PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

CAUSA: "PROVINCIA DEL CHUBUT c/ M. R., y otros " (Carp.OFIJU Esquel NIC N°3989- Leg. Fiscal NUF N° 38842)

En la Ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, a los veintidós días del mes de mayo de dos mil dieciocho, la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Esquel, integrada por la Juez Nelly García. -en su carácter de presidente- y los jueces Carina P. Estefanía y Guillermo Müller en el carácter de vocales, dictan sentencia luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco de la causa caratulada: "Provincia del Chubut c/ M. R., y otros" (Carp. OFIJU Esquel NIC N°3989- Leg. Fiscal NUF N° 38842))", en la que tuvieron debida participación el Dr. D. S., en su carácter de Defensor Particular de los imputado, la Fiscal General Dra. Fernanda Revori, y los imputados R. M. M., S. J. M., D. A. A., J. D. C., D. A. L. y H. R. P..

Y RESULTANDO:

La vía recursiva fue deducida por el Dr. D. S., contra la sentencia de condena a los imputados R. M. M., S. J. M., D. A. A., J. D. C., D. A. L. y H. R. P., dictada por el Tribunal Colegiado integrado por los Dres. Hernán Dal Verme, Anabel Rodríguez y Martin O'Connor, el día 9 de febrero de 2018, registrada con el Nro. 181-2018, por el hecho ocurrido el 14 de enero de 2017, en perjuicio de J. M., por el delito de Homicidio Simple agravado por el uso de arma de fuego (Art. 45, 79 y 41 bis del Código Penal).

En primer lugar plantea la nulidad de la sentencia por considerar que entre el dictado de la sentencia de responsabilidad con fecha 15 de diciembre de 2017 y la convocatoria para la audiencia de cesura para el día 2 de febrero de 2018, se encontraba vencido el plazo máximo de diez días previsto por el CPP, para la suspensión del juicio (art. 376 inc. 4° del CPP.)

Entiende que conforme lo dispuesto en el art. 316 en función de lo dispuesto en el art. 304 del CPP, el juicio está dividido en dos etapas y agrega que la distancia temporal entre la etapa de la responsabilidad y la pena no puede superar los diez días máximos que prevé el Código de procedimientos de nuestra provincia en el art. 376 inc. 4°.

Señala que es un motivo absoluto de impugnación formal, que es una nulidad relativa y que no consintió su realización en el tiempo en que se realizó e hizo reserva de reiterar en esta instancia, el planteo que efectuara en aquella oportunidad.

Agrega que se cumplen los tres requisitos impuestos por el Superior Tribunal de Justicia para que prospere la declaración de nulidad. En ese sentido refiere que el art. 316 prevé el plazo para la realización de la cesura, el perjuicio está dado por la dilación indebida de la segunda etapa y no existe por parte de la Defensa ninguna conducta tendiente al saneamiento del acto procesal afectado.

Solicita se decrete la nulidad y se remita para realizar un nuevo juicio en la forma que corresponde.

Subsidiariamente, ataca la sentencia por arbitraria, por violación de las reglas de valoración de la prueba testimonial.

En este punto se detiene en cada voto en particular, en el orden que se encuentran agregados los sufragios de los magistrados.

En primer lugar con respecto al voto del Dr. Hernán Dal Verme menciona que valoró mal el testimonio de L. C. y descartó sin razones los dichos del imputado J. C., los que no pueden ser soslayados por la sola circunstancia de no haber prestado declaración bajo juramento.

Concluye que L. no participó en la agresión a M. y que C., de haber usado el arma, no tuvo efectos sobre los amigos de M..

Luego afirma que el Juez Dal Verme al juzgar el testimonio de J. G., fraccionó sus dichos y no consideró la reticencia del nombrado a prestar declaración.

Continúa con el relato de J. G. R. y menciona que no tuvo en cuenta que el mismo dijo no haber visto que se haya utilizado un arma. Además dice que este testigo afirmó que J. C. era uno de los que atacó a M. y ello está debidamente descartado por toda la prueba.

A su criterio ninguno de los testigos mencionados, ni tampoco C., contradicen la versión de los imputados en cuanto al modo en el que ocurrieron los hechos. Y la secuencia fundamental es que fue M. quien golpeó a D. L. y que por esa razón J. C. tuvo que auxiliar a su hermano.

Analiza el modo en que el Juez valoró el testimonio de M. M. quien dio una versión distinta. Se equivocó al señalar a P., como la persona que disparó el tiro y también erró al sostener que A. le habría largado un botellazo y que C. tenía un cuchillo. Ninguna de estas tres circunstancias fueron corroboradas de ese modo por los otros testigos.

Refiere que M. lejos de ser el testigo que clarificó el hecho, lo único que hizo

fue dar una maraña de nombres, confundiendo personas y secuencias.

En cuanto al relato de S. R., menciona que fue quien refirió que C. no atacó a M. y que se apartó del lugar y miraba sin decir nada.

Reconoce que todos dijeron que los hermanos M. le pegaron patadas en el piso a M., es la última secuencia y no se sabe que incidencia pudieron tener en la muerte.

Concluye con el testimonio de B. S., a quien le achaca confundirse a L. con C., como el portador del arma. Refiere que fue L. pero en el debate señala a C..

Finalmente afirma que el Juez ha parcializado los testimonios y les asignó coherencia externa e interna, a pesar de las contradicciones que tienen entre ellos. Sostiene que si se confrontan los testimonios no existe una versión uniforme.

A continuación menciona que S. sostuvo que J. M. tenía tiros en su cuerpo y ello no es cierto. Afirma que L. es quien tenía el arma de fuego, pero en el debate señala a C.. Dice que los hermanos M. le pegaron patadas a M. pero la víctima no tenía marcas de golpes en el cuerpo.

Finalmente relata que S. dijo que P. fue quien llegó con un arma y que L. fue quien apuñaló a M., todo lo cual no condice con los demás testimonios.

Luego afirma que no es verdad que se pueda ver desde el lugar donde se encontraban los imputados el sector del comercio S. C..

Agrega que no se acreditó que las patadas que le dieron los M. a M. le hayan provocado la muerte.

Tampoco se acreditó que C. haya tenido una conducta que de algún modo amedrentaba o disminuía la capacidad defensiva de M. o de los testigos.

En cuanto al arma refiere que no se encontraron impactos de bala, M. no tenía heridas de bala, el resultado negativo del dermonitrotest, la inexistencia de casquillos del supuesto tiro. R. dijo que pudo haber sido un cohete, porque M. siempre los usaba.

Con relación a la posible pelea, los magistrados niegan su existencia. Sin embargo L. dijo que recibió un golpe que lo dejó mareado y que A. lo ayudó a subir.

Sostiene que si bien la víctima no tenía lesiones en los nudillos de las manos, tampoco M. M. tenía lesiones en el cuerpo, sin embargo dan por cierto que fue pateado en el piso.

Tampoco se probó que hubiera por parte de los imputados una cuestión vengativa, porque supuestamente el padre de los hermanos M. habría tenido un problema con M.. Lo que se acreditó es que M. peleaba con quien se cruzara. (Testimonio de V. M.)

Ni se demostró que haya existido un incidente en el Río Percey, ni que los imputados hayan participado en el incendio de la vivienda de M., ni en la apedreada

de su domicilio.

Respecto del voto del Dr. O'Connor sostiene que ha invertido la carga de la prueba y que no hay nada que indique que hubo dos cuchillos, sino uno como mencionan todos los testigos.

Luego se realiza varias preguntas, pero no advierte que cualquiera de las posibilidades que plantea se pudieron dar, pero o no se sabe cuál es la verdad.

En cuanto a C., algunos sostienen que tenía un arma y otros lo colocan llevando adelante otra conducta. Sin embargo el Juez no señala Cual es la prueba que lo determina a elegir una de las dos opciones.

Afirma que no se probó que L. haya tenido un cuchillo y la probabilidad de que existieran dos cuchillos sólo la deducen de la cantidad de lesiones que presentaba el cuerpo y ello no es suficiente para obtener certeza de esa premisa.

Considera incorrecta la afirmación del Juez en cuanto asegura que desde el lugar donde se encontraban los imputados se veía el lugar donde estaba la víctima. Acompaña las fotos tortadas durante el debate.

Agrega que el Juez cuestiona la actividad de la defensa, cuando no es obligación de esa parte demostrar cómo mataron a J. M., sino del MPF.

Señala que no se acreditó que la conducta de A. haya tenido alguna incidencia en la muerte de M. y sin embargo lo tienen como coautor funcional.

Concluye que tampoco se acreditó, como los sostiene el magistrado en su voto si fue P. o L. quien lesionó a M..

Luego analiza el voto de la Dra. Rodríguez, y comienza diciendo que el lavado de la escena del crimen no solo le afectó a la defensa sino al proceso en general, pues en ese lugar no se pudo recolectar ninguna evidencia.

Se agravia de la decisión de la magistrada de tomar como creíble el testimonio de M. M. - a pesar de las confusiones, que a su criterio fueron aclarándose- y luego al confrontar el relato de los imputados con la de los testigos, le exige a los primeros que prueben sus dichos, cuando quien debe probar la responsabilidad de estos es el MPF.

Reitera que ninguno de los testigos contradijo la versión de los imputados, en cuanto a que quien empezó la pelea fue M. y lo hizo contra L., Todos empiezan el relato a partir de que P. y M. estaban trenzados en la pelea, que es una secuencia posterior.

Agrega que omite el testimonio de la concubina de M. M. y de I. H., en cuanto coinciden en que cuando bajaron no había nadie.

Toma parcialmente los testimonios de J. G., J. R., F. C., de B. S. y de S.S.. No explica como sortea las contradicciones que existen entre ellos.

Se inclina por la existencia de dos armas blancas sin poder dar razones de

su decisión.

A continuación, se agravia de la valoración de los mensajes de texto hallados en el celular de P., en el que le escribe a su pareja y le dice que "parece que maté a M.". A su criterio la sentencia no respeta la garantía de no autoincriminación.

Concluye que los tres votos padecen del mismo defecto en cuanto al modo en que valoraron la prueba testimonial, a su modo de ver contradictoria y con ello desecharon la versión de los imputados.

Acto seguido se agravia de la calificación legal, homicidio agravado por el uso de arma de fuego y de la aplicación de la teoría de la coautoría funcional, para de ese modo poder colocarlos a todos como autores del hecho, cuando según la propia sentencia tuvieron diferentes conductas y en distintos momentos del hecho.

Propone, como lo hizo en el debate, que se modifique la calificación, por la del homicidio en riña o en agresión, porque no se pudo probar quien fue el autor de la estocada mortal.

También se queja de la aplicación del agravante del art. 41 bis -introducido por la ley Nro. 25297 del Código Penal- y cita doctrina y jurisprudencia.

Finalmente, recurre la pena impuesta, por considerarla excesiva. Afirma que no se refleja en el monto punitivo la falta de antecedentes penales de ninguno de los imputados.

Solicitó se absuelva a sus defendidos.

El MPF no respondió por escrito el emplazamiento legal del recurso interpuesto por los imputados.

En la audiencia el Defensor Particular Dr. D. S., ratificó su escrito, sin agregar nuevos argumentos.

El MPF representado por la Dra. Fernanda Revori, manifestó que utilizarla esta oportunidad para contestar los agravios de la defensa.

Inició su alocución diciendo que debe rechazarse la nulidad requerida por la Defensa, pues la suspensión de diez días prevista por el CPP, no se aplica entre las dos etapas y citó especialmente el caso "Casas" del Superior Tribunal de Justicia.

Respecto de la valoración de la prueba dijo que es cierto que era un caso difícil porque no se hablan secuestrado ni las prendas de vestir de los imputados, ni las armas y la escena del crimen no fue preservada por el conflicto que se produjo en el lugar del hecho con, los vecinos, que se quejaban por la tardanza de la ambulancia y la policía.

Destacó que tuvieron ocho testigos que declararon inmediatamente, esa noche o a más tardar la mañana siguiente y que en el juicio mantuvieron la misma versión que la que dieran a pocas horas de que ocurriera el hecho investigado.

Dijo que los jueces los analizaron minuciosamente y los cotejaron con prueba objetiva, tales como la autopsia y la pericia dinámica efectuada por la Lic. N. G..

También destacó que se secuestraron los celulares de los imputados y de dos de ellos se desprenden datos incriminantes, que no afectan en modo alguno como sostiene el defensor la garantía de no declarar en su contra.

Agregó que el Tribunal se encargó de confrontar esos testimonios, e incluso el de una testigo de la defensa, con las declaraciones de los imputados y concluyó que estas últimas no estaban acreditadas con prueba alguna.

Sostuvo que no se trata de una sentencia arbitraria, sino todo lo contrario, pues cada voto individualmente contiene una fundamentación de acuerdo a las reglas que rigen la valoración de la prueba.

Finalmente, con relación al último agravio, mediante el cual la defensa pretende la reducción de la pena, solicitó al Tribunal que tenga en cuenta los agravantes sopesados por el Tribunal de Juicio, especialmente la cantidad de atacantes y la cantidad de lesiones inferidas en el cuerpo de la víctima.

Solicitó que se confirme la sentencia recurrida en todos sus términos.

V. M., hermana de la víctima hizo uso de su derecho y dijo que se pregunta porque no fue una pelea mano a mano y pidió justicia.

A su turno los imputados, preguntados sobre si deseaban decir algo, manifestaron que no.

Y CONSIDERANDO:

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa contra la sentencia condenatoria?, en su caso ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

Cumplido el proceso deliberativo (art.329 del C.P.P.) se estableció el siguiente orden de votación: Estefanía -G.- Müller.

La Juez Carina P. Estefanía dijo:

I) Han llegado los presentes actuados a esta instancia, en virtud del recurso ordinario interpuesto por el señor defensor particular de los imputados, Dr. D. S. mediante el cual solicita se revoque la sentencia dictada por el Tribunal de grado, registrada bajo el Nro.181-2018 y se absuelva a sus defendidos.

II) En primer término, comenzaré a darle tratamiento al planteo de la defensa, en virtud de la demora que se verificó entre el dictado del veredicto de responsabilidad, y el inicio de la audiencia de cesura de pena, violentando los principios procesales que contiene el art. 3 del CPPCh, como resultan la

concentración, simplificación, celeridad y en el particular la inmediación.

Continúa el defensor señalando que el arto 376 inc. 4 del CPP prevé como motivo absoluto de impugnación formal la violación de la continuidad del debate y la interpretación armónica del art. 316 del CPP, que conlleva que el plazo máximo para la suspensión no puede superar los diez días.

Allí, el art. 316 dispone que siempre que la suspensión exceda el plazo máximo fijado, todo el debate deberá realizarse nuevamente. El tribunal se integrará con otros jueces cuando fuere necesario preservar su imparcialidad.

En forma sintética, debo señalar que el Código habilita una interpretación distinta, cual es que la imposibilidad de suspender el debate por un plazo no mayor de diez días, que refiere el art, 316 del CPP rige para cada una de las etapas del juicio, cuando el mismo ha sido divido de conformidad a lo establecido en el art. 304 del CPP. El art. 329 dispone que "La decisión posterior versará sobre la absolución o la condena. En él caso del artículo 304, el Tribunal pronunciará sentencia, sin resolver la cuestión de la pena, y fijará audiencia para la continuación del debate o pan el debate sobre la determinación de la pena, en caso de que sea necesario". De allí, que si fija audiencia para el debate de pena, no significa que deba interpretarse como la considero de la anterior y en consecuencia, su fijación puede superar el máximo de diez días. Por esa razón, considero que el planteo de la defensa, en cuanto solicita se realice nuevamente el juicio, no procede.

Sin perjuicio de ello, digo que tampoco ha señalado la defensa cual es la afectación concreta que tuvo esa parte, en virtud del tiempo transcurrido entre una audiencia y la otra. De modo que no puede restársele validez a un acto procesal tan importante como lo es el juicio, sobre la base de una interpretación errónea de la ley, cual es que entre las dos etapas de juicio no puede superarse el plazo de suspensión de diez días.

No por ello, voy a dejar de reconocer, que en algunos casos los plazos procesales se extienden en el tiempo, y se ven afectados los principios procesales que enumera el art. 3 del CPP. En ese sentido, considero que la Oficina Judicial, conjuntamente con los Jueces Penales deberá tomar nota para el futuro del planteo de la defensa y sus posibles consecuencias. Nadie desconoce que el tiempo es un enemigo de la justicia y que estamos obligados a doblegar los esfuerzos para evitar dilaciones innecesarias.

Este fue el criterio del Superior Tribunal de Justicia en el caso "Pcia. del Chubut cl C., R. s/Impugnación" (Expediente N° 100134 - FO 1 - Año 2016 - Letra "P" - Carpeta Judicial N° 2567), traído como fundamento de su postura por el MPF.

En consecuencia, conforme todo lo expuesto, he de considerar que el pedido de nulidad debe ser rechazado.

111) El segundo agravio del defensor, tiene relación con la valoración que realizara el Tribunal de Juicio respecto de los ocho testimonios de personas que se encontraban afuera de la Despensa "S. C." tomando cerveza junto a "M." J. M., que había llegado escasos minutos antes junto a L. C., con quien había estado en el Rio Percey y en casa de un amigo.

Claro está que la presencia de ocho testigos directos ha sido una ventaja para la investigación pues en pocas ocasiones un homicidio se comete ante tanta cantidad de personas que a pesar de lo traumático de la situación pudieron registrar y relatar gran parte de lo ocurrido. Cierto es, como lo dijo la Fiscal General, que como contrapartida de ello, en este caso no fueron halladas las armas ni las prendas de vestir de los imputados y la escena del crimen no pudo ser preservada por el enojo de los vecinos del lugar, por una supuesta tardanza de la ambulancia y del personal policial en llegar de los hechos, lo cual impidió la recolección de más evidencias.

Hemos escuchado detenidamente cada una de las declaraciones, en especial en punto a las posibles contradicciones marcadas por el recurrente, que afirma habría sido soslayada por el Tribunal de Juicio.

Los Jueces no han dudado respecto de la credibilidad de tales testimonios y adelanto, desde ya, que ello es correcto, pues luego de analizar minuciosamente los dichos de los ocho testimonios -S. y J. R., M., C., G., C., S. y S. se advierte que los nombrados han declarado honestamente, reconociendo en tramos de su declaración no poder contestar ciertas preguntas porque no lo vieron o porque no lo recuerdan. Acertaron los magistrados, al afirmar que las versiones de los testigos, contienen nimias diferencias respecto de algunas de las circunstancias imputadas por el MPF, pero qué estas responden a la percepción que tuvieron cada uno de ellos, en un hecho agresivo y dinámico, en el que intervenían varias personas, a la vez.

He dicho que, en estos casos de varios partícipes, no puede omitirse si analizar los testimonios, la diferente afectación psicológica que un hecho violento produce en las personas -en él caso, varios de los testigos dijeron "me tildé" o "quede shockeado" "helado" "sentí desesperación" "tuve miedo"-, que indefectiblemente perturba el registro que pueden tener los sentidos de todo lo que ocurre a su alrededor. En ese contexto es imposible que las víctimas hayan podido ver al mismo tiempo lo que hacían todos los imputados.

Por otro lado, al analizar los vínculos de los testigos para con la víctima o imputados, nótese que sólo uno de ellos, L. "C." o "Z.", dijo ser amigo de M., mientras que el resto reconoció conocerlo o tener algún tipo de trato de vecindad, pero en ningún caso que esa circunstancia fuese un obstáculo para no decir la

verdad. Incluso el testigo S. manifestó ser primo de los hermanos M..

Al verificar la coherencia interna y externa de los testimonios, el Tribunal de Juicio coincidió en destacar la concordancia con las declaraciones previas, que les fueran tomadas el mismo día en que ocurrieran los hechos, ello a partir del confronte que hicieron las partes con las entrevistas que se les exhibieran para que efectuaran alguna aclaración, sobre aspectos mencionados en aquel entonces y no recordados espontáneamente en esta oportunidad. En todos los casos los testigos dijeron recordar aquello que habían dicho y sostener que los hechos habían sido como los relataron ni bien ocurrieron.

Luego, al confrontar la coherencia externa, el Tribunal lo relacionó con datos objetivos -autopsia y hallazgos en la escena del crimen- y comparó todas las declaraciones, que reitero, tienen diferencias, pero no contradicciones.

La parte recurrente se ha esforzado para encontrar diferencias entre los testimonios, y a partir de allí tacharlos de contradictorios o mendaces, sin embargo debo señalar que contrariamente a esa pretensión, a mi criterio, como lo dijeron los magistrados del juicio, se destacan por su concordancia.

En ese sentido, los ocho testigos mencionados han coincidido plenamente en la descripción del hecho y mayormente en la actividad que tuvo cada uno de los imputados.

Todos describieron del mismo modo, qué hacían en el Almacén "S. C.", quienes habían llegado primero y quienes después y especialmente cómo llegó el grupo de los imputados. En ese aspecto convinieron que bajaron todos juntos de la zona conocida en el barrio como "L. L." y que algunos pasaron por delante de la camioneta gris Ranger propiedad de L. C. y otros por detrás. En cuanto al número si bien no coincidieron, algunos dijeron todos ellos señalando a los imputados, otros dijeron un montón, ocho o diez o haber visto a cuatro o cinco personas.

Cada uno a su modo señaló que cuando los vieron venir alertaron a M. de que venían sus "enemigos", ello porque en mayor o en menor medida conocían que este tenía problemas con los M., por una supuesta pelea con el padre de los nombrados. Incluso ese mismo día había existido un incidente en el Río Percey, lugar en el que habrían intercambiado insultos, al menos con D. A.. Por esa razón tanto S. R. corno M. M., le sugirieron que se vaya, pero M. rechazó esa opción y dijo que los enfrentaría "mano a mano", aun cuando M. le advirtió que eso no ocurriría.

También, todos sin excepción, relataron que M., medio ebrio y desarmado, no tuvo tiempo para defenderse, porque el ataque fue directo y dirigido sólo contra su persona.

Así las cosas, reconocieron que ni bien llegaron los imputados uno de ellos

realizó uno o dos disparos con un arma de fuego, a} L. C. recordó que "El del medio de los que pasó por delante de la camioneta, ve que mete la mano en la cintura y luego siente un disparo". b) J. G. dijo que escuchó dos disparos, el que tenía el arma es el que le dicen "Pelado" y según refieren los magistrados señaló en la audiencia de debate a J. C.. c) J. R. recordó que cuando pasó todo él estaba adentro del negocio "S. C." y escuchó dos tiros "que ni sé quién los largó". d) F. C. escuchó un tiro. Cree que el tiro salió "de los chicos que bajaron de arriba" y aclaró que no vio el arma, e) M. M. explicó que al llegar, lo primero que hicieron fue disparar con un arma de fuego y sí bien mencionó a P. como el autor del disparo señaló a C.. f) S. R. relató que cuando llegaron, "uro sacó un fierro y largó un disparo, fue L., no los conozco por nombre", aunque luego señaló en el debate a C. como, el autor del disparo, g) B. R. S. cortó que D. L. fue el que pegó dos tiros "y ahí le empezaron a pegar todos". Refirió que el arma de fuego era tipo revolver calibre 22, y preguntado para que señale quien había sido el autor del disparo, señaló a C.. h) Por último S. S. también recordó la existencia de un disparo de arma de fuego, pero puso dicha conducta en cabeza de P..

De lo expuesto es factible confirmar la conclusión del Tribunal en cuanto a que fue J. C. quien portaba y realizó dos disparos al llegar a la escena del crimen y luego se corrió del lugar, pero se mantuvo alerta para evitar la intervención de las otras personas en defensa de M..

En este punto voy a realizar algunas aclaraciones, que entiendo necesarias, para dar una acabada respuesta a las críticas de la defensa. En primer lugar es cierto que los testigos cuando hablaban del autor del disparo decían que se trataba de D. L.. Pero quedó claro en el debate, según las constancias que dejaron los jueces, que era un error en el nombre, pues en todos los casos al pedirle que señalen cuál de los imputados había sido, sin vacilar todos señalaron a J. C.. Ello tiene relación con que D. L. y J. C. -medio hermanos por parte de madre- no eran del barrio y si bien los testigos los conocían por el apodo y por andar en un falcón rojo, no sabían el nombre de cada uno de ellos.

Tengo en cuenta además que de los ocho testigos que estaban presente cuando el grupo se acercó al almacén cuatro de ellos afirmaron que el que efectuó los disparos fue J. C.. (G., M., S. R., y S.) Respecto de los otros cuatro testigos, debemos considerar que J. R. no podía ver porque estaba dentro del local, F. C. dijo que estaba detrás de la camioneta gris y de allí no podía ver nada y que cuando escuchó los tiros, miró y vio que empezaban a pegarle a M.. Entonces se fue. C. si vio a la persona "del medio" que se metió la mano en la cintura y realizó el disparo, pero no pudo decir quién era porque en ese momento no lo conocía -recuerdo que L. y C. no eran del barrio- y por último, el único que coloca el arma en manos de P.

es S., lo cual, comparado con todos los otros testimonios, evidentemente es un error del testigo.

Por último los mensajes de texto del celular que se le secuestrara a C., transcriptos por el Dr. Dal Verme en su voto, en el que le pregunta al contacto "Ñ." sacaste el arma de la casa, corrobora los testimonios analizados por una vía objetiva independiente.

Como adelanté no hay error en la conclusión del Tribunal de Juicio respecto de cuál ha sido la actividad desarrollada por C. al inicio y durante la pelea. El mismo luego de realizar los disparos, se ubicó en un lugar más distante, en posición amenazante para evitar la intervención del resto. Así lo percibieron los testigos. Luego se retiró con L. y P..

Sí entiendo que se equivoca el Tribunal al sostener al determinar la pena, porque nada de ello dicen al establecer los hechos, que C. también le pegó a M., pues esto último sólo fue dicho por S. R., quien mencionó que el que disparó se alejó y miraba y "después se sumó a petarle". Esta circunstancia, dicha como al pasar por el testigo analizado, no fue mencionada por ninguno de los otros testigos presentes, que coincidieron en que salió a la carrera con P. y L., mientras los hermanos M. continuaban con la golpiza.

Los testigos también relataron que D. L. y P. fueron los que portaban cuchillo y apuñalaron a J. M.. Respecto de P. así lo mencionaron C., G., J. R., M. y S., mientras que con relación a L. le adjudicaron ese accionar los hermanos R., M. y S..

Los relatos más precisos en este aspecto fueron los de J. R., S. R. y M. M. que recordaron ver a dos personas apuñalando a M. y que estos salieron a la carrera con C. para arriba.

Tengo en cuenta además, tal cual lo mencionaron los jueces que P. le envió desde su teléfono celular un mensaje de texto a un contacto registrado como "amor" reconociendo haberse mandado una "cagada", "parece que maté a M.".

En este aspecto, además, los Jueces relacionaron los testimonios con la autopsia realizada por la Dra. M. D. quien si bien señaló que en virtud de que las heridas fueron suturadas en el Hospital es difícil poder determinar si fueron producidas todas por un mismo arma o se utilizaron más. Sin embargo señaló que se trataba de armas con filo de un solo lado -cuchillo- y que por la ubicación y la cantidad de lesiones (18 en total) es más probable que se hayan usado más de una y como consecuencia de ello que en el apuñalamiento hayan intervenido más de una persona.

En definitiva, conforme lo dicho, quedó probado con certeza, como lo estableció el Tribunal de Juicio que L. y P. fueron los autores de las múltiples

puñaladas inferidas en el cuerpo de la víctima.

En cuanto a la intervención de los hermanos S. y M. M., en forma unánime todos los testigos analizados, salvo C. que se fue del lugar ni bien empezó la pelea, sostuvieron de manera idéntica que después que lo dejaran de apuñalar L. y P. se quedaron en el lugar los hermanos M., quienes le propinaban patadas por todos lados, inclusive en la cabeza. Que mientras llevaban adelante la golpiza le decían que esto le pasaba por haberle pegado al padre y que ya no lo volvería a hacer. Incluso, en ese momento, cuando el grupo agresor estaba reducido, pues ya una parte de ellos se había ido para arriba -P., L. y C.- J. R. dijo que se atrevió a defender a M., diciéndole a S. M. que "ya estaba", que dejaran de pegarle.

No debe soslayarse que la autopsia ha revelado un golpe en la cabeza y numerosas escoriaciones en el cuerpo compatibles con golpes. De allí que no es cierto que los Jueces hayan interpretado la prueba de manera distinta cuando es en favor del imputado. En el caso de M., no se demostró que haya golpeado a los imputados, no solo porque no tenía lesiones en sus manos que dieran cuenta de que las utilizó para golpear, sino porque además todos los testigos coincidieron en que la víctima no alcanzó a defenderse de ninguna manera.

Coincido además con los Jueces de grado, que con acierto han sostenido, en punto a la versión injurada traída por los imputados, que sus dichos no se han corroborado con la prueba producida en el debate. En primer lugar, no es verdad que haya sido M. el que empezó la pelea, esto fue negado por todos. El ataque fue del grupo de los imputados y fue directo a M., evitando -como dije- cualquier posibilidad de que se defendiera. Ello desvirtúa la declaración de C. y L..

Tampoco es cierto que "M." y el grupo los hayan encarado, como contó H. P. y que lo hayan amenazado de que lo matarían a él y a sus hijos y que después se fue y nunca supo que había pasado. Sobre el particular nótese que los testigos reconocieron no haberse metido, por miedo, por quedar shockeados o por haberse tildado. También coincidieron en que los imputados a ellos no les hicieron naca, los ignoraron. Finalmente, como refieren los jueces ninguno presentó siquiera una mínima lesión.

Por último, también quedó desacreditado que los hermanos M. hayan bajado más tarde y no hayan llegado a la escena del crimen, como lo dijeron al dar su versión de los hechos. Ya he dicho que integraban el grupo agresor desde el principio y que fueron ellos los que le pegaron una vez que M., apuñalado, quedó tirado en el suelo. En este sentido tengo en cuenta que A., cuando dijo que él bajó con el grupo pero que no llegó y no llevaba armas, no dijo que en ese grupo no estuvieran sus medios hermanos M..

Aparte de los testigos ya analizados, los Jueces justipreciaron que G. D. S.,

ofrecida por la Defensa, con domicilio en el barrio estación, en A. P. Justo y Pasaje Roberts, sobre "L. L." recordó que ese día vio a los imputados en el Falcon rojo estacionado en la L., torrando y escuchando música, y explicó que ello lo vio porque estaba afuera lavando ropa. Agregó que no vio en que momento bajaron porque el Falcon quedó allí arriba con la música encendida.

Hasta aquí, en cuanto a la materialidad y participación de los imputados analizados - J. C., D. L., H. P., S. y M. M., la sentencia no presenta los vicios que le enrostra el recurrente, pues los magistrados han valorado correctamente la prueba y han dado razones para fundar la credibilidad de los testigos sobre los que apoyaron su decisión.

En definitiva, las diferencias en los relatos apuntadas por el defensor, no han sido soslayadas por los magistrados, quienes a pesar de las mismas han tenido por acreditados los hechos, pues, no se trata de testimonios contradictorios como afirma en los agravios, sino que las versiones en esos aspectos, evidentemente responden a las diferentes percepciones de los testigos, que como quedó probado, no estaban en un mismo lugar y afrontaban situaciones disímiles, que provocaba que el foco de atención individual fuera distinto.

No surge de la lectura y análisis de la sentencia en crisis que se trate de un caso de arbitrariedad en la valoración de la prueba, como refiere el Defensor Particular. No advierto que hayan efectuado una selección caprichosa de las declaraciones de los testigos. Si, en cambio, todos los Jueces, individual y directa e indirectamente, han relatado cuales son las razones por las que tuvieron por ciertos los testimonios directos analizados, en todas sus partes.

Finalmente, respecto del lugar en que se estacionó el falcon rojo y los imputados, arriba de "L. L." del Barrio Estación, he de señalar que era importante establecer si de allí se veía o no el Almacén S. C. y en su caso si había gente o no o qué vehículos estaban estacionados, para luego definir si los imputados bajaron con un plan ya determinado para matar a M.. Desde el momento que el Tribunal de grado descartó la premeditación, pierde toda relevancia para el caso indagar sobre esa circunstancia.

Llama la atención la decisión del Defensor de refutar al Tribunal de Juicio en ese aspecto, como dije ahora irrelevante, cuando además, tal cual dijo la representante de la Fiscalía los tres jueces fueron al lugar junto con las partes y se ubicaron en el lugar que la Defensa marcó como en el que los imputados habían estacionado el auto. En su sentencia sostuvieron que desde ese lugar se veía sin dificultad el exterior del Almacén. Obviamente que no hay razón -legal- sobre la cual se pueda sostener que el Tribunal afirma haber visto algo que no vio. De haberlo hecho, además de haber perdido la imparcialidad, su decisión podría ser abarcada

por diversos tipos penales. Por lo expuesto he de rechazar la osada postura de la defensa en este aspecto.

Además, si de lo que se trataba era de probar que los imputados sabían que M. estaba en la despensa, también se demostró que C. y M. pasaron por frente la despensa y subieron por la calle de la L. y de allí regresaron y estacionaron el vehículo casi en frente del local comercial. El grupo de los imputados sabía que M. andaba con C. en esa camioneta porque unas horas previas se encontraron en el río.

En consecuencia, por cualquiera de estas circunstancias apuntadas, es posible inferir que ellos cuando bajaron sabían que estaba M. con quien habían tenido problemas. Sin embargo, al descartarse la premeditación, como lo he mencionado, este dato se torna irrelevante.

Dicho esto, resta señalar que distinta será la respuesta en cuanto a la participación de D. A.. Se incorporó al debate la declaración prestada por el nombrado el día de la audiencia de control de la detención, el 16 de enero de 203 7. Entonces fue el único que pidió declarar y dijo "A mí no me arrestaron, fui y me entregué sólo en la comisaría. Yo andaba en el grupo. Pero en ningún momento actué. Bajé y subí con el grupo. Pero yo no llevé armas ni provoqué golpes. Los testigos que estaban ahí me vieron que me quedé en un costado". Luego, en el juicio, al final de producirse la prueba testimonial sostuvo: "Si bien declaré en audiencia anterior, declaré porque estaba asesorado por otro abogado. Un abogado público que me dijo que declare al principio lo que declaré. Entonces ahora voy a declarar esto del día del hecho. Que sí, que yo andaba con los chicos, que bajo con los chicos -como dije en mi primera declaración- pero que no alcancé a llegar al lugar ni toco a la víctima. Íbamos a la despensa y yo lo único que hago es ayudar a D. cuando vamos subiendo para arriba. Lo único que hago es ayudarlo a él ¡porque andaba medio aturdido, encima que andaba medio mamado iba aturdido. Lo único que hago es ayudarlo a llegar para arriba, subir y nada más".

Veamos qué dicen los testigos. De los ocho que estaban presentes solo dos de ellos lo vieron. Uno de ellos - C.- dice que lo vio venir y pasar por detrás de la Ranger pero no lo vio pegar. M. dijo que lo vio tirar un botellazo y un par de piedrazos. Los seis (6) restantes - G., los hermanos R., C., S. y S. no lo mencionaron al describir espontáneamente el hecho, como sí lo hicieron con el resto de los imputados, a los que le atribuyeron conductas bien determinadas.

Luego, en su interrogatorio, la Fiscalía sólo le preguntó a S. y a J. R. si estaba D. A. y qué es lo que había hecho. El primero de ellos preguntado por si lo vio a A. en el lugar de los hechos, refirió que sí, y aclaró "que lo vio arriba en la esquina. Andaba con ellos pero se quedó en la esquina. Eran cinco y él se quedó

arriba". Por su parte J. R. dijo que lo conoce, pero él no lo vio en el lugar.

El Juez O'Connor -segundo en el orden de -votación- reconoce que la participación que más complejizó la tarea decisoria fue la de D. A.. Luego de analizar que dijo cada testigo, toma el único testimonio que lo coloca tirando el botellazo y las piedras para tener por probado que fue coautor del hecho y deduce que probablemente se haya ido para arriba y por eso S. lo ve en la esquina y que J. R. no lo vio porque cuando comenzó la agresión estaba dentro del local. Sin embargo, nada dice de porque los otros cuatro testigos no lo mencionan espontáneamente como si lo hicieron con el resto de los imputados respecto de los cuales describieron cual había sido la actividad que habían desplegado.

La Jueza Rodríguez dijo que a A. se le atribuyó haber arrojado botellas y piedras, de acuerdo al testimonio de M. M., el que encuentra apoyatura en la declaración de J. R.. Pero recuerdo que J. R. al ser interrogado por la participación de D. A. dijo que lo conoce pero que no lo vio. De modo que existe un error evidente en la valoración y demuestra que si el único sustento era la declaración de J. R., el testimonio de M. queda en soledad respecto de todos los demás testimonios y de la declaración del propio imputado, brindada en el comienzo del proceso.

Por último el Dr. Hernán Dal Verme, afirma que A. se paró delante de la camioneta, cortándole cualquier posibilidad de escape a M. y de allí le arroja una botella y piedras al nombrado. Tal afirmación no encuentra apoyo en ninguno de los testigos, ni siquiera de los reconocen haberlo visto, ni de los que dibujaron un croquis y marcaron la ubicación de cada uno de ellos. Como señalé más arriba sólo uno de ellos lo ve tirando la botella y piedras pero no menciona desde que lugar lo hizo.

Nótese además, que el MPF tampoco describió cual era la conducta de A. en la acusación pública. Simplemente se limitó a señalarlo como parte de un grupo que actuó de manera conjunta, coordinada y premeditadamente, estacionaron el vehículo en la zona denominada "L. L." y desde allí bajaron los seis caminado, portando C. un arma de fuego y al menos P. y L. cuchillos. Se acercaron todos directamente hacia M. y comenzaron a agredirlo con intenciones de darle muerte o al menos representándose esa posibilidad. C. le disparó al menos en dos oportunidades con el arma, P. y L. le propinaron varias estocadas con los cuchillos en diversas partes del cuerpo y el resto lo agredieron con golpes de puños y patadas.

Hemos acordado en la deliberación que la versión traída por el imputado reconociendo su presencia en el lugar pero negando su participación no ha sido desvirtuada por la prueba de cargo, pues como surge de lo expuesto un único testigo le asigna el haber tirado un botellazo y un par de piedrazos; otro dijo haberlo

visto pero no participar; otro no lo mencionó pero al ser interrogado dijo haberlo visto en la esquina; otro no lo mencionó pero al ser preguntado dijo que lo conoce pero no lo vio y los cuatro restantes no lo mencionan espontáneamente ni tampoco fueron interrogados sobre cuál había sido su actividad.

Considero que es más probable que el solitario testimonio de M. M. en cuanto dijo haberlo visto tirar una botella, sea producto de una confusión, así como ha quedado probado que S. se equivoca cuando pone el arma de fuego en manos de P.. Además, S. R. refiere, que vio a P. pegarle a M. con un botellazo.

En definitiva, habiendo el Tribunal descartado la existencia de un plan previo entre los seis que bajaron, la sola circunstancia de haber bajado hacia el lugar de los hechos junto con los que si participaron en el evento delictivo, no resulta suficiente para atribuirle participación alguna en el homicidio de J. M. y en consecuencia corresponde dictar su absolución y disponer su inmediata libertad, en virtud de que se encuentra detenido.

Corresponde analizar seguidamente y de manera concatenada, la cuestión de la calificación legal.

En primer lugar señalo que aquí no hay posibilidad alguna de aplicar la figura atenuada de Homicidio en Riña o en Agresión como pretende la Defensa, toda vez que el artículo 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 quienes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido".

La especialidad de esta figura consiste en no saberse quién fue el autor de las heridas o la muerte -dice Núñez-.

Desde que se sepa quién o quiénes fueron los autores, como ha sucedido en estos actuados, pues ello ha sido probado por el acusador público, el caso especial desaparece y queda el hecho punible sometido a las reglas del homicidio o las lesiones.

Digo, también relacionado con ello, que en ese punto es correcto acudir a la coautoría funcional. Conviene recordar, citando a E. Zaffaroni, que: "... los ejecutores (que el Código Penal Argentino caracteriza como los que tomaren parte en la ejecución del hecho) son los que ejecutan una parte del hecho, haciendo así un aporte al hecho mismo.

El que toma a su cargo una parte de la ejecución hace un aporte necesario, de modo que es autor. Los ejecutores, pues, son coautores por distribución funcional de la empresa criminal. ...Conforme con lo anterior... autores son para el código: (a) los que realizan las conductas típicas en forma individual (autor

individual, cuyo concepto emerge directamente de cada tipo penal), (b) o en forma simultánea (coautores por realización simultánea de la conducta típica por parte de cada uno de ellos), (c) pero también lo son los coautores que llama ejecutores, es decir, los que realizan una parte de la conducta típica, por efecto de un reparto de la ejecución de la empresa criminal, sin que ninguno realice la totalidad de la misma, que sólo realizan todos juntos, por lo que el aporte de cada uno es imprescindible (necesario)..." ("derecho Penal. Parte General", Edit. Ediar, pág. 737).

En igual sentido, señala Santiago Mir Puig que: "...es autor el 'coautor', que realiza una parte 'necesaria' de la ejecución del plan global (dominio funcional del hecho), aunque no sea un acto típico en sentido estricto, pero participando en todo caso de la común resolución delictiva... sólo son autores aquellos causantes del hecho imputable a quienes puede atribuirse la 'pertenencia', exclusiva o compartida, del delito; … el delito pertenecerá como autor a aquel o aquellos que... aparezcan como 'protagonistas' del mismo, como 'sujetos principales' de su Realización ... El sujeto principal del hecho a veces... se limita a ejecutar sólo una parte de la ejecución o incluso a aportar una contribución no típica en sentido literal, pero sí fundamental en la realización del plan (coautoría). ...La pertenencia del hecho se comparte por quienes se distribuyen partes esenciales del plan global de ejecución del delito..." ("Derecho Penal. Parte General", 6° Edición, editorial Reppertor, págs. 36 5/366).

Y además "...La coautoría funcional presupone un aspecto subjetivo y otro aspecto objetivo. El primero es la 'decisión común al hecho' y el segundo es la ejecución de esta decisión mediante división del trabajo'..." (Obra cit., págs. 752/753).

No se trata de utilizar una teoría dogmática como un inadmisible salvoconducto para solucionar un problema netamente probatorio. En el caso, como dijera, sabemos que fue lo que hizo cada uno de los cinco integrantes del grupo.

De acuerdo a ello, todos son coautores. En primer término C. tuvo a su cargo la tarea de disuadir la posible intervención del resto de las personas que estaban en el lugar y así permitir que L., P. y los hermanos M. actuaran sobre seguro y pudieran llevar adelante el ataque violento hacia M., mediante golpes de puños y patadas y puñaladas múltiples. No es menor que se haya retirado del lugar recién cuando M. quedó tirado en el piso apuñalado sin posibilidad alguna de repeler el ataque, que acto seguido continuaron los hermanos M..

En este aspecto, solo me resta decir que la circunstancia que el Tribunal de Juicio haya descartado el homicidio premeditado -figura agravada que requiere el cumplimiento de una serie de requisitos que no tuvieron por acreditados con la certeza que requiere una sentencia condenatoria- no significa que no haya existido

al momento de ejecutar el hecho un acuerdo espontáneo de voluntades para cometer el ilícito enrostrado.

VI) Por último, con relación al agravante genérico del uso de arma de fuego, previsto en el art. 41 bis del Código Penal, que la defensa pretende no se aplique al caso, he de mantener mi postura en el sentido contrario, en línea con la doctrina del Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia en ese mismo sentido, cuyos fallos han sido mencionados por el Tribunal de Juicio.

La figura prevista en el art. 41 bis CP ha sido correctamente interpretada y aplicada al caso. Ello es así en la medida en que esa consecuencia jurídica obedece adecuadamente a la intención del legislador de calificar aquellas acciones emprendidas por el sujeto activo mediante el empleo de un dispositivo que posee mayor poder ofensivo que otros, lo que no resulta irrazonable puesto que, evidentemente, pudo haber considerado que aunque el resultado final de muerte sea el mismo, no es igual usar un arma de fuego -que aumenta sustancialmente el poder ofensivo del autor, además del peligro que genera- que utilizar cualquier otro medio, y de allí la razón del agravante por el mayor contenido de injusto del hecho.

La aplicación de ese elemento normativo objetivo es procedente, además, porque como claramente se estableció en él segundo párrafo de la norma criticada, no se aplica en aquellos casos en los que el empleo del arma se encuentra previsto como componente constitutivo del delito que agrava -como ocurre en el caso del robo perpetrado con arma de- fuego, que califica la figura básica (arts. 164 y 166, inc. 2, párr. 2, CP). Eso es, precisamente, lo que permite descartar que se trate de un supuesto de doble valoración.

Además, la incorporación del art. 41 bis al Código Penal (cf. Ley n° 25.297, B.O. : 22/9/2000), aumentando sensiblemente las penas de los delitos cometidos con armas de fuego, resulta una cuestión de política criminal que intenta enfrentar un problema específico dado por la gran cantidad de armas en circulación y la preocupación por la seguridad común (cf. antecedentes parlamentarios) . Y esa es una función o facultad del legislador que debe ser respetada en tanto no contravenga principios fundamentales, lo que no ocurre en el caso por lo que se mencionó párrafos más arriba.

Tal es la razón de ser del agravante, considerada por el legislador, y al margen de su crítica y de la jurisprudencia y doctrina invocadas, la defensa no ha impetrado su inconstitucionalidad, de modo que su pretensión debe ser rechazada.

VII) El último agravio de la defensa está dirigido a obtener la reducción de la pena que le fuera impuesta a los imputados condenados. Los hermanos C.-L. fueron condenados a la pena de 22 años de prisión, P. a la pena de 20 años de prisión y los hermanos M. a la pena de 18 años de prisión.

Advierto que el Tribunal de juicio por unanimidad consideró como agravantes aplicables a todos los imputados por igual el ataque sorpresivo, la pluralidad de personas, la multiplicidad de lesiones, el uso de dos armas blancas, todo lo cual colocó a la víctima que se hallaba en estado de ebriedad y desarmada en una situación de extrema indefensión.

En cuanto a los agravantes individuales conforme la conducta desplegada por cada uno de ellos, entiendo correcto la decisión del Tribunal de discriminar entre los dos que usaron armas blancas -L. y P.- de los que pegaron puños y pagadas -los hermanos M.-, También comparto con los Jueces de grado, que respecto de estos últimos pesa en su contra el haber golpeado a la víctima cuando esta yacía en el suelo y el móvil - esto es vengar la golpiza que M. le habría propinado a su padre-, dos circunstancias que han sido relatadas de manera unánime por todos los testigos presentes.

Sin embargo, advierto un error en la sentencia al endilgarle a C., sólo al mensurar la pena, el haberse "sumado" a la golpiza, cuando ello no quedó probado y fue mencionado al pasar por uno solo de los testigos contraponiéndose dicha declaración, en este aspecto, con el resto de los testimonios, que únicamente le atribuyeron el haber realizado los disparos con el arma de fuego y el haberse mantenido distante pero con una postura intimidante. Consecuentemente, lo expuesto deberá operar a favor del imputado al establecerse el quantum punitivo.

En cuanto a los atenuantes, el Tribunal ha considerado la falta de antecedentes penales y en el caso de P. su juventud -20 años-. Más allá de coincidir plenamente con ello he de señalar que la juventud también debe sopesarse en favor de R. M., que al momento del hecho tenía 21 años de edad.

Verificado ello, hemos considerado en la deliberación que, en virtud de los principios de resocialización, proporcionalidad y razonabilidad, corresponde reducir las penas, de los cinco imputados,

Simplemente he de mencionar que la idea de proporcionalidad no sólo es necesaria para limitar las medidas de seguridad, sino también para graduar las penas, por lo que ha de erigirse en principio general de todo el Derecho Penal. En la fase judicial de la determinación de la pena, junto a la prevención especial, interviene la idea de proporcionalidad que alude a, v.gr., las circunstancias personales del delincuente, de obligada apreciación. (Cfr. MIR PUIG., S. Derecho penal. Parte General, Reppertor, Barcelona, 1999, ps. 69 y 100).

En el caso, la circunstancia de tratarse de delincuentes primarios debe impactar en el monto punitivo, pues es una circunstancia a considerar en punto a la prevención especial y de la que se infiere que el tiempo de encierro ha de ser menor.

En definitiva, hemos coincidido en establecerlas en doce años a J. C., por

su menor participación y porque lo más grave de su conducta fue el uso de arma de fuego para persuadir que el resto de las personas en el lugar no participara y ello ya se encuentra valorado en el agravante genérico. Además consideramos que se debe equiparar la pena de P. y R. M., en catorce años de prisión por operar a favor de ambos su juventud y en dieciséis años de prisión la pena para S. J. M. y para D. A. L..

VIII) En cuanto a los honorarios profesionales del Dr. S. corresponde regularlos en un 25 por ciento de los fijados en el punto III) de la sentencia de grado. En este aspecto he de recomendar, nuevamente, al Defensor Particular que en lo sucesivo, deberá repasar el escrito que contiene la impugnación ordinaria, pues se advierte que el mismo presenta diferentes párrafos que no se ajustan al caso de autos y que dificultan su lectura y comprensión, todo lo cual se enmarca en la responsabilidad profesional que le cabe por el cargo que ostenta. Así voto.

La jueza García dijo:

1-El defensor en el primer agravio solicita la nulidad del juicio por la suspensión del debate por más de diez días.

Es un planteo similar al que realizó el Dr. G., en la causa caratulada: PCIA. DEL CHUBUT c/ C., R. (NIC 2567 NUF17491), y es válido lo que dije en esa oportunidad: es claro y no necesita más explicación que el art. 316 del C.P.P. se refiere a los casos de continuidad, suspensión e interrupción de la audiencia del debate que establece el art. 313 del C.P.P. y están en juego la capacidad de atención, la posibilidad de recordar todas las circunstancias puestas en escena y el principio de inmediación.

Es muy distinta la separación del juicio en dos etapas, en la cesura se discute la pena justa a imponer en base a lo que ya quedó plasmado en la sentencia de responsabilidad y que no se puede modificar. Es más, nuestra jurisprudencia avalada por el STJ, desde que se implementó el nuevo código ni siquiera exige que sean los mismos jueces, desde el caso C., E., como consecuencia del reenvío.

Las partes en sus alegatos son las que van a refrescar la gravedad de los hechos que se tuvieron por probados, el grado de participación que tuvo cada uno de los imputados, el grado de culpabilidad medido como grado de reproche que mereció la conducta realizada, que se tiene en cuenta para ponderar la pena.

En consecuencia no hay afectación al derecho de defensa ni al debido proceso, como principios básicos.

Es verdad, que interesa que la audiencia de cesura se realice con premura, lo antes posible, porque está corriendo el plazo de tres años para concluir el proceso y las demoras son tiempos muertos.

Esta postura fue confirmada por el Superior Tribunal de Justicia.

Este agravio debe ser rechazado sin más.

2- Como segundo agravio sostiene que la sentencia es arbitraria por violación a las reglas de la valoración de las pruebas.

A fin de responder tendré en cuenta las declaraciones de los imputados y las contrastare con las declaraciones de los testigos:

J. D. C. dijo que bajaron a comprar cerveza a S. C., la camioneta estaba ahí abajo estacionada y los muchachos estaban sentados, M. lo atacó a su hermano D. L. y él se defendió con la botella, le largó un botellazo, levantaron a su hermano, lo llevó hasta el auto y de ahí a su casa.

Sin embargo esta versión ha quedado descartada, por la declaración de los testigos: L. A. C., al que le dicen L. Z., dijo que el del medio, indicando a C., pasó por delante de la camioneta y vio que mete la mano en la cintura y luego siente un disparo.

J. A. G., dijo que escuchó dos disparos, el que tenía el arma es el que le dicen Pelado y señaló a C..

J. G. R., dijo que estaba adentro del negocio S. C. escuchó dos tiros, pero no supo quién los tiró, en principio pensó que eran petardos.

F. C., al que le dicen Caño, dijo que los vio a todos que venían de arriba de un momento para otro y se armó el problema. Se retiró enseguida no alcanzó a ver nada, escuchó el disparo.

M. M., dijo que vio que venían bajando seis tipos, los seis que están en la sala, al llegar lo primero que hicieron fue disparar con un arma de fuego, fue D. P., el del Falcón, el de la esquina. Vio también dos cuchillos uno lo tenía H. P. y el otro J. C. (se equivoca de nombre señala a J. C. como el que tenía el arma y D. L. es el del cuchillo).

S. R. R., dijo que cuando llegaron uno saco un fierro y largó un disparo, fue L., pero señala a C., después atacaron todos juntos, pero el que tenía el arma se alejó un poco y miraba, a ver si alguno de nosotros reaccionaba, el del arma se alejó, pero como ninguno reaccionaba se sumó a pegarle.

B. R. S., dijo que venían de arriba los seis que están en la sala, que D. L. pegó dos tiros y ahí le empezaron a pegar todos, señala a C..

S. S., dijo que cuando bajaron largaron un tiro al lado de él y se agachó, señaló a P. como el que tenía el arma.

En conclusión, la prueba de cargo contra J. C. fue bien valorada, su versión quedó descartada por la versión de los testigos y es el que efectuó los disparos con arma de fuego, aunque algunos confunden el nombre. Sin embargo la prueba no es suficiente, para afirmar que después participó de la golpiza, como dijo R. sin poder precisar que hizo.

El imputado D. A. L., dijo que salió M. y le caga una piña y ahí su compañero se trenzó, después vino uno y lo llevó para arriba.

Es medio hermano de J. C. y muy parecido físicamente.

J. R., dijo que vio a H. (por P.) y a J. (pero señala a D. L.) con cuchillo y lo estaban apuñalando a J. M..

M. M., dijo que de repente sacaron unos cuchillos, no eran cuchillos para cortar papas, eran unos grandes, uno lo tenía H. P. y el otro J. C., se equivoca es D. L..

S. R. dijo que vio a L., el de remera negra, con un cuchillo acometiendo a la víctima.

S. S., dijo que si bien no lo conoce por el nombre, señaló a D. L., como el que tenía un cuchillo.

Los testigos G. y S. no lo mencionan, C. no vio que hizo y C. se fue antes.

En conclusión su versión quedó descartada, M. no inició ninguna pelea, no le quedó ninguna marca de la trompada que dice haber recibido y los testimonios fueron correctamente valorados y son prueba suficiente para tener por acreditado que D. A. L. tenía un cuchillo y fue el que le dio puñaladas a la víctima.

El imputado H. R. P., dijo que los encararon todos, que M. le dijo que lo iba a matar a él y a sus hijos, se volvió a casa.

El testigo L. C. dijo que lo escuchó pegar un grito a J. y lo vio a P. pegándole una puñalada.

J. G., dijo que después de los disparos, fue P. el que le pegó la puñalada y ahí cayó M.

J. R., dijo que cuando salió del negocio vio a H. y d J. C. (lo confunde con D. L.) con cuchillos y lo estaban apuñalando a J..

M. M. dijo que vio dos cuchillos uno lo tenía H. P. y el otro J. C. (lo confunde con D. L.)

B. S. recordó que lo vio a H. P. con un cuchillo en sus manos.

S. R. lo vio pegando con una botella y S. S., lo vio con el arma de fuego.

Quedó probado que después de los disparos el grupo que estaba con M. se quedó inmóvil, no participaron en nada. En este caso la prueba de cargo es suficiente para tener por probado que H. R. P. integraba el grupo que atacó y con cuchillo apuñaló a M. y todos los testigos son contestes en que no hubo pelea previa, que vinieron derecho a pegarle a J., quien no pudo hacer nada, por lo que su versión quedó descartada.

S. J. M. dijo que venía con su hermano desde su casa, que bajaban y vieron un grupo de gente, pero que no alcanzaron a llegar, se enteraron en la Comisaría de lo que había pasado.

R. M. M., dijo que estaba en su casa en la calle Choique X, que fue su hermano a buscarlo y bajaban, cuando llegaron a la tranquera vieron el desparramo y se volvieron.

Sin embargo los testigos L. C., J. G., J. R., M. M., S. R., S. S. y B. S., todos coinciden que cuando M. cayó lo patearon S. y M. M. y le decían "te vamos a hacer cagar hijo de puta, vos le pegastes a mi papá. Y que después se fueron todos juntos para arriba.

Además la testigo G. D. S., testigo de la defensa que vive en La L. en A. P. Justo y Pasaje Roberts, vio el Falcón rojo con la música alta y a todos los imputados en la esquina, después cuando se fue el Falcón ya no los vio porque estaba atendiendo a su hija. Y el Do. R. E. H., que fue en la ambulancia y lo atendió a M. en la guardia, dijo que tenía numerosas heridas de arma blanca en dorso y zona lumbar y traumatismos en cráneo y cara.

Las testigos de la Defensa G. P. R., es la concubina de M. M. e I. H., es hermana de los M. y de A. por parte de madre, dijeron que ese día estaban en la casa de M., que llegó una tía de G., que a las 8,30 bajaron a comprar al S. C. y volvieron a cocinar, después llegó S. y le pidió a M. que le compre algunas cosas a crédito y bajaron y comieron todos juntos, se enteraron al día siguiente porque la policía los fue a buscar a la casa de los padres de M..

Esto bien pudo ocurrir antes o después y no alcanza para desvirtuar la versión de los testigos, que coincide con G. D. S..

Por lo que llego a la conclusión, que la prueba de cargo contra los hermanos M. es abrumadora y son los que expresan el motivo de la golpiza.

El imputado D. A. A., fue el único que declaró en la audiencia de apertura, y en esa oportunidad dijo que bajó y subió con el grupo, que no llevó armas y en ningún momento actuó, que los testigos lo vieron que se quedó a un costado.

Y en el juicio dijo que lo que declaró antes fue por consejo de la abogada de la defensa pública y agregó que el andaba con los chicos, se bajó con ellos, pero no llego hasta el lugar y no tocó a la víctima, que ayudo a D. L cuando iban subiendo porque andaba medio aturdido, mamado.

L. C. dijo que lo vio venir, pasar por detrás de la camioneta y después no lo vio golpear ni hacer nada.

J. R., lo conoce a A. pero no lo vio, sólo vio a cuatro, cuando salió de la despensa.

M. M., dijo que el del Falcón rojo fue el que hizo los disparos, después D. A. le largó un botellazo y unos piedrazos y lo arrinconaron a M. contra la ventana. S. R. R. lo vio a P. que le tiró un botellazo. Los otros testigos no lo mencionan ni fueron preguntados por la actuación de A..

Al respecto la prueba es insuficiente para descartar la versión del imputado, que bajó con ellos pero se quedó a un costado, no participó del acuerdo o desistió. Por lo que debe ser absuelto por la duda. Así lo voto.

3- Como tercer agravio, sostiene que no corresponde aplicar la teoría de la coautoría funcional, que no es homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego sino homicidio en riña o en agresión, que no se sabe quién fue el autor de la estocada mortal.

Que no se debe aplicar la agravante genérica del 41 bis del C. Penal.

Con relación a la autoría, tengo presente que los jueces descartaron el homicidio agravado del art. 80 inc 6 del C. Penal por considerar que existen dudas sobre la existencia de un acuerdo premeditado para matar de esa manera, pero ello no quita que al bajar todos juntos y que al ver que el resto del grupo no estaba dispuesto a intervenir por el efecto disuasorio de los tiros de J. C., decidieron atacar J. M., rodeándolo unos por delante de la camioneta, otros por detrás, atacándolo con cuchillos P. y L., S. y M. M. a patadas para vengarse porque M. le había pegado al padre de los M., integran un grupo que estaban al tanto del conflicto no resuelto entre los M. y M., P. es vecino de M. M. y amigo de D.

L., que es hermano de C. y se juntaban en la L. a tomar Cerveza. Todos hacen algo y el resultado esperado era obvio y así lo reconoció P. en el mensaje de texto enviado a su novia o pareja, "me mandé pera cagada, parece que nata a M.". La secuencia de los hechos muestra un claro caso de coautoría, integran un grupo que se juntaba toman en la L., tienen un móvil común y se reparten tareas al momento de atacar.

La calificación legal seleccionada por el tribunal de juicio homicidio simple con autoría plural es la correcta, no corresponde la calificación como homicidio en riña, porque no existió una pelea de todos contra todos, ni la de homicidio en agresión, ya que quedó perfectamente individualizado que hizo cada uno. "Ya que la primera condición negativa para que se aplique el art. 95 del C. Penal es que no conste quienes causaron la muerte o las lesiones, es preciso agotar la consideración de la autoría de uno o varios partícipes para ello debe descartarse de esta calificación todo caso en el cual la muerte o las lesiones sea la obra común de varios. (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala 2 1/12/97 Garín, F. C. y otros ídem 18/5/2005. Citados en Romero Villanueva, Código Penal de la Nación, anotado, Ed. Abeledo Perrot)".

El art. 41 bis incorpora una agravante genérica, objetiva, cuando se utiliza un arma de fuego por considerar que implica una mayor ofensividad en la violencia o intimidación desplegada en el hecho. Nuestro Superior Tribunal de Justicia ha mantenido hasta la fecha la doctrina de que es aplicable al homicidio y que no es

inconstitucional, desde el caso: "D., D. A. s/ homicidio simple" (Expediente N° 20.083-D-2005) Año 2006. En el voto del Dr. Panizzi por la mayoría dice que: No hay dudas de que en todo homicidio el bien jurídico protegido es la vida. Pero es obvio que este bien puede afectarse por acciones muy diversas, en las que la culpabilidad es mayor o menor en su intensidad. En el hecho, para dar muerte a la víctima, D. empleó un arma de fuego -en sentido estricto-.

La agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal se atribuye al tipo que pueda ser consumado mediante violencia o intimidación. Es evidente que el tipo que establece el delito de homicidio admite esa forma consumativa y en el caso concreto así lo consideró el tribunal de juicio. El legislador ha concebido la idea de que un delito cometido con arma de fuego aumenta la culpabilidad del autor debido al mayor poder vulnerante del medio empleado para ejercer violencia o intimidación contra las personas. De modo que, según el Código Penal argentino matar con un arma de fuego implica, para el agente, una mayor medida de culpabilidad que hacerlo sin ella (con arma blanca o con las manos) aun cuando el bien jurídico protegido sea el mismo. Dicho de otro modo, en ambos casos el bien jurídico protegido es equivalente, la culpabilidad del autor, no. De manera que no hay desigualdad ya que los supuestos de hecho son diversos; por lo tanto, rechazo el planteo de inconstitucionalidad incoado por la defensa del acusado.

Lo reafirmó con la integración actual en el caso: «C., J. psa de tentativa de homicidio r/ víctima C., J. A. -TW-» (Expediente N°100219 - Folio 1 - Año 2016 - Carpeta Judicial N°6156).

Por otro lado, en este caso concreto los disparos efectuados por J. C. al inicio sirvieron para dejar paralizados, en estado de shock, al numeroso grupo que compartía cervezas con la víctima, por lo que la agravante procede de todas maneras.

Por ello, estos agravios deben ser rechazados por improcedentes.

4- Como cuarto agravio se queja de la pena por excesiva, han utilizado él legajo fiscal 37791 PCIA DEL CHUBUT c/ A., C., archivado para sostener que es un grupo violento. No tiene en cuenta los fines de resocialización.

Tengo en cuenta que la escala penal tiene un mínimo de diez años y ocho meses y un máximo de treinta y tres años y cuatro meses.

Comparto las agravantes genéricas que los jueces valoraron como naturaleza del hecho o gravedad del injusto, fue un hecho grave por la cantidad de autores, por la indefensión de la víctima, por la excesiva violencia injustificada, por el motivo de venganza por un hecho menor, y por la utilización de dos armas más, dos cuchillos. Con la salvedad que si ya está agravado por la utilización de un arma de fuego, la incidencia del uso de armas blancas tiene que ser mesurada y que se

aprovecharon de la indefensión de la víctima pero el ataque no fue sorpresivo porque le avisaran a M. que venían bajando sus enemigos.

Además considero atenuante común, la falta de antecedentes, son delincuentes primarios, que tendrán ahora el primer contacto con el régimen penitenciario y a los fines de la prevención especial, se espera una resocialización posible en menos años de cárcel.

En cuanto al reproche por culpabilidad es pleno, ya que sabían lo que hacían, estaban en condiciones de conducirse conforme la norma que prohíbe matar a otro y entre todas las alternativas posibles eligieron la peor, sin embargo no funciona como agravante, permite en este caso, disminuir el reproche y ajustar la pena al menor grado de culpabilidad para H. P. y R. M. M., por su juventud, P. tenía 20 años y M. M. 21, ya que la experiencia indica que a esas edades los jóvenes, llevan a cabo conductas impulsivas, muy violentas, sin medir las consecuencias, por la falta de reflexión que te da la madurez.

También considero que a J. C. hay que bajarle la pena, ya que no tuvimos probado que se haya sumado a la golpiza, su participación fue amedrantar y parar al grupo para que no intervenga en defensa de M. y que la intervención de los hermanos M. no es menos reprochable que la de L. y P., ya estaba M. herido de gravedad, sangrando profusamente, tirado en la vereda y lo rematan a patadas.

Por todo ello comparto los montos que propuso la Dra. Estefanía en el primer voto, para J. D. C. 12 años de prisión, para D. A. L. y S. J. M. 16 años de prisión y para H. R. P.y R. M. M., 14 años de prisión. Así lo voto.

5- En cuanto a los honorarios del Dr. D. S. por su actuación en la alzada, por la calidad del escrito recursivo y resultado obtenido, corresponde fijar los mismos en el 25% de lo regulado en primera instancia, los que se declaran a cargo de los condenados. Así lo voto.

A la cuestión planteada el Dr. MÜLLER dijo:

I.- Con la finalidad de evitar repeticiones innecesarias me remito a la completa reseña efectuada por la Juez Estefanía en razón de contener los antecedentes fundamentales de lo actuado en la presente etapa de impugnación, y dado que el impugnante cuestiona la validez de la sentencia corresponde ingresar a su tratamiento en virtud de los alcances qué puede tener una decisión que recepte el planteo.-

1.- Inicialmente la Defensa se agravia en razón de la existencia de dos sentencias que componen la respuesta jurisdiccional, ya que entre el dictado de la primera en que fue declarada la responsabilidad penal de sus asistidos y la se funda en la que se les impuso pena, se venció el plazo máximo de diez días previsto en el art. 316 del C.P.P. para la suspensión del juicio y que ello afecta los principios de

concentración, celeridad, simplificación e inmediación que establece el art. 3 del mismo cuerpo legal, constituyendo un motivo absoluto de impugnación formal (art. 376 ínc. 4°).-

La separación del juicio en etapas se encuentra prevista en la normativa procesal en el art. 304, la primera tiene por finalidad arribar al veredicto de culpabilidad o inocencia para luego ingresar, en caso de declararse la responsabilidad penal, a la graduación de la pena con la posibilidad de ofrecer nueva prueba a dichos fines.-

Entonces la separación del juicio en etapas en los casos de tribunales colegiados es una práctica que impone el ritual, pero no es determinante en cuanto que la respuesta se integre en dos sentencias y los tiempos entre una y otra etapa. Sin ahondar en los motivos a los que responde esa separación y que resulta frecuente en la práctica de los Tribunales de esta circunscripción judicial y la de Sarmiento, no se advierte que se haya conculcado derecho alguno de los imputados, aunque ciertamente desde mi óptica no es lo deseable ni lo querido por el legislador, máxime atendiendo aquellos principios mencionados por el recurrente, a excepción del de inmediación puesto que en el caso que se observa que han sido los mismos jueces y partes de los que han intervenido en las dos etapas del juicio.

Más allá de estas consideraciones el impugnante no detalla de qué forma se vieron afectados derechos de los imputados e indudablemente ello obedece a que no se ha producido, ni se ha visto obturado el ejercicio de los mismos. –

Sobre el particular resulta válido el precedente del Superior Tribunal de Justicia traído por el Fiscal al responder el agravio en el que, ante un planteo similar, ha dicho: "...que el recurrente no ha demostrado el efectivo perjuicio causado por el vicio que acusa, uno de los ingredientes esenciales de la fórmula que hace operativa la sanción de nulidad. Hemos dicho sin contradicción que las condiciones para decidirla- excepcionales y taxativas- son: la conducta procesal que una norma prevé y sanciona y la concreta afectación de derechos. Ello permite enunciar, rápidamente, dos oraciones sintetizadoras: a. no hay nulidad sin texto, b. no hay nulidad sin agravio concreto." (Cfme. voto del Dr. Jorge Pfleger, sentencia N° 006/2017, autos:"Pcia. del Chubut c/ C., R. s/ Impugnación" Expediente N° 100134 - F° 1 - Año 2016 - Letra "P" - Carpeta Judicial N°2567).-

A ello debemos sumarle que la Defensa al ser informada de la fecha en que el Tribunal llevaría adelante la cesura no lo objetó y pudo ejercer el derecho a ofrecer y producir prueba, como así también contó con mayor tiempo para formular el recurso.-

Puedo así afirmar que la situación descripta no constituye un vicio que pueda afectar la validez del acto atacado, pues todo ello debe encaminarse en función de

la trascendencia que el pretenso vicio presenta respecto de la garantía de defensa en juicio, por ello es que corresponde el rechazo de la nulidad articulada por la defensa y así voto. -

2.- El segundo agravio planteado por el recurrente estriba en la arbitrariedad de la sentencia a consecuencia de la errónea valoración de la prueba atinente a establecer la existencia del hecho, las circunstancias en que se produjo y la intervención que cupo a cada uno de sus asistidos. -

a.- Queda claro que los jueces del tribunal han tenido por acreditada la materialidad del hecho siguiendo los lineamientos de la acusación, aunque con alguna diferencia en relación a la intervención de uno de los imputados, y para dar respuesta a las Críticas del impugnante considero útil reproducirlo y para ello tomo el prolijo sufragio del Dr. 0' Connor.-

Concluye que el 11 de enero de 2017, a las 21:00Hs. los seis acusados se encontraban en la esquina del Pasaje Choique y Pasaje Roberts, esquina conocida como "L. L.". Que desde dicho lugar observaron descender la camioneta de L. C. en la que también circulaba J. M. y que se detuvieron al costado de la despensa S. C. sita en la intersección de Pje. Choique y Pje. Mara, descendiendo para quedarse bebiendo con otras personas que se hallaban en el lugar. Fue así que los acusados tomaron la determinación de bajar hacia la despensa con intenciones de agredir a M.. C. lo hizo con un arma de fuego, L. y P. con cuchillos y los demás sin armas. Al llegar al lugar C. extrajo el arma y efectuó dos disparos que intimidaron a los presentes quienes se apartaron quedando M. comenzando la agresión; P. y L. le propinaron varias estocadas (21) en diversas partes del cuerpo, al caer la víctima los hermanos M. continuaron la agresión mediante golpes y patadas, quedando tendida en el lugar con una gran pérdida de sangre, produciéndole un shock hipovolémico y finalmente la muerte horas después en el Hospital Zonal de Esquel, precisando la Fiscal en la acusación que la muerte de M. fue a causa de hemorragia interna y externa por compromiso vascular, visceral y muscular secundario a multiplicidad de heridas punzo- cortantes.-

Vale aquí detenernos ya que no extraigo de la acusación un relato claro y preciso respecto a la intervención de A. en el hecho, señalando solo que luego de los disparos efectuados por C. y las puntadas con arma blanca propinadas por P. y L., los demás agredieron con golpes de puños y patadas, en tanto los jueces sostienen que la intervención de A. consistió en arrojar piedras y botellas sin explicar en qué momento lo hizo o si hicieron blanco en la humanidad de la víctima.-

Desde luego ello importa al más elemental análisis una alteración de la imputación que afecta la congruencia que necesariamente debe existir entre el hecho atribuido por el órgano acusados y el declarado por los jueces del Tribunal

de Juicio en la sentencia, pero ello indudablemente ha obedecido a la insuficiencia de la prueba dirigida a establecer la efectiva intervención del imputado en la agresión física a la víctima y cuales han sido las acciones puntuales desplegadas, por lo que adelantando opinión corresponde apartarlo de los cargos que se le formularon con la correspondiente absolución

b.- El caudal probatorio fue importante, no obstante en el contexto en que se produce el incidente hace comprensibles algunas imprecisiones como la señalada en el punto anterior y a las que me he de referir seguidamente.-

El Sr. Defensor de Confianza enfatiza sobre algunas contradicciones que entiende incurrieron los testigos y que no fueron atendidas por los jueces del Tribunal. Sobre el punto considero que resultan poco comprensibles estas observaciones puesto que no detalló el recurrente como debieron ponderarse y a que conclusión podrían derivar las mismas, sobre la base que no se encuentra cuestionada de modo serio y concreto la presencia de los seis imputados en el lugar y que llegaron desde la parte alta, más allá si se podía apreciar desde la esquina de Pje. Choique y Pje. Robert las personas que se hallaban en la despensa, máxime que el Tribunal descartó la agravante del art. 80 inc. 6to. del C.P., pues ese aspecto tuvo relevancia para el Ministerio Público Fiscal a fin de elaborar tal hipótesis, que en definitiva no prosperó.-

Al momento de los hechos se encontraban presentes ocho personas, S. y J. R., M., C., G.,C., S. y S., de los cuales solo C. resultaba amigo de la víctima y la defensa no insinuó parcialidad ni refirió a intereses de los mismos en perjudicar a sus asistidos; estos dieron sus versiones al inicio de la investigación y la mantuvieron en el juicio resultando plenamente coincidentes en los aspectos centrales, aunque cierto es que se extraen algunas diferencias menores como la percepción de la cantidad de personas que integraban el grupo agresor que bajó desde "L. L." en dirección a la despensa, pero afirman que al menos uno efectuó disparos con arma de fuego generando con ello que las personas que se encontraban en el sitio se dispersaran dejando sola a la víctima; cuatro de ellos identifican a C. en tanto los otros, por distintas circunstancias no pudieron apreciar o identificar en su caso al individuo que desplegó esta acción y a ello debe aditarse un indicio cual es un mensaje de texto enviado por C. desde su celular a un tal "Ñ.", que válidamente fue ponderado por los jueces, y no puede escapar a este análisis el reconocimiento del encartado de haber concurrido a la despensa.-Ahora bien en base a tales testimonios se puede extraer que C. desplegó esa sola acción y no otra, quedando algo distante del sitio donde fue agredido M. por otros miembros del grupo, circunstancia más que relevante para el análisis que se impone en relación a las conclusiones del Tribunal respecto a la participación adjudicada y la aplicación

de la agravante del art. 41 bis del C.P., también cuestionadas por el impugnante.-

En forma inmediata comienza la intervención de L. y P. quienes con arma blanca acometen contra la víctima, y sobre el particular el análisis de la prueba producida en el juicio ha sido minuciosa, detallada y correctamente relacionada con otros elementos de pruebas; por otra parte no extraigo críticas a la conclusión en razón que en modo alguno fue cuestionada la presencia de estos dos individuos en el lugar, el acometimiento contra M., el empleo de arma blanca de acuerdo a los testimonios de C., G., J. y S. R., M. y S., más el resultado que arrojó la autopsia realizada por la Dra. M. D. en cuanto detalla las características y cantidad de heridas que presentaba la víctima y las consecuencias que ellas trajeron, siendo la causa determinante de la muerte.-

Luego intervienen de manera directa los hermanos M., cuando ya abatido M. comienzan a golpearlo ferozmente, como remate de semejante agresión con patadas incluso en la cabeza, provocando otras lesiones que también son detalladas en la autopsia. El esforzado defensor sostuvo que sobre el punto los jueces del tribunal incurrieron en contradicciones las que no precisó, y en el análisis de la sentencia no se advierte diferencia alguna siendo absolutamente coincidentes respecto a las acciones que desplegaron los coimputados producto de una correcta ponderación de la abundante prueba que permitió reconstruir el suceso en todos sus tramos. -

Los hermanos M. al ejercer su defensa material sostienen su absoluta ajeneidad en el hecho, señalando que no estaban con sus consortes de causa y que arribaron al lugar luego de producido, lo que fue desvirtuado por los testigos presenciales, incluso resulta valida la atención brindada al testimonio de G. S. en cuanto afirma que previamente estaban todos los imputados en el Falcon estacionado sobre la L. tomando y escuchando música. -

c.- Por último corresponde tratar la situación de A., que como ya señalé, la prueba producida no resulto suficiente para establecer que el nombrado, haya participado de algún modo en la agresión, destacando que desde el inicio del proceso ha manifestado que fue absolutamente ajeno al episodio, reconociendo que si bien se encontraba con los coimputados al bajar hacia la despensa donde se hallaba M., se quedó a un costado sin tomar intervención en la agresión, declaración que mantuvo durante el juicio, no obstante algunas aclaraciones respecto al asesoramiento recibido, pero que concretamente no fue desvirtuada, solo un testigo -M.- que indica que arrojó un botellazo y un par de piedras sin contextualizarlo, en tanto los demás y en razón de los detalles coincidentes en relación a la forma y personas que desplegaron la agresión física, no lo mencionan a A. como partícipe de estas acciones.-

Considero que la valoración de prueba tendiente a acreditar la intervención activa de A. en el hecho no fue correcta, los jueces han adjudicado relevancia al relato del testigo M. pero este no encontró respaldo en otro elemento probatorio, a punto tal que como ya destaque al iniciar mi sufragio culminan alterando los términos de la imputación formulada por la Titular de la Acción que lo ubica golpeando a la víctima junto a los hermanos M. luego de los puntazos asestados por P. y L., lo que desde luego tampoco encontró respaldo, y ello importa una afectación al principio de congruencia; en función de todo ello corresponde acoger parcialmente el recurso y absolver al nombrado, lo que así voto.-

3.- El agravio de mayor trascendencia es el relacionado a la calificación legal escogida por el Tribunal de grado, que en principio descartó la existencia de un plan previo entre los imputados para agredir a la víctima y dar muerte o al menos representarse esa posibilidad. -

I a.- Esta fue la tesis del Ministerio Público Fiscal que sostuvo al momento de formular conclusiones y entiendo pertinente destacar que no parece tan lejana ni infundada incluso ha sido descartada al considerar los jueces de grado que existe otra explicación alternativa -coautoría funcional- en un grado de paridad con la más gravosa -art. 80 inc. 6° C.P,- y que ante un panorama de equilibrio debe primar la de menos entidad merced del principio constitucional del in dubio pro reo (arts. 18 de la CN; 44 C.Ch. y 28 del CPP) –del voto del Dr. Dal Verme-, y proceden así a la construcción de una coautoría funcional -art. 45 CP- que no comparto en todo su desarrollo, discrepando en el proceso deliberativo con mis colegas en relación al grado de intervención adjudicado a J. D. C. y a la aplicación de la agravante del art. 41 bis del CP..-

Ante una pluralidad de autores en un hecho delictivo, necesariamente debe estar presente en cada uno de ellos el dominio del hecho, entendido como su capacidad de contribuir al suceso en cuanto a su existencia y su forma de ser conforme la finalidad perseguida, pero ello puede tener lugar de dos modos distintos, o bien por un dominio funcional del hecho o por un dominio de la acción, generándose así los dos modos de coautoría posibles, la funcional por reparto de tareas y la paralela o concomitante (cfme. me pronunciara en carpeta n° 2947, caratulada "C., G. A. s/Dcia. Robo agravado por uso de arma de fuego r/v auto lavado B.B.", sentencia n° 28/12, de la Oficina Judicial de esta Circunscripción).-

Cada uno de estos modos de imputación plural de la calidad de autor tienen sus presupuestos característicos que necesariamente deben acreditarse para poder afirmar su existencia, entonces si el Tríbunal de grado ha descartado la hipótesis fiscal del homicidio agravado con el concurso premeditado de dos o más personas (art. 80 inc. 6° C.P.) con fundamento en dudas solo relativas a la efectiva existencia

de un acuerdo previo para matar, pero teniendo por acreditado una concurrencia de voluntades, el modo que la conducta de cada imputado ha tenido incidencia causal en las lesiones de la víctima y los elementos subjetivos que permiten considerar los comportamientos de los imputados como un accionar único, no encuentro irregularidad alguna que prive a la sentencia de la necesaria derivación lógica como para considerarla infundada.-

En principio los jueces han tenido en cuenta de acuerdo a la prueba producida los motivos que llevaron a los imputados a actuar contra la víctima, y si bien ello no resulta una exigencia típica es relevante para comprender cuál era el origen de las diferencias que quedaron en evidencia con los hermanos M. y particularmente un incidente horas antes en el Río Percy cuya existencia no fue discutida, incluso reconocida por el amigo de M., el Sr. C., resultando todo ello un indicio más para confirmar la existencia de una concurrencia de voluntades para la realización del hecho y que viene a consolidarse con las acciones que cada uno de ellos desplegó, a las que me he referido en la cuestión anterior y que doy por reproducidas.-

El 'codominio' del suceso importa para cada autor la decisión sobre el tramo por él protagonizado, de modo tal que si este no lo llevara a cabo, el hecho en su totalidad sería de difícil realización, en los términos de la condición "sine qua non", lo que también justifica que el coautor haga parte, pero responda por todo el delito (conf. Righi, Esteban "Derecho penal" Parte General, Ed. Abeledo Perrot, pags. 388/389: Donna, Edgardo "La Autoría y la Participación Criminal", Ed. Rubinzal Culzoni, pags. 42/44; Rusconi, M. "Código Penal comentado dirigido por Baigún y Zaffaroni, Tomo II, pags. 156/159, Ed. Hammurabi, entre oíros).-

En función de todo lo expuesto y confirmando que estamos arte un supuesto de coautoría funcional, no puede prosperar aquel planteo del Defensor de ubicar tales conductas en el delito de Homicidio en Agresión del art. 95 del sustantivo.-

b.- Solo cabe efectuar desde mi óptica un análisis más profundo respecto a la adjudicación del hecho en carácter de coautor a C. y ello también impacta en la aplicación de la agravante genérica del art. 41 bis del C.P., con lo que discrepo y paso a dar fundamentos.-

Quedó definida de acuerdo a la prueba producida que la intervención de C. se limitó a persuadir a las personas presentes en la despensa "S. C." mediante el uso de un arma de fuego efectuando dos disparos, logrando de tal manera que estas se dispersen quedando sola la víctima, para luego actuar L., P. y los hermanos M. desplegando las acciones ya descriptas y como consecuencia la muerte de M..-

C. luego de proceder quedó al margen de la agresión física emprendida por sus compañeros y dicho aporte no lo coloca en la condición de autor desde que no

tuvo incidencia causal en el resultado lesivo, su aporte solo puede considerarse como una cooperación indispensable para la realización del hecho pues no intervino en la brutal agresión y no tuvo el dominio del hecho, por ello considero que resulta partícipe necesario o primario en los términos del art. 45, aunque desde luego la sanción prevista es la misma y su incidencia solo pesa al momento de establecer la dosis de pena, dejando así sentado mi disidencia con mis pares preopinantes.-

c. - En cuanto a la aplicación de la agravante del art. 41 bis del C.P. también he de discrepar con mis colegas en cuanto en este caso puntual no es de aplicación, sin dejar de señalar mi postura ya que considero que dicha agravante es operativa siempre que se cumplan las circunstancias típicas calificantes, siguiendo también la doctrina del Superior Tribunal de Justicia. -

Lo incomprensible es que la víctima fallece por las acciones desplegadas por L. y P. con arma blanca siendo luego brutalmente golpeado por los hermanos M. como remate, pero no por disparos de arma de fuego, que por otra parte jamás se mencionó que fueron efectuados en dirección a persona alguna sino solo para persuadir como acabo de detallar en el punto anterior. El arma de fuego estrictamente no fue empleada para la comisión del delito y ello torna imposible la aplicación de la agravante, tan básico como que no fue el elemento empleado para dar muerte a la víctima o contra terceras personas que se encontraran en condiciones de intervenir en su defensa y que resulta la primer circunstancia típica de la calificante; incluso en el afán de aplicar los jueces de grado la agravante brindan en apoyo jurisprudencia que claramente refuerza lo contrario.-

4.- El último agravio de la defensa está dirigido a la dosis de pena impuesta a sus asistidos sosteniendo que resultan excesivas.-

En razón que la mayoría se ha inclinado por la aplicación el art. 41 bis CP, debo atenerme a dicha escala penal resultando el mínimo 10 años y 8 meses de prisión.-

Como adelantara, en líneas generales compartimos con el impugnante que los montos de pena privativa de libertad no se ajustan a los principios de culpabilidad y proporcionalidad correspondiendo una sensible disminución.-

En cuanto a la pautas agravantes atendidas por el aquo si bien resultan válidas y han considerado las acciones que cada uno desplegó; en el caso de C. aditan una circunstancia no acreditada como "sumarse a la golpiza" cuando no lo hizo, lo que debe descartarse de plano pues resulta hasta contradictorio y en lo puntual su injerencia fue considerablemente de menor intensidad, y al momento de sopesarlas con las atenuantes no han mantenido el equilibrio exigible.-

Hemos considerado que las atenuantes debieron tener mayor peso, en particular la edad y la falta de antecedentes coincidiendo con los montos propuestos

en el acuerdo que importan la necesaria readecuación de la dosis de pena y así voto.

Finalmente, en torno a los honorarios del Dr. D. S. por su actuación en la alzada, adhiero al voto de mis colegas preopinantes, correspondiendo fijar los mismos en el 125% de lo regulado en primera instancia, los que quedan a caigo de los condenados.

Por todo ello, la Excma. Cámara en lo Penal del Noroeste del Chubut, con asiento en la ciudad de Esquel, por mayoría y con la disidencia parcial del Dr. Guillermo Alberto Müller,

RESUELVE:

1) Hacer lugar parcialmente a la impugnación ordinaria puesta por el señor Defensor Particular Dr. D. S. y confirmar parcialmente la sentencia de condena de R. M. M., S. J. M., J. D. C., D. A. L. y H. R. P., cuyos datos se detallan ut-infra, dictada por el Tribunal de Juicio integrado por los Dres. Hernán Dal Verme Anabel Rodríguez y Martin O'Connor, el día 9 de febrero de 2018, registrada con el Nro. 181-2018, por el hecho ocurrido el 14 de enero de 2017, en perjuicio J. M., por el delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego (Art. 45, 41 bis y 79 del Código Penal), con más las accesorias legales y costas del proceso (arts. 29, inc. 3° del Código Penal y 239 y 241 y ccdtes. del CPP).

2) ABSOLVER a D. A. A., DNI X, argentino, nacido en Esquel - Chubut, el 20 de noviembre de 1981, hijo de E. y de E. H., estudios primarios completos, soltero, albañil y domiciliado en Pasaje Avutarda N° X del Barrio Estación de Esquel, del delito de Homicidio Simple agravado por el Uso de Arma de Fuego (arts. 79 y 41 bis del CP) por los hechos ocurridos en Esquel, el día 14 de enero de 2017 a las 21.30 horas aproximadamente en perjuicio de J. M. y disponer su inmediata libertad.

3) CONDENAR a J. D. C., apodado "Pela" o "Pelado", DN1 X, argentino, nacido en Esquel- Chubut, el 30 de marzo de 1984, hijo de E. y de R. S. L., estudios primarios completos, casado, empleado, y domiciliado en Desalojo del 37 N° X del Barrio Don Bosco de Esquel a la pena de **DOCE AÑOS DE PRISION EFECTIVA**, a H. R. P., DNI X**,** argentino*,* nacido en Esquel - Chubut, el 11 de febrero de 1996, hijo de M. L. P., estudios primarios completos, soltero, empleado, y domiciliado en Pasaje Avutarda y A.P. Justo del Barrio Estación de Esquel, y a R. M. M**.,** DN1 X, argentino, nacido en Esquel - Chubut, el 23 de abril de 1995, hijo de J. y de E. H., estudios primarios completos, concubina, albañil, domiciliado en Pasaje Choique del Barrio Estación de Esquel a la pena de **CATORCE AÑOS DE PRISION EFECTIVA** y a D**.** A**.** L**.,** apodado "Pana", DNI X, argentino, nacido en Esquel - Chubut, el 7 de agosto 1985, hijo de E. C. y de R. S.B L., estudios primarios completos, concubino, empleado y domiciliado en Desalojo del 37 Casa N° 1135 del

Barrio Don Bosco de Esque1 y S. J. M.**,** DN1 X, argentino, nacido en Esquel Chubut, el 22 de julio de 1988, J hijo de J. y de E. H., estudios primarios completos, soltero, jornalero y domiciliado en Pasaje Avutarda N° X del Barrio Estación de Esquel a la pena de **DIECISES AÑOS DE PRISION EFECTIVA** como coautores material **y** penalmente responsables del delito de Homicidio Simple Agravado por el Uso de Arma de Fuego -en coautoría funcional-(arts. 45 41 bis y 79 del Código Penal) por los hechos ocurridos en Esquel, el día 14 de enero de 2017, a las 21.30 horas aproximadamente en perjuicio de J. M., con más las accesorias legales y costas.

4) REGULAR los honorarios del Dr. D. S. en un veinticinco y cinco por ciento de los que le fueran regulados en el punto 111) de la sentencia de primera instancia, los que estarán a cargo de los seis (6) imputados (Arts. 1, 5, 36, 44, 45, 59 Y cctes. Ley X111-N°4).

Penal. Las Juezas Nelly Garc
niciar su licencia y el Ju
Comodoro Rivadavia.

Guillermo A. Müller
Juez
Cámara en lo Penal

NELLY GARCÍA
JUEZ
CÁMARA PENAL

5) PROTOCOLICE, notifíquese y oportunamente, remítase en “Consulta” al Superior Tribunal de Justicia, en virtud de que las penas impuestas son superiores a los diez años.

6) Dejar constancia que los tres Jueces que integran esta Exma. Cámara en lo Penal han remitido su voto con firma digital a la Oficina Judicial Penal. Las Juezas Nelly García y Carina Estefanía antes de iniciar su licencia y el Juez Müller desde la Cámara Penal de Comodoro Rivadavia.

OFICINA JUDICIAL PENAL
Registrada bajo el Nº. 859
el AÑO 2018
Conste.-

Maria Cecilia Bagnato
Jefe de Departamento
Unidad de Atención y Trámite
Oficina Judicial Esquel