PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los dias del mes de marzo del año dos mil diecinueve, la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia, presidida por el ministro Mario Luis Vivas e integrada con los ministros A. J. Panizzi y Miguel Angel Donnet, dicta sentencia en la causa caratulada **"Pcia. del Chubut c/ M. R. M., M. S. J., A. D. A., P. H. R., C. J. D. y L. D. A. s/ impugnación extraordinaria"** (expediente n° 100412/2018 - carpeta n° 3989 OJ Esquel).

Concluida la deliberación, y de acuerdo con la providencia de la hoja 325, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Donnet, Panizzi y Vivas.

El juez **Miguel Ángel Donnet** dijo:

1. La jurisdicción de la Sala en la causa se integra con dos cuestiones.

En primer lugar, el conocimiento de la impugnación extraordinaria deducida por el defensor particular D. A. S., contra la sentencia 859/2018 del registro de la Oficina Judicial de Esquel. En lo que interesa, esta decisión de la Cámara en lo Penal de Esquel hizo lugar parcialmente al recurso ordinario, confirmó parcialmente la sentencia de condena n° 181/2018 (del registro de la misma OJ) dictada contra R. M. M., S. J. M., J. D. C., D. A. L. y H. R. P., en virtud de la comisión como coautores del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (Código Penal, artículos 45, 41 *bis y* 79), por los hechos ocurridos en Esquel el día 14/1/2017 a las 21:30 horas aproximadamente, en perjuicio de J. M.. La Cámara modificó la pena impuesta en la instancia, y la fijó en definitiva en doce (C.), catorce (P. y R. M.), y dieciséis años

de prisión (L. y S. M.), respectivamente, más las accesorias legales y costas.

Y por otro lado, la aplicación de penas superiores a los diez años de prisión habilita el procedimiento de consulta (Constitución de la Provincia del Chubut, artículo 179 inciso 2; Código Procesal Penal, artículos 69 inciso 1 y 377). En consecuencia, la revisión comprenderá el análisis de las decisiones de mérito y de doble conforme (ya referenciadas), sin las limitaciones previstas en la ley adjetiva.

2. La impugnación extraordinaria.

2.1. Entre las hojas 294 a 307 obra el recurso extraordinario local, que se sustenta en dos agravios: a) errónea aplicación del artículo 45 del Código Penal; y b) erróneo agravamiento de la pena, por aplicación del artículo 41 *bis* del Código Penal.

En lo que se refiere al primer cuestionamiento, la parte explica que el Ministerio Fiscal calificó el hecho como homicidio agravado por haber sido cometido con el concurso premeditado de dos o más personas, y por el uso de arma de fuego (CP, artículos 80 inciso 6, 45 y 41 *bis)* . Pero al momento de la decisión, aclara, los jueces llegaron a la conclusión de que se trataba de un homicidio simple. Ello implicó una modificación de la plataforma propuesta por el acusador público, admitida por el principio iura *novit curia*, pero que de todos modos no fue comprobada en el juicio.

Los jueces de primera instancia aludieron a una supuesta coautoría funcional, pero sin explicar la función cumplida por cada imputado. Así, C. habría empleado un arma para amedrentar a las personas circundantes, pero dicha arma no causó efecto en el resultado muerte (de M.). Esto también se puede deducir del razonamiento de los camaristas.

En el mismo sentido, es incorrecto endilgar a los hermanos M. una acción coordinada, pues la autopsia determinó que M. murió como consecuencia de las injurias punzocortantes

recibidas por elementos filosos sobre el cuerpo de la víctima. Es equivocada la apreciación de la Dra. Estefanía sobre la existencia de golpes y hematomas que pudieron ocasionar el deceso, o haberse sumado al desencadenante fatal.

Por último, se dijo que P. y L. acometieron a M., pero de la prueba testifical (C., G. y R.) se habría comprobado que se trató de una pelea espontánea antes que planificada.

Según la defensa, la coautoría funcional es la realización dirigida, repartida entre varias personas, de actos parciales concatenado en una decisión de acción conjuntamente resuelta por todos. Pero en esta causa no se puede afirmar que el dominio les correspondió a todos, llevando a cabo tal o cual actuación.

Por otro costado, con relación- al segundo agravio, la defensa afirma que la utilización de un arma de fuego que no haya servido como elemento para dar muerte a la víctima, excluye la agravante genérica. Cita, en apoyo de su postura, el voto en disidencia del camarista Müller.

Es necesario, prosigue, que el agente haya utilizado el arma intimidando a la víctima. En la causa se comprobó que C. amedrentó a las demás personas presentes, pero no sacó ventaja alguna para matar a M., quien no tuvo miedo ni huyó del lugar.

Pero a la par de lo antedicho, si bien la pena fue reducida en la instancia de revisión, la aplicación del artículo 41 *bis* del Código Penal alejó la pena del mínimo previsto en el artículo 79 de la ley sustantiva. Ello implicó una doble valoración de la agravante, pues también se aumenta la pena según los medios empleados, para ejecutar la acción ilicita (CP, articulo. 41). Por aplicación de los principios de racionalidad,proporcionalidad, mínima intervención e interpretación más favorable mediante, solo se debió considerar el arma de fuego dentro del articulo 4.1 CP, y no como una agravante genérica.

Más aún, la defensa solicita la declaración de inconstitucionalidad del artículo 41 *bis* CP por violación del principio de legalidad. La norma precisa cómo y cuándo se debe aplicar esta agravante. Como alternativa, propone que no se aplique esta agravante al tipo penal de homicidio, cuya escala ya es suficientemente alta.

2.2. En la audiencia celebrada ante la Sala (CPP, articulo 385), la parte mantuvo sus argumentos. Agregó que el artículo 41 *bis* queda desvirtuado al desechar la coautoría funcional, pues solo a C. se le adjudicó la utilización del arma. Concluyó con el petitorio de estilo, y pidió la absolución de los imputados.

3. En virtud de la competencia ampliada de este Tribunal, por las razones que indiqué en el punto 1, me abocaré a continuación a examinar integralmente la condena dictada contra los imputados, con especial detenimiento en aquellos puntos que han sido materia de agravio.

3.1. El hecho investigado.

Una aclaración preliminar. En la causa resultó absuelto D. A. A., a quien también se le había atribuido la coautoría del hecho. Su mención, en lo que sigue, obedece a la necesidad de juzgar la conducta de los restantes imputados, y no puede ser interpretado como una modificación de la situación jurídica del nombrado -ya consolidada-. Lo propio debe decirse de la premeditación aludida en la plataforma fáctica de la acusación, y que luego fue descartada por el tribunal de la instancia.

Con esta salvedad, él hecho ilícito atribuido al acusado fue descripto en los siguientes términos (hoja 171 de la sentencia de mérito): «... en Esquel el día 14 de enero de 2017, aproximadamente, a las 21.30

horas, en circunstancias en que J. D. C., H. R. P., D. A. L., D. A. A., S. J. M. y R. M. M., quienes se movilizaban a bordo de un vehículo marca Ford Falcon rojo Dominio X, propiedad del primero de los nombrados, al advertir la presencia de J. "M." M., con quien tenían problemas anteriores, bebiendo junto a otras personas en el exterior del mercado "X", sito sobre Pasaje X del Barrio X, actuando en conjunto, de manera coordinada y premeditadamente, estacionaron el vehículo en la zona denominada "X" y desde allí bajaron los seis caminando, portando C. un arma de fuego y al menos P. y L. cuchillos, se acercaron todos directamente hacia él 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 y patadas, tras lo cual, se retiraron corriendo hacia la zona alta donde habían dejado el vehículo dándose a la fuga. Como consecuencia de la brutal agresión sufrida, J. M. falleció horas después en el HZE a causa de hemorragia interna y externa por compromiso vascular, visceral y muscular secundario a multiplicidad de heridas punzo-cortante.

3.2. Materialidad y autoría.

Ambos aspectos, no discutidos en la impugnación extraordinaria, fueron debidamente respaldados por la prueba rendida en juicio.

Las policías S. M. (prevención) y M. E. (criminalística) explicaron su intervención luego de ocurrido el hecho. La nombrada en primer término incluso aludió a las dificultades para trabajar en el lugar por la hostilidad de los vecinos con la policía. El peritaje de histocompatibilidad de ADN, practicado a la muestra

de una gran mancha hemática encontrada en el lugar, corroboró el perfil genético de la víctima.

Él Dr. R. H., médico de guardia del HZE, explicó que las múltiples lesiones de M. eran recientes, que la hemorragia severa dificultaba su estabilidad hemodinámica, y que su fallecimiento se produjo menos de veinticuatro horas después de haber ingresado al nosocomio. Se acompañó, asimismo, el respectivo certificado de defunción.

Es cierto que no se hallaron las armas ni las prendas de vestir de los imputados, y que no se pudo preservar la escena del crimen por el enojo de los vecinos. Sin embargo, sobre la presencia y accionar de cada uno de los acusados se pronunciaron nada menos que ocho testigos (S. y J. R., M. M., F. C., J. G., L. C., S. S. y B. S.).

Cada uno brindó un relato espontáneo, sostenido en el tiempo, y concordante sobre los aspectos centrales del hecho y sus responsables, aunque con algunos matices -irrelevantes- en cuanto a la apreciación de ciertos detalles según la ubicación de cada uno. La coherencia interna de estas versiones fue luego complementada con su consistencia externa, pues resultaron coincidentes entre si, y también con las conclusiones de la autopsia, los rastros hallados en la escena del crimen, y los peritajes practicados en su consecuencia.

Todos coincidieron en que los imputados, bajaron juntos desde el barrio “X” en dirección al comercio «X», en cuya vereda se encontraba la victima bebiendo con los testigos. Al verlos venir, alertaron a M. de que venian sus "enemigos" (por una supuesta pelea de M. con el padre de los M.), e incluso S. R. y M. le sugirieron que se fuera. La víctima se negó y dijo que los enfrentarla

«mano a mano». Dijeron que M. estaba medio ebrio y desarmado, y que no tuvo tiempo para defenderse porque el ataque fue muy rápido, directo y exclusivamente en su contra.

Asi, no quedaron dudas de que C. se encargó de dispersar a los terceros por medio de dos disparos de arma de fuego, (cfr. G., M., S. R. y S.), y se ubicó, amenazante, en un lugar distante para evitar la intervención de otras personas. Cabe agregar que de un celular secuestrado a este imputado se obtuvo un mensaje de texto, en el que había preguntado al destinatario si había sacado el arma de la casa.

De inmediato, L. y P. apuñalaron a la víctima con sendas armas blancas (cfr. los hermanos R. y M., junto con datos relevantes sobre esta secuencia que también aportaron los testigos S., C., G. y S.). Ambos salieron a la carrera con C., hacia arriba. También se obtuvo para la investigación un mensaje de texto de P. a un contacto registrado como «Amor», en el que reconocía haberse mandado «una cagada» («parece que maté a M.»).

La Dra. M. D., encargada de la autopsia, informó que las heridas se suturaron en el hospital, y que ello impidió determinar si fueron producidas por una o varias armas. Sin embargo, dijo que se trataba de armas con filo de un solo lado (cuchillo) , y que la cantidad de lesiones (dieciocho), sus ángulos, y los lugares del cuerpo en que fueron asestadas, hacían probable que se hubiere utilizado más de un arma blanca y, como consecuencia de ello, que en el apuñalamiento hubiere intervenido más de una persona. La profesional constató tres heridas en el abdomen, cuatro en el muslo izquierdo, y dos en la cabeza (una en la región retroauricular derecha y la otra en la retroauricular izquierda), cuatro en la zona paravertebral, dos en la zona sacra y una en la región glútea izquierda, todas

punzocortantes vitales, y dos lesiones cortantes, oblicuas y paralelas entre sí, en la región infraescapular izquierda. Una de las lesiones, dijo, alcanzó arteria femoral.

El Dr. H., quien brindó la primera atención médica a la víctima, también informó sobre las numerosas heridas de arma blanca en dorso y zona lumbar de M..

El interfecto, ya en el piso y desangrándose, fue brutalmente golpeado por los hermanos M.. Asi lo describieron siete de los ocho testigos presenciales, con la única excepción de C.. Le propinaron patadas en todo el cuerpo, incluso en la cabeza. La autopsia, en este sentido, reveló un golpe en la cabeza y numerosas escoriaciones en el cuerpo, compatibles con golpes.
Y el Dr. H. mencionado anteriormente, también describió los traumatismos en cara y cráneo de M..

No se debe perder de vista, en este contexto, que los hermanos tenían el móvil del ataque. Los testigos M., C., G. y J. R. escucharon a los M. decir a la víctima que nunca más le pegaría al padre de ellos. Vale señalar que ambos imputados vivían en el sector desde donde bajaron con los restantes acusados a ultimar a M..

Por lo demás, el peritaje dinámico -a cargo de la Lic. N. G.- estableció que la agresión había comenzado y terminado en el mismo lugar, y que era alta la probabilidad que se hubiere iniciado cuando la. víctima estaba de pie, y que continuara con M. ya caído. Las escoriaciones encontradas en sus rodillas abonan esta idea.

Los jueces de ambas instancias, con criterio inobjetable, refutaron los descargos de los
imputados. Los testigos presenciales coincidieron en describir un ataque directo y exclusivo de los imputados contra M.. Tampoco se verificaron lesiones en las manos de

la victima y de las personas que lo acompañaban, mientras que si se encontraron tres lesiones punzocortantes en el antebrazo y antemano derecha de M., compatibles con acciones defensivas. Todo ello descartó la posibilidad de que M. hubiera empezado la pelea.

3.3. Calificación legal.

Si bien en la acusación original se habla aludido a una supuesta premeditación entre los imputados para cometer el hecho, el tribunal de mérito consideró que la prueba ventilada en el debate no permitía llegar a una conclusión univoca sobre el punto.

Cierto es que los imputados actuaron en conjunto para ultimar a M., pero también es cierto que la victima estaba acompañada de varias personas, y que solo dos de los acusados tenían motivos para atacarla. Esta circunstancia permitió a los jueces considerar como posible que el dolo homicida del grupo recién naciera al advertir que los acompañantes no intervendrían en defensa de M..

Ante dos posibles interpretaciones, *in dubio pro reo* mediante, los magistrados privilegiaron la aplicación de la figura básica del homicidio, en lugar de la agravada propuesta en la acusación. Así también fue entendido por quienes estuvieron a cargo del doble conforme. Nada tengo para cuestionar sobre este razonamiento.

Son embargo, los agravios de la impugnación extraordinaria se refieren a otros aspectos de la subsunción jurídica escogida en la instancia para este caso. Por un lado, el grado de participación criminal -coautores funcionales- asignado a los acusados. Por el otro, la presunta aplicación incorrecta de la agravante genérica prevista en el artículo 41 *bis* del Código Penal. Ambos puntos fueron convalidados, vale señalar, por la Cámara en lo Penal de Esquel (en el segundo caso, por mayoría).

Estas críticas no habrán de prosperar. Consisten en sendas reiteraciones de lo ya planteado ante el tribunal de revisión ordinaria, cuyos integrantes dieron debida respuesta en sus votos (cfr. hojas 273/vuelta a 275 -Estefanía-, hojas 279 a 280 -G.-, y hojas 28.4 a 285 -Müller-, respectivamente). La parte solo ensaya una discrepancia genérica con dicho criterio, pero en ningún momento se hace cargo de refutar los argumentos tenidos en cuenta por los magistrados de la segunda instancia.

En cualquier caso, la actuación que le cupo a cada acusado quedó debidamente acreditada. Todos eran conocidos entre sí, y actuaron en un breve período de tiempo. C. efectuó dos disparos con un arma de fuego para ahuyentar a quienes acompañaban a M.. De inmediato, y sin darle posibilidad de defenderse, entre P. y L. lo apuñalaron reiteradamente en varias partes del cuerpo. Con M. ya en el piso, y sin solución de continuidad, los hermanos M. lo remataron a golpes y patadas. Todos huyeron del lugar.

Entre todos tuvieron el dominio global del hecho, y para ejecutarlo, se repartieron las tareas. Espontáneo, pero plan común a fin de cuentas. Ni más ni menos que en eso consiste la coautoría funcional.

Y en el contexto de esta dinámica, quedó claro que el empleo del arma de fuego obedeció a la necesidad de evitar que terceros intervengan en defensa de la víctima. En otras palabras, fue utilizada durante la ejecución del hecho para intimidar a quienes acompañaban a M., con la finalidad de posibilitar su concreción.

Por lo tanto, el hecho de que ningún disparo hubiere lesionado a la víctima no impide la aplicación de esta agravante genérica, pues la norma alude a delitos cometidos «con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego» (CP, artículo 41 *bis)* . Eso fue, precisamente, lo que ocurrió

en esta causa.

Por lo demás, el pedido de inconstitucionalidad del artículo 41 *bis* CP es meramente genérico, y no abastece los fundamentos mínimos que permitan evaluar una decisión de tamaña trascendencia institucional. En estas condiciones, no puede ser atendido.

En suma, coincido con la calificación legal dada al caso: homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego -en coautoría funcional- (CP, artículos 45,-41 *bis* y 79).

3.4. La pena.

La Cámara en lo Penal de Esquel redujo la sanción originalmente impuesta a los acusados, en el marco de la impugnación ordinaria de la sentencia de condena.

A tal fin, los camaristas confirmaron varios de los criterios fijados por los jueces del mérito. Entre las circunstancias agravantes, y sin perjuicio de la gravedad del injusto, coincidieron en que debía distinguirse entre quienes utilizaron armas blancas y quienes pegaron golpes y patadas, y en que pesaba respecto de los M. el móvil del ataque y el hecho de que hablan golpeado a M. mientras yacia en el piso. Sin embargo desestimaron, por falta de pruebas, que C. se hubiere sumado a la golpiza, y entendieron que lo más grave de su conducta había sido el empleo del. arma, ya considerado en la agravante genérica.

En lo que se refiere a las pautas de atenuación punitiva, el tribunal del doble conforme también compartió la falta de antecedentes penales de los imputados, y la juventud tenida en cuenta con relación a P.. Pero también hicieron extensiva esta última circunstancia respecto de R. M.. Principios de resocialización, proporcionalidad y razonabilidad mediante, sobre todo tratándose de delincuentes

primarios, resolvieron morigerar las penas de todos los acusados.

Como consecuencia de su análisis, la Cámara en lo Penal fijó en definitiva la pena de S. J. M. y D. A. L. en dieciséis años de prisión, de H. R. P. y R. M. M. en catorce años de prisión, y de J. D. C. en doce años de prisión, respectivamente.

No tengo reparos sobre el criterio sentado, y habré de convalidarlo.

4. A modo de conclusión, propongo al Acuerdo que se rechace la impugnación extraordinaria deducida por la defensa de los imputados, con costas, y se confirme la sentencia n° 859/2018 (registro de la OJ Esquel).

Asi voto.

El juez **A. J. Panizzi** dijo:

I. Dos cuestiones convocan la intervención de esta Sala. Por un lado, la impugnación extraordinaria del defensor de confianza de R. M. M., S. J. M., J. D. C., D. A. L. y H. R. P., deducida en desmedro de la sentencia N° 859/2018 de la Cámara en lo Penal de Esquel. Por el otro, la aplicación del instituto de la consulta que, por la cuantía de la sanción impuesta, obliga a revisar la condena de los atribuidos.

Ingresaré directamente al tratamiento de los asuntos traídos, pues el Ministro que lidera el acuerdo ya expuso los antecedentes del caso y describió los agravios del recurrente.

II. Seguiré el mismo temperamento que mi predecesor y, trataré en forma conjunta las dos cuestiones que llegan a estudio de la Sala, deteniéndome en los aspectos que fueron motivo de discrepancia.

III. El hecho ocurrió el día 14 de enero de 2017, aproximadamente a las 21:3.0 horas, en el lateral -sobre calle X- de la despensa «X».

Tomó intervención en la emergencia la oficial ayudante S. E. M. de la Comisaria Distrito Segunda de Esquel, quien brindó los primeros auxilios a la víctima, que estaba gravemente lesionada, hasta que fue. trasladada en ambulancia al nosocomio local. La agente M. E. refirió las tareas de criminalística que llevó a cabo en el teatro (fundamentalmente, toma- de fotografías y levantamiento de muestras de una mancha hemática).

El doctor R. H., a cargo de la guardia del Hospital Zonal de Esquel, describió las múltiples lesiones advertidas en el cuerpo de J. M. y la gravedad, del cuadro, que derivó en el fallecimiento de la víctima veinticuatro horas después de haber ingresado al nosocomio.

La doctora M. D. efectuó la autopsia sobre el cuerpo del interfecto y explicó que las lesiones padecidas, provocaron el óbito. La experta corroboró la utilización de dos armas blancas, como veremos al. repasar la versión de los testigos que presenciaron el acometimiento.

El joven L. A. C. acompañaba a M. cuando fue agredido. Refirió que pasadas las 21 horas, mientras se encontraban tomando con un grupo de amigos al costado del comercio “X”, observaron a un grupo numeroso de muchachos que se dirigía en dirección a ellos; que uno extrajo algo de la cintura e inmediatamente escuchó un disparo; que J. (alias «M.») gritó cuando P. le asestó una puñalada; que M. y S. M. comenzaron a propinarle patadas a M. y a increparlo por haberle pegado al padre de ellos; qué luego el grupo abandonó el lugar.

A su turno, J. A. G., declaró en similares términos que C.. Este testigo expresó que «los dé "X" fueron derecho a matar a "M."». Dijo que C. portaba el arma, que P. apuñaló a la víctima y que S. y «M.» M. la

patearon.

J. G. R., por su parte, desde el interior del local comercial «X», escuchó dos disparos. Además, observó que H. P. y D. L. apuñalaron a J. y que después, «M.» y S., lo golpearon.

F. C., que estaba con el grupo de «M.» M., refirió que los imputados «llegaron de un momento para otro, caminando, desde "X"» y que enseguida «se largaron a pelear con M., sólo con él». Dijo que la víctima estaba ebria y desarmada.

M. M.. también se encontraba compartiendo bebidas con M. y otros muchachos, cuando vio que desde «"X" bajaron seis tipos» en dirección a ellos; que le dijo a «M.» que se fuera «porque lo iban a, hacer mierda». El testigo dijo que el grupo ataco exclusivamente a M., a quien «le metieron puñaladas por todos lados, en la espalda, en la panza, en las piernas». Recordó que los cuchillos los tenían P. y D. L.; y que C. efectuó los disparos. Manifestó, además, que luego de la agresión armada, los hermanos M. patearon a M..

S. R. R., B. R. S. y S. S. declararon en el mismo sentido que los anteriores testigos. Manifestaron que el acometimiento fue sólo contra J. (alias «M.»), aparentemente por un incidente anterior del que desconocían detalles; que ninguno de los. que lo acompañaban resultó lesionado y que M. no estaba armado.

El relato de quienes presenciaron el evento violento y sorpresivo, impresionó a los sentenciadores espontáneo y detallado. Todos concordaron en los aspectos sustanciales del evento.

Quedó acreditado que los disparos efectuados por J. C. marcaron el. inicio de la agresión en contra de M.. Los testigos sindicaron a L. y a P. como los hombres que apuñalaron a la víctima, y a los hermanos M. y S. M. como

los que la patearon en distintas partes del cuerpo, mientras aquella yacía en el suelo.

También se verificó que los atacantes llegaron a la escena y abandonaron el lugar a bordo del auto de J. C., uno marca Ford, modelo Falcon, de color rojo. Ese vehículo, de acuerdo al informe del Registro del Automotor, pertenecía al inculpado.

Él peritaje dinámico de la licenciada N. G. determinó que la agresión comenzó cuando la víctima sé hallaba de pie y continuó cuando ya estaba en el suelo. Esas conclusiones se ajustaron a la versión ofrecida por los testigos, en cuanto a que M. fue acometido mientras se encontraba parado y que durante el tramo final de la embestida, estaba caído.

Por último, a partir del secuestro de los celulares de C. y de P. se identificaron mensajes de texto que comprometían a los encartados.

En conclusión, los jueces lograron recrear las circunstancias en las que sucedieron los hechos investigados, así como las conductas desplegadas por cada uno de los imputados.

IV. Los magistrados calificaron el suceso como homicidio simple, atribuidle a los imputados como coautores funcionales, agravado por la utilización de un arma de fuego (artículos 45, 41 bis y 79 del Código Penal).

J. D. C., al llegar al teatro, efectuó dos disparos con un arma de fuego a fin de amedrentar y disuadir a quienes acompañaban al occiso. Inmediatamente, H. R. P. y D. A. L., apuñalaron a M., mientras se encontraba de pie. De continuo, S. J. M. y su hermano, R. M., le aplicaron golpes de puño y puntapiés en distintas partes del cuerpo, mientras le recriminaban una agresión anterior al padre de los M..

La utilización de-cuchillos y las múltiples heridas

infligidas fueron demostrativas de un comportamiento direccionado a ultimar a M., donde cada uno de los integrantes del grupo agresor tuvo un rol determinado en la venganza emprendida.

La defensa cuestionó la coautoría funcional asignada a los imputados, así como la aplicación de la agravante genérica prevista en el artículo 41 bis del Código Penal.

Este planteo ya fue respondido adecuadamente por el tribunal de alzada. La parte reitera ahora esa discrepancia, sin rebatir cabalmente el razonamiento de los camaristas.

Como sea, quedó acreditado el rol que asumió cada uno de los acusados en la emergencia {lo anoté al comienzo de este apartado). Existió, en la ejecución del hecho, una clara distribución de tareas y roles.

La aplicación de la agravante contenida en el artículo 41 bis es correcta pues en el evento C., uno de los coautores, empleó un arma de fuego para intimidar o alejar a quienes acompañaban a M., para que no pudieran auxiliarlo. La circunstancia de que ningún disparo haya alcanzado a la víctima, no es óbice para la aplicación de la calificante.

Por su parte, el planteo de inconstitucionalidad del artículo 41 bis del código sustantivo no reúne la solidez que demanda un cuestionamiento de este tipo, el que, de admitirse,
implicaría una decisión con enorme trascendencia jurídica. Por lo tanto, no tendrá acogida.

V. Los integrantes del tribunal revisor redujeron sensiblemente la sanción impuesta a los inculpados, fijándola en dieciséis años de prisión para S. J. M. y para D. A. L.; en catorce años de encierro para H. R. P. y para R. M. M. y, en doce años de prisión, para J. D. C..

Convalidaré la morigeración decidida en todos sus términos.

VI. En mérito de lo expuesto, corresponde declarar improcedente el remedio introducido por el abogado de los inculpados, con costas, y, confirmar el pronunciamiento **N°** 859/2018 de la Cámara en lo Penal de la ciudad cordillerana.

Así voto.

El juez **Mario Luis Vivas** dijo:

I. Como lo explicó el distinguido colega del primer voto, dos son las vías de acceso a la Sala de la sentencia número 859/18 emitida por la Cámara Penal de Esquel -v. hoja 263 a hoja 287-.

De un lado, el recurso extraordinario articulado por el doctor D. A. S., Defensor Particular de R. M. M., S. J. M., D. A. A., H. R. P., J. D. C. y D. A. L..

Del otro, la activación del mecanismo procesal de la Consulta en razón de la pena que se aplicó en el caso (Art. 377 del C.P.P. y art. 179.2, de la Constitución Provincial).

En la decisión jurisdiccional cuestionada, se hizo lugar parcialmente a la impugnación interpuesta en la anterior instancia, y se limitó a modificar la pena impuesta a los condenados en la sentencia nro. 181/18 del Tribunal de Jueces Penales de la ciudad de Esquel -v.hoja 171 a hoja
222-.

II. Advierto, tal como lo señalaron mis colegas preopinantes, que la defensa motivó su recurso en la calificación legal escogida por el Ministerio Público Fiscal. Argumentó que los jueces determinaron la existencia de una coautoria funcional, pero no dijeron nada sobre qué acción desplegó cada uno de los imputados.

También se dirigió contra la aplicación de la

agravante genérica del artículo 41 bis del CP.

III. Seguiré la metodología del primer voto, por lo que vincularé los dos motivos a examinar, y haré mención especial cuando trate el aspecto del encuadramiento legal.

IV. El hecho que fue objeto de acusación es la muerte de J. M., que ocurrió en la ciudad de Esquel, el día 14 de enero de 2017 a las 21:30 horas aproximadamente.

La materialidad se plasmó en el procedimiento policial llevado a cabo en el lugar.

La declaración del médico de guardia del Hospital Zonal de Esquel describió las lesiones que presentaba M., cuándo habían sido provocadas, su estado de salud y finalmente su fallecimiento.

Luego los dichos de la doctora D., quien efectuó la autopsia y explicó las lesiones que encontró en el cuerpo y el motivo de la muerte.

Asimismo se agregó el certificado de defunción de la victima.

En cuanto a la autoría, se tuvieron en cuenta los testimonios de numerosos testigos que observaron el hecho. Asi, se valoró:

Testimonio de L. A. C., que acompañaba a M. cuando ocurrió le agresión. Refirió la acción desplegada por cada uno de los imputados.

Testimonio de J. A. G.. También presenció el suceso, y confirmó que el grupo tenía claras intenciones de dar muerte a la víctima. También describió las armas que portaba cada uno y qué participación tuvieron en el acometimiento.

Declaración de J. G. R., que encontrándose en el lugar escuchó dos disparos de arma de fuego y describió la acción que desplegó cada uno de los encausados.

Además se valoraron los dichos de C. y M., que se encontraban con M.; como así también los de S. R. R., B.

R. S. y S. S.. Todos refirieron que el ataque sólo fue contra M..

Con toda esta prueba testimonial, los jueces lograron reconstruir el suceso acaecido. Evaluaron el relato espontáneo y preciso que brindaron los testigos presenciales, y concluyeron así la actividad que desplegó cada uno de los participantes.

Relacionaron esta prueba con la pericia que efectuó la licenciada N. G., que describió cómo acaecieron los hechos.

Asi las cosas, considero que tanto la materialidad como la autoría de los imputados fue debidamente analizada. Los jueces examinaron y relacionaron entre si el material probatorio colectado en forma lógica y fundada.

Tanto el procedimiento policial llevado a cabo en el lugar, como las lesiones que se describieron en la autopsia, y los testimonios prestados por las personas que presenciaron la agresión, configuran un plexo probatorio sólido, que permitió cómodamente llegar al estado de certeza requerido en esa etapa procesal.

V. La subsunción legal fue expresamente cuestionada por la defensa.

El contexto fáctico que se describió en el proceso y la conducta desplegada por cada uno de los participantes, puede ser considerada dentro de la definición de coautoria funcional.

Los datos que se debatieron sobre la dinámica del hecho explican claramente esta denominación: C. quiso apartar a los sujetos que acompañaban a la víctima; P. y L. dieron las estocadas y los hermanos M. le dieron golpes de puño y puntapiés en el cuerpo cuando la víctima estaba tirada en el piso.

Quedó demostrado con esta secuencia de sucesos que

existió una clara finalidad de los intervinientes de dar muerte a M..

En cuanto al planteo de la errónea aplicación de la coautoría funcional y de la agravante genérica del artículo 41 bis del CP, sólo diré que en la instancia ordinaria, cuando se efectuó la impugnación, los camaristas respondieron adecuadamente cada uno de los agravios expuestos en este sentido.

Ahora, insiste con el mismo planteo, sin agregar ningún argumento nuevo que logre destruir el razonamiento que se esgrimió en la etapa revisora.

En efecto, la norma del artículo 41 bis del Código Penal no exige la existencia de lesión alguna en la víctima, sino que también se aplica cuando el arma de fuego se utilizó para intimidar a las personas, como ocurrió exactamente en este caso.

En relación al planteo de inconstitucionalidad del artículo 41 bis del CP, adhiero a lo dicho por mis colegas preopinantes. La drástica consecuencia jurídica que acarrea este tipo de declaración, amerita un profundo análisis del tema, lo que no ocurrió en el caso.

En síntesis, deberá confirmarse la calificación legal escogida en todos sus términos.

VI. Finalmente, considero que la sanción impuesta a cada uno de los imputados fue examinada correctamente. En efecto la Cámara en lo Penal modificó a favor de S. J. M. ; D. A. L.; H. R. P.; R. M. M. y J. D. C. las penas impuestas en primera instancia.

Los montos que finalmente se impusieron guardan correlación con el contenido de injusto y la culpabilidad evidenciada por los imputados, en un todo de acuerdo con los parámetros fijados en la ley sustantiva (Código Penal, artículos 40 y 41).

Nada tengo para objetar sobre este aspecto.

VII. En suma, adhiero a la propuesta de rechazar la impugnación extraordinaria deducida en autos, y de confirmar la sentencia N° 859/2018 del registro de la Cámara en lo Penal de Esquel.

Así voto.

De conformidad con los votos emitidos oportunamente, la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia dicta la siguiente

---------- SENTENCIA ----------

1°) Rechazar la impugnación extraordinaria deducida por la defensa de los imputados, con costas;

2°) Confirmar la sentencia n° 859/2018 (registro de la OJ Esquel); y

3°) Protocolícese y notifiquese.

MARIO LUIS VIVAS

MIGUEL ANGEL DONNET

ANTE MI

José A. FERREYRA
SECRETARIO

ALEJANDRO JAVIER PANIZZI

REGISTRADA bajo el Nº 16 del Año 2019 CONSTE

José A. FERREYRA
SECRETARIO