CAUSA: "PROVINCIA DEL CHUBUT c/F., J. – (NIC Nª3162 NUF.N°29743).

En la Ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, a los' 3 dias del mes de agosto de dos mil dieciséis, se constituye' en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Esquel, el Tribunal integrado por la Sra. Juez de Cámara, **Dra. Carina Paola Estefanía**, en su carácter de Presidente, el **Dr. Florencio Minatta** y la **Dra. Nelly García** a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco de las Causa caratulada: **"PROVINCIA DEL CHUBUT c/ F., J. - (NIC N°3162 - NUF.N°29743),** en la que tuvieron debida participación la parte querellante, Sra. B. A. G., con la presencia, del Dr. D. J. M., el imputado **Sr. J. F.** y su defensora Dra. V. P.

Y **RESULTANDO:**

Que el día 5 de julio del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del C.P.P. presidida por la Dra. Carina Estefanía, enla que la Dra. Mónica V. P., ratificó los fundamentos de la impugnación ordinaria sostenidos en su expresión de agravios, contra la sentencia del 21 de abril de 2016, dictada por el tribunal de juicio .integrado por los Dres. Hernán Dal Verme, José Oscar Colabelli y Martin Eduardo Zacchino, que en el punto I) condenó a J. F. a doce años de prisión efectiva por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de homicidio simple agravado por la intervención de un menor de dieciocho años de edad (arts. 40,41, 41 quater, 45 y 79 del C. penal9 en relación al hecho cometido en la localidad de lago Puelo, el 2 de agosto de 2014 en perjuicio de B. A. M. Registrada bajo el N° 791 año 2016.

La Defensa motivó el recurso en la errónea valoración de la prueba, sostuvo que hicieron una valoración parcial de la declaración de F. G. L. y pretende que se la valore en forma integral y cuestiona como pueden construir certeza a partir de una declaración testimonial seriamente cuestionada y que no aporta datos útiles.

Cuestionó la valoración de la testimonial de H., ya que también fue protagonista de la pelea y por eso no vio quien lo cortó a M., fue lesionado y también según los dichos del policia B. R. y tanto C. como L. lo vieron esgrimiento un cuchillo, por lo que no fue un mero expectador de la pelea.

Asimismo que los magistrados descalificaron arbitrariamente el testimonio de J. S. C., quien solamente estaba muy angustiado por la muerte de su vecino.

Alegó que no se pudo establecer cuál fue la estocada mortal, en que orden se han causado y si fueron inferidas por la misma persona o se trató de autores distintos.

Agregó que J. Facundo F. durante el debate enfrentó dos acusaciones, la del MPF por homicidio en riña agravado por la intervención de un menor y la de la querella particular, homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas, se mantuvieron ambas acusaciones y se rechazó la violación al principio de congruencia.

Se quejó que en el alegato final la querella de manera sorpresiva modificó la acusación de homicidio premeditado a ser coautor de homicidio simple, por haberle pegado un botellazo en la cabeza a M. mientras L. le aplicaba un puntazo.

Para ser coautor su conducta debe converger con otra que desarrolló otro autor y en este punto se afectó el derecho de defensa en juicio.

Cuestionó también la calificación legal adoptada, la coautoría, ya que no se acreditó que exista una decisión conjunta del hecho, ni una ejecución común y además no se pudo establecer ningún aporte que se considere esencial.

Según su criterio existieron conductas separadas de cada uno de los jóvenes, en el contexto de una actitud de guapos, deshinibidos por la ingesta de alcohol y otras sustancias, fue una pelea, o una riña como lo sostuvo el MPF, violenta, rápida y confusa.

Rechazó la aplicación de la agravante del art 41 quater, porque son primos y convivían y de ninguna manera lo utilizó para

cometer un delito.

Por último se quejó de la pena por excesiva y dijo que tener instrucción primaria y trabajo no puede ser tomado como agravante.

Hizo reserva de recurso extraordinario y federal. Y solicitó que se absuelva a su defendido y subsidiariamente que se le aplique el minimo legal.

A su turno, el querellante particular Dr. D. J. M., en representación de la victima B. A. G., ratificó el escrito de responde presentado por el Dr. H. R. C. Dijo que los testimonios fueron correctamente valorados y que, existen contradicciones en los dichos de L., que no se puede dudar de la sinceridad de H.

Afirmó que está debidamente probada la causa de la muerte, ya que el Dr. D. R. en la evidencia X, mencionó sólo dos lesiones cortantes, una en el tórax que le causó el óbito por afectar pulmón izquierdo y corazón y la otra en zona abdominal izquierda.

En cuanto a la variación de los hechos imputados, dijo que en todo momento se lo acusó que mediante el uso de un arma blanca le profirió una puñalada.

Dijo que contrario a lo que sostiene la Defensa, la calificación legal es la correcta, ya que ninguno podria llevar a cabo el hecho solo, sin la ayuda de F. y Y. En definitiva solicitó que se rechace el planteo y se confirme la resolución.

Encontrándose presente en la sala la víctima B. A. G. no hizo manifestaciones.

Dada la palabra a J. F. no declaró.

Y **CONSIDERANDO:**

Corresponde entonces dar respuesta a las cuestiones que fueron objeto del recurso, como lo ordena el art. 331 del C.P.P.- A esos fines el Tribunal fijó las siguientes cuestiones a resolver: Ira.) ¿Debe admitirse o rechazarse la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa del Sr. J. F. contra la sentencia de responsabilidad y de imposición de pena? 2°)¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5° pár., CPP) , se estableció el siguiente orden para la votación: Estefanía - García - Minatta.

**La Dra. Estefanía dijo:**

Comenzaré mi respuesta a los agravios a la defensa, considerando expresamente los hechos imputados por el MPF y el acusador particular, tanto en el escrito acusatorio, que pone fin a la Etapa Penal Preparatoria, contenidas en el auto de apertura a juicio oral y reiterada en el inicio del debate. Ello, porque la defensa, se agravia de la mutación de la acusación que la querella realizara en su alegato final y que recogiera el Juzgador en su sentencia condenatoria. Cabe señalar ' que

la congruencia, como principio procesal, se caracteriza por su flexibilidad durante la E.P.P., pero que desaparece con la presentación de la acusación y su receptación por el Juez en el auto de apertura a juicio oral, luego de haber escuchado a la defensa. A partir de entonces, se impone la rigidez en la imputación, que excepcionalmente podrá ser modificada, para lo cual se deberán cumplir los pasos procesales previstos por el Código de Rito. Tales características, imponen a los acusadores, describir el hecho de manera tal, que admitan ciertas variaciones, pero que en lo sustancial la conducta imputada este precisada.

El MPF al formular su imputación sostuvo que J. F.-, en compañía de al menos dos personas más entre las que se encontraba J. G. Y. y F. G. L., sabiendo lo que hacían y con el propósito de atentar contra la integridad física de la víctima, B. M., ingresaron todos y cada uno del grupo agresor, por lo menos tres personas, portando cuchillos al local nocturno denominado Pub "L. P.", situado en la Avenida A., increpando a M., blandiendo los cuchillos que portaban. En la ocasión M. recibe una puñalada en el flanco izquierdo que afectó pulmón, y corazón y un corte en el abdomen. Además agredieron en la gresca a M. A. H., compañero y amigo de M., provocándole dos excoriaciones que el mismo refirió y no denunció. Inmediatamente después salieron corriendo del local y se alejaron a bordo del vehículo Renault 12, dominio XXX XXX que ya era conocido e identificado como propiedad de J. F., en el que habían llegado. M. falleció en el hospital producto de las lesiones recibidas. Calificó el hecho como homicidio en riña, agravado por la participación de un menor, (arts. 95 y 41 del Código Penal)

Por su parte la querella particular formuló acusación autónoma y describió el hecho como el ocurrido el día 2 de agosto de 2014, aproximadamente a las 2.40 horas, en ocasión de encontrarse B. M., en el Pub L. P., ubicado en la localidad de Lago Puelo, acompañado de M. H., cuando se produce el ingreso de cinco personas, entre quienes se encontraba J. F., J. G. Y. y F. L., quienes empezaron a increpar a la víctima sin mediar discusión previa.

No encontrando respuesta por parte de la víctima, los cinco imputados deciden salir del bar, para luego, pasados unos minutos volver a ingresar, con cuchillo en mano, para dar inicio a un brutal ataque por medio de puñaladas. En esa circunstancia J. F. balanceándose sobre la persona de M. le asesta una puñalada en el flanco izquierdo, protocolándole una herida cortante, ubicada en la región del hemitorax cara anterior del lado izquierda, lesionando el pulmón izquierdo y el corazón, causando su muerte por paro cardio respiratorio traumático. Que la posición en que

se encontraban Y. y L. al momento de producirse el ataque fatal resulta ser por detrás del cuerpo de F., próximos a la entrada del Pub, quedando a mitad de camino entre la puerta del local y el señor F.. Así otro de los encartados, aun no identificado, se mantuvo en adyacencias al club, sobre la parte exterior con aparente función de vigilancia. Respecto del señor M. A. H. al momento del ataque, el mismo se logra cubrir detrás del cuerpo de la víctima, habiendo los imputados, entre los cuales se encuentra un sujeto no identificado, sacándolo por medio del uso de arma blanca y golpes de puños, provocándole dos excoriaciones, que el mismo refiere y denuncia. Finalizado el ataque, con extrema rapidez se alejan del lugar iniciando su fuga a bordo de un Renault 12 dominio SFJ 286. En relación alas características del delito perseguido, se puede observar a todas luces, la gravedad en su ejecución, al tener en cuenta como elemento de consideración el número de ejecutantes, la premeditación en su elaboración, al contar con información sobre la ubicación de la víctima en el Pub, como su actuación conjunta, en la distribución de funciones, tanto en la conducción del vehículo para la llegada y fuga del lugar, el ataque producido como el encubrimiento sobre los rastros del mismo y sobre las condiciones en la ejecución de la figura penal endilgada. Por último debe ser elemento de mérito la participación del menor en el hecho delictivo. Calificó el hecho como homicidio calificado por el concurso premeditado de dos o más personas y agravado por la intervención de al menos un menor de 18 años de edad (art. 80 inc. 6 y 41 quater y 45 del Código Penal) y subsidiariamente como homicidio en riña. (arts. 45,95 y 41 quater del Código Penal).

En los alegatos finales el MPF, mantuvo su acusación en todos sus términos, mientras que la querella, refirió que el hecho no es constitutivo del delito de homicidio en riña (art. 95 CP), como lo sostiene el MPF, ni tampoco de un homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas (Art. 86 inc. 6 del C.P.) ' A criterio de esa parte el hecho imputado es constitutivo del delito de homicidio simple, (art. 79 CP) agravado por la participación de un menor, {art. 41 quater CP)y F. debe ser condenado como coautor de ese delito, conforme la Teoría de la coautoría funcional.

Sostuvo que se ha determinado claramente cuál ha sido cada una de las conductas de los participes de este conflicto y que la colaboración prestada por J. F., es clara, la detalló el propio menor (L.) que necesitó para poder cómodamente asestar esa puñalada, el golpe preciso en la cabeza del imputado con la botella de cerveza.

El Tribunal de Juicio, acogió la postura de la querella, compartiendo los argumentos y la valoración de la prueba que propusiera dicha parte.

En ese sentido, cabe considerar que, respecto de la materialidad delictiva y autoría, especialmente a como ocurrieron los hechos en el interior del Pub "L. P.", el cuadro probatorio valorado por el Tribunal se reduce - fundamentalmente- a la prueba testimonial que aportan dos testigos directos, H. -amigo de la víctima-, C. -amigo del imputado y de la víctima-, el Oficial C., que relata lo que le habría contado G., propietario del local comercial, cuyo testimonio fue desistido, y por último del imputado G. L., sobreseído por su condición de inimputabilidad, por minoría de edad. Tampoco se escuchó a G. Y., el otro imputado sobreseído, en la audiencia preliminar, en razón de una nulidad procesal, y- cuyo testimonio había sido ofrecido, pero también fue desistido durante el debate.

Agrego, antes de avanzar, que las demás evidencias se limitan a mostrar mediante imágenes fotográficas y croquis, el lugar de los hechos y los rastros del evento, sin que de tales pruebas, puedan extraerse datos que resulten decisivos para el esclarecimiento del hecho y menos aún de la autoría.

Con esos testimonios, disímiles respecto de varios tramos de los hechos ocurridos, el Tribunal reconstruyó, los hechos, como ya he dicho, del modo que lo propusiera la querella y allí se apoya el agravio de la defensa.

Tuvieron por probado que esa noche J. F., a L., Y. y C., concurrieron al Pub "L. P.", lugar en el que ya se encontraba M. junto su amigo H.. Allí existió un entredicho con M., quien les habría manifestado que les enseñaría a jugar al pool, lo cual habría molestado al grupo del imputado.

Luego, el imputado junto a L. y Y., salieron del local -supuestamente a fumar un cigarrillo-porro y se ubicaron cerca de la puerta de ingreso. C. se quedó en el interior del local junto a M. y H., en el sector de la barra. Lo reconoce C. y H., que M. le aconsejaba a C., en voz alta, que no se junte con esa gente, a las que calificó como "cagadas o matungo", refiriéndose a F. y su grupo.

Fueron esos dichos los que ofuscaron al imputado, a su primo L. y a Y., quienes reingresaron al local, munidos de cuchillos, y se dirigieron directamente a M., para increparlo por sus manifestaciones.

Hasta aqui, más allá de algunas diferencias nimias entre ellos, que tienen relación de quien abrió la puerta y permitió que F. y sus amigos escuchasen la frase, hay concordancia en los cuatro testimonios y así lo ha dejado sentado el Tribunal a quo.

La mayor dificultad probatoria, comienza a partir de ese momento, y ello obedece a varias razones. Dos de ellas tienen relación con dos características objetivas del hecho. La primera, con la cantidad de personas involucradas en el episodio, al menos cinco, sin contar al dueño del local ni a C., toda vez que ninguno de los testigos los sindicó ni como agresores ni como agredidos. Ambas circunstancias, objetivamente, en cualquier caso son un obstáculo para que quienes estuvieron presente puedan observar como fue el desarrollo total del evento. Otras tres tienen directa relación con los declarantes. En primer lugar, cabe considerar que con excepción de G., los tres restantes reconocieron haber tomado cerveza, en una cantidad no suficiente para estar perdidos, pero si alcoholizados. En segundo lugar, nuevamente con excepción de G., los tres restantes se encuentran comprendidos en las generales de la ley y tal circunstancia fue advertida y considerada por los magistrados a la hora de sopesar sus declaraciones. Por último, tres de ellos tuvieron algún tipo de participación - en sentido lato— en el hecho, lo cual inevitablemente les impide prestair atención a todo lo acontecido.

A pesar de ello, el Tribunal consideró que dicha prueba era suficiente para sostener que ubicados en inmediaciones a la barra, cerca de M. y H., Y. habría atacado a H., con un cuchillo, quien a pesar de haber repelido tal agresión con sus puños y patadas, habria sido levemente lesionado. Tales lesiones, de menor magnitud, fueron descriptas como excoriaciones. Luego, tuvieron por probado que L. y F. se habrían ido contra M. y que en un momento la víctima lo toma de la capucha a F., quien le habría golpeado la cabeza con una botella.

El Dr. Hernán Dal Verme, analiza minuciosamente el testimonio del menor L., sobreseído por inimputabilidad, por considerar que intenta mejorar la situación procesal de su primo J. F., -lo cual comparto- y sostiene que su versión es contradictoria tanto respecto de la posición en que se encontraba F. con relación a la víctima, con la portación de cuchillos y luego su reconocimiento de ser él quien que le habría pegado un puntazo a M. y que lo habría hecho por temor.

Refiere que si era L. quien agredía a la víctima con un cuchillo, no es lógico que M. lo tome a F. que supuestamente estaba más atrás. Tampoco es creíble que L. le haya pegado un puntazo por que se asustó, cuando antes había sido él quien refirió que lo habría increpado por los insultos previos que la víctima le habría dicho a C.. Por último sostienen que L. no explica la segunda lesión cortante que presentaba M..

A su turno, el Dr. Zacchino señala que existe un dato objetivo serio que debilita las postulaciones e L., y es el que se desprende del

testimonio de la Dra. R. N., el certificado médico legista y el protocolo de autopsia, junto a las fotografías. Del conjunto de esos elementos surge que no fue una herida punzo cortante la que padeció B. M. sino dos, ubicadas en el hemitorax izquierdo. También, en consonancia con el Dr. Dal Verme, refiere que L. relató dos estados de ánimo incompatibles en un mismo momento, tales como que estaba sacado, descontrolado y luego atemorizado o abatatado y por último, que si M. se vio atacado por L., porque tendió raudamente a neutralizar a J. F., tomándolo de la capucha.

Ambos magistrados concluyen que la acusación particular no ha podido acreditar que F. le haya asestado una puñalada, aunque ello, es altamente probable.

En este aspecto, el Juez Zacchino aclara que tendrá por cierto lo dicho por L. en lo concerniente a haber sido él el autor de al menos una cuchillada en el hemitorax de la victima secundado por J. F., quien también estaba armado con un cuchillo, mientras que el Dr. Dal Verme, no lo define.

Por último, el Dr. Colabelli, en el punto 5.19 afirma que si bien L. señala que le aplicó una puñalada en el cuerpo de M., la autopsia describe dos heridas cortantes. Agrega que esta circunstancia que valorada en forma conjunta con la presencia del imputado frente a la víctima, portando también un cuchillo en la ocasión, le permite inferir -sin incurrir en arbitrariedad y en virtud de las reglas de la sana critica y la experiencia- que F. aplicó la otra lesión que acusa el cuerpo del interfecto. Más adelante agrega, que el aporte de F. al esgrimir un arma blanca acometiendo contra la victima y aplicándole un botellazo en la cabeza mientras su consorte le infiere una de las lesiones en el cuerpo, hace a la náturaleza del plan concreto, sin el cual no se podría haber realizado.

Con todo ello, los tres magistrados concluyen que no hubo un enfrentamiento, sino un grupo que atacó y otro que se limitó a defenderse. No existió un acometimiento tumultuoso, ni reciproco, entre grupos antagónicos, ni hay indefinición, sino que se conoce perfectamente que es lo que cada uno de los protagonistas ha hecho y de que modo. Por tal razón, con citas jurisprudenciales, desechan el homicidio en riña (art. 95), conforme lo propusiera el MPF.

Sin embargo, esta conclusión final, no se condice con la argumentación, toda vez que respecto de L., no coinciden en dar por cierto o no que fue el autor al menos de uno de los puntazos, ni descartan que haya aplicado la restante.

Respecto de F., tanto el Dr. Dal Verme como el Dr. Zacchino, consideran como muy probable que fue el autor de la segunda puñalada, pero reconocen que no tienen certeza que ello haya sucedido. Por su parte el Dr. Colabelli, considera que el cuadro probatorio autoriza a inferir que F. fue quien asestó la segunda puñalada y tiene por cierto que L. habría sido el autor de una.

Esa dificultad que se aprecia en sus votos, a la hora de determinar conductas consideraron, se revela, cuando finalmente, de manera genérica, sostienen que se demostró la voluntad común del grupo agresor, incluso en el modo eventual y que específicamente J. F., desde un primer momento actuó con dolo, es decir queriendo y conociendo que su conducta abarcaba la posibilidad concreta de concluir con la muerte de M., sin poder decir cual fue un aporte especifico. Afirmaron que el imputado, al igual que L. y Y., ingresó portando cuchillo y que portar este elemento, en el contexto de un bar, ofendidos por los dichosde la víctima, no deja lugar a las ambigüedades.

Entraron con elementos cuyo uso es lesivo e idóneo, para matar. El modo en que abordaron la situación da cuenta de un plan de ataque. Este plan evidentemente fue espontáneo, pero cumple con los requisitos mínimos para entrañar una división de tareas desarrolladas durante la ejecución del hecho suficiente para cumplir el cometido buscado.

Agregan, que ninguno de los tres podria haber concretado el hecho solo por lo menos no con el grado de efectividad en que se llevo a cabo el homicidio, actuando sobre seguro y garantizándose que ninguno de ellos resultara lesionado. M. era más fuerte que sus contrincantes individualmente considerados, por lo que indudablemente su muerte es el resultado conjunto de la fuerza desplegada por sus tres agresores, incluido el aquí imputado. Los tres desplegaron sus conductas durante la ejecución del hecho y resultaron todas relevantes necesarias para cumplir el fin buscado. (Dr. Dal Verme)

Finalmente, al analizar la tipicidad, afirman que se trata de un caso de coautoría funcional en un hecho que debe ser calificado como homicidio simple, en el que el imputado, valiéndose de un cuchillo de grandes dimensiones y de una botella de cerveza, desplegó violencia contra la victima, para acabar junto con L. con la vida de M. y que de allí se deriva su codominio del hecho. (Dr. Zacchino)

Adelanto, que luego de haber repasado los testimonios relevantes, tal como lo propone la defensa, la sentencia contiene una error valoración de la prueba testimonial, de la que luego se derivan conclusiones equivocadas, al establecer la materialidad delictiva, y como consecuencia

de ello, una errónea aplicación de la ley penal, tanto al descartar la figura del homicidio en riña {art. 95 C.P) como al considerar al imputado coautor del delito de homicidio simple (Art. 45 y 79-del CP) Doy razones.

En primer lugar es necesario dejar sentado que es correcta- la construcción que realizara el Tribunal a quo, hasta el momento en el que el imputado, junto a L. y Y., reingresan al local y se dirigen hacia el sector donde se encontraba M. y su amigo H., los tres portando armas blanca. Ello, pues como dije no hay contradicciones en los testigos.

Sin embargo, al momento de reconstruir el evento central del hecho investigado, respecto del que los testigos dan versiones distintas y hasta enfrentadas, han omitido valorar la declaración del dueño del local, G. -reitero, introducida con el testimonio de C.-, quien relató que el imputado y sus compañeros, al reingresar al Pub, increparon a la víctima, "fueron a recriminarle a T. porque hablaba mal de él,. . . continuó la discusión, que era con M.... era áspera...y comienzan a pelearse". También relató que Jorge C. logró separarlos y que luego continúan y M. cae al, suelo y agarra a uno de los tres, mientras que arroja patadas contra los otros para que no se vengan a pelear... , cuando el que cae logra zafar, sale> .corriendo juntos los otros dos..."

Dicho testimonio desinteresado, coincide en gran parte con la declaración de C., que fuera descalificada por los Magistrados, al presumir, infundadamente, que su declaración habría sido acordada con L.. J. C. testificó que cuando J. y sus amigos entraron a local fueron directamente hacia T. y que discutieron y que allí comenzó una pelea. Vio que G. le pegó un planazo a T., que este tiró puñetazos y que cuando la víctima se bajó logró tomar a F. de la capucha.

En definitiva, el único testigo que habla de un acometimiento físico directo, sin discusión previa, es H., amigo y empleado de M., aunque luego reconoce que tuvieron una discusión y que tenía relación con los dichos descalificativos de T. hacia estas personas. Tengo en cuenta, en este aspecto, que H., además, es el único que afirma que ingresaron cinco personas en lugar de tres, como ha quedado debidamente acreditado.

Con relación a las lesiones cortantes halladas en el cuerpo de la víctima, hay que considerar que solo una de ellas era mortal, aquella que perforó el corazón de M., mientras que la otra lesionó el diafragma. La confesión de L., en cuanto sostiene haberse asustado y por esa razón le habría pegado un puntazo a M., para^ que lo suelte a su primo pero que nunca quiso matarlo, no encuentra otro sustento probatorio que los dichos de C., los que en este aspecto, son producto de presunciones construidas

a partir de una visión parcial de los hechos. Tengo en cuenta, que C. presume que fue L., porque en ese momento, solo vio al menor L. con un cuchillo, lo cual sabemos que no es cierto, conforme el resto de los testimonios, incluso del propio L., que concuerdan que todos portaban armas blancas.

En consecuencia, le asiste razón a la defensa, cuando sostiene que no se acreditó quien asestó la estocada mortal que culminó con la vida de M. ni tampoco si las dos lesiones fueron inferidas por la misma persona o se trató de autores distintos. Agrego a ello, que si fueron dos personas diferentes, es muy probable que ni sus autores sepan cual de ellos fue el autor de la puñalada mortal. Por otra parte, la Dra. Nahuelquir agrega que las dos lesiones observadas en la víctima tenían 4 cm, se hallaban en una misma zona y se
ubicaban en forma perpendicular una respecto de la otra. La autopsia, tampoco arroja luz sobre este aspecto, más allá que indica que fueron aplicadas de atrás hacia delante, en forma ascendente y de izquierda a derecha. Con esta información, tampoco esposible inferir la cantidad de autores, pues algunos datos dirigen la probabilidad a que fue una sola persona la que asestó las dos puñaladas, y otros -como la ubicación- abre la puerta a que hayan sido dos autores diferentes.

En definitiva, de la prueba rendida en el debate, resulta tan probable que el autor de las lesiones cortantes haya sido L. como F., individual o conjuntamente, toda vez que ambos estuvieron en contacto físico con la víctima- y portaban cuchillos, en el momento del enfrentamiento.

También se acreditó que F. golpeó a M. con una botella, que según L., fue de tal intensidad que habría logrado romperla. Nada dice la autopsia. El Médico Forense, informó que no consideró necesario realizar la apertura de la calota (la cabeza), por haber encontrado una lesión en el corazón, causante de la muerte. Dicha negligencia profesional, ha privado a las partes de conocer fehacientemente la existencia o no de una lesión compatible con el .botellazo. Sin embargo, existen otros indicios, suficientes para tener por acreditado este evento.

Por un lado los testigos C. y L. afirman haber visto a J. tomar la botella y pegarle en la cabeza y H., a la pregunta concreta, respondió que cree que si existió un botellazo. En el lugar se encontró una botella rota y como lo sostuvieron los Jueces, los pelos hallados sometidos a una pericia genética, se correspondían con la víctima.

Como sostuviera ut supra, el Tribunal al valorar en forma errónea la prueba -especialmente, el testimonio de H.- y omitir valorar prueba

relevante -testimonio de G.-, efectúa una construcción errónea de los hechos, que lo conduce a sostener que no hubo una pelea, entendida como acometimiento mutuo y a afirmar que quedaron establecidas perfectamente las conductas realizadas por cada uno de los integrantes, cuando ello no es así.

Por el contrario, y tal como lo reconoce, la propia defensa en su escrito impugnatorio, ratificado y ampliado en la audiencia que se acreditó "que existió una pelea en el bar, y que los hechos se desencadenaron de manera violenta, rápida y confusa, sin que se haya podido determinar en el contexto de esa pelea o de esa riña como la significara el titular del Ministerio Público Fiscal cual fue el accionar concreto a cada uno de los intervinientes".

En definitiva, el MPF si pudo demostrar su teoría del caso, mediante la cual sostuvo desde la presentación de la acusación que se produzco una gresca, discusión, forcejeos, circunstancias en las cuales M. recibe una puñalada que le produce la muerte. Este grupo, también se enfrentó con el amigo de M., a quienes le provocan excoriaciones que no fueron denunciadas.

El homicidio en riña, establecido en el art. 95 del Código Penal, establece "cuando en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los artículos 90 y 91, sin que constare quiénes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido y se aplicará reclusión o prisión de dos a seis años en caso de muerte, y de uno a cuatro en caso de lesión". A su vez, el art. 96 establece una pena de cuatro a ciento veinte días de prisión si las lesiones fueran leves"

El derecho comparado reconoce dos sistemas de punición de este delito. Uno castiga la mera participación en la riña, sea penándola con independencia del resultado (sistema español), sea condicionando su punibilidad a la ocurrencia de muerte o lesiones (como en Alemania), sea agravando la pena cuando acaecieren esos resultados (como en Italia). "No hay duda de que la participación en una riña lleva a que los actuantes no midan la proporción de los actos y entren en un ámbito de excesos -señala Donna-. En base a ello, la sola participación en la riña es ya un factor de peligrosidad que se relaciona con el desvalor del acto, ya que en ella la vida y la integridad corporal corren riesgos".

El otro sistema tipifica el delito de homicidio o lesiones en riña estableciendo una presunción de autoría que se aplica a quienes hubieran participado en contra del muerto o lesionado. Como lo reconocieron los autores del proyecto de Código Penal de 1891, cuya figura del homicidio

en riña terminó siendo receptada por el Código Penal de 1921, el precepto adscribía a este segundo sistema: en la exposición de motivos, se explicaba que la nueva formulación típica constituía un progreso en comparación con la del Código Penal de 1887, por cuanto ésta imponía pena a todos los que hubieran participado en la riña, mientras que aquella la establecía únicamente para los que, además, ejercieron "violencia" sobre el ofendido, sosteniéndose: "Es por otra parte injusto que en este caso en que se aplica pena según una mera presunción iurisw, sean reprimidos todos los que tomaren parte en la riña. Bastará presumir autores de la lesión o de la muerte a los que ejercieron violencia o estuvieron en contra del ofendido".

La doctrina generalizadamente entiende que este es el sistema que adoptó nuestro Código Penal. "Para nuestra ley – dice Núñez- no basta tomar parte en la riña o agresión para ser punible, sino que fundando la punibilidad en una presunción de autoría, la limita a los que obraron sobre la persona del que resultó muerto o lesionado". Soler, sostiene que "la letra de la ley parecería favorecer este segundo fundamento, toda vez que el art. 95 dice: *se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia". Trascartón, califica esta forma de imputación como "nada atrayente", dado que "las presunciones de la comisión de un* delito son realmente contrarias a los más elementales principios que rigen la responsabilidad penal". Sin embargo, agrega que esta consecuencia se encuentra "atenuada" porque se fija como condición de imputación del resultado el ejercicio de violencia sobre la persona del ofendido, de lo que "resulta sumamente improbable que sea imputado con injusticia cualquier sujeto".

"La especialidad de esta figura consiste en no saberse quién fue el autor de las heridas o la muerte -dice Núñez-", tal como advertimos ha ocurrido en este caso, en el' que sabemos que F. ejerció violencia sobre la victima, pero no se pudo determinar si él u otro de los participes.de la riña, ha sido el autor de las lesiones mortales.

En efecto, en el "Caso Antiñir los Sres. Ministros de la CSJN, Dres. Zaffaroni y Argibay argumentan que el artículo 95 se refiere a la riña tumultuaria, que es aquella que, por su propia naturaleza, no admite el establecimiento de autorías: "Si no consta quién es el autor o autores, es porque lo impide el carácter tumultuario de la riña o agresión, no puede constar, ni siquiera el causante de la lesión mortal o grave lo sabe, porque actuó en un tumulto. No se trata de una insuficiencia procesal, sino de una imposibilidad material".

Por último, respecto del agravante del art. 41 del CP, con respecto del menor, debe considerarse cual ha de ser el alcance de la agravante genérica. La redacción del texto legal es susceptible de dar lugar a una ligera interpretación fría e incorrecta, según la cual podría pretenderse incluir en la agravante a todo mayor que simplemente actúe con un menor en forma conjunta en el hecho.

A diferencia de lo que irrazonablemente podría entenderuna interpretación sólo literal del texto de la ley (que no busque una explicación plausible en la que pueda sustentarse), la otra interpretación posible es aquella que la entienda referida a los casos en los que un adulto utilice a un menor de 18 años como instrumento para evitar su punibilidad, es decir aquellos supuestos en los que el mayor obra en el hecho comg autor mediato, haciéndolo a través de un joven como instrumento no punible (o sometido a un régimen penal especial más benigno). En efecto, unos (los mayores de edad) son los autores mediatos o los autores que se valen de los más chicos para lograr su impunidad o para obtener una situación penal más beneficiosa. Los otros (los que no cumplieron aún los 18 años de edad) son los instrumentos de los mayores. De esta distinción de roles se desprende, a su vez, la necesidad de que los primeros (es decir, los mayores que se valen de los menores) tengan una edad considerablemente mayor.

Entiendo, que estamos ante uno de los tantos casos de jóvenes que delinquen juntos, sin valerse unos de los otros por una razón de su edad, ni, por ende, en posibles beneficios legales que podrían lograr precisamente y que conforme la interpretación expuesta en último término, no corresponde aplicar el agravante genérico por el art. 41 del Código Penal.

Concluyendo, deberá revocarse parcialmente la sentencia condenatoria y declarar autor penalmente responsable a J. F. del delito de Homicidio en Riña (art. 95 y 41 del Código Penal), por el hecho ocurrido el 2 de agosto de 2014, en la localidad de Lago Puelo, Chubut, en perjuicio de B. M., con costas. Asimismo se deberá ordenar el reenvío a la Oficina Judicial Panal, para que integre un nuevo Tribunal Colegiado, distinto al que ya interviniera, a los efectos de realizar la audiencia de cesura y determinar la pena que le correspondiere.

Con relación a los honorarios de la Defensora Pública, Dra.' 'V. P. en un 30% y de los Dres. D. M. y H. C., apoderados de la querella particular, en forma conjunta, en un 25% de los que le fueran fijados en primera instancia. Así voto.

**La Dra. García dijo:**

La Defensa como primer agravio, alegó la errónea valoración de la prueba.

Al respecto considero probado, como datos objetivos que el 2 de agosto de 2014 a las 2:40 hs. en el Bar-Pool "L. P." en Lago Puelo, perdió la vida B. M.. Conforme los dichos de la Dra. Roxana Nahuelquir, el occiso presentaba dos lesiones perpendiculares de arma blanca, de unos cuatro centímetros en el hemitórax izquierdo. Y con la autopsia, efectuada por el Dr. D. R., que se incorporó por lectura surge que la muerte se produjo por un paro cardiorespiratorio traumático, causado por shock hipovolémico masivo ocasionado por una lesión de arma blanca en región -del hemitórax, cara anterior lado izquierdo, que se continúa con la taracotomia, que lesiona aurícula izquierda, a la altura del quinto y séptimo espacio intercostal, que causó el óbito porque involucró pulmón izquierdo y corazón y otra penetrante en región del hipocondrio izquierdo., que lesiona diafragma. Ambas de adelante hacia atrás, ascendente y de izquierda a derecha. Además se secuestraron tres cuchillos uno en el bar, otro en la casa de J. F. y el tercero en el auto de la Sra. Valenzuela al momento de la detención.

La cuestión controvertida fue la autoría.

Toda la prueba de cargo giró alrededor de los testimonios de H., de C., de L. y de G..

El Dr. Dal Verme en, su voto, comparó y mencionó las coincidencias entre los testigos y las discrepancias.

Respecto de cómo se habrían iniciado los hechos, la línea de argumentación es correcta y muy prolija. Hay concordancia, sobre los momentos anteriores al hecho, T. M. y H. estaban tomando una cerveza cuando llegó al local "L. P." un grupo de personas integrado, al menos por J. F., F. G.L., J. G. Y. y J. S. C.

En un momento dado, L., F. y Y. salen del local después de discutir con la víctima. Estando los tres nombrados fuera del local, M. comenzó a decirle en voz alta a C., que no se junte con los F. porque eran mala compañía. L. los tomó como insultos y ese fue el motivo del acometimiento posterior.

B. A. M. era notoriamente más robusto que sus atacantes.

Al ingresar al local, tanto J. F., como L. y Y. entraron armados con cuchillos, H. vio a los tres con cuchillos, G. a J. F.. C. vio a L. y a H. con cuchillo. L. al reconocer los cuchillos dijo que uno era de Y. y el otro de J. y el que usó él lo escondió dentro de un Falcon.

La posición en que se encontraban ha sido recreada con precisión. M. sentado en una banqueta alta en el frente

de la barra, a la derecha sentado en otra banqueta C. y del lado izquierdo en el extremo de la barra H. parado, ese lateral da a u pequeño pasillo que lleva al baño.

Luego de resultar mortalmente lesionado M., F., L., Y. y C. se fueron del local y C. regresó casi de inmediato.

En la misma fecha del hecho, en horas del mediodía, F. y L. se dirigían a Bolsón a bordo del Renault 19 de Valenzuela.

A criterio del Juez Dal Verme, no fue una pelea entre varios, solamente M. era acometido por dos personas armadas. Una lesión se la adjudica L. y la otra dijo que no sabe y no se puede aseverar que la segunda se la haya proferido J. F..

Descartó la riña, ya que uno de los intervinientes fue el que infirió una de las lesiones o ambas y que los dos actuaron de modo coordinado y que Y. se desplazó hacia H., por ’ lo que no resulta aplicable la figura del homicidio en riña, que exige que participen al menos tres.

.Tuvo por probado que los tres ingresaron al bar portando cuchillos y el modo en que abordaron a la víctima da cuenta de un plan de ataque, aunque espontáneo con división de tareas, ya" que Y. se dirigió a H., quien podría auxiliar a M., los dos restantes se dirigieron' directo hacia quien los había ofendido, uno lo golpeó con un cuchillo en el rostro, el otro con una botella en la cabeza y cuando M. intentó defenderse le asestaron dos puñaladas mortales, actuando sobre seguro y garantizándose que ninguno salga lesionado.

.Encuadró la conducta de J. F. como coautoría en el delito de homicidio simple agravado por la intervención de un menor de dieciocho años.

El Dr. Martín Zacchino en el segundo voto, coincide con el primer votante en la descripción de los hechos y la valoración de los testimonios.

Consideró que L. omite algunos datos adrede, por ejemplo no explicó porque M. si se vio atacado por él neutralizó raudamente a J. tomándolo de la capucha y deduce que existen dos posibilidades, una que entre los dos sujetos armados que tenía frente de sí, éste representaba un peligro real, no así L. y la otra es que al menos una de las cuchilladas fue proferida por J. F., extremo a todas luces probable.

Concluyó que J. F. F. realizó un aporte esencial a la conducta conjunta desarrollada con su consorte L., que fue beneficiado por un sobreseimiento por inimputable. El hecho que le carga a F. es que en el interior del bar es que valiéndose de un cuchillo de grandes dimensiones

probablemente de una botella de cerveza, para acabar junto con L. con la vida de B. M., de lo que deriva el codominio de los hechos.

El Dr. Colabelli en el tercer voto, hizo una reseña de los hechos según las versiones de los testigos y su correlación con datos objetivos, autopsia, secuestro de cuchillos e inspección ocular. Coincide con los otros magistrados.

Descartó la existencia de un acometimiento tumultuoso, recíproco entre dos grupos antagónicos, ya que dos menores y el imputado se dirigieron directamente cuchillo en mano hacia donde se encontraba M. para increparlo.

Sostuvo que el ingreso al bar con los cuchillos en mano y dividir las funciones donde dos van hacia M. - F. y L.- y el otro Y. hacia H. determina claramente que el conjunto tenía el codomirjio, de la acción, uno solo no se hubiese animado a actuar.

Asimismo consideróque si bien L. señala que le aplicó una puñalada en el cuerpo de M., la autopsia describe dos heridas cortantes, que por la presencia del imputado frente a la víctima, portando un cuchillo también en la ocasión, no resulta arbitrario inferir en virtud de las reglas de la sana crítica y la experiencia que también F. aplicó la otra lesión que acusa el cuerpo de la víctima.

Concluye que el aporte al hecho de J. F., fue esgrimir un arma blanca acometiendo contra la víctima y aplicándole un botellazo en la cabeza mientras su consorte le infiere una de las dos lesiones en el cuerpo, hace a la naturaleza del plan concreto, sin el cual ese aporte al hecho no se podría haber realizado, por lo que no deja de ser una claro supuesto de autoría.

En relación a la congruencia y su consecuente afectación al derecho de defensa, el Dr. Zacchino, dijo que la acusación privada ha incluido en sus postulaciones los aspectos reconstruidos que ocurrieron en el interior del bar. Sobre ellos la defensa produjo prueba y la teoría de su caso estuvo enderezada a visualizar como un conjunto de personas y agresiones el infortunio de M.

El desarrollo de los mismos que ha efectuado la querella particular, no ha implicado una variación fáctica al confronte de los hechos intimados, sino una nueva significación jurídica (coautoría en vez de autoría) sobre la que el imputado y su defensor, escudados en su propia teoría del caso, han venido refugiándose desde el inicio del debate.

A mi entender es una sentencia compleja, se dificulta establecer una secuencia única porque fueron varias acciones simultáneas, llevadas a cabo en pocos minutos que conforman un hecho único.

Advierto que los magistrados le restaron importancia a los dichos de G. conocidos a través del testimonio del Oficial C..

O. A. G. no era testigo de la Defensa, como lo afirma el Juez Zacchino, fue desistido por la Fiscalía y la querella. '

"Y si bien le asiste razón a la defensa que-es un testigo de oídas, que no aportó ningún documento de la entrevista con el dueño del Pub, considero que era el testigo neutral que no tenía ningún interés en el caso y que su versión no puede dejarse de lado, ya que se corresponde con el resto de la prueba.

G. habría dicho que M. dialogaba con Jorge C. diciéndole que no sejunte con esa gente, cuando ingresan estas tres personas, uno era J. y lo increpan a M. diciéndole que tenía que estar hablando de J.. Jorge trató de separar la situación y calmar los ánimos, pero continúa la discusión que era con M., su amigo se coloca detrás, la discusión era áspera y comienzan a pelearse. Estos tres pelearon con M. y todo fue muy rápido, cuando se separan pudo ver a los tres con cuchillos. M. y su amigo no tenían cuchillos.

En un momento cae M. y agarra a uno de los tres, arrojando patadas para que los otros dos no se vengan, a pelear, cuando el que cae logra zafarse, salen corriendo los tres y cuando lo va a auxiliar a M., se da cuenta que está ensangrentado.

También Jorge C. refirió que J. Y., G. L. y J. F. salieron a fumar un cigarro, T. lo invitó a tomar una cerveza, y le dijo que no se junte con esa cagada con los F., a los gritos En eso escucharon, los que estaban afuera fumando, entraron y empezaron a discutir.

Coincide también con G. L., quien refirió que fueron al pub jugaron unos pulí y fue pasando la hora de la noche, estaban afuera fumando un porro y cuando Y. abrió la puerta, escuchó que M. le decia a C., que tenés que juntarte con esos matungos que son una mierda. El se enojó mucho porque es tratarlo de lo peor. Entró él adelante y le reclama, que problema tenés con nosotros, que sos pesado, vamos a pelear y le pegó un planazo en la cara, nos separamos y empezamos la pelea.

El único que dijo que no existió ninguna pelea fue H.. Dijo que fue al pub con M., que tomaron dos cervezas y jugaron un pool con unas personas que hablan llegado. T. les dice de onda, que les iba a enseñar a jugar al pool y se enojaron, C. los calmó y les dijo Uds. saben cómo es T.. Salieron afuera y entraron cinco personas con cuchillo directamente a matarlo, uno se queda en la puerta, otro a mitad de pasillo y tres entran

hasta nosotros. Esta es la versión que tomó la querella y la que siguen los jueces.

Considero que aquí hay un error en la valoración de la prueba, hay tres testigos contestes que hablan de una fuerte discusión que terminó en una pelea entre los tres que ingresaron, Y., L. y F. con M. y alguna intervención menor de H. que terminó lesionado.

La pelea es un conflicto de características violentas e intencionales, que se suscita entre dos o más personas y que tiene °como misión primordial el establecimiento del dominio sobre el oponente.

Puede darse en un nivel únicamente verbal, es decir, no intervienen ni armas-, ni el cuerpo en la pelea, sino la palabra, el lenguaje y es justamente a partir de éste que se buscará hacer daño al otro o desbaratar las propuestas verbales del oponente en cuestión. En algunas ocasiones, especialmente cuando los ánimos se encuentran sumamente encendidos, puede suceder que la pelea verbal devenga en una pelea, física, en la cual el propio cuerpo corre riesgo de vida, de integridad.

Se corresponde con el cuadro que describe el Dr. Dal Verme en los primeros tramos de su voto, al decir que en cuanto a las circunstancias del hecho, conforme lo referido por los testigos presenciales y por los funcionarios públicos que intervinieron en los primeros momentos, concluyó que "el panorama relatado por los nombrados da clara cuenta de un acometimiento violento". Y después agregó: que se trata de eventos violentos, dinámicos, traumáticos, que se desarrollan en breves instantes y en' el que los testigos han tenido cierto grado de protagonismo que los involucra personalmente en el devenir de los sucesos, además de haber ingerido alcohol.

Coincido con la Dra. Estefanía, que como M. los trató que eran unas cagadas, se generó una fuerte discusión que terminó en una pelea, de los tres que ingresaron contra M. y H., ya que lo empujaron cayó al piso, recibió una planazo y terminó con algunas lesiones. La riña es de todos contra todos, acometimientos recíprocos pero la agresión puede ser de varios contra uno.

No encuentro ningún hecho probado que me permita deducir que existió un acuerdo entre ellos, ni previo ni en el momento, L. a preguntas efectuadas por la querella dijo que no se pusieron de acuerdo en nada. Los sucesos ocurrieron en forma súbita y espontánea, cada uno respondió por su cuenta al insulto de M., a lo sumo podemos hablar de autoría paralela.

En cuanto a cómo fue lesionado M. Tengo en cuenta que Franco la edad G. L. prestó declaración testimonial, pero es un coimputado sobreseído por la edad, primo hermano del traído a juicio. Su testimonio debe ser valorado con sumo cuidado y se debe corroborar con otros datos de la causa.

Resalto el argumento del Dr. Dal Verme, porque lo comparto, cuando dijo que "más allá de su propósito de desincriminar a su primo, su relato es verosímil en varios aspectos, ya que dan cuenta de detalles que permiten establecer que la secuencia por él narrada es en gran medida veraz, no sólo por resultar factible en sí misma su exposición sino por su concordancia conlos testimonios de (C. y H.) y con otroselementos arrimados al juicio. Su corta edad e inexperiencia, han permitido al tribunal dilucidad aquellos aspectos de sus dichos que aparecen orientados a mejorar la situación procesal .de J. F.

Este testigo en lo medular del hecho asumió la autoría, dijo que sacó el cuchillo le pegó un planazo en la cara a M. y otro a H. Se separaron un poco y M. lo agarró de la capucha a J. y ahí le pegó un puntazo. J. le pegó un botellazo. Todo pasó al mismo tiempo, el amigo le tiró una puñalada, la esquivó y le pegó a J.cito. H. peleó con J., después se fueron los tres porque dijo que tenía arma y les iba a pegar un tiro.

Es una confesión que queda en el aire. Reconoció que le pegó un puntazo para que suelte a su primo, porque se asustó, pero el cuchillo no apareció y además, el occiso tiene dos puñaladas. No hay testigos presenciales que lo hayan visto en el momento de asestarle la puñalada.

A ciencia cierta no sabemos si le pegó una puñalada, la mortal o la otra, las dos puñaladas o ninguna de las dos.

Los jueces le creen y no le creen, ponen en crisis algunos de sus dichos, pero finalmente aceptan que es el autor de una puñalada.

El testigo J. S. C., es amigo de F. y L. y también lo era de M., quien era su vecino.

Tiene interés en el resultado de la causa, su testimonio hay que tomarlo con cuidado y corroborarlo con otros datos.

En lo medular coincide con L., dijo que exactamente no vio quien le pegó la puñalada, pero supone que fue L. porque que al único que vio con cuchillo fue a G. Y refirió como se enteró que fue L., estuvo hasta las diez de la mañana en la Comisaría y cuando lo largaron a pesar de que le habían ordenado que no fuera fue a la casa de J. a darles la noticia que T. se había muerto y G. llorando le dijo que se la había remandado y dijo que se tenía que ir, armó sus bolsos y le pidió que lo acompañe a El

Bolsón y cuando salían fueron detenidos y nuevamente llevado a la Comisaría.

De lo que pasó antes recuerda que G. L. le pegó un planazo a T. y a su amigo también, que T. le agarra el gorro a J. y éste le da un botellazo en la cabeza, y ahí es donde le pega G..

A los únicos que vio con cuchillo en la mano fue a G. L. y

al amigo de T., H. que lo quiso encarar a él cuando estaba auxiliando al herido.

Llego a la conclusión que C. no sabe quién lesionó a M., que sabe que fue L. porque él se lo contó cuando fue a la casa de J. a avisar que T. había muerto.

Y no es cierto que el único que tenía un cuchillo en la mano era G. L., porque G. vio a los tres con cuchillos en la mano, H. también y el propio L. dijo que Y. tenía cuchillo e indirectamente reconoció que J.[1] también. .

El testigo M. H., dijo que no puede decir quién fue el que lo cortó a M., porque cuando el muchacho le pega con el cuchillo, diciéndole "andas con este hijo de puta", T. lo agarró con el brazo, y lo tiró para atrás, diciendo, "no con M. no", él cayó y cuando se levantó ya estaba cortado, se raovia en cuatro patas'nó pudo pararse. El que lo cortó a él fue uno de los pibes, que no vio
más desde ese día, alcanzó a pegarle algunas patadas.

Se le exhibieron los cuchillos. No los reconoció, dijo que el que vio era un poquito más grande que el N° 1.

Deduzco que lo cortó J. Y., ya que a J. y a L. los reconoció en un reconocimiento fotográfico y de personas y no estuvo en el debate.

Oscar Alfredo G. conforme lo dicho en la audiencia previa al reconocimiento de personas y por el testimonio de oídas, brindado por el Oficial C., lo vio a J. F. con un cuchillo en la mano.

Del ensamble de estos testimonios puedo asegurar que con cuchillos en la mano, J. Y., G. L. y J. F. atacaron a M. y alguno o algunos le dio las puñaladas que presenta en el hemitórax izquierdo y J. además le dio un botellazo en la cabeza y J. Y. lesionó a H.

Comparto lo dicho por la defensa al cuestionar la calificación legal, existió una pelea en el bar, los hechos se desencadenaron de manera violenta, rápida y confusa[1] sin que se haya podido determinar en el contexto de esa pelea o riña, como lo significó el MPF cual fue el accionar concreto de cada uno de los intervinientes.

En definitiva, considero que la acusación fiscal fue mal desestimada, el error deriva de tomar por válida la versión solitaria de H., entraron directamente a matarlo, y de aceptar sin más que L. es autor de una de las lesiones y que Y. lesionó
a H..

En consecuencia la conducta reprochada a los tres, Y., L. y F. es homicidio en riña {art. 95 del C.Penal).

Y no corresponde aplicar en este caso la agravante genérica del art. 41 quáter del C. Penal, por cuanto sólo se le podría achacar a J. F. que llevó a dos menores al pub "L. P." a jugar al pool, pero no se probó que estuviera prohibida la entrada de menores. No se puede afirmar que J. los haya determinado a pelear, o que los haya usado para cumplir con sus designios.

Los' magistrados afirman que conforme la lógica y la experiencia el mayor es el que lidera el ataque. Sin embargo con la misma justificación se puede afirmar que los menores son impulsivos, prepotentes, no aprecian el peligro, pasan de la palabra a la acción y no tienen en cuenta las consecuencias. J. también es joven, es el primo, viven juntos, no tiene un rol de garante por lo que no es responsable de las conductas de G. L. En definitiva, debe revocarse la sentencia por arbitrariedad en la valoración de la prueba y condenar a Jairó" F. como autor del homicidio en riña (art. 95 C.Penal}, con costas. Y reenviar para que otro tribunal determine la pena que le corresponde ante el cambio de calificación. Asi lo voto. ’

En cuanto a la regulación de los honorarios devengados en esta instancia comparto lo resuelto por la Dra. Estefanía.

**El Dr. Florencio Ornar Minatta dijo:**

1. La defensa se agravia, esencialmente, porque los jueces apoyan la certeza necesaria para destruir la inocencia, en inferencias y conjeturas que extraen parcialmente de los elementos probatorios.

2. Adelantamos que lleva razón la defensa, toda vez que en el caso surge palmariamente el incumplimiento de la primera condición o regla de garantía de la verdad fáctica, construida por el maestro F., tantas veces citado por el suscripto.

3. En el caso, esto es así, porque es palmaria la ausencia de cantidad suficiente, concordante y grave de elementos cargosos que cuadren con la tesis acusatoria, es decir, que sean coherentes con ellas, a tal punto que ellas mismas pueden sostenerse como soporte para inferir la

probabilidad de la' versión defensista, lo que en buen romance significa la refutación de aquella. (Cfr., Ferrajoli, Luigi; Derecho y Razón, Ed. Trotta, Madrid, España, 1995, pags. 149/152).

3. En efecto, obsérvese que no se ha dado cumplimiento a cuestiones básicas, tal como la descripción concreta 'y real del aporte por el que se lo condena al imputado, punto sobre el que la sentencia se contradice, tanto en lo secuencial, como en el instrumento utilizado por el autor, o la herida que causó, amén de la falta de prueba sobre lesiones que se afirma que existieron, entre otras cosas afirmaciones sin sustento alguno. Basta para éste aserto, con comprobar que el cuchillo del imputado secuestrado no fue el arma mortal, toda vez que no tenemos constancia de experticia alguna al respecto, como tampoco sabemos si en realidad golpeó con una botella y, si se afirma que lo hizo, no se sabemos si fue . para rematarlo, una vez herido, o para derribarlo y disminuirle sus defensas. En fin, si bien ello bastaría ya para revocar la sentencia, a fuer de ser abundantes, identifiquemos en sus propias fojas el paradigma de lo que venimos diciendo. Asi, por un lado, a fojas 39 de la sentencia, el Juez Dal Verme afirma textualmente: mínimamente, uno lo golpeó con un cuchillo en el rostro, el otro con una botella en la cabeza cuando M. intentó defenderse, y, cuando esto ocurrió, .le asestaron dos puñaladas mortales"; a fs. 58 ej. Juez Zacchino sostiene "...por lo tanto tendré por probados los dichos de L. en lo concerniente a haber sido él el autor, de al menos, una cuchillada en el hemitórax izquierdo de la víctima, secundado en la ocasión por J. F., quien también estaba armado con un cuchillo. Esta puñalada ha sido anterior, concomitante o posterior a otra que recibiera M. en el mismo sector corporal, o bien por el propio L. quien no lo recuerda u omite confesarla, o bien por J. F. que se hallaba también próximo a la víctima, blandiendo un cuchillo de grandes dimensiones" ;agregando éste juez, respecto del botellazo que:" no es probable que quien ostente un cuchillo— seguramente en su mano hábil- utilice a su vez una botella ( que no llevaba consigo) con la mano inhábil"; por último, el Juez Colabelli, a fs. 78, efectuando una especie de mezcla y / o síntesis del relato de los jueces anteriores, sostiene: " por el rol asumido en la división de tareas, realizó ( J.) un aporte sustancial, al haber ‘golpeado a la víctima en la cabeza con una botella a fin de que L. aplique a éste uno de los dos puntazos, y que el segundo corte, teniendo en cuenta la cercanía y la certeza de haber portado un arma blanca F., también le infirió la segunda herida". En suma, para dos jueces, F. asesta un botellazo sobre la cabeza de la víctima, mientras que otro dice que ello no incidió, si fuera el caso, pues fue con posterioridad, mientras

que para un juez le asesta también una puñalada- amén de golpearlo con el cuchillo en el rostro- , mientras otro dice que es posible que 'haya sido F. o L., en tanto que otro dice que le pega con la botella y, además, afirma con certeza que le ocasiona la segunda herida. A todo ello, agréguese más: no existe prueba alguna alegada que compruebe la lesión en la cabeza propio de una botella. En fin, se trata de conjeturas, de probabilidades, si se quiere, que descalifican cualquier certeza positiva sobre el aporte o comportamiento del condenado, lo cual es suficiente como para dictar la absolución del mismo, sin más.

4. Estos desconocimientos básicos sobre los hechos, fueron antecedidos por los de los acusadores públicos y privados, no solo al no concordar en ellos, sino al
contradecirse ellos mismos en el curso de todo el proceso, pues se sostuvo desde un homicidio calificado, hasta un homicidio en riña, pasando por el tipo básico. Que todo este cóctel tuviera por base las mismas pruebas, es una palmaria demostración de la carencia de certeza positiva necesaria para una condena., amén de la posibilidad o probabilidad de que las cosas hayan ocurrido como lo afirma la defensa, lo cual basta y sobra para la refutación.

5. En consecuencia voto por la absolución de J. F. sin costas.

Por todo lo expuesto la Cámara en lo Penal de la Ciudad de Esquel, por mayoría

**RESUELVE:**

**1) Revocar parcialmente** la sentencia condenatoria dictada por los Dres. Hernán Dal Verme, Martin Zacchino y Oscar Colabelli, registrada bajo el Nro. 791-2016. •

**2) Condenar** a J. Facundo FERNANDEZ, cuyos datos personales obran en estos actuados, como autor materialmente responsable del delito de Homicidio en Riña, (art. 45 y 95 del Código Penal), con costas, por el hecho ocurrido en Lago Puelo, el 2 de agosto de 2014, en perjuicio de B. A. M..

**3) Ordenar** el reenvío a la Oficina Judicial Penal, a fin de que integre un Tribunal, distinto al que interviniera en el Juicio, a fin de realizar la audiencia de cesura de pena, en los términos del art. 304 del CPP.

**4) Regular** los honorarios' profesionales de la' Dra. V. P., en un treinta por ciento y los de los Dres. D. M. y H. C., apoderados de la querella particular, en forma conjunta, en un 25% de los que le fueran fijados en primera instancia, (arts.1,3, 5, inc. b, c, d y f; 7; 44 y ccdtes. de la ley XIII N° 4).

**5) Protocolícese** y comuniqúese.

**6) Dejar constancia** que el Dr. Florencio Minatta remitió su voto por correo electrónico con firma digital, sin perjuicio de suscribir el documento con posterioridad.

Fdo. Nelly García.
Sentencia registrada bajo N° 1292/16