la posibilidad de cometer un injusto penal (encubrimiento, por ejemplo)-; no se trata de no poder escuchar en juicio a los numerarios acerca de lo que dijo el imputado ante ellos; se trata, simplemente, de la imposibilidad de fundarse la responsabilidad penal de quién confiesa ante la autoridad policial en un estado, al menos dudoso, de capacidad mental.

Ahora bien. Suprimida la "confesión" de Portales en Comisaría, igual suerte deben correr todas y cada una de las evidencias obtenidas a partir de ella. Así, el secuestro de los borceguíes que lucía esa noche en los que se encontró una mancha de sangre compatible con el perfil

genético del occiso J., producto del diligenciamiento de una orden de allanamiento librada como consecuencia del dato espurio, debe erradicarse del proceso, así como, el secuestro del cuchillo utilizado para matar.

No es necesario ahondar en citas doctrinarias acerca de la operatividad en nuestro sistema procesal de la regla de exclusión de prueba obtenida ilícitamente, que en resumen significa que "*la decisión judicial contraria al interés del portador de la garantía no puede ser fundada en elementos de prueba obtenidos mediante su inobservancia o con violación de las formas previstas en resguardo de la garantía*" (Maier, Julio B. J.; "Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos", del puerto, pág. 696).

Y es sabido también que la tacha de ilegalidad deberá alcanzar no sólo a las pruebas que constituyan en sí mismas la violación de la garantía constitucional -v.gr., la confesión obligada-, sino también a las que sean su consecuencia inmediata -v.gr., el secuestro del cuerpo del delito del lugar indicado en la confesión forzada-, siempre que a éstas no se las hubiese podido obtener igualmente sin la vulneración de aquélla, tal como prescribe nuestro art. 46 constitucional.

Solo con recordar el Caso "Francomano**"** (Fallos 310:2402), sería suficiente, en particular su Considerando 4°, cuando dice, "*...aparece en autos un cauce probatorio inválido que parte de la declaración de Francomano en una cadena causal ininterrumpida hasta*

llegar a la captura de la recurrente… debe excluirse del proceso cualquier medio de prueba obtenido por vías ilegitimas… esta exclusión también debe extenderse a los medios de cargo que incriminasen a un tercero cuando aquellos… se originasen en un cauce de investigación viciado de nulidad… no existe en la causa una fuente independiente de conocimiento que permita acreditar el cuerpo del delito y la autoría de la acusada, prescindiendo de las pruebas viciadas de nulidad…".

Ello así, debe verificarse si, con la prueba restante, es posible sostener tanto la construcción de la imputación por parte del ministerio acusador y, como síntesis después de los embates de la Defensa, el fallo final condenatorio.

La respuesta es, desde ya, negativa.

Si bien es cierto que la investigación pudo obtener en forma independiente a la declaración de Portales numerosos elementos de utilidad, por una *fuente independiente de conocimiento* (parafraseando al fallo citado), lo cierto es que con tales probanzas no se podría arribar a una sentencia condenatoria, al menos, en la forma que fuera construida la imputación por parte de la Fiscalía, esto es, la *coautoría* de los consortes de causa, al no poderse determinar el curso causal que puso en marcha cada uno de los condenados, el accionar de cada acusado en concreto y el resultado final de cada conducta.

Quitando hipotéticamente la declaración de Portales, no existe otro elemento probatorio que permita afirmar si ambos imputados emprendieron contra la humanidad de J., si fue uno de ellos en soledad, quien arremetió con el arma de fuego y quien con el cuchillo, o tantas otras hipótesis imaginables.

Y es evidente que la imputación fiscal se construyó alrededor del concepto de *coautoría* en la muerte de la víctima (vid, fojas 129, punto V de la Acusación), teniendo por cierto que Portales blandía un arma de fuego y "*aplicó un gran golpe en la cabeza del Sr. J.*", mientras que H. "*le produjo un profundo corte en el tercio inferior del cuello*" (fojas 126, punto III), porque se recurrió exclusivamente a la confesión policial tenida por inválida.

A mayor abundamiento, la coautoría funcional, por definición, *"...se basa sobre el principio de la división del trabajo. Todo coautor complementa con su parte del hecho las partes del hecho de los demás en un total delictuoso; por eso responde también por el total..."* (Hans Welzel, Derecho Penal, Parte General, Roque Depalma Editor, Bs. As., 1956, pag. 113 y ss.) y también que *"...cada coautor debe subjetivamente ser coportador de la decisión común del hecho, vale decir, tener junto con los demás la voluntad absoluta de concreción, y objetivamente completar las contribuciones de los demás al hecho, mediante*

su contribución de hecho…".

Precisando las formas de coautoría, Zaffaroni ha explicado que *"…cuando en la realización de un hecho converge una pluralidad de sujetos y cada uno de ellos realiza por sí la totalidad de la acción típica, se trata de un supuesto de autoría plural, que se conoce con el nombre de autoría concomitante o paralela, cuyo concepto emerge del autor individual, conforme a cada uno de los tipos en particular…"* y que *"otra forma de coautoría, con problemas por completo diferentes de la simultánea, se presenta cuando por efecto de una división de tareas, ninguno de quienes toman parte en el hecho realiza más que una fracción de la conducta que el tipo describe, o sea, que ninguno de los intervinientes realiza la totalidad del pragma, sino que éste se produce por la sumatoria de los actos parciales de todos los intervinientes. Se trata de la coautoría caracterizada por el dominio funcional del hecho…"* (Tratado, Ediar, 2000, pag. 784 y ss.).

¿Ha de entenderse entonces que se trata de una coautoría paralela, en la cual ambos imputados "mataron" simultáneamente a J.? El protocolo de autopsia de la que se hiciera sobre el cuerpo sin vida del morador de la vivienda, explicada por el Dr. L. en la audiencia, no permite aseverar más que una causa de muerte –la producida por el shock hipovolémico por las lesiones de vasos sanguíneos del cuello, como consecuencia de la herida con arma blanca-, tildando solo de probable causa

de muerte el importante traumatismo de cráneo.

¿Ha de entenderse, subsidiariamente, una imputación en torno a una coautoría funcional? En ese caso, sería necesario acreditar el tramo de la acción deliberadamente encaminada, de común acuerdo y luego de la división de funciones, que efectuó cada uno de los imputados, o si, por el contrario, no fue toda la obra letal producto de uno solo de los prevenidos la que es adjudicada por Portales a su consorte.

Sin pretender ser reiterativo, pero con la exhaustividad que me merece el tema al que me encuentro avocado, he de recordar que han tenido en cuenta los jueces de la sentencia condenatoria toda una gama de indicios que, según ellos, coadyuvan a tener por acreditada la responsabilidad de Portales y H. en el caso.

A saber: las pesquisas del Oficial Rehl respecto a la concurrencia habitual de H. a lo de Jenk y acerca de que desde una remisería llevaron vino y cigarrillos al lugar, lo que fue ratificado en la audiencia por el chofer L. y la encargada V.; las manifestaciones de E. D., de la Brigada de Investigaciones, que da cuenta de un llamado anónimo que advertía sobre la presencia de Portales y H. en el lugar teatro del hecho en la fecha del óbito; los dichos de D. V. quien observó dos personas caminando en horas de la madrugada con una linterna, artefacto que fue visto luego en manos de H. en el interior del local nocturno “La reina de la noche 2”; los perfiles genéticos

compatibles con los imputados hallados en el vaso roto secuestrado en el lugar, etc.

Pero, como es fácil colegir, ninguno de aquellos datos permite, prescindiendo de la que se elevara a *"regina probatorum"*, acreditar plenamente las acciones emprendidas y sus circunstancias.

Por todo ello, he de hacerle lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado H. –a estar a la suspensión del trámite respecto a Portales-, revocando la sentencia de fecha 22 de junio del corriente año, absolviendo a M. G. P. y F. A. H. en orden al delito de Homicidio (art. 79, CP) por el hecho ocurrido entre los días 16 y 17 de julio de 2010 en perjuicio de E. J., en la ciudad de Sarmiento.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **LUCCHELLI** dijo:

En honor a la brevedad, omitiré señalar los antecedentes del recurso, en atención a la prolija enunciación de los mismos, en los sufragios que me preceden.

Llega el caso a esta instancia de revisión, para resolver la impugnación deducida contra la sentencia dictada el día 22 de junio de 2011, en la cual se condena a F. A. H. y a M. G. P., por ser coautores penalmente responsables por el delito de Homicidio (Arts. 79 y 45 del C.P.) de quien en vida fuera E. J., hecho acaecido en la ciudad de Sarmiento entre los días 16 y 17 de julio de 2010.-

La materialidad del hecho no ha sido cuestionada por las partes.

Según el informe del médico forense a cargo de la necropsia, Dr. O. L., se señala que: “La muerte (…) fue provocada por un shock hipovolémico por las lesiones de vasos sanguíneos del cuello, y posterior paro cardio-respiratorio, el importante traumatismo de cráneo que le produjo una hemorragia intraparenquimatoso, fue previo a la lesión del cuello, al igual que las otras lesiones que presenta en cráneo, cara y brazo…”. En su declaración testimonial, el citado galeno explica que la lesión en el cráneo podría haber causado la muerte si hubiese sido la única, pero como la lesión en el cuello fue más importante, por ella se produjo el óbito.-

Si bien ambos imputados han recurrido la condena, este Tribunal ha suspendido el proceso con relación a M. P., de acuerdo a lo establecido por el artículo 84 del C.P.P., tópico sobre el que me referiré más adelante.-

Conforme lo señala el Dr. Rosales al comenzar su voto: “El cuerpo sin vida del Sr. E. J. fue hallado por su amigo M. J. F., el domingo 18 de julio de 2010, minutos antes del mediodía en la vivienda de la chacra propiedad del occiso ubicada en esta localidad frente a la denominada “Chacra XX de C.”. El desorden que presentaba el interior de la vivienda, la puerta de acceso entreabierta, el can de la víctima ladrando en el lugar de

ingreso, los animales encerrados en el corral no obstante la avanzada hora de la mañana, hicieron sospechar al visitante que "algo" había sucedido. Al respecto recordó que F. que llegó a la chacra alrededor de las 11:30 horas. Que le llamó la atención que los animales estuviesen encerrados dado que por la mañana J., conocido como "Q." – y a quien había visto por última vez el sábado anterior por la mañana-, acostumbraba ir a ordeñar las vacas. Asimismo refirió que la puerta de la casa estaba entreabierta, la luz exterior encendida, el perro permanecía allí, el lugar estaba desordenado. Observó cajas de vino; vasos, uno de ellos roto; el tacho de basura dado vuelta; cabellos de su amigo; unos quesos que sólo sacaba cuando alguien iba a visitarlo; y al asomarse a la habitación la víctima yacía sin vida tendida en el suelo, con las manos hacia arriba "como si se hubiese querido agarrar de las frazadas". El velador estaba encendido. Ante la situación, el testigo se dirigió a C., y llamó a uno de los familiares de J., J. O. P., quien concurrió al lugar. Recordó además que al ingresar nuevamente junto a J., M. y un policía, observó que la habitación había un pedazo de rifle propiedad de J. tirado por un lado y otra parte del arma del otro lado…".

Los Magistrados que integraron el Tribunal del juicio, han hilvanado una serie de indicios – que de manera independiente a la confesión realizada en sede policial por Portales- acreditan que los condenados habrían estado en el lugar del hecho y habrían podido cometer el mismo.

Sin embargo, para poder establecer con certeza los roles que habrían adoptado los condenados, debieron acudir inexorablemente a los dichos de Portales, que fueron valorados a través del testimonio del Jefe de la comisaria de Sarmiento y del empleado policial H. F. A., quienes luego de haberle hecho saber sus derechos y de llamar al funcionario de la fiscalía de turno y al Defensor de turno, labraron un acta, la cual fue nulificada en la audiencia preliminar.-

El Dr. Juan Alberto Maidana, Defensor Público Penal, a cargo de la defensa técnica de F. A. H., reconoce en su libelo recursivo que el nombrado habría estado alrededor de las 21 hs. con el occiso y Portales. Habría recibido junto con E. J. los cigarrillos y bebidas que le habrían acercado el remis. Admite que habría jugado a las cartas con Portales y la víctima y se habría retirado a su morada para asearse, sin que hasta ese instante se produjera hecho de violencia alguno. Luego, se habría dirigido al N. C. "La reina de la noche" donde, en el camino a dicho local nocturno, se le habría acercado Portales.

Señala que lo único que lo incrimina a su pupilo son los dichos de Portales en sede policial –declaración por otra parte que fue cambiada en sede judicial- ya que las huellas digitales de los elementos que reconoce haber tocado (paquete de cigarrillos, vasos) no pueden más que convalidar su versión de los hechos. Por otro lado, se agravia que en tres

causas anteriores, se habría establecido la demencia de Portales y se habría declarado su inimputabilidad.-

Luego del acuerdo alcanzado con los colegas que me preceden en el voto, entiendo que, favor rei mediante, se debe absolver a H., debiéndose hacer extensivo dicha absolución –por imperio del artículo 366 del C.P.P., al condenado Portales. Paso a fundamentar.-

En primer término, debo señalar que no desconozco la doctrina judicial de nuestro más Alto Tribunal Nacional y Provincial, sobre las declaraciones voluntarias y espontáneas en sede policial. Los Jueces del Tribunal del Juicio, como así también los Ministros del Superior Tribunal de Justicia, ya la han reseñado acabadamente en la presente causa.

Sin embargo, nos encontramos ante un caso particular, donde se pone en duda, con mucha lógica, la voluntariedad de la declaración realizada en sede policial. No me refiero a la coacción inherente (doctrina sentada en el caso "Miranda vs. Arizona" 384 U.S. 436 (1966), sino a la capacidad de discernimiento que conlleva todo acto voluntario.

Sabemos a través de un integrante de la Policía de Investigaciones que depuso en el debate –E. D.- que a Portales se lo apodaba "E. l.". Asimismo en tres oportunidades, se lo había declarado inimputable, ya que padece un retraso mental (oligofrenia).-

En ese sentido, Cabello señala que: "Las oligofrenias son

estados congénitos o precozmente adquiridos y permanentes, que se acompañan de una detención del desarrollo psíquico, preferentemente en la esfera intelectual (…) El retardo mental u oligofrenia, se refiere a un funcionamiento intelectual general, inferior al término medio, que se origina durante el período de desarrollo y que está asociado a un deterioro del comportamiento adaptador. Insuficiente mental, es aquella persona que presenta un funcionamiento sub normal de la inteligencia, originado durante el período de desarrollo, y aparece asociado a defectos de aprendizaje, de la adaptación social, de la maduración o de ambos."(Cabello, Vicente P. "Psiquiatría forense en el derecho penal 2", Ed. Hammurabi, págs. 167/68) .-

Como señala Cabello, es un estado "permanente". Esto se ve corroborado, por "un hecho nuevo de alto impacto", como ajustadamente calificara el distinguido colega Guillermo Müller en su voto.

Casi al principio de este proceso, la Asesoría de Familia e Incapaces de Sarmiento, interpuso una acción para que sea declarado incapaz por insanía a M. G. P..

El 2 de Agosto de 2012, el Juez a cargo del Juzgado en lo Civil, Comercial, Laboral, Rural y de Minería de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, Dr. Antoun así lo declara. En el considerando III de su sentencia señala que "… La fecha aproximada del origen de su afección es a partir de la primera infancia. En cuanto a su pronóstico, es de tipo reservado,

sin posibilidad de mejoría…", mientras que en el punto IV, expresa que: "…el Equipo Técnico Interdisciplinario de la ciudad de Comodoro Rivadavia, afirma que M. G. P. padece de oligofrenia moderada, cuyo inicio se registra en la niñez temprana, con convulsiones, que se han extendido a la edad adulta vinculada con episodios de alcohol…".-

Con fecha 22 de marzo de 2013, la Sala "B" de la Excma. Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, confirma dicha sentencia. Lo que llevo a este Tribunal, el 13 de noviembre de 2013, ante el pedido formulado por la Defensa y la aquiescencia prestada por el Ministerio Público Fiscal a suspender el proceso con relación a Portales, en virtud de la insana declarada en sede Civil.

Ahora bien, si decimos que todo acto voluntario, debe estar realizado con discernimiento, intención y libertad, existe una duda razonable que me impide afirmar que Portales haya realizado su declaración en sede policial –por falta de discernimiento- en forma voluntaria.

Cuanto menos, ya que el personal policial, sabía que en tres oportunidades lo habían declarado inimputable y que lo apodaban "el loco", debieron no sólo notificar de su intención de declarar al Defensor Oficial y al Ministerio Público Fiscal, sino también al Asesor de Familia e Incapaces, a fin de hacer efectivo el plus de derechos que le asistía, por su estado de vulnerabilidad.-

Aún asumiendo, que dicha declaración fue realizada "voluntariamente" en un intervalo lúcido – lo cual debió ser probado por el Ministerio Público Fiscal- nos encontramos que lo escuchado por el personal policial a través de Portales, es el único indicio que les permitió a los Jueces del Tribunal del Juicio, afirmar que el nombrado le habría pegado con la culata del rifle en la cabeza, mientras que H. lo habría ultimado.

En ese sentido, no ha quedado claro, fuera de lo dicho en sede policial por Portales, que hubiera existido un designio en común para ultimar a J.

Sin duda alguna, por más que hipotéticamente el golpe en la cabeza podría haber ocasionado la muerte de la víctima, existió un adelantamiento del curso causal, cuando con el cuchillo secuestrado se le cortó la carótida al occiso produciéndole un shock hipovolémico irreversible. Vale decir, nunca podremos arribar a la certeza, que requiere una condena, para afirmar que los hechos ocurrieron tal cual lo narrado por Portales en sede policial o lo indicado por la defensa de H.

Así las cosas, juzgo que se deberá revocar la sentencia impugnada, debiéndose absolver a los condenados por imperio del Art. 28 C.P.P., 44, III, C.Ch. y 366 del C.P.P.. Así lo voto.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo:

De acuerdo al resultado al que hemos arribado en la

primera cuestión propongo que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado F. A. H., contra la sentencia nº 176/11, de fecha 22 de junio de 2011; revocarla y en consecuencia absolver a M. G. P. y a F. A. H., en orden al delito de Homicidio (art. 79 y 45 del C.P.), por el hecho ocurrido en la ciudad de Sarmiento entre los días 16 y 17 de julio de 2010, en perjuicio de E. J..-

Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de veinte (20) JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **DEFRANCO** dijo:

Atento el resultado al que llegamos en la cuestión precedente adhiero a lo propuesto por el Dr. Müller, es decir que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado F. A. H., revocar la sentencia nº 176/11, de fecha 22 de junio de 2011 y en consecuencia absolver a M. G. P. y a F. A. H., en orden al delito de Homicidio (art. 79 y 45 del C.P.), por el hecho ocurrido en la ciudad de Sarmiento entre los días 16 y 17 de julio de 2010, en perjuicio de E. J..-

De igual manera adhiero a la regulación de honorarios profesionales.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **LUCCHELLI** dijo:

En orden al resultado al que hemos arribado en la primera

cuestión adhiero a lo propuesto por mis colegas y que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado F. A. H., revocar la sentencia nº 176/11, de fecha 22 de junio de 2011 y en consecuencia absolver a M. G. P. y a F. A. H., en orden al delito de Homicidio (art. 79 y 45 del C.P.), por el hecho ocurrido en la ciudad de Sarmiento entre los días 16 y 17 de julio de 2010, en perjuicio de E. J..-

En el mismo orden adhiero a la regulación de honorarios profesionales propuesta.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por unanimidad,

----------**RESUELVE:**----------

1º) HACER lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado F. A. H., contra la sentencia nº 176/11 de fecha 22 de junio de 2011 (arts. 374, 376 inc. 5to. del CPP y 18 CN).---------- **2º) REVOCAR** la sentencia mencionada y en consecuencia **ABSOLVER** a M. G. P. y a F. A. H., en orden al delito de Homicidio (art. 79 y 45 del C.P.), por el hecho ocurrido en la ciudad de Sarmiento entre los días 16 y 17 de julio de 2010, en perjuicio de E. J..----------

---

3º) REGULAR los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de veinte (20) JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).----------

4º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

Se deja constancia que los Dres. Rafael Lucchelli y Alejandro Gustavo Defranco han remitido sus votos por correo electrónico y con firma digital.-

Sentencia nº 3/14