

SENTENCIA N° 130/2014. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los 23 días del mes de DICIEMBRE de dos mil catorce, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación conformada por los Sres. Jueces Liliana Deiub, el Dr. Andrés Repetto y, el Dr. Federico Sommer, quien presidió la audiencia, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso judicial: "DÍAZ, Juan Leonardo-SERRANO, Leandro Ariel s/Homicidio", identificado como legajo OFINQ N° 1559/2014, (Ex. expediente N° Expte.n°08 - año 2008 del registro de la ex Cámara Criminal Segunda de esta ciudad, seguido contra JUAN LEONARDO DÍAZ, hijo de José Demetrio y Miriam Beatriz Villalobos, argentino, nacido el 13 de Enero de 1.980 en Neuquén (Capital), soltero, con instrucción secundaria incompleta, empleado, domiciliado en Mbk 25, Dpto. 86 del B° Melipal de esta ciudad, D.N.I.N° 27.894.358 y contra LEANDRO ARIEL SERRANO, hijo de Rubén Eduardo y de Ana Della Vita, argentino, nacido el 13 de Noviembre de 1.985 en Neuquén (Capital), estudiante, con estudios terciarios incompletos, domiciliado en Mbk.25, Dpto. 81 del B° Melipal de esta ciudad y D.N.I.N° 31.950.302.

Siendo originario el presente caso a resolver del antiguo sistema procesal penal, la Oficina Judicial

imprimió el procedimiento correspondiente a la impugnación ordinaria previsto en los artículos 243 y siguientes del nuevo ordenamiento adjetivo (Ley 2784), celebrándose la audiencia prevista en el artículo 245 CPP, el día nueve de diciembre del año en curso, oportunidad en que el impugnante expuso los fundamentos del recurso de impugnación.

En la audiencia prevista por el art. 245 del CPP intervino el Sr. Defensor de confianza de los encartados presentes en el acto, Juan Leonardo DÍAZ y Leandro Ariel SERRANO, Dr. Gustavo Palmieri y en representación del Ministerio Público Fiscal, el Dr. Pablo Vignaroli, sin el comparendo del representante de la Querrela particular, que consultada la representante de la Oficina Judicial informó que se encontraba fehacientemente notificada.

ANTECEDENTES:

A) Por Acuerdo N° 47/2011 del registro de la Secretaría Penal del Tribunal Superior de Justicia del Neuquén, dictado el día veintinueve de Julio del año dos mil once, se resolvió "II.-HACER LUGAR parcialmente a los Recursos de Casación deducidos por el Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Pablo Vignaroli, y la parte querellante, representada por los Dres. Ricardo Horacio Cancela y

Laura Cancela, interpuesto por el motivo sustancial.

III.- CASAR la Sentencia N° 31, de fecha 29 de julio de 2009, obrante a fs. 1147/1187, dictada por la Cámara en lo Criminal Segunda de esta ciudad, por errónea aplicación de la ley penal sustantiva (artículo 415, inciso 1°, en función del artículo 428 del C.P.P. y C.).

VI.- CONDENAR en definitiva a JUAN LEONARDO DÍAZ y LEANDRO ARIEL SERRANO, como COAUTORES PENALMENTE RESPONSABLES DEL DELITO DE HOMICIDIO SIMPLE, AGRAVADO POR LA PARTICIPACIÓN DE UN MENOR DE EDAD (arts. 79, 45 y 41 quater del Código Penal), por el hecho perpetrado el 17 de julio del año 2006 en contra de Jorge Javier Galar, a la pena de DIEZ AÑOS Y OCHO MESES DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, más la accesoria prevista en el art. 12 del Código Penal por idéntico término y costas del proceso.

V.- RECHAZAR el Recurso de Casación deducido por el Sr. Defensor Particular, Dr. Juan Carlos Ríos Iñiguez, a favor de Leonardo Ariel Serrano.

VI.-RECHAZAR el Recurso de Casación deducido por el Sr. Defensor Particular, Dr. Gustavo Eduardo Palmieri, a favor de Juan Leonardo Díaz.

VII.- Con costas a los recurrentes perdedores (arts. 491 y 492, del C.P.P. y C.)”.-

B) La Defensa particular interviniente en representación de los intereses de los encartados dedujo

recurso de queja ante el rechazo por parte del Tribunal Superior de Justicia del Recurso Extraordinario Federal. Habiéndose hecho lugar a dicho recurso por la Corte Suprema de Justicia de la Nación se formula la impugnación ordinaria contra el pronunciamiento del máximo Tribunal Provincial.

Expresó el letrado impugnante que el agravio finca principalmente en la afectación al derecho al doble conforme. El Dr. Palmieri formuló sus agravios dirigidos en principio a atacar la decisión del máximo Tribunal provincial en cuanto desoyó el derecho al doble conforme, al punto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo saber a este Tribunal que dicho derecho debe respetarse.

En esa dirección consideró que el alcance del recurso debe ser amplio e integral abarcando la sentencia de Cámara por homicidio en riña y la del Tribunal Superior por homicidio simple con dolo eventual.

En su segundo agravio entiende que existen dos fallos arbitrarios que valoran en forma absurda la prueba colectada en juicio referidos a la forma de ocurrencia del hecho, atendiendo a la teoría del caso de los acusadores, que refirieron que los imputados en forma conjunta con Chambla agredieron físicamente a la víctima.

Todos agredieron con golpes de puño y patadas, y las lesiones provocadas ocasionaron la muerte de Galar. Agregó el defensor que no se tuvo en cuenta que fue demorado en el momento del hecho el menor Zapata, que para la fiscalía de delitos juveniles fue el único agresor, circunstancia diferente a la teoría del caso antes enunciada.

Del mismo modo, entiende al igual que el Dr. Castro que lo anticipó en su voto, que el ingreso por los acusadores al final del juicio, de la teoría de dolo eventual, no puede ser aceptada ya que no les fue intimada previamente a sus asistidos.

En relación a la sentencia de Cámara sostuvo que la información de los testigos sobre las agresiones fue contradictoria, por lo que se convocó a peritos, cuestionando en el caso las afirmaciones de peritos, principalmente las del Dr. Losada quien cuestionó la posibilidad que el golpe severo que produce la muerte de la víctima no pudo haber sido efectuado por el menor Zapata atendiendo a que su calzado fue secuestrado inmediatamente y no se encontraron restos orgánicos de la víctima.

Alega que el Dr. Scuteri, refiriéndose a la lesión de la víctima (mecánica de la lesión) y cuando fue

contra-examinado sostuvo que en su opinión probablemente no fue un solo golpe el que ocasionó la muerte sino más de uno. No pudo determinar si esos golpes fueron ocasionados por una o más personas. Reconoció que el cráneo de la víctima no presentaba lesiones visibles, no habiéndose realizado durante meses un estudio sobre el cuero cabelludo de Galar.

El Dr. Flores - Forense que practicó la autopsia-tampoco pudo afirmar que ese golpe se produce por la intervención de varias personas.

Continuando con los reparos sobre la prueba, el defensor se refirió a los testigos, focalizando primero en Cavallotti quien era el taxista que según los camaristas vio todo ya que venía atrás de la camioneta de Díaz y Serrano. Este testigo, denominado privilegiado, es el único en el que se sostiene la sentencia de la ex Cámara Segunda, y manifiesta que las personas que iban con Galar comienzan a recriminar la agresión al conductor y acompañante de la camioneta y después de agredir al conductor, bajan del interior del rodado entre cinco o seis personas. Después de perseguir infructuosamente a los agresores, identifican a Galar, lo rodean y observa un golpe tremendo a la cara, cayó con mucha fuerza y azotó la cara, de ahí en más no se movió, solo se movía

por las patadas que le pegaban en el piso. Habla de varios agresores y de uno que no podían detener, que era Zapata. La defensa refiere que este testigo no puede inicialmente determinar quién fue el que aplicó el golpe, después dice que era Zapata. Entra en controversias al decir que dos personas llevaban el cinto. Finalmente dice que no tiene certeza de a quien identifica como agresor.

Posteriormente se refiere a los testimonios de Lamilla y Cárdenas, que a su entender son testigos ajenas a ambos grupos que solo caminaban por el lugar y cuentan lo que observaron. Cárdenas declaró que la víctima cayó al piso y después le pegan otro golpe en el estómago. Luego de ello, no vio más golpes. Casi inmediatamente llegó la policía y lo agarró al agresor, refiriéndose a Zapata. No ve a otros agresores después.

A su turno Lamilla dijo que venían caminando dos personas donde una ataca a la otra y ésta cae al piso. Identifica al agresor que baja de la camioneta, dice que le pega a la altura de la nuca. La persona que fue demorada, fue la que aplicó el golpe, que es Zapata.

Agrega que la sentencia surge que no les cree a dichos testigos, mencionando que es probable que hayan ido distraídas, siendo ésta una condición inverificable; no encuentra razón para pensar que estuvieron distraídas,

ya que no fue explicado en la sentencia. Agrega que sobre este punto la sentencia del Tribunal Superior no hace ninguna valoración, solo dice que en general es correcta.

Igualmente se refiere al testimonio de los policías que presenciaron el hecho, sosteniendo que cambiaron sustancialmente el aspecto central de su declaración. Declararon en instrucción que ven a una persona golpeando y al resto como espectadores, lo que significa que era uno solo el agresor. Posteriormente Soto en el juicio cuando fue interrogado por ese cambio solo argumentó que "se le debe haber pasado por alto". En iguales términos se expide Lora en instrucción mencionando a una persona agrediendo, observando que había más personas como espectadores. Para después modificar su relato en relación a que eran muchos los agresores.

Finalmente sostiene que el testimonio de Garré fue incoherente e inconsistente y no se valoró correctamente en la sentencia.

En función a lo expuesto solicitó se anule el pronunciamiento y se dicte la absolución de sus asistidos por aplicación del beneficio de la duda.

Subsidiariamente y en relación a la teoría legal correcta aplicable al caso, entiende que no puede

mantenerse el dolo eventual máxime cuando no fue imputado a sus asistidos por lo que propicia la anulación parcial del pronunciamiento, y subsidiariamente en caso de mantener la calificación de homicidio en riña la que cuestiona por ausencia de elementos objetivos y subjetivos; propició se revise la pena aplicada valorando atenuantes y agravantes, debiendo aplicarse una pena en suspenso.

C) El Ministerio Público Fiscal manifestó que en relación al alcance de la impugnación, el límite lo fija la sentencia del Tribunal Superior, por lo cual no debe ingresarse en la sentencia de Cámara. Sin perjuicio de ello, alegó sobre los fundamentos de la prueba valorada en la sentencia.

En el punto entendió que la valoración que hace la defensa de la prueba científica es acotada, solo dirigida a la falta de determinación por los peritos de la cantidad de agresores, omitiendo considerar aspectos esenciales de los dictámenes médicos en referencia a los golpes recibidos por la víctima. Con respecto a los testigos Lamilla y Cárdenas, sostuvo que la sentencia valora en mejores condiciones el testimonio de Cavallotti atendiendo a la cercanía con el hecho y las circunstancias del mismo que "se ve venir la agresión".

Otro elemento a ponderar es el lugar de ubicación del golpe o trompada, Cavallotti refiere a la cara y Lamilla y Cárdenas en la nuca.

Menciona asimismo que Garré y Dimarco declararon en instrucción (fs. 173) refiriendo que tres o cuatro personas se le van encima a la víctima.

Concluye que Cavallotti es un testigo fundamental porque sus dichos están avalados por prueba científica y las condiciones de observación que tuvo no las tuvieron los otros testigos. Las chicas (Lamilla y Cárdenas) venían caminando despreocupadas, mientras Garré y Dimarco estaban intentando salvarse de la agresión por lo cual su atención no era total. Los policías y empleados de seguridad llegaron después y observaron distintas secuencias. No hay dudas en la autoría, el que señala a Díaz y Serrano como agresores de Galar es Cavallotti. Finaliza exponiendo que la conducta para el dolo eventual consiste en haberse representado el hecho de la muerte, entendiendo que no hay escollo de índole constitucional para entender que el homicidio se dio con dolo eventual, ya que no hay riña porque Galar nunca participó de pelea alguna ni provocó a nadie, al punto tal que quedó con las manos en los bolsillos. Además no fue un solo golpe el que le causó la muerte, sino varios.

Todos los golpes los recibió estando con vida, lo que demuestra la agresión en una zona donde el resultado lógico era la muerte, por lo cual hay dolo eventual. Peticiona se confirme la sentencia del Superior Tribunal en lo referente a calificación legal y pena.

Practicado sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse la Dra. Liliana Deiub, luego el Dr. Andrés Repetto y, finalmente, el Dr. Federico Sommer.

Cumplido el proceso deliberativo que emerge de los arts. 246 y 193 -de aplicación supletoria- del Digesto Adjetivo, se ponen a consideración las siguientes cuestiones.

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible la impugnación ordinaria deducida?

La Dra. Liliana Deiub dijo: Que corresponde examinar si se han cumplido las prescripciones legales para que el recurso sea admisible, conforme lo dispuesto por el artículo 242 del C.P.P.

En tal dirección cabe considerar que el escrito fue presentado en término, por ante la Oficina Judicial respectiva, por quien se encuentra legitimado para ello; tratándose de una sentencia definitiva y por ende una

decisión impugnada en los términos de los arts. 233 y 236 del rito.

De igual modo, la impugnación resulta autosuficiente por cuanto del escrito presentado y de lo debatido en la audiencia celebrada (art. 245 del CPP) fue posible conocer cómo se configuran -a juicio del recurrente- los motivos de impugnación aducidos y la solución final que propone.

Por lo expuesto, considero que el recurso de impugnación deducido debe ser declarado formalmente admisible. Tal es mi voto.-

El Dr. Andrés Repetto expresó: que adhiere al voto de la señora Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que propone a esta primera cuestión. Así voto.

El Dr. Federico Sommer sostuvo: que comparte la decisión adoptada por la vocal del primer voto en relación a la admisibilidad de la vía recursiva.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?

La Dra. Liliana Deiub dijo:

I.- Tal como se expuso al comienzo, la defensa sostuvo en relación al alcance del recurso incoado, que debía alcanzar ambas sentencias dictadas respectivamente

por el Tribunal Superior de Justicia provincial y por la ex Cámara Criminal Segunda de esta ciudad.

En este aspecto entiendo que la revisión integral de la sentencia condenatoria debe ser realizado sobre ambas piezas procesales, atendiendo principalmente al derecho de defensa y debido proceso de los encartados a una revisión integral de la sentencia condenatoria que en este caso fue modificada por el Tribunal Superior que ejercía la labor de Tribunal de Casación, agravando la calificación legal original determinada por la sentencia del Tribunal de Juicio, disponiendo una condena más gravosa sobre la misma plataforma fáctica valorada en la sentencia de Juicio.

Como consecuencia de ello, la sentencia dictada por el Tribunal Superior no puede ser entendida como una revisión del pronunciamiento anterior, sino como una nueva primera condena que, teniendo presente el doble conforme que se pretende asegurar, se encuentra en similares condiciones con la condena dictada por la cámara de juicio.

En ese sentido la Corte IDH, ha sostenido que “[...] el derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al

inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia." (Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica", párrafo 159, 2004, concepto reiterado en "Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú", párrafo 161°, 1999).

Paralelamente y en relación a la intervención que le cabe a este Tribunal para revisar un pronunciamiento de un tribunal jerárquicamente superior, circunstancia ésta que no fue objetada por las partes, debe ser resuelta atendiendo al nuevo esquema procesal instaurado por la Ley 2784, que determina su competencia para resolver impugnaciones ordinarias (Art. 33 inc. 1) y art. 2° del Reglamento del Tribunal de Impugnación, aprobado por Acuerdo N° 5088, punto 42, del Tribunal Superior de Justicia, máxime cuando la carencia de un Tribunal superior nunca puede resultar un obstáculo para revisar en forma amplia la condena, como derecho esencial del imputado. En tales supuestos, la CIDH ha señalado que

el conocimiento de la impugnación puede incluso estar a cargo del mismo órgano jurisdiccional, "con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso".

Por lo expuesto, y atendiendo a que la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia, hizo lugar a los agravios de las partes acusadoras, modificando la calificación jurídica de la instancia anterior por otra más gravosa, imponiendo una pena muy superior a la que se revisaba; es que entiendo que corresponde revisar sendos pronunciamientos en los límites de la impugnación, sobre la base de garantizar un nuevo examen de la cuestión atendiendo a que los elementos probatorios colectados y analizados en la sentencia de Cámara sirvieron de soporte al pronunciamiento dictado por el máximo Tribunal provincial.

II.- Aclarado lo que antecede corresponde ingresar en el agravio formulado por la defensa que endilga a sendos pronunciamientos condenatorios defectos de motivación y fundamentación en el análisis y valoración de la evidencia testimonial y científica presentada en juicio, desoyendo cuestionamientos de la defensa sin aportar razones suficientes y contradiciendo las reglas de la sana crítica racional.

En ese t3pico debe necesariamente destacarse que las quejas formuladas por la defensa, fueron atendidas y descartadas en la sentencia de la anterior casaci3n, sin perjuicio de lo cual atendiendo al car3cter integral de la revisi3n de la sentencia condenatoria que se propicia; en esta etapa se efectuar3 un nuevo control.

As3 las cosas, debo principiar el an3lisis en el testimonio de Cavallotti quien a pesar de las quejas formuladas por la defensa resulta ser el 3nico testigo que tiene acceso visual a toda la secuencia de los hechos en forma ininterrumpida, desde su comienzo en el incidente de tr3nsito inicial en el cual la Partner conducida por Chambla impact3 -al menos superficialmente- con el espejo exterior a Dimarco, para posteriormente observar la maniobra de giro de la camioneta y la corrida de las tres personas hacia el encuentro de la misma, infiriendo que habr3a pelea, en atenci3n al incidente previo. Cabe mencionar que tambi3n este testigo observ3 algunos golpes dirigidos al conductor de la camioneta por parte de Garr3. Vale recordar que estos golpes se encuentran certificados m3dicamente seg3n se desprende de la sentencia de C3mara a fs. 169 como "equimosis en p3rpado inferior ojo izquierdo de aprox. 72 hs. Evoluci3n".

Resulta asimismo que el testigo también advierte la sorpresa posterior de Dimarco y Garré, al constatar que habían más personas en el interior del rodado. Esto lo vuelve a observar Cavallotti desde el taxi que conducía, que ya se encontraba estacionado en la parada de taxis, cerca de la camioneta. También observa que alguien baja de la camioneta con un cinto enrollado en la mano, que resulta ser Chambla, quien -posteriormente- reconoce dicha actitud. Posteriormente Cavallotti relata la secuencia posterior de persecución por parte del grupo que descendió de la camioneta, y que intentaban agredir a Garré -quien fue el que agredió inicialmente al conductor de la camioneta- y que se escapa hacia el local Eterno. Luego se refiere al compañero de Garré -Dimarco- que recibe más golpes, cae al piso, logra reponerse y sale hacia Eterno. En ese momento el testigo baja del auto y cree que una de las chicas identifica al tercero -Galar- como el que "también estaba con ellos", menciona que: "Todos se le van encima. Se le acercan, lo rodearon, el muchacho alcanzó a sacar una mano y a decir "yo no, yo no estaba"; pero igual lo golpearon; no atinó ni a defenderse, vio pegar a mucha gente (cuatro seguro; podrían ser más). Los mismos que persiguieron a los dos primeros, todos varones, todos

exaltados; le pegaron con los puños. Uno de los golpes, muy directo a la cara; fue directamente a la nariz (pensó "¡qué tremendo golpe que le pegaron!"), azotó contra una puerta, cayó boca abajo y no se movió (el testigo se asustó). Azotó con la cabeza y cayó; fue un instante; en el piso le siguieron pegando, «patadas». Sólo los golpes que le pegaban lo movían. Fue una fracción de segundo hasta que llegó la Policía.

Posteriormente se refiere a la situación contradictoria que había presenciado, ya que primero observó a las chicas que incitaban a la agresión, y cuando vieron que el agredido no se movía, intentaban contener a los atacantes.

Identifica entre los agresores, a uno robusto, el más exaltado de todos, estaba fuera de sí, no lo podían contener; más adelante y tras la lectura de su testimonial ante el juez de instrucción, ratifica que éste fue el que propinó el golpe «en la nariz», al que se refería antes. Lo contuvieron entre varios policías. Le decían de apodo «Morcilla».-quien resulta ser el menor Zapata-.

Paralelamente y robusteciendo el testimonio de Cavallotti, resta mencionar que en su declaración indagatoria Chambla ubica a Díaz en la escena en la que

se encontraba Galar, posteriormente observa un gesto de Díaz (mover el brazo derecho), movimiento similar a realizado por el menor Zapata cuando golpeó a Galar, no advirtiéndolo si golpeó a la víctima.

Cavallotti sostiene que Díaz sí estaba entre los que salieron de la parte trasera de la Partner (cuando realiza el reconocimiento) debiendo recordarse que el propio Díaz se ubica cerca de Galar y del menor Zapata, alegando que lo hace parar separar al menor.

De igual modo, la participación de Serrano no resulta de una valoración absurda o arbitraria de la prueba, sino que surge de los dichos de Cavallotti, quien ubicó a Serrano agrediendo a Galar según el reconocimiento de fs. 183, incorporada por lectura y sus dichos en el debate, referidos ampliamente en la sentencia de Juicio.

Este testigo, a pesar de los embates de la defensa, fue ampliamente examinado en la continuidad de su relato y valorado en ambas piezas sentenciales, principalmente en la sentencia de Cámara en la que en forma detallada se cotejó pormenorizadamente su relato con la declaración que prestó a los pocos días del hecho, que resulta conteste con la prestada en el juicio con las diferencias propias del transcurso del tiempo, y la

amplia difusión mediática del hecho. Se destacó asimismo que el testigo carecía de intenciones de beneficiar o perjudicar a la víctima e imputados; resulta privilegiada su visión a escasos metros de toda la secuencia de los hechos desde el incidente de tránsito inicial hasta la agresión que culminó con la vida de Galar. De su relato surge que en función a lo que observaba, de acuerdo a la posición que tenía, pudo prever los acontecimientos que fueron sucediendo en su presencia.

Del mismo modo la sentencia valoró las circunstancias de tiempo en que el evento final se desarrolló, ponderando en la visión del testigo la rapidez con la que se sucedieron los acontecimientos finales, la confusión propia del suceso, el transcurso del tiempo en su memoria, las diferentes oportunidades en que fue llamado a declarar, lo que evidentemente generó en el testigo alguna confusión no esencial en su declaración que debe ser interpretada tal como hizo la sentencia de juicio como la declaración de un ser humano sometido a todas las presiones antes referenciadas, que no es una máquina que responde con automatismos.

Por otro lado entiendo que las declaraciones de Flavia Cárdenas y Maria Fernanda Lamilla no son contradictorias con los dichos de Cavallotti, teniendo en

cuenta diversos factores que deben ser ponderados tales como la sorpresividad del evento del que resultaron testigos ya que intempestivamente se toparon con la escena en la cual el menor Zapata agredía violentamente a la víctima a diferencia de Cavallotti quien observó e incluso pudo predecir alguno de sus pasajes, desde el momento inicial. Esta no fue la situación de visibilidad y atención de la que dispuso Flavia Cárdenas en cuanto declara que el otro golpe, lo ven cuando estaban pasando, "dándose vuelta", obviamente es diferente a la visión de Cavallotti que observó todo desde la misma perspectiva, habiendo intervenido incluso para separar a los agresores de la víctima. Con esa salvedad puede explicarse que María Fernanda Lamilla no haya percibido situaciones que fueron advertidas por otros testigos, tales como no advertir la presencia de mujeres en el lugar, máxime cuando los testigos coinciden en que Roxana Díaz, se arrojó o se encontraba muy cerca de Galar tratando de impedir que Zapata continuara con la agresión. Vale recordar en este punto lo declarado por Cavallotti referido a la contradictoria actitud de las mujeres que primero incitaban a la agresión y posteriormente trataban de calmar a los agresores.

En el aspecto controvertido por la defensa, nada impide que un único testimonio se constituya en la base fundamental de una acusación y como consecuencia de ello, se encuentre habilitado el Tribunal para formarse convicción suficiente que sostenga el dictado de un pronunciamiento condenatorio, resultando acreditado en el caso particular en análisis que este testimonio encuentra sustento en la prueba testimonial analizada y en la científica rendida en el debate.

“cuando se trata de varias declaraciones independientes, la sinceridad de una en particular, puede lograrse, sin mayores esfuerzos, por ejemplo, a partir de un examen comparativo entre ellas y la búsqueda de elementos confirmatorios de la versión que se analiza”, (in re “GARCÍA” Acuerdo N° 24/2002 rta. el 16/9/2002) y conforme la manda del artículo 22 del rito local “Los jueces formarán su convicción de la valoración conjunta y armónica de toda la prueba producida, explicando con argumentos de carácter objetivo su decisión”. (ACUERDO N° 15/2014: del 22 de septiembre del año dos mil catorce, Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, en los autos GONZÁLEZ HUGO ALBERTO S/ABUSO SEXUAL” Expte. Nro. 55 año 2014.

En ese sentido entiendo que el testimonio analizado en la sentencia de grado, convalidado en la casación y revisado nuevamente en esta instancia en base a las reglas de la sana crítica racional reúne los parámetros de suficiencia probatoria, con suficiente entidad para sostener, conjuntamente con la restante prueba valorada, un juicio de reproche en los términos de certeza que requiere un pronunciamiento de condena, resultando los agravios de la defensa una crítica carente de sustento.

Como parte de este agravio, la defensa cuestiona la valoración de la prueba científica, refiriéndose especialmente a lo sostenido por el Dr. Losada cuando niega la posibilidad que el menor Zapata aplicara puntapiés a Galar porque sus zapatillas fueron secuestradas y no tenían sangre, si bien no había heridas externas de importancia, tenía una pequeña lastimadura en el labio, que necesariamente tuvo que haber salpicado. La sentencia al valorar las conclusiones del mencionado Perito, no considera este aserto atendiendo a que esta información aparece sorpresivamente, impidiendo a la defensa refutarla con otro/s perito/s. En el tema, la sentencia considera que dicha prueba no agrega nada en relación a Zapata, ya que todos los testigos lo ubican en

el lugar del hecho golpeando a Galar, aunque nadie lo vio golpearlo en la cabeza, ello teniendo presente las conclusiones de los galenos que coinciden en estimar que Galar murió como consecuencia de por lo menos dos, sino tres puntapiés en la cabeza.

Paralelamente considero que la ausencia de definición por parte de los peritos médicos en relación a la cantidad de atacantes invocada por la defensa como agravio, no resulta admisible, toda vez que esa determinación fue obtenida a través del análisis de la prueba testimonial, razón por la cual el agravio no puede admitirse, al igual que la queja dirigida contra los testimonios de los empleados policiales que prestaban servicios en el local Eterno, por las circunstancias extensamente ponderadas en la sentencia de Juicio.

Es por lo expuesto que la sentencia luce perfectamente ajustada en su razonamiento a la sana crítica, a lo que se añade que "Según la Corte, no hay sentencia arbitraria si los agravios del recurrente sólo manifiestan su discrepancia con los criterios de selección y valoración de las pruebas que han utilizado los jueces de la causa." (Sagúes, Néstor P. "Recurso Extraordinario" T. 2, Ed. Astrea, Bs. As. 2013, pág.256). (R I Nro. 92 del 17 de septiembre de 2014, autos:

"SANDOVAL RAÚL S/ABUSO SEXUAL" Expte. Nro.70 año 2014, Secretaría Penal del Tribunal Superior de Justicia).

Por lo considerado y valorado en este acto, al igual que la extensa y amplia revisión de la prueba realizada por los jueces que examinaron directamente a los testigos y peritos, entiendo que los agravios de valoración irrazonable, ilógica y acrítica formulados por la defensa, no encuentran sustento válido, toda vez que la sentencia de grado responde adecuadamente los cuestionamientos de la defensa, y por ende debe confirmarse en ese aspecto.

III.- Calificación Legal.

En este tópico la defensa se agravia por la calificación impuesta en ambas sentencias, entendiendo que no fue debidamente imputado a sus asistidos el homicidio con dolo eventual por el que resultaron condenados, no habiéndose acreditado además los extremos de dicha figura, por lo que solicitó se revoque dicha calificación y se absuelva a sus asistidos. Asimismo y entendiendo que no se reunieron los elementos objetivos y subjetivos que requiere la figura del art. 95 del código penal propició la nulidad de dicho pronunciamiento, solicitando se dicte la absolución de los encartados.

En este caso entiendo que debe comenzarse el análisis por la calificación otorgada al hecho en el voto mayoritario de la sentencia N° 47, dictada por el Tribunal Superior de Justicia, atendiendo a la modificación realizada sobre la calificación dispuesta en la sentencia de juicio (homicidio en riña) y el consecuente agravamiento de las penas en ella fijadas de tres años de prisión de efectivo cumplimiento a diez años y ocho meses de prisión por homicidio simple artículo 79 del C.P.

El voto de la mayoría en la sentencia de referencia entiende "descartada la situación de confusión o de tumulto (común a la riña o a la agresión), al establecerse de manera precisa y fehaciente quiénes atacaron a la víctima y cuál fue el aporte de los enjuiciados a este luctuoso hecho; sumado a que por las condiciones en que se produjo, resultaba de fácil pronóstico la muerte derivada de esa actividad violenta y conjunta; no veo otra calificación posible que la prevista en el artículo 79 del C.P. -homicidio simple-".

Respetuosamente, no comparto la mutación de la teoría legal del caso realizada por dicha mayoría que intervino en la casación por las siguientes razones:

a- Tal como se desprende de la sentencia de grado en la apertura del voto ponente, ésta no fue la teoría inicial del caso presentada por las partes acusadoras; que en la etapa de los alegatos sorprendentemente hicieron referencia a la intención de matar presente en los imputados.

b- Sin perjuicio de lo anterior, no encuentro acreditada la voluntad homicida, en los términos del art. 79 del Código Penal. Para arribar a dicha conclusión tengo presente datos objetivos e irrefutables, que surgen de los informes médicos rendidos en el juicio de los que surge que la víctima murió como consecuencia de por lo menos dos, sino tres puntapiés en la cabeza, no pudiéndose determinar efectivamente quién fue el autor material de la muerte. Vale destacar que la muerte se produce a partir de severas lesiones en el encéfalo, con grandes hemorragias en los laterales, frente y tronco cerebral.

c- De igual modo considero ausente esta voluntad homicida en las propias circunstancias del hecho, toda vez que el resultado fatal deviene a consecuencia de una reacción espontánea de los imputados Díaz y Serrano en compañía de Zapata (por entonces menor), ante la agresión que había sufrido Chambla y que no fue

observada directamente por ellos ya que se encontraban en la parte trasera de la Partner. La secuencia que sigue es la persecución infructuosa a los compañeros de la víctima -Dimarco y Garré- quienes se guarecieron en el local Eterno. En esa secuencia de escasos minutos de persecución fue identificado Galar como parte del grupo y es inmediatamente agredido en el marco de ese intercambio de agresiones, sin advertirse -como se anticipó- quien fue el autor del homicidio, acreditándose fehacientemente la participación de los imputados en la agresión.

d- Finalmente no surge del legajo que los imputados se valieran de algún elemento contundente o punzo cortante ajeno a su propio cuerpo.

Ante lo expuesto entiendo que la calificación legal dispuesta en la sentencia dictada el 29 de julio del año dos mil once, mediante acuerdo 47/2011 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, debe ser revocada al igual que la pena impuesta como consecuencia de la misma.

Seguidamente, debe analizarse si la calificación legal determinada en la sentencia de grado resiste los embates formulados por la defensa.

En relación a la figura de la riña, en el precedente "Antiñir" (C.S.J.N., Fallos 329:2367) se fijaron las exigencias del tipo para los autores, que pueden subsumirse en: a) que intervengan directamente en la riña tomando parte en forma súbita y tumultuosa, no premeditada; circunstancia ampliamente acreditada en el legajo en análisis b) que ejerzan violencia sobre la persona del ofendido resultando la muerte o lesión de éste; c) que esas vías de hecho, en alguna medida, hayan tenido cierta idoneidad causal general en relación con el resultado. Para clarificar, lo que no se sabe con precisión es quién (o quiénes) de los protagonistas causó tal o cual golpe que (aisladamente considerado o en su valoración conjunta) en definitiva produjo el deceso. d- Que entre los intervinientes no exista complicidad para matar o lesionar.

"Lo fundamental para la aplicación de la figura es la indeterminación del autor de la muerte o las lesiones..." (Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, Edgardo Alberto Donna, Pág. 319)

Si bien la riña tal como sostuvimos anteriormente requiere, una lucha recíproca, tumultuosa y confusa entre más de dos personas, que además debe producirse en forma imprevista, e instantánea en la cual

los participantes se agreden unos con otros, y en el hecho que se juzgó ha quedado debidamente acreditado que Galar no sólo fue ajeno a la agresión de su compañero Garré sobre el conductor de la camioneta -Chambla-, al punto tal que fue sorprendido por el grupo agresor y no atinó a defenderse de manera alguna, considero que la riña ya estaba en curso desde el momento de la devolución de agresión hacia los compañeros de Galar quienes se refugian en el local Eterno y entiendo que continúa dicha riña hasta dar con el tercer integrante del grupo, el infortunado Galar, que fue identificado como tal por Rocío Luján Márquez, que recordemos iba de acompañante de Chambla y presencié la escena del incidente de tránsito y el embate de Dimarco y principalmente de Garré hacia Chambla y que además puso en noticia el hecho a sus amigos que iban en la parte trasera del vehículo sin visibilidad hacia el exterior.

“El sujeto pasivo también puede ser cualquier persona y es aquel que resulta lesionado o muerto como consecuencia de la riña. Puede ocurrir que se trate de un tercero inicialmente ajeno a la pelea, que haya intervenido por ejemplo, para apaciguarlos”. (ob. Cit. Pag. 319).

En concreto, concuerdo con la calificación legal de Homicidio en Riña en los términos del artículo 95 del Código Penal, ampliamente detallada en la sentencia de la Ex Cámara Segunda de esta Ciudad, toda vez que no puede escindirse en etapas diferenciadas un hecho que ocurrió en pocos minutos y que formó parte de la misma acción, ya que para los imputados y su grupo de amigos se trataba de la misma pelea, de vindicar los golpes que había recibido Chambla por parte de Garré y ese accionar culminó con la agresión en conjunto a Galar, razón por la que el agravio de la defensa no puede prosperar.

IV.- Finalmente corresponde tratar el acápite relativo a la pena impuesta a los encartados por la sentencia de grado, en cuanto la defensa se agravia atendiendo a que la pena de tres años de prisión efectiva impuestos por la ex Cámara Criminal Segunda, no se respetaron los principios constitucionales de proporcionalidad y dignidad de la pena propiciando que dicha condena sea dejada en suspenso.

Como se sostuvo con anterioridad, la función del Tribunal de Impugnación en el ejercicio del control de la sentencia de grado, consiste en verificar la inexistencia de arbitrariedad o absurdidad en la

valoración efectuada en la sentencia, limitando su control al marco de los agravios presentados las partes. En definitiva se debe verificar si los fundamentos en los que se sostiene la sentencia cuestionada se apoyan de manera razonada en las pruebas producidas, efectuando para ello un análisis de razonabilidad y coherencia entre lo sostenido por las partes, la información que se desprende de la prueba producida y lo afirmado en la sentencia. No se trata de reeditar el juicio en esta segunda instancia, sino de verificar que el juicio llevado a cabo en la primera instancia responde a estándares de justicia y legalidad. De allí que exista un límite en la valoración que el Tribunal de Impugnación pueda hacer de la sentencia dictada. El límite estará dado no por la empatía que se pueda o no tener con las conclusiones a las que arribó el juez de grado, sino por la concordancia que exista o no entre la conclusión a la que arribó el juez en su sentencia y lo que objetivamente se desprende de la prueba producida durante el juicio.

Se trata de verificar que la valoración del juez de grado no haya sido "arbitraria" y por ende, la conclusión jurídica a la que arribó sea justa. Lo relevante no es compartir el análisis de valor que pueda hacerse, sino verificar que en el marco de ese análisis

no se haya excedido el límite de la razonabilidad, tergiversando el contenido de la prueba al punto de modificarla o directamente suplirla con información irreal, construida a partir de una falsa valoración. En definitiva, no compartir la valoración efectuada por el juez no torna necesariamente su sentencia como arbitraria o absurda, salvo que en el proceso de valoración de la prueba se haya producido una alteración de ésta, tergiversando el contenido mismo de las pruebas, al punto de hacerles decir lo que éstas no dicen.

En el caso de autos los Sres. Jueces de la ex Cámara Segunda fundaron debida y adecuadamente las razones de las que se valieron para considerar que la pena que correspondía imponer por las conductas reprochadas y acreditadas durante el juicio era de tres años de prisión de efectivo cumplimiento, habiendo dado cumplimiento a las disposiciones del código penal (artículos 40 y 41) a los fines de individualizar la pena. No advierto que la pena impuesta, en particular por tratarse de una pena de efectivo cumplimiento a pesar de admitir la eventual imposición en carácter de pena en suspenso, importe una arbitrariedad o una violación flagrante de la ley. Por el contrario, considero que la gravedad de la pena se ajusta a los parámetros de

determinación de la pena prevista en el Código Penal, y a la gravedad de la conducta reprochada y la extensión del daño causado.

En otras palabras: “[l]a determinación o individualización de la pena es el acto o procedimiento mediante el cual el juez fija las consecuencias de un delito, adecuando la pena abstractamente determinada por la ley al delito cometido por el autor. Para ello, el juzgador pondera la infracción, el ilícito culpable, y lo transforma en una medida de pena determinada” (cfr. Andrés J. D’Alessio y Mauro Divito, “Código Penal. Comentado y anotado”, Ed. La Ley, Bs. As., 2005, pp. 421 y 422); situación que no deja de proyectarse, aún tratándose de hipótesis concursales. (RI N° 59 del 13 de abril de 2009, "I.R., M.C S/ INFORME ART. 214 CONSTITUCIÓN PROVINCIAL" expte. n° 299 - año 2008 Secretaría Penal del Tribunal Superior de Justicia).

Por ello considero que debe confirmarse la pena oportunamente impuesta en la sentencia de la ex Cámara Criminal Segunda de tres años de prisión de efectivo cumplimiento.

El Dr. Andrés Repetto expresó: Por concordar con los fundamentos y conclusiones a las que arriba el primer voto, me pronuncio en idéntico sentido.

El Dr. Federico Sommer manifestó: Por concordar con los fundamentos expresados por la Dra. Liliana Deiub, adhiero a cuanto propone.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?

La Dra. Liliana Deiub dijo: Atento al modo de resolver el presente litigio, considero que debe eximirse a los acusados del pago de las costas procesales correspondientes a esta etapa revisora (art. 268 segundo párrafo, a *contrario sensu* del CPP), con fundamento en que el ejercicio del derecho constitucional a una revisión amplia e integral de la sentencia de condena, no puede verse cercenado ante la amenaza o el temor de tener que afrontar el eventual pago de las costas procesales en caso de que el recurso sea rechazado. Por lo que encuentro razón suficiente para eximir totalmente a los recurrentes en instancia (arts. 268 y 270 a *contrario sensu* del CPP).

El Dr. Andrés Repetto expresó: Adhiero al voto de la señora Vocal preopinante, por compartir la respuesta que propone relativa a las costas. Así voto.

El Dr. Federico Sommer manifestó: que comparte la decisión adoptada al eximir de las costas a los recurrentes.

Conteste con las posturas enarboladas, el Tribunal de Impugnación, por unanimidad,

RESUELVE:

I.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL DE LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA deducida por el Dr. Gustavo Palmieri a favor de sus asistidos Juan Leonardo DÍAZ y Leandro Ariel SERRANO (arts. 233, 236 y 239 del C.P.P.N.).-

II.- HACER LUGAR PARCIALMENTE A LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA DEDUCIDA POR LA DEFENSA Y REVOCAR la sentencia N° 47/2011 dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Neuquén el día veintinueve de julio de 2011 por la que se condena a JUAN LEONARDO DÍAZ y LEANDRO ARIEL SERRANO, como COAUTORES PENALMENTE RESPONSABLES DEL DELITO DE HOMICIDIO SIMPLE, AGRAVADO POR LA PARTICIPACIÓN DE UN MENOR DE EDAD (arts. 79, 45 y 41 quater del Código Penal), a la pena de DIEZ AÑOS Y OCHO MESES DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, más la accesoria prevista en el art. 12 del Código Penal por idéntico término y costas del proceso.-

III.- RECHAZAR PARCIALMENTE LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA DEDUCIDA POR LA DEFENSA, Y EN CONSECUENCIA, CONFIRMAR la Sentencia N° 31 de fecha veintinueve de julio de 2009 dictada por entonces Cámara en lo Criminal

Segunda de esta ciudad, por la que se condena a JUAN LEONARDO DÍAZ y LEANDRO ARIEL SERRANO, como autores penalmente responsables del delito de HOMICIDIO EN RIÑA (art. 95 C.P.), por el hecho cometido en el 27 de Junio de 2.006, en esta Ciudad, en perjuicio de la persona identificada en la motivación, a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, con costas (art. 492 del C.P.P.).-

IV.- EXIMIR la imposición de COSTAS (art. 268, segundo párrafo in fine del CPP) por el trámite derivado de la impugnación de la sentencia.-

V.- TENER PRESENTE las reservas de deducir impugnación extraordinaria y de caso federal efectuada.-

VI.- Remitir el presente pronunciamiento a la Oficina Judicial para su registración y notificaciones pertinentes.-