

En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 21 días del mes de Septiembre del año 2016, los miembros de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, ministro Jorge Pflieger, Alejandro Javier Panizzi y Aldo Luis De Cunto se reunieron en Acuerdo, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en la causa caratulada "**Pcia. del Chubut c/ C., F. A. - M., F. y S.L.A. s/ Impugnación Extraordinaria**" (Expediente N° 100-016 - F° 01 - Año 2014).

El orden para la emisión de los votos, según el sorteo efectuado en la audiencia prevista por el artículo 385 del C.P.P., fue el siguiente: Pflieger, Panizzi y De Cunto.

El juez **Jorge Pflieger** dijo:

I- Enunciación de antecedentes.

1. Ha recalado en la Sala la impugnación extraordinaria deducida por el Fiscal General, doctor M. E. Z., en perjuicio de la sentencia protocolizada con el número 1089/2014, que corre glosada desde fojas 74 a 100 de autos.

En ella, el Tribunal Colegiado de Esquel ha fallado: "... 1) Declarando la responsabilidad penal de F. A. C. y de F. E. M., cuyas demás condiciones personales se detallaron en el

///

encabezado, por el delito de Homicidio en agresión (arts. 45, 95 y cc. del Código Penal).

2. El hecho base del juicio fue el siguiente: "... alrededor de las 4.30 horas del día sábado 1° de diciembre de 2012, en el interior del bar que gira bajo el nombre de fantasía "E. P." sito en Av. R. s/n de J. S. M., se suscitó una discusión entre distintos parroquianos, entre los que se encontraba Á. M. U., alias "E. F." y F. A. C., F. E. M. Y L. A. S. (menor de edad), por los motivos y circunstancias que habrán de establecerse en el transcurso del debate; presumiblemente, discusión vinculada a problemas con un sujeto que allí se encontraba (C.). En esas condiciones, al retirarse del local el señor Á. U., haciéndolo sin compañía, en evidente estado de ebriedad y visiblemente incapacitado de uno de sus brazos (el derecho), fue alcanzado por el grupo mencionado recibiendo primeramente, y por parte de F. E. M. un golpe de puño desde atrás que lo alcanzó a la altura del rostro y/o nuca, logrando desvanecerlo y derribarlo. En el contexto indicado, con la víctima en el suelo sin posibilidad de resistir el ataque (minusvalía física, estado de ebriedad), a sabiendas y aprovechándose de ello, F. E. M., juntamente con

///

F. A. C., y el menor L. A. S., procedieron a propinarle a la víctima distintos golpes, preponderantemente puntapiés en la zona de la cabeza y algunos golpes de puño, en forma incesante y hasta lograr darle muerte, la que se produjo por severo trauma de cráneo...”.

3. Con posterioridad, en la sentencia atinente a la pena, número 1285/2014, el Tribunal del juicio condenó a **F. E. M.** a cumplir la pena de cuatro (04) años y seis (06) meses de prisión de cumplimiento efectivo y a **F. A. C.**, a padecer la pena de tres (03) años de prisión de cumplimiento condicional; con relación a los hechos del debate constitutivos del delito enunciando en **1.**

4. Por causa de la impugnación ordinaria interpuesta por el doctor J. M. Z., representante legal de F. E. M., la Cámara en lo Penal de la circunscripción de Esquel realizó el doble control sobre la originaria y dictó la número 1949/2014.

En ésta se declaró la nulidad de las autopsias realizadas los días 1 y 14 de diciembre de 2012 ofrecidas como evidencia “D”, del certificado médico de defunción ofrecido como evidencia “B” con los alcances mencionados en los

considerandos, se declaró la nulidad parcial de las sentencias Nro. 1089-14 y 1285-14 dictadas por el Tribunal de Juicio integrado por los Dres. Anabel Rodríguez, Jorge Criado y Martin O'Connor, y se absolvió a F. E. M. del delito de Homicidio por agresión (arts. 45 y 95 del C.P.) por hechos enunciados al principio (ver fs. 158/202).

5. Radicada la presente en la Sala, se realizó la audiencia prevista en el artículo 385, apartado sexto del Código de Rito, oportunidad en la que el representante del Ministerio Público Fiscal ratificó, en general, la impugnación deducida a fojas 104/12 por M. E. Z. contra la sentencia de fojas 74/100, que declaró responsable a F. A. C. por el delito de Homicidio en Agresión. Asimismo pidió que se modificara la calificación legal aplicada en perjuicio de C., trocándola de Homicidio en Agresión a Homicidio Simple (art. 79 del C.P.).

II. La impugnación extraordinaria.

En ella el Fiscal General denunció errónea aplicación de un precepto legal, cual es el incorrecto amoldamiento típico de las conductas probadas.

Aclaró que, salvo una disímil apreciación que los juzgadores habían tenido respecto del

///

testimonio del médico forense, no había circunstancias vinculadas al plexo probatorio que discutir, solo la significación jurídica de esos hechos y su relevancia normativa.

Basó su queja en lo relacionado a: 1) el tipo legal escogido, 2) la aplicación de la teoría de la coautoría funcional y, 3) la acreditación del tipo subjetivo de homicidio.

Manifestó que el tribunal incurrió en una confusión conceptual entre la indeterminación respecto de quiénes fueron los autores (art. 95 del Código Penal) y la alusiva a cuál de todos los golpes fue el causante de la muerte (art. 45 del Código Penal).

Puso de resalto, citando un voto del doctor Zaffaroni, ex miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que para que se enmarque el hecho en el homicidio en agresión, la imposibilidad de establecer la autoría y participaciones deriva del carácter tumultuario de la riña.

Dijo que, por ello, cuando se pueden establecer las participaciones, la riña deja de ser tumultuaria. Que el carácter tumultuario se da cuando no existe la posibilidad de determinar las participaciones.

Negó que existiese indefinición de autoría y participación ya que se conoce perfectamente qué es lo que cada uno de los imputados ha hecho y de qué modo.

Afirmó que el Tribunal lo único que no pudo determinar es cuál de todas las patadas fue la mortal, y que esa indefinición de segundo grado no es aquella configurativa del tipo del art. 95 del Código Penal.

Citó precedente de la Sala: causa "N., B. y otras p.s.a. de homicidio agravado" (Expte. N° 23.216 - F° 194 - Año 2013 - Letra N).

En otra parte de su presentación consideró que el homicidio estaba agravado por haber sido cometido con alevosía (art. 80, inciso 2do del Código Penal), remarcando la existencia de condiciones típicamente propicias, que la muerte había sido provocada por agresores que actuaban sobre seguro.

En el final, pidió que se revocara la sentencia en crisis, y se condenara por homicidio calificado por haber sido cometido con alevosía (arts. 45, 80 inc. 2° en función del art. 79 del Código Penal), o la del homicidio simple (arts. 45 y 79 del mismo Cuerpo Legal), según criterio de esta Sala.

///

III. La solución del caso.

1. En el principio señalo que la tarea de valoración probatoria, art. 25 del C.P.P, es, ante todo, una labor de composición en la que nada debe descartarse.

En la tarea de juzgar se impone apreciar el plexo convictivo en su dimensión completa, procurando enlazar los hilos que dejan cada uno de los elementos que lo componen en una tarea de reflexión totalizadora que autorice o no a verificar sus significados.

De igual manera ha de considerarse el peligro que implica, para una solución adecuada, la fragmentación o balcanización de la evidencia desarrollada en el debate, entendida ésta como su ponderación desenhebrada, otra faceta de la labor completa exigible de la que hablaba.

Veamos, entonces, en qué medida la postura del impugnante es atendible cuando reclama un cambio de calificación.

2. Es cierto que en la sentencia se ha reconocido la presencia y participación de los tres agresores, que, como bien lo señala el Acusador Público, siguieron a la víctima cuando salió del local donde se encontraban todos y que, con la determinación de agredirlo, lo golpearon

desde atrás y una vez en el suelo lo patearon - los tres acusados- a consecuencia de lo cual sobrevino su muerte.

También coincido con el presentante en que no se da en tal descripción, admitida por las partes en el juicio, la acción que denota un tumulto.

Para la Real Academia Española los significados de la palabra "tumulto" son, en sus dos acepciones, los siguientes:

a. Motín, confusión, alboroto producido por una multitud;

b. Confusión agitada o desorden ruidoso. Desde allí, y a decir verdad, la conducta de tres individuos que patean a un cuarto que yace en el suelo, aunque exista la violencia propia de la acción, no coincide, a mi juicio, con la definición de tumulto porque no concurre la indeterminación propia de la confusión.

3. Es nota característica de la agresión, como expresión atenuada del delito de homicidio, el desconocimiento de quienes fueron los agresores (Art. 95 del C.P).

Desde el punto de vista subjetivo, la especialidad de la agresión radica en el dolo indeterminado de quien actúa súbitamente con

///

espontaneidad y sin dirección, pero desde el punto de vista material, la especialidad es el desconocimiento de la identidad del agresor y la dificultad para determinarlo.

4. Las dos condiciones referenciadas no aparecen en el caso.

a. No existen dudas sobre quiénes fueron los que agredieron a la víctima en forma decidida y alejada de toda discusión, temporal y espacialmente hablando, teniendo en cuenta que lo siguieron una distancia aproximada de 80 metros y lo golpearon desde atrás para voltearlo y, luego, que arremetieron con patadas en la cabeza. Definitivamente, no existió imposibilidad de probar quiénes fueron los autores del suceso.

b. El dolo del agente direccionado a provocar el óbito se infiere de las características de los golpes propinados: patadas o puntapié en la cabeza, la zona más importante del cuerpo humano, no solo porque alberga el cerebro, sino porque contiene los órganos sensores de cuatro de los cinco sentidos que lo orientan.

Aquí radica la diferencia esencial que excluye la agresión, porque no se trata de acciones individuales meramente simultáneas en el

tiempo, sino la convergencia intencional de los tres agresores que llevaron a cabo una obra común.

5. Los Jueces evaluaron que no se acreditó la preexistencia de un acuerdo para llevar adelante la acción. En realidad, parece que no se encontró papel que reflejara tal acuerdo, ni testigo de oídas que diera cuenta de su existencia; pero las conductas son la demostración más clara de la convergencia de voluntades: todos salieron juntos del bar, lanzados en pos de un designio, alcanzaron a M. U., lo derribaron, y le propinaron golpes con una fiereza que muestra, al menos, un acuerdo tácito para conseguir el resultado.

En el tamiz de un juicio crítico, es difícil separar de una consecuencia o resultado letal los puntapiés en la cabeza o cara descargados por varias personas sobre alguien que se encuentra caído sin defenderse. Más cuando la profusión produjo, por la energía concentrada en la humanidad del receptor, una modificación que le quitó la vida.

Luego, se aplican en el caso las reglas que establece la participación criminal en los parámetros de artículo 45 del Código de Fondo.

///

6. Con respecto a la adecuación legal reclamada, entiendo que no le asiste razón al Fiscal cuando pretende que el hecho se enmarca en un homicidio agravado por alevosía.

Ello, por cuanto, a mi juicio no concurre el elemento subjetivo que, en opinión del maestro R. N., constituye la esencia de la calificante, esto es la exigencia de una acción pre ordenada para matar sin peligro para la persona del autor, proveniente de la víctima o de un tercero. Y es así, toda vez que en el lugar se encontraban presentes los testigos directos S., H. y M., quienes representaban, al menos en potencia, la posibilidad de una intervención en defensa del agredido.

7. Por lo expuesto, propongo a mis colegas que la sentencia sea revocada y se condene al acusado por el delito de homicidio simple (arts. 45 y 79 del C. Penal), y se remita al Tribunal que corresponda para el correspondiente juicio de cesura.

Así me expido y voto.

El juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. El Fiscal General de Esquel dedujo impugnación extraordinaria en desmedro de la sentencia N° 1089 del año 2014 del Tribunal

///

Colegiado de aquella ciudad. No me detendré en los motivos de agravio enarbolados, ya que éstos fueron prolijamente reseñados en el voto que encabeza esta sentencia.

II. El artículo 378, inciso 2° del Código Procesal Penal habilita al acusador público a interponer el recurso de marras.

No obstante, creo preciso advertir que cuando el reproche es impulsado por el titular de la vindicta, contra un decisorio que desvincula al atribuido, se debe ser muy cauto y actuar con suma severidad.

A más de ello, pongo de resalto que a esta Sala le está vedada la injerencia sobre cuestiones de hecho y prueba, salvo los supuestos de manifiesta arbitrariedad.

III. El representante del Ministerio Público Fiscal cuestionó la significación jurídica asignada a la conducta desplegada por F. A. C.

Afirmó que no resultaba aplicable al caso el tipo penal contenido en el artículo 95 del código sustantivo. Se opuso a la exclusión de la alevosía (artículo 80, inciso 2° de ese mismo cuerpo normativo).

///

IV. La muerte violenta de Á. M. U. y la participación de tres agresores, fueron debidamente acreditadas y no generaron controversias entre las partes, de modo que no me referiré a ellas.

La divergencia se halla en la significación jurídica del suceso. El titular de la vindicta pública, como quedó dicho, se opuso a la calificación asignada por el tribunal de mérito y, consecuentemente, reclamó su modificación.

Corresponde, entonces, examinar si los defectos señalados por el recurrente se hallan verificados en el pronunciamiento traído.

En ese sentido, daré razón a sus objeciones.

De partida señalo que en el caso bajo examen se logró dilucidar quiénes pusieron mano sobre el ofendido, causando su fallecimiento. En efecto, tres muchachos concretamente individualizados -F. E. M., F. A. C. y L. A. S.- siguieron a U. a la salida del bar "E. P.", acometieron contra su humanidad, derribándolo y pateándolo en el suelo, en la zona del cráneo, hasta provocarle la muerte.

Precisamente, la fórmula del artículo 95 del Código Penal se aplica siempre que no conste quiénes causaron la muerte (o las lesiones). Esta condición, como se ve, no se cumple en el suceso.

Por otro costado, la muerte de U. aparece como el resultado de la obra común del grupo de tres. Éstos abandonaron junto al interfecto el bar y lo condujeron a golpes, desde la salida hasta el lugar donde finalmente cayó malherido. Ese obrar demuestra un claro propósito común de obtener el resultado, un concierto de voluntades encaminado a ese fin, lo cual descarta un accionar súbito.

Si a esa circunstancia se le añade la brutalidad verificada en los puntapiés que el grupo le propinó simultáneamente, queda excluida la figura de la riña o agresión, que exige una actuación repentina y desorganizada.

De esta manera, estando identificados los tres agresores y habiéndose acreditado que éstos tomaron parte en un plan común de violencia, queda descartada la figura del artículo 95 del código sustantivo que aplicaron los jueces de mérito.

Así las cosas, ha habido un error en la interpretación de las normas penales que aplicaron los jueces del juicio.

///

Por lo tanto, sin apartarme de la plataforma fáctica insimulada al acusado, de la que fuera informado a lo largo del proceso, entiendo correcto encuadrar los hechos en el tipo previsto en el art. 79 del Código Penal.

Los hechos en su materialidad no han variado. Lo que se modifica es la figura jurídica escogida por el a quo, en función de los argumentos desarrollados en los párrafos precedentes.

V. Por lo demás, el reclamo del Fiscal tendiente a lograr que el suceso se encuadre en el homicidio agravado por alevosía, no recibirá acogida.

La presencia de los testigos S., H. y M. a pocos metros del sitio de la agresión, representó una limitación para que los atacantes actuaran sin peligro o sobre seguro.

De esta manera, esa circunstancia hizo que la agravante no llegue a configurarse.

VI. En mérito de lo expuesto, corresponde admitir parcialmente el recurso del acusador público, revocar la sentencia impugnada en cuanto a la responsabilidad de F. A. C. y condenarlo por el delito de homicidio simple (artículos 79 del Código Penal y 332 del Código Procesal Penal) y,

///

reenviar las actuaciones a la instancia previa para que se realice el juicio de cesura.

Así voto.

El juez **Aldo Luis De Cunto** dijo:

1. El Ministro que guía el Acuerdo ha efectuado un repaso prolijo e integral de los antecedentes de la causa y de los agravios que sustentan el recurso a resolver. Remito al lector a dicha reseña.

2. La materialidad de los hechos y la intervención de los acusados no es materia de discusión. El disenso estriba en la subsunción jurídica del evento, siempre dentro del estrecho marco de análisis que caracteriza a la impugnación extraordinaria de la parte acusadora.

3. Una precisión conceptual sobre la apreciación de la prueba. Implica una tarea de evaluación conjunta y armónica de todas las evidencias que se producen en el juicio (Código Procesal Penal, artículo 25). Esta mirada totalizadora conlleva la necesidad de evitar la parcelación del análisis probatorio ("balcanización de la evidencia", en los términos del primer voto).

///

4. El recurrente solicita el cambio de calificación legal dado al caso. Anticipo que admitiré el pedido, mas solo parcialmente.

En la decisión atacada se estableció la participación de tres personas, quienes siguieron a la víctima Á. U. a la salida del local donde todos se encontraban. Con la finalidad de agredirlo, lo golpearon desde atrás y ya en el suelo lo patearon entre los tres en la zona de la cabeza. Como consecuencia de este accionar, sobrevino la muerte de la víctima.

Este relato de los hechos, no controvertido en el juicio, no describe los requisitos propios de la agresión, forma atenuada del tipo penal básico de homicidio (Código Penal, artículo 95).

En efecto, no existió un tumulto que haya provocado la indeterminación o confusión respecto de los autores del hecho ilícito. Tampoco concurrió el dolo indeterminado de quien actúa súbitamente, de manera espontánea y no dirigida.

Como ya dije, los tres agresores siguieron a U. a lo largo de varios metros, lo golpearon desde atrás para derribarlo, y ya en el suelo lo patearon con fiereza en la cabeza.

La modalidad y el destino de estas patadas (una región esencial del cuerpo), sirven de pautas o

referencias para establecer el dolo orientado a obtener un resultado fatal para la vida de U. Se trató de una obra común perpetrada intencionalmente entre los tres atacantes.

Sin perjuicio de lo que he expresado hasta aquí, estimo en cambio equivocada la pretensión de la Fiscalía de subsumir este hecho en la figura de homicidio calificado por la alevosía.

Es que falta en el caso el elemento subjetivo que exige esta agravante del tipo básico: que el autor del hecho haya actuado sobre seguro, es decir, sin correr peligro alguno. La presencia de otros testigos en el lugar (S., H. y M.), representaba la posibilidad de que intervinieran en defensa de U..

5. En suma, y de modo coincidente con el criterio de quienes me preceden en la votación, propongo que se condene al acusado por el delito de homicidio simple (CP, artículos 79 y 45), y que se remita al tribunal que corresponda para el juicio de cesura.

Así voto.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

----- S E N T E N C I A -----

///

1°) **DECLARAR** parcialmente procedente la impugnación extraordinaria interpuesta por el Fiscal General, doctor M. E. Z.

2°) **REVOCAR** la sentencia impugnada en cuanto a la responsabilidad de F. A. C. y **condenarlo** por el delito de homicidio simple (artículos 79 del Código Penal y 332 del Código Procesal Penal).

3°) **REEVIAR** las actuaciones a la instancia previa para que se realice el juicio de cesura.

4°) **PROTOCOLÍCESE** y notifíquese.

Fdo. Jorge Pflieger-Alejandro Javier Panizzi-Aldo Luis De Cunto. Ante mi:
José A. Ferreyra Secretario

///