En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los seis días del mes de mayo de dos mil diecinueve, el Tribunal integrado por los Dres. **Daniel Luis María PINTOS,** en su carácter de Presidente, **Alejandro G. DEFRANCO y Roberto Adrián BARRIOS,** Jueces de Cámara subrogantes, proceden a dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n°, Carpeta individual n° 7178,** caratulada: **"M., G. J. s/ Inv. Homicidio en ocasión de robo"** de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación la Fiscal General **Andrea Rubio,** la Defensora Pública **María C. Sadino** y el imputado **G. J. M.;** y

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

Que los días once y dieciséis de abril del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Daniel Luis María Pintos, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de G. J. M., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5° párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa de G. J. M. contra la sentencia del juicio de reenvío para cesura de pena?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5° pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Daniel Luis María Pintos, en segundo lugar el Dr. Alejandro G. Defranco y finalmente el Dr. Roberto Adrián Barrios.-

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

I.- Motiva la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por la Defensora Pública, María C. Sadino, en favor de G. J. M., contra la sentencia n° 4755/2018, dictada el 28 de noviembre de 20I8 por el Tribunal Colegiado integrado por los Jueces Penales subrogantes, Daniel Camilo Pérez, Jorge Daniel Novarino y Alejandro Rosales, por cuanto se condenó al causante, quien fuera hallado auto penalmente responsable del delito de Homicidio en ocasión de robo (art. I65 del CP), a la pena de trece años de prisión, en razón del hecho ocurrido en esta ciudad el 5 de agosto de 20I4 aproximadamente a las 21 horas, en perjuicio de A. B., A. S. y quien en vida fuera S. B..-

Previo a reseñar los agravios de la Defensa, corresponde detallar brevemente los antecedentes que motivaron la intervención de este Tribunal, respecto al imputado G. J. M.. En primera instancia, mediante sentencia nº 2303/2015, dictada por los Jueces Penales, Mariano Nicosia, Jorge Enrique Odorisio y Gladys Mariela Olavarría, el 22 de junio de 20I5, en lo que aquí interesa, se condenó al causante, por mayoría, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión por haber sido hallado coautor penalmente responsable del delito de Robo Agravado por el Uso de Arma de Fuego (arts. 166, inc. segundo, párrafo segundo y 45 del CP), en razón del hecho ya mencionado. Contra dicha sentencia, el Ministerio Público Fiscal, interpuso impugnación extraordinaria, expidiéndose la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, mediante sentencia n° 47/16, de fecha 23 de septiembre de 2016, por la que se

declaró parcialmente procedente la referida impugnación extraordinaria-Punto 1º-; se revocó el punto V) de la sentencia N° 2303/2015 del Tribunal Colegiado de Comodoro Rivadavia - Punto 2°-; se condenó a G. J. M., como coautor del delito de Robo con resultado de Homicidio, previsto en el artículo 165 del Código Penal-Punto 3°-; y se ordenó reenviar a la instancia correspondiente para la realización del juicio de cesura de G. J. M. -Punto 4°-.-

Desde la Defensoría General de la Provincia del Chubut se interpuso Recurso Extraordinario Federal, resolviendo el STJ por interlocutoria N° 87/16, no hacer lugar a su concesión. La Defensa interpuso queja por Recurso Extraordinario Federal denegado, ante la CSJN, expidiéndose en fecha 24 de abril del 2018, desestimándola dado que el decisorio no reviste la cualidad de sentencia definitiva o equiparaba y en el voto concretamente del Ministro Rosenkrants por aplicación del arto 280 del CPCyC. En consecuencia, se ordenó integrar Tribunal a los fines de la cesura de la pena del imputado G. J. M. por 1o que se dictó la sentencia nº 4755/2018 aquí recurrida.-

1.- La recurrente, luego de reseñar los antecedentes del presente caso, en primer término de agravió, respecto de la sentencia n° 47/16 dictada por el STJ, en razón de causarle un gravamen concreto y actual, al haberse modificado la calificación en perjuicio de M., transformando además la primigenia pena de 4 años y seis meses, en una de 13 años de prisión. Que ello violentó la garantía del doble conforme, impidiendo que un Tribunal efectúe una revisión integral de dicho fallo. Además que la sentencia fue dictada en confrontación y contradicción de la Constitución Nacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8 2 h) y del Pacto Internacional de Derechos Humanos (art. 15.5), quedando entonces habilitada la competencia para ejercer el control de constitucionalidad, conforme el art.

369 última parte del CPP, por lo que solicitó a la Cámara se avoque a dicha cuestión.-

Como segundo agravio, y ante el rechazo del primero, se planteó la “Violación a los principios del acusatorio (oralidad, inmediación).

Afectación a la garantía de debido proceso y defensa enjuicio”, se sostuvo que el Tribunal al momento de fijarse la pena inobservó la garantía constitucional del debido proceso, al no respetarse el modo en que fue introducida la prueba en el debate, y en consecuencia el principio de inmediación. Advirtió que la Fiscal hizo referencia a que ofrecía “toda la prueba producida en el debate”, y en oportunidad de la audiencia de cesura, no produjo, ni re-editó prueba alguna, sino que al momento de alegar, tuvo en cuenta tres testigos -A. S., A. y C. B.-, los que lejos de reproducir sus testimonios a fin de vincular al Tribunal con fuente directa de prueba, se leyó un fragmento del voto del Dr. Odorisio, en donde se reflejaban la transcripción de los dichos de los testigos. Agregó que la Fiscal al leer el mencionado voto hizo apreciaciones no contenidas en el texto, indicando al Tribunal cómo deben interpretarse los dichos de la testigo S., al agregar "...en este caso la Sra. esta haciendo referencia expresamente a M....’’.-

En este punto concluyó que la incorporación de prueba de este modo, está totalmente vedada por el ordenamiento procesal, en primer lugar porque las transcripciones no fueron ofrecidas, y luego por no darse un supuesto del art. 314 del CP.P., por lo que la valoración efectuada por los magistrados violo el debido proceso.-

También consideró que se violó el contradictorio al hacer uso la acusadora, de evidencia para acreditar su caso, tales como el uso de los certificados médicos extendidos por la médica policial Victoria Emperatriz Ponce Cejas -los que obran en el Legajo de investigaron fiscal, lo que no fue

ofrecido como prueba-, y pretender con ellos probar la mayor extensión del daño, sin hacer referencia a la testimonial brindada por la profesional en el debate, ni pedir su reproducción, sino directamente oralizarlos, resaltando que al declarar no pudo precisar el tiempo que

demandó la curación como si lo hizo en el certificado.-

En consecuencia, se plantearon como último agravio, cuestiones sobre el monto de la pena impuesta, luego de hacer mención y transcribir las agravantes y atenuantes tenidas en cuenta por el Tribunal, advirtió que la apreciación por parte de los Magistrados de la mayor violencia desplegada implicó una doble punición, ya que las miras violentas

/

son propios e inescindibles del homicidio en ocasión de robo, y esa gravedad por violencia la tuvo en cuenta el legislador al imponer un mínimo de pena superior al homicidio simple.-

En la misma línea, se advirtió que la situación de nocturnidad no es agravante por sí misma, debe demostrarse cómo agrava las circunstancias del hecho, lo que no guarda apoyatura en las constancias de la causa. Tampoco puede ser una agravante la planificación previa, ya que la norma sólo considera el resultado y no los actos anteriores, ni la avanzada edad de los atacados, ya que no se ha demostrado que el aspecto etario fuere conocido, y considerado, por los autores para cometer el hecho. En cuanto a blandir un arma de fuego, también resulta improcedente dado que la agravante prevista en el art. 41 bis del C.P. no fue impuesta ni por el Tribunal de Juicio, ni por el STJ.-

Por otro lado, se criticó que el Tribunal al valorar como

agravante la extensión del daño causado, volvió a computar las lesiones ocasionadas a A. B. y A. S., desoyendo los términos de reenvío ya que M. ha sido absuelto del arto 166 inc. 1º del CP, lo que implica una doble valoración, impropia e incompatible con la garantía del *ne bis in ídem*-

En cuanto a las atenuantes, cuestionó que no se tuvo en cuenta la situación de salud vivenciada durante la prisión preventiva, a pesar de referir la fiscal como atenuante las condiciones carcelarias, y acreditarse en el debate que durante un año y nueve meses M. cumplió prisión preventiva con un ano contra-natura, dos bolsas de colostomía. Tampoco el arrepentimiento sincero expresado por M., ni que haya dado desde el primer momento sus datos personales.- En esos términos, el razonamiento seguido por el Tribunal no fue respetuoso del principio de humanidad, ni de resocialización, ante ello, se solicitó por considerar razonable y justa la imposición del mínimo de la pena impuesta para el tipo penal seleccionado. Se dejó hecha reserva federal.-

2.- A su tumo, el Fiscal General Dr. Martín Cárcamo, en su escrito de contestación, solicitó se rechace el recurso interpuesto y se confirme en todos sus términos la sentencia recurrida, luego de reseñar los antecedentes del caso, se refirió respecto del primer agravio, relativo a que el fallo del STJ debe ser susceptible de revisión en esta instancia, recordó que la defensa interpuso oportunamente Recurso Extraordinario Federal, el cual fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimándolo por no revestir calidad de sentencia definitiva. Agregó que quedó probado en el debate, y así lo reconoció la Sala Penal, que tanto M. como A. M. ingresaron al domicilio con un plan común, que ambos realizaron actos tendientes al

desapoderamiento, y que G. M. cumplió su rol, que basta con que los encausados hayan participado en el desapoderamiento para tenerlos como partícipes del homicidio, en razón de que el grado de coparticipación debe analizarse con respecto al robo, y no respecto de la muerte, en ese entendimiento la pena de 13 años de prisión se muestra coherente con el grado de culpabilidad reprochable a M.. -

En referencia al segundo agravio, consideró que el principio de inmediación no puede desvincularse de los fines del proceso, sino que debe conceptualizarse como una forma de contribuir a alcanzar sus objetivos, ejemplificó con el anticipo jurisdiccional de prueba, donde la inmediación encuentra una excepción expresa de la ley. Añadió que tal principio se lleva a cabo ante el Juez como institución, y no como persona física. En el caso concreto, la Fiscalía en su alegato de inicio ofreció "toda la prueba producida en el debate", que tales pruebas aportadas ya habían sido presentadas en el momento del debate, delante del Tribunal de Juicio, la defensa pudo ejercer su derecho de contradicción, por lo que quedan absolutamente satisfechos los principios del proceso, ya que el Tribunal debió recurrir a los audios del debate para oír de primera mano lo manifestado por los testigos a los que recurrió la Fiscalía para fundar su petición de pena, además consideró que debe valorarse también, que dos de los testigos son personas mayores de más de 80 años, víctimas por partida doble -lesionados, y padres del fallecido en autos-.-

En cuanto a las agravantes valoradas por el Tribunal, y cuestionadas por la Defensa, consideró que tomar el accionar violento del imputado no implica una doble punición, que el bien jurídico al que se le otorga

prevalencia en el art. 165 del CP es a la vida, por sobre el patrimonio, que la violenta puede admitir diferentes grados de intensidad, y en el caso concreto fue una violencia extrema, quedaron en el lugar nueve vainas servidas, prueba del despliegue violento, inusitado e innecesario.-

También entendió que la circunstancia del aprovechamiento de la nocturnidad como agravante en el robo, acredita mayor peligrosidad, que la edad avanzada de las víctimas fue aprovechada por los autores, ejerciendo sobre ellos violencia sin miramientos, que esta situación no podía ser desconocida por M. y su consorte, dado que las cámaras mostraron claramente las tareas de vigilancia efectuadas sobre el domicilio.-

Se indicó que la aplicación de la agravante del art. 41 *bis* ha sido correctamente aplicada, que el art. 165 no alude específicamente a ningún medio comisivo en particular, y que en este caso constituye en el presente caso agravante, la mayor peligrosidad evidenciadas mediante el uso de arma de fuego. En cuanto a la valoración como agravante de las lesiones sufridas por las victimas sobrevivientes, es correcto, tal lo alegado por la Defensa que M. fue absuelto por las lesiones previstas en el art. 166 inc. 1° del CP, dado que lo que no se pudo probar fue que las lesiones hayan sido las establecidas en los arts. 90 y 91 del CP., pero en ningún momento se puso en crisis la ocurrencia de las mismas, las que fueron constatadas y acreditadas por certificados médicos. -

Respecto a las atenuantes planteadas por la Defensa, en orden a la situación de salud del imputado, más allá que la misma fue provocada por su propia conducta, en la actualidad M. no presenta dolencia alguna que sea secuela de dicha situación. Consideró también inadmisible pretender que los

datos aportados por el imputado al momento de ingresar herido a la Clínica, sean vistos como una colaboración con la investigación, sino que dicha actitud tuvo que ver con la preservación de su vida, a fin de recibir la atención de los galenos.-

Por ello, concluyó que el Tribunal sentenciante ha valorado correctamente los elementos al momento de decidir el cuántum de la pena, y la misma debe mantenerse.-

3) En la audiencia realizada en el marco del art.385 del C.P.P, la cual se realizó por videoconferencia juntamente con la Cámara en lo Penal de Trelew, desde donde intervinieron los Jueces de Cámara Subrogantes, Adrián Barrios y Alejandro G. Defranco, hizo uso de la palabra la Defensora Pública, Sadino, y la Fiscal General, Andrea Rubio, ambas mantuvieron y ratificaron en todos sus términos los escritos presentados, tanto el de impugnación como la contestación respectivamente.

A su turno, el imputado manifestó saber porqué se lo está acusando, que hace ya cuatro años y ocho meses que viene con este trámite, ha solicitado en varias oportunidades la posibilidad de tener una reinserción social, consideró excesiva la pena que le impusieron, dijo que sabe que lo que cometió fue un error, pero no fue con intenciones de matar ni lastimar a alguien, que ya pidió perdón, que quiere tomar un rumbo distinto, ya que va a ser papá, ante ello solicitó que se le imponga el mínimo de la pena, o de lo contario se le den posibilidades de salidas laborales.-

A preguntas del Dr. Barrios, la Defensa manifestó que al momento de la audiencia de cesura no se opuso a la incorporación de toda la prueba ofrecida en el debate, pero aclaró que la Fiscal nunca habló de incorporar el Legajo fiscal, en la alocución cuando ella está alegando, ahí es cuando da

lectura al informe de la Dra. Ponce Cejas, la Fiscal no produjo prueba en esa audiencia.-

II.- En relación con el primer agravio, se produjo una rica deliberación con distintas posiciones en tomo a la posibilidad de revisar la sentencia del STJ, en la que se modificó la calificación del hecho, por el que se había declarado la responsabilidad penal de M., y a resultas de la impugnación extraordinaria del Ministerio Fiscal.-

Sin perjuicio de aquella diversidad de criterios, se logró la unanimidad en tomo al presente caso, en el sentido que la cuestión ha quedado zanjada por existir un pronunciamiento de la CSJN. En efecto, la Defensoría General de la Provincia del Chubut interpuso recurso extraordinario federal en contra de la sentencia n° 047/2016, y ante su rechazo mediante resolución n° 087/2016, la queja pertinente ante el Tribunal Cimero.

El recurso directo fue desestimado con fecha 24 de abril de 2018, sobre la base de un voto conjunto que entendió que no se dirigía contra una sentencia definitiva o equiparable a tal, (art. 14 de la ley 48), y el voto concurrente del entonces Ministro Rosenkrantz, que postuló su inadmisibilidad conforme el art. 280 del CPCyC de la Nación.-

Y decíamos que el tema ya fue zanjado, en virtud que según se desprende del tenor del REF, en el caso de M. esta impugnación se erigió sobre la base de una “cuestión federal compleja”, dado que: "... La sentencia dictada por la Sala Penal es una sentencia arbitraria, en los términos de la doctrina de la Corte Suprema, pues este Tribunal ha cambiado la calificación legal del hecho enrostrado sin darle la posibilidad a G. M. de un recurso efectivo que revise el nuevo fallo adoptado

por Sala Penal, arrogándose además el papel del legislador y prescindiendo del texto legal que limita su jurisdicción, sin hacerse cargo de la doctrina de la Corte IDH e el caso 'Mohamed'.

Se violenta conjuntamente con los artículos de la CADH reseñados, el Principio de Legalidad en virtud de que la Sala Penal excede su jurisdicción al valorar en instancia extraordinaria la prueba obrante en la causa, modificando de esta manera el encuadre típico legal previsto en las instancias anteriores... ".-

Por ende, si la CSJN no aceptó pronunciarse sobre el punto, es porque evidentemente ha entendido que no existía gravamen alguno respecto al derecho al recurso; ya que, de 1o contrario, hubiese levantado el valladar que supone la doctrina de la denominada "sentencia incompleta", dentro del estándar de la ausencia de definitividad, y se habría abocado al conocimiento del caso, a fin de remediar con premura el "gravamen irreparable", que supondría el reenvío (parcial) dispuesto por el STJ provincial -v.g. habilitando la revisión amplia del decisorio, cuanto antes--

En consecuencia, corresponde rechazar el pedido de absolución formulado por la parte recurrente. -

III.- Subsidiariamente, la impugnante pretende que se ha violado el debido proceso en la audiencia de cesura, convocada en base al reenvío dispuesto por la Sala Penal del STJ, en 1o concerniente a la incorporación de la prueba, en tomo a la determinación del cuántum de la pena-

También este agravio habrá de rechazarse de plano, teniendo en cuenta que, por un lado, el juicio de reenvío supone el respeto incondicional por la sentencia firme que le dio origen, la ya citada n° 047/2016;

y en lo demás, la observancia de la normativa ritual aplicable al denominado juicio de cesura -que no ha previsto ninguna especificación para casos de reenvío (parcial)-.

Una interpretación armónica de este conjunto de disposiciones en juego, nos lleva a concluir que los únicos límites que deben observarse, son el seguimiento de las pautas fijadas por la Sala Penal-v.g. los fundamentos dogmáticos sobre los cuales edificó la figura de la coautoría (art. 45 CP), y los alcances del art. 165 CP-; y asimismo, todo cuanto se fijó previamente en materia probatoria, en el correspondiente juicio de responsabilidad -que, obviamente, no habría de reproducirse en esta etapa, por elementales razones de economía procesal, y aplicación del principio rector de preclusión-.-

Sobre el punto, al expedimos en las sentencias nº 5/2013 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Trelew, n° 2704/13 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción de Esquel, y en la N° 36/13 de nuestro Tribunal, entre otras, tuvimos oportunidad de pronunciarnos acerca de las características que presenta un juicio de reenvío. En aquellos precedentes señalamos que, si bien el art, 387 del CPP no se explaya, sobre las características de la actividad que debe reeditarse en la instancia de grado, como consecuencia del reenvío decretado; resulta de toda lógica que la misma, necesariamente, conduce a renovar la decisión -en todo o en parte-, como así también todos los actos anteriores o contemporáneos que tengan conexión con ella (con cita del trabajo de Cafferata Nores y Arocena: "El reenvío en la casación penal", en la obra colectiva: *Estudiossobre justicia penal. Homenaje al Prof. Julio B. J. Maier,* p. 255 y ss.: "...es claro que, aún cuando la normativa aplicable no lo establezca expresamente, el trámite que seguirá el reenvío será el regulado por las normas

previstas para el procedimiento ante el órgano judicial al cual el Tribunal de Casación ha remitido la causa...").-

Además, la doctrina procesal penal ha sido siempre muy clara, en, orden a los caracteres del juicio de reenvío, en el sentido que "...derivarán de las **limitaciones que le impone su naturaleza** de juicio *condicionado,* en mayor o menor extensión, por el pronunciamiento recurrido en Casación y por lo decidido en esta sede. La finalidad que lo *define,* por su parte, es lograr la *renovación* de la sentencia ... y de todos los actos anteriores, contemporáneos o consecutivos a los que alcance ... por tener conexión con ella ..." (cfme. ibídem, el destacado me pertenece).-

Al abordar el punto relativo a la "naturaleza jurídica" del juicio de reenvío, los autores nacionales citan primeramente la opinión del procesalista Giovanni Leone, en el sentido que"... no se trata de un juicio enteramente autónomo, desde que constituye una fase procesal 'vinculada al juicio de Casación'..."; y también la de Carnelutti, cuando sostuviera que: "... la Casación de la sentencia no es más que la primera etapa de un camino que debe terminar en la sustitución de una sentencia injusta (ilegal) por otra sentencia justa (legal)"; para concluir luego en que: "Es esta, su naturaleza jurídica, la que fija los límites a las atribuciones del tribunal del juicio de reenvío".-

Siempre sobre la base de las enseñanzas que dimanan del trabajo que se viene citando, vemos que también se analizan allí cuáles son esos "límites a la jurisdicción del tribunal" del juicio de reenvío, destacándose que los mismos tienen su origen en el procedimiento anterior a la primera sentencia, y en los aspectos de ésta que han pasado en autoridad de cosa juzgada. Se recuerda que el reenvío, antes que un procedimiento nuevo, es un juicio que "se encuentra

vinculado al juicio anterior a través del procedimiento impugnativo ..., por tratarse de **la misma causa** que ha sido decidida y debe volverse a decidir con criterio **integrativo complementario** de la sustitución. Estos dos **límites no pueden ser excedidos en el procedimiento rescisorio.** Dentro de ellos debe desarrollarse el debate y pronunciarse la sentencia" (ibídem, con cita de Clariá Olmedo, el destacado me pertenece). -

Tampoco podrá el Tribunal de juicio del reenvío, apoyar su razonamiento en argumentos que la casación declaró arbitrarios, ni llegar a conclusiones que impliquen contradecir situaciones de hecho dadas o mantenidas por existentes por la sentencia de casación; se ha interpretado, en definitiva, que las decisiones de cuestiones de derecho, constituyen las **"directivas jurídicas** dadas por esa sentencia, o sea, los **principios jurídicos** de derecho material o procesal, **fijados** por la Corte ..., en virtud de los cuales en relación ... a las circunstancias y al desarrollo del nuevo juicio" (ibídem, el destacado me pertenece).-

Tal como lo describe Miguel A. Almeyra, la sentencia de reenvío no puede desconocer su indiscutible "filiación recursiva", de donde sus límites y extensión no pueden a su vez ir más allá que los que quedaron

fijados en la instancia superior. El juicio de reenvío no es un nuevo y originario juicio, sino **"una mera** fase que se vincula a la sentencia de anulación" (con cita de Ayán) -cfr. aut. cito en el artículo: "Reformatio in pejus y juicio de reenvío", D.J. 1986-2, 1; recopilado en: *Tratado jurisprudencial y doctrinario,* Derecho Procesal Penal, 1.11, edito L.L., año 2012, págs. 635 y ss. -el destacado me pertenece-).-

IV.- Agravios sobre el monto de la pena.-

Los argumentos más relevantes para decidir, son: 1) la valoración del medio empleado, como circunstancia calificante, debe relativizarse en extremo ya que la Sala Penal, por mayoría de sufragios, no admitió la tipificación en el arto 41 *bii* del CP, como agravante genérica que se sume al ya citado arto 165 CP.-

2) Las lesiones de las víctimas A. B. y A. M. pueden ser tenidas en cuenta, válidamente, sin perjuicio que no concurra en el caso el supuesto del arto 166, inc. 1°, CP (cfr. sentencia de la Sala Penal), en el marco de la extensión del daño ocasionado que contempla el arto 41 CP, tal como lo sostiene el Ministerio Público Fiscal en su responde por escrito.-

3) La naturaleza de la acción, sin computar todo lo relativo a la coautoría -que ya fue materia de decisión en la Sala Penal-, para no incurrir en doble valoración, impide aplicar el mínimo de la escala penal, que pretende la Defensa. En efecto, como se sostuvo oportunamente en las sucesivas instancias previas, declaración de responsabilidad y recurso ordinario del coimputado Ávila M., el hecho no solo afectó el bien

jurídico vida y la propiedad privada de la familia B., sino también su intimidad, por la forma violenta de ingresar al domicilio particular, el horario, etc.-

Y en orden a las “violencias” ejercidas, no implica doble valoración computar en sentido agravatorio, las diversas modalidades desplegadas en el caso concreto, dentro del tipo del art. 165 C.P. (cfr. la sentencia de la Sala Penal, en particular el voto del entonces Ministro Rebagliati Russell), sobre todo, cuando lo que hizo el Tribunal colegiado de la cesura, fue valorar su grado o cantidad, que obviamente no siempre es el mismo, aún cuando se mantenga idéntica la aplicación del tipo calificado.-

No cabe receptar el argumento defensista, en orden a que los autores del hecho desconocían la edad de las víctimas lesionadas, por lo cual mal podría cargárseles esta agravante; en razón que es pertinente intensificar la respuesta sancionatoria, en función de todos los “efectos culpables del delito"’, medidos siempre con un criterio de previsibilidad, base suficiente de culpabilidad para la imputación (cfr. Jescheck, *Tratado ... Parte General,* **4“.** edición, p. 802).

En nuestro caso, todo ello a partir de plan común y la delimitación de la coautoría, conforme la sentencia del STJ; teniendo en cuenta que el límite temporal para la asunción del acuerdo común, se extiende incluso hasta la propia ejecución del hecho, cuando ya no se podían desconocer las características personales de aquellas víctimas. –

4) En este entendimiento, han de cobrar una mayor incidencia las atenuantes ya valoradas por el colegiado de la cesura, que en algunos aspectos se reformarían en esta instancia de impugnación; es decir: la

edad del acusado al momento del hecho; su escaso grado de instrucción y las condiciones de vida -permaneció indocumentado hasta adulto-, valorado como conducta precedente del sujeto, más la falta de antecedentes (cfr. Maurach: "Desde puntos de vista preventivos, la vida anterior del autor representa una importante fuente de conocimientos para la medición judicial de la pena...", *Derecho Penal. Parte Genera,* **t.** 2, edit. Astrea, Bs. As., año 1995, p. 785); el principio de la denominada "pena natural", por las lesiones sufridas en el marco del suceso -en particular, consecuencias graves durante un período estimado en un año y nueve meses (discrepo con el colegiado de la cesura, en cuanto a que la evolución positiva de la salud de M. neutralice esta atenuante)-; y finalmente, la conducta posterior al delito, que incluye la propia del acusado en el proceso (ibídem, ps. 788 y ss.).-

IV.- Por todo 1o expuesto, propongo al Acuerdo mi voto por la afirmativa en la presente cuestión.-

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

1.- Conforme han sido fijadas las cuestiones a tratar, me avocaré sin rodeos al primero de los agravios, esto es la presunta violación a *"la garantía constitucional del doble conforme al haber ejercido competencia positiva la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia del Chubut... "* (hoja 3 del recurso de la Defensa Pública ante esta Alzada)-

Recordemos que la apelante, en su escrito recursivo, denuncia que "*... al modificar la calificación, y en consecuencia agravar el injusto típico* —sic-, *e imponiéndole una pena que excede en más de su doble a la primera, el fallo del Superior Tribunal Provincial dese ser considerado como una nueva condena, en vista de los parámetros elaborados en el caso "Mohamed" por parte*

de la Corte Interamericana, y, en consecuencia, susceptible de ser revisado en una instancia superior, satisfaciendo así los requisitos que la letra de la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte lnteramericaaa han establecido para el caso... " (hoja 7).-

Culmina su petitorio en estos términos: "... *siendo esto así, la declaración de responsabilidad de G. M. no ha sido objeto de una revisión amplia e integral, entiendo que aún en esta etapa y mas allá de la categoría del Tribunal que emitió el fallo, esta Cámara bien podría decidir sobre la cuestión, ya que la misma conculca garantías constitucionales...*

2.- Tal como adelantó el colega Juez de Cámara Daniel Pintos, en sufragio que precede al presente, a pesar de la diversidad de criterios, se ha entendido, por unanimidad, que el agravio debe ser rechazado por imperio del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.-

En efecto, el Alto Tribunal nacional, por resolución de 24 de abril de 2018, estimó que "... *el recurso extraordinario interpuesto en favor de G. J. M., cuya denegación origina esta queja, no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art.* **14** *de la ley* 48)...", apelando a su doctrina de las llamadas "sentencia incompletas" (entre otras, G. 360. XLIX. Giaboo SRL, 10/11/2015; 341:333, etc.), según la cual se ha sostenido que"... *en el caso de las sentencias incompletas la tutela de la Corte respecto de las cuestiones federales resueltas se obtiene, de subsistir el gravamen, mediante el recurso extraordinario contra la sentencia final de la causa..."* (Fallos: *339:432).*-

3. - Por esa vía, el tribunal federal se abstuvo de tomar conocimiento del caso y, con ello, no se expidió sobre la existencia de afectación al derecho a la doble conformidad del fallo de condena en caso de asumir competencia positiva la Sala del Alto Tribunal local.-

4. - Dicho lo anterior, corresponde emprender unas breves líneas, aunque mas no sea *obtter dicta,* dada la importancia institucional que reviste el asunto.-

En primer lugar, aunque parezca una obviedad, el derecho a la revisión a la sentencia de condena tiene fuerza constitucional, a partir de la reforma de 1994, al integrar a los tratados de derechos humanos al texto constitucional conformando lo que se ha dado en llamar "bloque constitucional federal".-

Ello así, las previsiones del art. 8.2.h) de la Convención Americana de Derechos Humanos **y** el art, 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles **y** Políticos son plenamente operativos en el sistema jurídico argentino, reconocido ello a partir del fallo "Casal" de la CSJN, todo lo que ha provocado que el derecho a solicitar la revisión de la sentencia condenatoria se instale de manera no controvertida en las legislaciones estaduales **y** la jurisprudencia vernácula.-

5. - La violación a tal derecho del condenado, incluso, ha sido materia de responsabilidad internacional para nuestro país, a estar al resultado de la sentencia recaída en el caso “Mohamed vs. Argentina”, resuelto por la Corte Interamericana de DDHH, en fecha 23/11/2012), en la que se decidió que se violaba del derecho de recurrir del fallo quien *“la condena por el delito de homicidio culposo fue impuesta... por primera vez en segunda instancia... ”*

(considerando 86).-

6.- Ello así, entiendo que el derecho al recurso del condenado puede ser afectado en forma grave a través de la apelación a la llamada "competencia positiva en casos como los que nos convoca.-

Es clara la letra del código adjetivo que regula la cuestión; el art. 386 del rito chubutense reza: *"La Sala en lo Penal dictará resolución dentro de los treinta días a contar desde que se produjo la celebración de la audiencia.* Si *la anulación es parcial, se indicará el objeto concreto del nuevo juicio o resolución.* **Si** *por efecto de la resolución debe cesar la prisión del imputado, el tribunal ordenará directamente la libertad. Cuando de la correcta aplicación de la ley resulte la absolución del procesado o la extinción de la acción penal, el tribunal resolverá directamente sin reenvío".* -

De su letra, se desprende que la Sala solo podrá asumir competencia positiva en los casos en que corresponda la absolución del procesado (o advierta la extinción de la acción penal) **y** no en otro caso, como ser, la anulación parcial de la sentencia, caso en el cual debe indicar el objeto del *nuevo juicio* **y** reenviar a otro tribunal en el que no podrán intervenir los jueces del juicio anulado (art. 387, CPP).-

7.- Esta interpretación, exegética **y** respetuosa de la posibilidad de revisar el fallo, ha sido sostenida, por caso, por uno de los miembros del Tribunal local.-

En efecto, en autos "Pcia. Del Chubut c/F. F. O. s/homicidio s/impugnación" (Expte. 22.575-fo. 84-Año 2912), el Juez Alejandro Panizzi dijo: *"La Sala Penal, en todos los casos en que se anule el fallo absolutorio o se acoja el recurso fiscal en per-juico del imputado debe reenviar a otro tribunal de juicio*

(integrado por otros jueces). De lo contrario, no se cumpliría con la garantía constitucional de la doble instancia, que no puede suplirse con el recurso previsto por el art. 14 de la Ley 48.-

En este caso, en el que se agrava la situación del imputado, no procede que la Sala Penal haga "casación positiva". Propicio anular el fallo ("casación negativa") y reenviar al tribunal de juicio a que pronuncie sentencia...

8.- Además, resulta evidente que no ha sido suficiente el recurso extraordinario federal como remedio efectivo para el reconocimiento del derecho a recurrir la primera condena, por cuanto ha sido el Cimero Tribunal nacional quien ha obturado tal posibilidad.-

En efecto, sea apelando a la doctrina de las “sentencias incompletas”, sea por la vía del *certiorari* -art. 280, CPCC-, tal el voto de la minoría, la Corte se ha encargado en el caso de cerrar la posibilidad recursiva, a diferencia de lo resuelto en “Duarte, Felicia s/recurso de casación” (D. 429.XLVIII) en los que, por existir pena impuesta -en interpretación de la CSJN, “sentencia completa”-, reconoció que *“la concreta afectación a la garantía del doble conforme... que impidió la revisión de la condena dictada... mediante un recurso ordinario, accesible y eficaz, impone que se designe a otra sala de la Cámara Federal de Casación Penal para que actúe como Tribunal revisor...*

9. - De todo ello, hago expresa mi opinión sobre que a través de la asunción de competencia positiva se vulnera la posibilidad de revisión de la "primera" condena contra el imputado.-

Por otra parte, teniendo en cuenta la resolución de la CSJN en estos folios, el REF no ha sido suficiente remedio por no existir en el caso sentencia definitiva, más allá que es sabido que, en abstracto, tampoco lo sería atento el estrecho espectro de posibilidades recursivas que asigna el extraordinario nacional (art. 14, ley 48).-

Es de toda evidencia que, en este caso venido a estudio, la Defensa habrá de aguardar la sentencia completa para, de acceder al cimero tribunal nacional, obtenga resolución de remisión a otra Sala del STJ para que, mediante un recurso "ordinario", de amplitud total y de pleno conocimiento, controle la exactitud del cambio de calificación. -

10. - De ello se deduce sin esfuerzo que mal podría asumir competencia para revisar aquel fallo, como pretende la Sra. Defensora, habida cuenta la exigencia convencional que solo un tribunal superior jerárquicamente podría avocarse a revisar el fallo de condena ((art. 8.2.h), CIDH).-

11. - Subsidiariamente, interesó la Sra. Defensora se decrete la nulidad de la pena impuesta, ya que, entiende, en la audiencia de cesura no se observó la garantía del debido proceso atento que la prueba se introdujo sin respetar la inmediación, se violó el contradictorio y se conculcó el principio de inocencia.-

En este punto, es necesario advertir que, si bien en la práctica judicial se ha desnaturalizado el horizonte de proyección del instituto de la cesura del juicio en dos etapas, la alegación acerca de las circunstancias fácticas tenidas

por probadas en la fase de conocimiento para merituar la pena justa, en la etapa posterior, no es incorrecta..-

Si bien es cierto que el arto 304 del ritual admite la producción de “nueva" prueba para fijar la pena (tercer párrafo del arto citado), no menos cierto es que resulta ser una potestad de las partes que bien puede ser renunciada, remitiéndose a la prueba ya producida antes.-

Por ello, la postulación de la Fiscalía en punto a tomar como dato cierto para mensurar la sanción tanto los dichos de tres personas a través de sus testimonios, recibidos en legal forma en la primera etapa del juicio (y su alegación sobre el mérito de la misma), así como las atestaciones contenidas en el certificado médico de la Dra. Cejas, debidamente incorporado al debate a través de su testimonio, no vulneran el debido proceso.-

12.- Tal como ha dicho el primer votante en esta sentencia, todo cuanto se fijó previamente en materia probatoria, en el correspondiente juicio de responsabilidad, no habría de reproducirse en esta etapa, por elementales razones de economía procesal, salvo que las partes - agrego- consideren necesario convocar a los mismos órganos de prueba para expedirse sobre aspectos exclusivos a la mensuración de la pena.-

Pero además, en este caso concretamente, la Fiscalía, a

través de comunicación electrónica, recibida en 26/9/18, hizo saber expresamente que *“utilizaré como prueba para la cesura la producida durante el juicio... ”* (Fdo.: Camila Banfi Saavedra, Fiscal General), por lo que mal podría la Defensa alegar violación al derecho de defensa alguno.-

Por su parte, la Defensora Publica, al ofrecer prueba

para la etapa, no solo no convocó a los tres testigos sobre cuyas trascripciones ahora se agravia -a fin de contra examinarlos sobre alguna circunstancia relativa a la mensuración de la pena-, sino que, en su escrito recibido en 14/8, solicita expresamente *"que se valoren las manifestaciones orales vertidas en la primera etapa de juicio... "* por varios testigos, por lo que, resulta obvio, que prestó su aquiescencia para la modalidad ahora

denunciada.-

13- Por último, se agravia la Sra. Defensora del monto de la pena impuesta.-

Concretamente, argumenta en el sentido que no puede tenerse como agravante la mayor violencia desplegada, por implicar una doble punición; que tampoco puede aludirse válidamente a la nocturnidad puesto que no se han descripto las circunstancias que la motivan; también rechaza que se tenga en cuenta la avanzada edad de los habitantes de la casa, por no haberse acreditado que sea conocido por los autores; se agravia del hecho que fue tenido por calificante el blandir un arma de fuego, mientras que no fue impuesta la agravante del art. 41 bis y, por último, alega en el sentido que a pesar de haber sido absuelto su cliente por la comisión de lesiones, se vuelven a computar los daños en la salud de las víctimas.-

14. - Por otra parte, en relación a las atenuantes aplicables al caso, reclamó que no se tuvo en cuenta ni el arrepentimiento sincero expresado por M. **y** el hecho que estuvo detenido en un estado de salud vulnerado.-

15. - En su responde, manifiesta la Sra. Fiscal General que adhiere a los fundamentos expuestos por los sentenciantes.-

16. - Puesto a resolver sobre la construcción de la respuesta

punitiva en el presente caso, en primer lugar, **y** respecto a la consideración que efectuaran los Jueces Penales sobre la violencia ejercida **y** el aprovechamiento de la nocturnidad, debo decir que deben confirmarse en un todo las consideraciones efectuadas por los colegas de la cesura.-

Al respecto ha dicho el Juez Novarino que "... *el hecho revistió una violencia superior a la establecida por la norma al prever la figura de robo... no solo hubo golpes, sino disparos en la humanidad de tres personas, de manera deliberada... valiéndose de la impunidad que favorece la nocturnidad...* (que) *resulta ser un elemento claro de elusión de la seguridad toda conducta desplegada a hurtadillas por la noche...*

Luego, el Juez Pérez sentenció que "... *existió así un ingreso violento por un sector trasero de la vivienda y en un horario nocturno con algunos integrantes de la familia descansando... le pegaron a la Sra. S.... que M. abordó a S.... que luego le tiran un tiro en la pierna a la Sra. S., que también le dispararon a su marido en sus manos y en una pierna y a ella le pegaron patadas cuando estaba en el*

piso. Debe ser valorado entonces esta forma violenta de ingreso, como así también el horario nocturno en que ocurrió... porque se considera que ello facilita la empresa criminal, que obstaculiza ser vistos al ingresar o salir de la propiedad... ”.-

Por último, el Juez Rosales, aludió a que".. .*los agresores irrumpieron brutalmente en la intimidad y privacidad del domicilio familiar, valiéndose además del horario nocturno y que las víctimas se encontraban descansando y por ende desprevenidas... dicha situación aseguró que pudieran introducirse en la finca sin sobresaltos anulando el margen de*

reacción...

Ello así, como adelanté, debe confirmarse la apreciación que se hiciera sobre tener a ambos parámetros como agravantes de la escala penal a aplicar. -

En efecto, si bien el delito de Robo exige entre sus elementos típicos que el desapoderamiento sea mediante violencia física sobre las personas, dicha energía es mensurable, admite grados que pueden verse reflejados en la magnitud del injusto, no siendo una doble valoración tener en cuenta la gravedad de la violencia ejercida para trasladarse a lo largo de la escala penal.-

Por otra parte, tal como afirma la representante de la *vindicta,* es innegable que el ingreso a una morada durante la noche implica *‘‘actuar en una situación de menos riesgo... de mayor impunidad e incluso de mayor indefensión...”,* no esperando las victimas una intromisión de la forma en que se realizó-

Recordemos que: "Lo ponderación de la nocturnidad como agravante de la pena es una circunstancia objetiva que evidencia por sí, mayor peligrosidad (art. 41 inc. 2, CPen.) ya que quien aprovecha el horario nocturno para consumar un delito utiliza una situación que naturalmente favorece la impunidad de su accionar, sea este aprovechamiento deliberado o no" (Sup. Corte Bs. As., fecha *27/06/2007*. Partes: Bonardi, Miriam Liliana *si* Robo calificado, Lexis N° 14/116914. Magistrados: Pettigiani, Soria, Roncoroni, Hitters, Genoud, Kogan, Negri, de Lázzarim Expediente: P 79378, Voto Minoría: PETTIGIANI, Publicado: BA B70810).- 17.- Respecto a la consideración como agravante a la

avanzada edad de las víctimas, voto también por la confirmación del fallo revisado.-

Ha dicho el primer votante que "... *irrumpieron en una vivienda habitada por octogenarios, sin miramientos sobre sus capacidades, con una evidente inteligencia previa...* el Juez Pérez aludió a la avanzada edad de la Sra. S.; el Juez Rosales tuvo en cuenta que "... *no es posible soslayar además que los damnificados, desprotegidos ante el repentino desarrollo de los acontecimientos, y vulnerables por su avanzada edad, fueron sorprendidos y reducidos severamente...*

Que si bien podría objetarse que este punto no fuera desarrollado al extremo, no menos cierto es que resulta evidente que la diferencia etaria entre víctimas y victimarios, que implica de por sí innegable superioridad física, evidencia un mayor grado de indefensión de las primeras, lo que puede válidamente considerarse como una agravante a estar a las referencias a la *"calidad de las personas"'* que alude el inc. 2, del arto 41, Cód. Penal.-

18. - Respecto a la consideración de las lesiones padecidas por las víctimas como agravante de la sanción, ha explicado el Juez Novarino, en primer término, que lo tendrá en cuenta por ser la extensión del daño para con las víctimas, quienes recibieron lesiones de carácter quirúrgico que requirieron largos meses de recuperación; por su parte, el segundo sufragante, se refirió a que *"deben tenerse en cuenta ya que lo que se cuestionaba no eran las lesiones sino el tiempo de curación y por ende que tipo de lesiones eran para el catalogo penal, lo que aquí no es relevante, sino las lesiones efectivamente producidas y certificadas...* el Juez Rosales, finalmente, alude a la extensión del daño provocado a los damnificados, esto es, las heridas de consideración e incidencia en la salud,

destacando especialmente que del hecho que no fuera sancionado por las lesiones y entidad, no obsta que ello y las secuelas físicas puedan ser valoradas, al no ser un supuesto de doble valoración.-

En efecto, contra los embates de la apelante, lo cierto es que en el caso no pudo acreditarse la subsunción de la afectación en la salud de las victimas en los dispositivos de los arts. 90 **y** 91, Cód. Penal, lo que no implica que las mismas no hubieran existido, tuvieran cierta gravedad **y** puedan ser consideradas como agravantes en el marco de la extensión del daño causado (art. 41, inc. 1, CP).-

19. - Por el contrario, si ha de atenderse la queja, en el sentido que no resulta de valida merituacíón la circunstancia de haberse utilizado un arma de fuego, toda vez que, expresamente, el fallo de la Sala, al que debe adecuarse la operación de justipreciación de la pena, ha omitido la aplicación de la agravante del arto 41 bis al caso.-

20.- Respecto de las atenuantes, si bien se ha de compartir en un todo el análisis que de cada una se ha hecho por parte del Tribunal de la cesura, no menos cierto es que -a estar que solo han tenido como efecto reducir en un año la pretensión de la Fiscalía-, debieron los sentenciantes dar mayor incidencia a todas ellas en el monto final; a la sazón, descartada la agravante a que se hizo mención más arriba, voto en definitiva por la aplicación de una pena de once años de prisión.-

Concretamente, la escasa edad del prevenido al momento de los hechos, de la que válidamente puede colegirse la impulsividad y falta de reflexión en los actos que emprenda; la dura historia de vida, enmarcada en la violencia, falta de atención y escasos recursos; la inexistencia de antecedentes

condenatorios, son todos datos objetivos que inciden de manera notoria en la capacidad de culpabilidad del agente y, con ello, en la necesidad de disminución del reproche.-

De otra parte, sin perjuicio de considerar adecuado el tratamiento que hicieran los jueces acerca del “arrepentimiento" respecto a los padecimientos que ha tenido que soportar en prisión, más allá de que sus dolencias fueron efecto inmediato de su propia decisión de emprender el injusto -todo lo que fue evaluado oportunamente en las agravantes-, lo cierto es que M. atravesó durante un año y nueve meses con una desviación quirúrgica de su tracto intestinal, dependiendo de las bolsas de colostomía

que su familia le acercaba, situación que, aún desaparecida en la actualidad, no puede dejarse de tener en cuenta al momento de graduar el sufrimiento a padecer, descontando un tanto el efectivamente padecido en ese contexto.-

“Una pena puede no ser cruel en abstracto, o sea, en consideración a lo que sucede en la generalidad de los casos, pero resultar cruel en concreto, referida a la persona y a sus particulares circunstancias, (a) Uno de estos claros supuestos es aquél en que la persona ha sufrido un grave castigo natural, es decir, cuando ha padecido en **sí** *misma las consecuencias del hecho, (b) Otro supuesto se presenta cuando la perspectiva de vida de la persona se acorta porque ha contraído una enfermedad o porque las posibilidades de supervivencia se reducen en razón de las condiciones de la prisionización. En estas circunstancias concretas, la prisionización o su continuación comienzan a aproximarse a una pena de muerte...”,* lapidariamente se lee en Zaffaroni-Alggia-Slokar, pag. 132, aplicable en un todo a este caso.-

21.- Por todo lo expuesto, considerando que no puede

hacerse lugar a la petición de revisar la resolución de la Sala del STJ, por los argumentos expuestos, siendo que no se ha vulnerado la defensa en juicio ni el debido proceso en el procedimiento de estimación de la pena, que debe revocarse la aplicación en el caso de la agravante consistente en haber cometido el hecho mediante el uso de armas **y** que las atenuantes tenidas en cuenta deben gravitar de manera más elocuente en la justipreciación de la sanción, voto en definitiva por la confirmación parcial del fallo **y** por modificar solo la pena impuesta la que debe ser fijada en once años de prisión, accesorias legales y costas.-

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

A efectos de evitar reiteraciones innecesarias, no he de volver sobre los antecedentes del caso, puesto que ya han sido reseñados en esta sentencia, por lo que pasaré sin mas al desarrollo de los puntos de agravios y fundamentos de la decisión, de acuerdo al orden de cuestiones a dilucidar, surgida tras la deliberación.-

l. A la primera cuestión

1.1 <u>De la admisibilidad.-</u>

Sin rodeos, si de admisibilidad se habla, entiendo que la respuesta es sí, toda vez que la impugnación que nos convoca fue presentada en tiempo oportuno por la defensa de quien fuera condenado, atacando el fallo que impuso pena de prisión, tras la sustanciación del juicio de cesura.-

Estos presupuestos que cubren los requisitos legales del recurso al cual tiene competencia esta Cámara Penal, orienta a responder afirmativamente aquel interrogante.-

1.2. <u>De la garantía de doble conforme.-</u>

Ahora bien, yendo al contenido de la impugnación,

recordemos que la pretensa señaló como un agravio personal, concreto y actual, que la sentencia dictada por el Superior Tribunal violentó la garantía del doble conforme. Que al agravar la calificación jurídica que permitió una pena que excede en su doble la de la primer condena, transforma dicha sentencia en nueva condena, no pasible de una revisión amplia e integral, conculcando así el derecho al recurso.-

Como adelantara quien oficiara como presidente de este Tribunal, tras una deliberación concienzuda de este agravio, los tres jueces hemos coincidimos en que en estos autos, el pronunciamiento de rechazo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a propósito del recurso extraordinario federal interpuesto contra aquella sentencia, la cuestión ha quedado zanjada.-

Sin perjuicio de la pertinencia del planteo, que tiene que ver a la renovada visión que merece el sistema de impugnaciones en un sistema acusatorio como el nuestro, máxime cuando se refiere al cambio de la calificación legal de un hecho dictada sin reenvío, efectuado por la Sala Penal es una sentencia pronunciada a propósito de una impugnación extraordinaria local, lo cierto es que nuestro más Alto Tribunal nacional rechazó la queja que pretendía la concesión del recurso; Alto Tribunal que, por otro lado, es el único que podría revisar la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia, **y** avocarse al agravio. -

Nuestro proceso legal, se basa en la desconfianza constante de los operadores del sistema de Justicia, **y** mediante la prescripción de recursos en garantía de recurrir sentencias, viene en este solo caso, consumiendo no menos de dieciséis magistrados enfocados al mismo tema.-

Esta particularidad, sumado a la de ser garantes de las

garantías, debe obligarnos, en términos futbolísticos, a detener la pelota, levantar la mirada y reubicamos en el campo de juego, y preguntamos ¿cuál es el juego que estamos jugando?.-

No será este el precedente en donde se dé respuesta a esta pregunta, toda vez que, como se ha dicho, la CSJN, única alzada del STJ de Chubut, no aceptó pronunciarse sobre el punto. Pero puede esta causa, ser la disparadora de la revisión de prácticas que deben encontrar un cause que lejos de alejarse de carriles legales, encause a la racionalidad y razonabilidad de nuestros proceso penales en materia de recursos. -

Por otro lado, como bien refiere el doctor Defranco, quien recurrió mantiene la posibilidad de recurrir nuevamente ante el Ad Quem local de este Cuerpo, una vez que se encuentre revisada la parte de la sentencia que nos corresponde, y origina este fallo.-

Voto entonces por rechazar el pedido de absolución peticionado por la pretensa.-

1.2 De la supuesta "violación a los principios del acusatorio (oralidad, inmediación), afectación a la garantía de debido proceso y defensa en juicio".-

La defensa se queja que tras fijarse la pena, el tribunal de la cesura inobservó la garantía constitucional del debido proceso, puesto que no respetó el modo en que fue introducida la prueba en el debate, y con ello el principio de inmediación.-

Adelanto que este planteo también debe rechazarse.-

Como reza nuestra ley, luego de producida la prueba y escuchados los alegatos finales, procede la deliberación de los miembros del

tribunal o bien, esperemos en un futuro cercano, al de los miembros de un jurado.

La decisión arribada versará sobre la absolución o condena. En el caso de cesura, los jueces deberán redactar la sentencia, sin resolver la cuestión de la pena para la cual se fijará nueva fecha para la continuidad del debate.-

Tras esa segunda etapa, habrá una nueva deliberación y votos de los magistrados, incluso de los que votaron en minoría (artículo 329 del CPP).-

El artículo 304, al hablar de la división del juicio en dos etapas, dice que cuando haya veredicto de culpabilidad, en la segunda etapa *"...y con la exclusiva intervención del juez profesional para el caso del juicio por jurados, se determinará la calificación jurídica y las consecuencias de dicho veredicto.* Sigue diciendo *"Las partes podrán solicitar al tribunal un máximo de cinco días luego del veredicto, para ofrecer nuevas pruebas a fin de fijar la pena*

Como vemos, la etapa probatoria de la primer etapa del proceso de conocimiento, es base sólida y hábil para producir la decisión de la segunda, es decir de las consecuencias de un fallo condenatorio.-

La posibilidad que da la ley es la de instar producir *nueva* prueba. Nueva, entendida como no producida en la primera.-

En el caso que nos convoca, no ha sido nulificado el juicio, o su segunda instancia, solo se reenvió a nuevos jueces para el dictado de la pena en base a la nueva calificación.-

Esta particular situación no menosprecia la prueba legalmente producida, sustanciada y controlada por las partes en el proceso previo al veredicto. Por ello, resulta hábil para ser reeditada a los nuevos jueces de la cesura, jueces que no la presenciaron.-

Por otro lado, adhiero a todas las consideraciones que sobre el instituto del reenvio ha efectuado el doctor Pintos en su versado voto, a lo que he de agregar que si en la cesura, la Fiscalía en su alegato de inicio ofreció "toda la prueba producida en el debate" ante del Tribunal de Juicio, la defensa ha tenido toda posibilidad de ejercer su derecho de contradicción, **y** no existe demérito alguno que haga sospechar de algún menoscabo a los principios rectores del debido proceso. Es mas, la misma defensa por escrito solicitó expresamente que se valoren las manifestaciones orales vertidas en la primera etapa de juicio, lo que delata su conformidad a esta forma de introducción de la prueba, oportunamente comunicada por laFiscal General de la causa.-

Los argumentos desarrollados en el recurso, relativos a la imposibilidad de incorporar testimonios por lectura, tiene aplicabilidad en lo conocido técnicamente como declaraciones previas al juicio (vale aclarar, a los prestados en la instancia de investigación), **y** no a las efectuadas en el mismo juicio, pero en una instancia previa.-

Finalmente, la supuesta conducta de la Fiscal de hacer apreciaciones al tiempo de leer el contenido de los testimonios, evocados en un voto de un miembro del Tribunal, tampoco vulnera garantías de control **y** contradicción del sistema de corte adversarial de nuestra provincia.-

Los testimonios estas reservados para su debido control, y los supuestos agregados, responden a valoraciones propia de los alegatos, contrastables **y** contestables por quien recurre.-

Es por ello que voto por rechazar también este agravio.-

2. <u>Al segundo punto. De la pena.</u>

La recurrente instó se asuma competencia positiva en este

punto. Fueron varios los agravios, veámoslo de a uno.-

2.1 De la violencia. De la noctumidad.-

Sintéticamente, dice la defensa que el propio legislador tuvo en cuenta este parámetro en la escala del tipo penal, por lo que su nueva valoración implica una doble punición. También atacó la nocturnidad, ya que a su queja, no se han descripto las circunstancias que la motivan. -

Controlado los fundamentos desarrollados por los magistrados, adelanto que merece confirmarse este agravante y en consecuencia, rechazarse el intento de la pretensa. -

Si bien es cierto que la violencia sobre las personas, califica el hurto y lo transforma en el tipo penal de robo, cierto es también que en la gran mayoría de estos delitos, existe un tamiz de posibilidades de ejercer esa violencia, que inciden en la capacidad de defenderse a las víctimas, y que ameritan tenerlo como asiento de graduación del reproche.-

Se colige de los votos de los jueces del tribunal, que así lo han ponderado y fundado en sus votos, e incluso, introdujeron la nocturnidad, dentro del agravante genérico de naturaleza de la acción. -

El Juez Novarino con razón estimó que el hecho revistió una violencia superior a la establecida por la norma, *"...no solo hubo golpes,* -dijo- *sino disparos en la humanidad de tres personas, de manera deliberada... valiéndose de la impunidad que favorece la nocturnidad...* (que) *resulta ser un elemento claro de elusión de la seguridad toda conducta desplegada a hurtadillas por la noche...*

El doctor Camilo Pérez los conglobó de la misma manera, llamándolo modalidades del hecho, cuyo primer sub acápite es el ingreso violento

por un sector trasero de la vivienda ‘‘*...y e*n *un horario nocturno con algunos integrantes de la familia descansando...”*. De la nocturnidad,

aclaró luego que constituye un agravante, porque facilita la empresa criminal, y "*... obstaculiza ser vistos al ingresar o salir de la propiedad y en definitiva coadyuva con la impunidad del caso...*

El Juez penal Alejandro Rosales, describió el caudal de violencia que proyecta a mas reproche, al decir que los autores *“...irrumpieron brutalmente en la intimidad y privacidad del domicilio familiar, valiéndose además del horario nocturno y que las victimas se encontraban descansando y por ende desprevenidas...*

Como vemos, el contenido de las proposiciones fácticas analizadas por los magistrados, responden a una mensuración de un elemento típico de la figura, mas de modo alguno constituye a una doble valoración, puesto que constituyen circunstancias concretas relacionadas a la violencia particular que fuera ejercida sobre las personas y que, sin dudas ni reparos, debe repercutir en mayor dosis de la pena.-

2.2 De la avanzada edad de los habitantes de la casa.-

La defensa se agravió que la sentencia tuvo en cuenta esta circunstancia, cuando no fue acreditado que haya sido conocida y aprovechada por los autores del hecho.-

Misma suerte que el sub acápite anterior ha de correr este ataque.-

Siempre dentro de la generalidad de la modalidad del hecho (o su naturaleza, lo que es lo mismo), los jueces incluyeron esta particular situación de las victimas, que no puede menos que ser valorada en la forma en que

la hicieron los magistrados.-

No es lo mismo atacar a jóvenes que a niños, que adultos o que a ancianos. Aunque esa circunstancia no fuera conocida a priori por los atacantes, luego no pudieron desconocerla, al ingresar y actuar en el hecho. Ese mayor grado de indefensión justifica mayor reproche.-

Considero que la razón asiste a los tres jueces, de los que, para mejor ilustración, podemos evocar el voto del Juez Rosales cuando dijo que la edad de los damnificados lleva a pensar que personas *desprotegidas, vulnerables*.-

2.3 De las lesiones, y su vuelta a ser computadas.-

La defensa alega que el Tribunal desoyó los términos del reenvío, puesto que su cliente fue absuelto por el delito del art.166 inciso 2 del CP, y pese a ello, volvió a computar las lesiones ocasionadas a la victimas. -

Otra vez, este agravio merece rechazarse.-

Es que como se ha desarrollado el topico de violencia, en el punto 2.1, la consideración de las lesiones padecidas por las víctimas como agravante de la sanción es perfectamente valida, cual lo han hecho los magistrados.-

Grados y consecuencias diversas del delito no replican por ser consideradas en distintas instancias del proceso, si es que los jueces saben dar los fundamentos de sus decisiones. Y en el caso, los jueces las han dado.-

El juez Novarino, incluyó como sub acápite a las lesiones, dentro del cuadro atinente a la extensión del daño para con las víctimas. Y en este punto, tuvo particular consideración las lesiones de carácter quirúrgico que requirieron largos meses de recuperación, tanto para la señora A. S., como para

con el señor A. B.. Los otros dos jueces dieron idéntico analisis del caso.-

¿Es que acaso un corte en la mano, sería igual de reprochable que este tipo de lesiones?. Sin dudas no.-

El encuadre legal de la acción delictual, no descarta que al momento de la mensuración de la pena, las lesiones puedan ser ponderadas como especie dentro del genero de daños que el delito ocasionó, en calidad de agravantes.-

Los fundamentos, plausibles y razonables, sostienen el razonamiento de los jueces del fallo que merece ser confirmado.-

2.4 De las atenuantes.-

En este último punto, quien recurre sostuvo que ni el arrepentimiento del condenado, ni el hecho que estuvo detenido en un estado de salud delicado han sido tenidos en cuenta por los jueces.-

En nuestro marco normativo se exige de una sentencia como requisito de racionalidad, que se halle debidamente fundada y

reconocible el razonamiento del juez, y ello es así dado que la motivación de los jueces de sus sentencias, se vincula directamente con el derecho del imputado a recurrir su condena, la que a su vez es la materia prima de la labor de los jueces revisores.-

Si bien aquellos extremos han sido analizados en detalle y con argumentos que dan solidez a la decisión del tribunal, coincido con mis colegas de esta Cámara que la operación mensurativa que arrojó el resultado final, merece ser modificado.-

Debe operar como horizonte de la labor de mensurar una pena, el axioma que habla que la culpabilidad es su medida, y que *""una pena*

justa sólo es *aquella que* se *adecúa* a *las particularidades del caso concreto”* ZIFFER, Patricia S., *"Lineamientos de la determinación* de *la pena* ", 2a edición, p. 27).-

Creo que la discrecionalidad que deben aplicar los jueces al momento de graduar la pena a aplicar a una persona debe realizarse aplicando tanto cánones de proporcionalidad que se circunscriben al hecho particular, como a las características personales del acusado, y que la racionalidad debe conducir la tarea de llevar esa proporción. Es por ello que en la regulación de la pena, y el control que nos compete, se ha de guiar por la racionalidad de su análisis y aplicación.-

No es que el arrepentimiento no fuera tenido en cuenta, ni que las lesiones que padeció M. justifican menor reproche.-

Novarino, Perez y Rosales han sido impecables en el desarrollo de los argumentos por los cuales no merecen tales extremos, disminuir la pena.-

Lo que entiendo es que si partimos del minino de la escala (diez años), aumentamos los agravantes que se confirman, y se sustrae a una cantidad proporcional y justa de los atenuantes correctamente valorados juventud del reo, escasa instrucción, dura historia de vida marcada por violencia y falta de atención, ausencia de antecedentes penales), no parece que el saldo final arroje como resultante, una pena que apenas disminuye en un año de la escala marco tope del tribunal (pretensión de la fiscalía, 14 años).-

Entiendo que esos mismos atenuantes, algunos de ellos de gran entidad, merecen incidir mas significativamente en la graduación de la dosis.-

En dicho entendimiento, voto por la aplicación de una pena

de once años de prisión. Así voto.-

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

De conformidad resultado de la deliberación por unanimidad, y votación de la cuestión precedente, propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación ordinaria deducida por la Defensa del acusado G. J. M., contra la sentencia N° 4755/18, dictada en fecha 28 de noviembre del año 2018; confirmar parcialmente la sentencia del juicio de reenvío para la fijación de la pena, readecuando la pena impuesta en once (11) años de prisión, con accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inciso 3° del CP), por el hecho ocurrido en esta ciudad el día 5 de agosto del año 2014, y que el Superior Tribunal de Justicia, mediante sentencia n° 47/16, calificó la conducta de M., como coautor del delito de Robo con resultado de homicidio, previsto en el artículo 165 del Código Penal y tener presente la reserva del caso federal.-

Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública en JUS (Ley XIII, N° 15, modificatoria de la Ley XIII N° 4, antes Ley 2.200).-

A la SEGUNDA cuestión el Dr. DEFRANCCO dijo:

En orden al resultado al que se arribara por unanimidad en la deliberación de la primera cuestión, adhiero a lo propuesto por el colega que vota en primer término y que se dicte pronunciamiento en dichos términos.-

A la SEGUNDA cuestión el Dr. BARRIOOS dijo:

Atento al resultado al que se llegara por unanimidad en la deliberación de la primera cuestión, adhiero a lo propuesto por mis colegas y que se dicte pronunciamiento en dichos términos.-

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

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

1°) HACER LUGAR a la impugnación ordinaria deducida por la Defensa del acusado G. J. M., contra la sentencia N° 4755/18, dictada en fecha 28 de noviembre del año 2018 (arts. 374 y 382 y ss. del CPP)

2°) CONFIRMAR parcialmente la sentencia del juicio de reenvío para la fijación de la pena, readecuando la pena impuesta en once (11) años de prisión, con accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inciso 3° del CP), por el hecho ocurrido en esta ciudad el día 5 de agosto del año 2014, y que el Superior Tribunal de Justicia, mediante sentencia n° 47/16, calificó la conducta de **M.,** como coautor del delito de Robo con resultado de homicidio, previsto en el artículo 165 del Código Penal (arts. 343 y ss., 387 y ccs. del C.P.P.).

3°) **TENER** presente la reserva del caso federal.

4°) **REGULAR** los honorarios profesionales de la Defensa Pública en jus (Ley XIII, N" 15, modificatoria de la Ley XIII N° 4, antes Ley 2.200).—

6°) Cópiese, protocolícese, notifíquese. ----------

La presente es firmada por el Dr. Daniel Luis María Pintos, ya que los Dres. Defranco y Barrios se encuentran en su Jurisdicción, quienes han enviado sus votos vía correo electrónico.-