**STJSL-S.J. – S.D. Nº 016/19.-**

--En la Provincia de San Luis, **a diecinueve días del mes de febrero de dos mil diecinueve**, se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO, Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos*:* ***“RECURSO CASACIÓN EN PEX: "CABRERA LUCAS RAFAEL y CABRERA TOMÁS EZEQUIEL (IMPS) CABRERA JOSÉ RAFAEL (OCCISO) - AV. HOMICIDIO SIMPLE”* –** IURIX INC N° 175236/1.-

Conforme al sorteo practicado oportunamente, con arreglo a lo que dispone el artículo 268 del Código Procesal, Civil y Comercial, se procede a la votación en el siguiente orden: Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO.

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión son:

1. ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación?
2. ¿Existe en el fallo recurrido alguna de las causales enumeradas en el Art. 428 del Código Procesal Criminal?
3. En caso afirmativo la cuestión anterior, ¿Cuál es la ley a aplicarse o la interpretación que debe hacerse del caso en estudio?
4. ¿Qué resolución corresponde dar al caso en estudio?
5. ¿Cuál sobre las costas?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, dijo:**1) Que por ESCEXT N° 9344475, de fecha 05/06/2018 los abogados defensores de los imputados interpusieron Recurso de Casación contra la sentencia definitiva cuyo Veredicto de fecha 21/05/2018 (Conf. actuación Nº 9239699) y sus fundamentos de fecha 31/05/2018 (Conf. actuación Nº 9321220) obran en autos caratulados PEX 175236/15 - CABRERA LUCAS RAFAEL Y CABRERA TOMAS EZEQUIEL (IMPS) CABRERA JOSÉ RAFAEL (OCCISO) - AV. HOMICIDIO SIMPLE; sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Correccional y Contravencional N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia por la que se declaró culpable a LUCAS RAFAEL CABRERA, de datos y demás circunstancias personales obrantes en autos, del hecho que fueran materia de acusación fiscal y que damnificara a JOSÉ RAFAEL CABRERA del delito de “HOMICIDIO SIMPLE”, en los términos de los artículos 79 del Código Penal, en el carácter de coautor ( art 45 del c. Penal) y lo condenó a cumplir la pena de DOCE AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS PROCESALES, disponiendo su alojamiento en dependencias del Servicio Penitenciario Provincial. Y declaró culpable a TOMAS EZEQUIEL CABRERA, de datos y demás circunstancias personales obrantes en autos, del hecho que fueran materia de acusación fiscal y que damnificara a CABRERA JOSÉ RAFAEL del delito de “HOMICIDIO SIMPLE”, en los términos del artículo 79 del Código Penal, en el carácter de coautor (art 45 del C. Penal) y lo condenó a cumplir la pena de DOCE AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS PROCESALES, proponiendo su alojamiento en dependencias del Servicio Penitenciario Provincial.

2) Que corresponde en primer término, efectuar el pertinente análisis, a los fines de determinar si se ha dado cumplimiento a los requisitos establecidos por la normativa vigente en punto a la admisibilidad del recurso en cuestión.

Analizadas las constancias del expediente y del sistema IURIX, se observa que el recurso ha sido interpuesto y fundado en término. En tanto que la sentencia definitiva cuyo Veredicto de fecha 21/05/2018 (Conf. Actuación Nº 9239699) y sus fundamentos de fecha 31/05/2018 (Conf. Actuación Nº 9321220) fue notificada al representante de los imputados en fecha 04/06/2018 (Conf. constancia de envío de cedula Nº 9340686). El recurso fue interpuesto por ESCEXT N° 9344475, en fecha 05/06/2018, y fundamentado en fecha 13/06/2018 por ESCEXT Nº 9411510 (del presente incidente).

Asimismo, ataca una sentencia definitiva de un Tribunal competente, encontrándose el recurrente exento del depósito judicial conforme al art. 431 del Cód. Procesal Penal. El recurso se plantea por las causales establecidas en el art. 428 del C.P.Crim.

En consecuencia, debe considerarse en este estudio preliminar y en mérito a lo dispuesto por el inc. a) del art. 442 del código de rito, que el recurso articulado deviene formalmente procedente.

Por ello, VOTO a esta PRIMERA CUESTIÓN por la AFIRMATIVA.-

Los Señores Ministros, Dres. LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN.**

**A LA SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN, la Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, dijo:** 1)De los antecedentes de la causa surge que por sentencia definitiva cuyo Veredicto de fecha 21/05/2018 (Conf. actuación Nº 9239699) y sus fundamentos de fecha 31/05/2018 (Conf. actuación Nº 9321220) obran en autos caratulados PEX 175236/15: CABRERA LUCAS RAFAEL Y CABRERA TOMAS EZEQUIEL (IMPS) CABRERA JOSÉ RAFAEL (OCCISO) - AV. HOMICIDIO SIMPLE; dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Correccional y Contravencional N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia se declaró culpable a LUCAS RAFAEL CABRERA del delito de “HOMICIDIO SIMPLE”, en los términos de los artículos 79 del Código Penal, en el carácter de coautor ( art 45 del c. Penal) y lo condenó a cumplir la pena de DOCE AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS PROCESALES. Y declaró culpable a TOMAS EZEQUIEL CABRERA, de datos y demás circunstancias personales obrantes en autos, del delito de “HOMICIDIO SIMPLE”, en los términos del artículo 79 del Código Penal, en el carácter de coautor (art 45 del C. Penal) y lo condenó a cumplir la pena de DOCE AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS PROCESALES.

Relató los antecedentes del caso manifestando que el día 08/03/2015 Lucas Rafael Cabrera y Tomás Ezequiel Cabrera habían comenzado a beber desde horas tempranas del día anterior, también lo había hecho el occiso, conocido como “El Pelado”, conforme lo refirió su hermana María Rosa Cabrera y su padre Raimundo Rafael Cabrera (fs. 19), Tomás lo hacía en la vereda de la casa de la Sra. Graciela Chávez sito en la manzana A, casa 27 del Bº 9 de julio de esta ciudad junto con su esposo el “Negro” Gómez, Camila Chávez y Sabrina Gómez y el joven Kevin Maturano, luego se incorporaron Lucas Cabrera y su novia Noemí Coria.

Continuó expresando que en un momento dado se retiran Tomás junto con Kevin cruzándose en el camino con el occiso produciéndose un chisporroteo verbal entre ambos lo que determina al “Pelado” a alejarse del lugar, razón por la cual Tomás impide esa acción cayendo “El Pelado” al piso, Lucas que desde su lugar podía ver la escena distante a 70 mts. de donde se encontraba ya que la arteria estaba iluminada, sale corriendo en apoyatura de Tomás seguido de Noelia y arremete a patadas contra J. Rafael Cabrera que estaba en el piso siendo separado del mencionado por Tomás, Noelia y Kevin, luego de esto cada uno siguió con lo suyo, ninguno se planteó la posibilidad del deceso.

Planteó que el horario de ocurrencia podría situarse antes de las 05.00 de la mañana, conforme constancias del CAE.

Advirtió que en el ínterin en que llamara la policía y ésta llega, al occiso le habían sustraído las zapatillas que tenía puestas y por ende modificado la postura del cuerpo.

Se agravió en primer término en que la sentencia debió mínimamente exponer los argumentos y las conclusiones de los presentes en el proceso: Querellante, Fiscal y Defensor para así luego de valorar las pruebas incorporadas en el debate ir resolviendo secuencialmente la materialidad del hecho, el tema de la participación que les cupo a los imputados Lucas Rafael Cabrera y Tomás Ezequiel Cabrera, el encuadramiento de las conductas al tipo legal para luego culminar con la concreción de la pena correspondiente previa individualización de la misma. Nada de eso ocurrió.

Entendió que la causa de muerte no ha quedado acreditada toda vez que todos los firmantes de la Junta Médica Forense solicitada por la defensa y ordenada por el Tribunal de instrucción, ratificaron el acta que daba cuenta que no había sido corroborada la “Bronco aspiración”, como causa de la muerte.

Explicó que el Dr. Giboin – médico forense – volcó en el certificado de defunción una causa de muerte inexistente por incomprobable.

Reflexionó respecto al momento de ocurrencia del óbito del Sr. Rafael Cabrera, si fue en el momento que cesó el ataque y quedo caído o después de que los depredadores sustrajeran el calzado ya que el cadáver había sido alterado en su posición final, tal como da cuenta el acta de procedimiento de fs.1 que no se condice respecto al acta de constatación confeccionada seguidamente. En la primera, los miembros inferiores del occiso se encontraban flexionados; en la segunda esos miembros se encontraban extendidos, por la sencilla razón que al Sr. Rafael Cabrera le sustrajeron el calzado que llevaba puesto y también intentaron llevarse su pantalón lo que no se pudo concretar por razones desconocidas.

Atacó la sentencia por la participación que fue atribuida a sus defendidos; desvincula totalmente a Tomas Ezequiel Cabrera en cuanto al hecho donde sí hubo un manotón efectuado por detrás cuando la víctima que intentó irse, pero no golpes. Prueba de ello fue que la remera estaba rasgada como se informa a fs.5 y también por la forma en que cayó, de espaldas y no boca abajo, tampoco se acreditaron lesiones ni en la nuca, ni en la espalda compatibles con golpes, tal como lo manifestaron los testigos Maturano y Chávez. En relación a Lucas que fue quien aplicó los puntapiés sobre la humanidad de Rafael Cabrera produciéndole las lesiones detalladas por el forense Dr. Giboin, las mismas fueron calificadas como leves, razón por la cual no tenían entidad para provocar la muerte, pero exculpándolo por hallarse presente un error de prohibición indirecto patológicamente determinado por la gran cantidad de ingesta etílica de los condenados y ante la creencia errónea acerca de que su hermano menor hubiera sido atacado.

Referenció que el tribunal citó a los profesionales médicos: Alfredo Samper Battini firmante del certificado de fs. 5; al Dr. Jorge Giboin y a los integrantes de la junta médica forense, Dres. Torres, Pereyra y Lafourcade Duran. Respecto del primero (Dr. Samper Battini), hace una descripción de las lesiones que observó y por la descripción hecha, revisten el carácter de leves. A fs.93 vuelve a referirse a esas lesiones, dijo: *“que no había lesiones en la superficie de la piel que provocaran rupturas, no había fracturas costales, ni en los miembros superiores e inferiores ni en la cabeza ni en la cara. Solo el hongo de espuma por la boca”*. Y a preguntas que se le formulan en esa audiencia contestó: *“Que puede haber una muerte natural donde exista espuma por la boca como la insuficiencia aguda de pulmón“… o atribuible a algún tóxico o veneno”.*

Manifestó además, que al tiempo de declarar el Dr. Jorge Giboin (fs. 99), ratificó el acta de autopsia de fs.87/88 aclarando que las lesiones son lesiones leves. A preguntas acerca de si la bronco aspiración puede reconocer otras causas no traumáticas, contesto: *“…no necesariamente tiene que haber traumatismo para que se desencadene el reflejo del vómito; una ingesta copiosa de alcohol y bebida puede provocar un reflejo que provoque vómito”, “…cuando se levanta el peto costal se percibe un fuerte olor etílico, también mencionado en el acta de autopsia”.* Esto lo vuelve a ratificar en el momento del debate. También habló del hongo de espuma de color amarillento; asimismo manifestó*“…a la dígito presión de ambos pulmones crepitan poco..se observa la salida de secreción gris amarillenta abundante”.*

Refirió además que cuando prestó declaración testimonial el Dr. Ricardo Torres, forense y firmante de la Junta Médica Forense, no solo ratificó dicha acta sino que fue más allá aún y a preguntas dijo: *“...Una bronco aspiración se produce porque se pierde la conciencia, porque el adulto tiene reflejo suficiente como para liberarse de la bronco aspiración, en cambio si está con daño cerebral y no tiene conciencia en ese caso se va a bronco aspirar…” “…creo que no se abrió el cráneo, no se determinó si había lesión cerebral que pudiera causar pérdida de conocimiento que lo llevó a la bronco aspiración".* Declaración que ratificó en el debate.

En cuanto a la participación alegó que se debe tener en cuenta los dichos de los testigos Kevin Maturano, Graciela Chávez y Elsa Noemí Coria presentes en el lugar.

Informó que los dos primeros testigos fueron cuestionados durante el debate tachándolos de mendaces, puntualizando las contradicciones entre los testimonios prestados en la policía, instrucción judicial y en el debate.

Así es como a fs. 12 Kevin Maturano refiere que “Bebo” Cabrera le pegó un golpe de puño por detrás, Lucas le pegaba puntapiés desconoce dónde. En sede judicial (fs.91) y a preguntas dice: “que él estaba viendo desde una cuadra y que cuando llego ya estaba desmayado”, “que tenían estatura parecida “Bebo” con el muerto y que le pegó una sola vez por la espalda o la nuca”. En realidad, la diferencia de estatura es significativa, el occiso tenía casi 10 cmts más que “Bebo”, ambos venían corriendo en la misma dirección por lo que resulta poco probable que la contundencia de un golpe de puño lo haya derribado en la forma en que cayó.

Al tiempo de llevarse a cabo el debate refiere que Lucas tenía en la mano un ladrillo y con eso golpeaba al “Pelado”, ese objeto nunca fue habido aparece mencionado por primera vez durante el debate por el citado Maturano y de haberlo tenido consigo tampoco lo hubiera visto porque el deponente según él estaba a casi 100 mts. del lugar.

Asímismo, citó los dichos de la testigo Graciela Beatriz Chávez en la Policía donde le adjudicó a Bebo Cabrera descargar dos golpes de puño por detrás. Sus dichos aparecen por demás dudosos ya que si ambos Cabrera, víctima y victimario venían corriendo hacia donde ella se encontraba la diferencia de estatura le hubiera impedido ver el ataque sobre todo cuando se encontraba a setenta mts. de ese momento. En sede judicial refiere que Lucas le pegó patadas incluso en la cabeza y que esa golpiza duró más de media hora. Si así hubiese sido las lesiones constatadas en autopsia hubieran sido otras.

Consideró equivocada la decisión del Tribunal en cuento para justificar la coautoría acude a la teoría del “dominio del hecho” al *sostener “…con la convergencia intencional improvisa en el momento, actuando los dos con igual intención en el hecho común”.*

Entendió que no había motivos para querer acabar con la vida de Rafael Cabrera. Tomás lo agarró de la ropa para que no huyera, por eso cayó de espaldas y no de bruces, no lo golpeó aviesamente en la cabeza para derribarlo y ultimarlo, tampoco sabía que en ese momento en que se dirigían con Kevin a buscar a la novia de Bebo iba a aparecer por esa arteria el Sr. Cabrera. Inclusive, su padre, refrió que su hijo no tenía conflictos con los victimarios, también lo dice Lucas al tiempo de la indagatoria prestada en sede judicial y no fue valorada.

Por último,en relación a la calificación legal refirió que al tribunal le quedaban dos opciones: El Homicidio Preterintencional del art. 81 inc.2º o las Lesiones Leves Reiteradas del art. 89 del C.P., sea que concursaren de manera real o como delito continuado en relación a la conducta de Lucas.

Concluyó que se impugna el fallo toda vez que ha habido una errónea valoración de la prueba, ha aplicado erróneamente la ley sustantiva, resultando una sentencia carente de motivación y fundamentación suficiente al valorar arbitrariamente pruebas regularmente incorporadas al proceso y al haber incurrido en una defectuosa comprobación de los extremos fácticos que condujo a una calificación legal errónea, desmesurada, desproporcionada e injusta.

Finalmente, formuló reserva.

2) Que por actuación Nº 9545282, de fecha 24/07/2018, se consideró vencido el plazo concedido al particular damnificado y se ordenó correr traslado al Sr. Fiscal de Cámara, quien por actuación Nº 9712876, de fecha 06/08/2018, dictaminó que: “… *que ratifico todos los extremos de la imputación respecto a las cuestiones de hecho y derecho, vertidos en oportunidad de haber producido alegatos en el debate oral, los que se encuentran íntegros en el acta de debate, solicitando se tengan por reproducidos aquí en homenaje a la brevedad y a sus efectos*.”

3) Que por actuación N° 9995404, de fecha 13/09/2018, se expidió el Sr. Procurador General de la Provincia de San Luis, quien para emitir su opinión entendió que: “… *Es opinión de esta Procuración que el Recurso de los Sres. Defensores pretenden fundarse en la mera discrepancia con la valoración de los hechos y la prueba que ha realizado la Cámara, y no logra demostrar notorios apartamientos de la regla de la sana crítica y de la lógica que conmuevan la sentencia.*

*Asimismo considera se debe rechazar el recurso incoado por el Sr. Defensor, pues el tribunal sentenciante no ha incurrido en falta de logicidad o inconsistencias en sus argumentaciones, no se ha apartado de las disposiciones legales ni de la sana critica al momento de ponderar los dichos de los testigos y la prueba pericial. Se observa, en el análisis del fallo, que los testimonios han sido integrados a través de un confronte crítico, no se han fragmentado las pruebas, no se las ha analizado de manera aislada, sino que se las ha correlacionado entre sí de manera armónica, ello pone la sentencia a resguardo de la atribución de arbitrariedad. (Fallos: 303:640).” (CN Cas. Penal, Sala II, 2/10/08, “Amil, Gustavo Alfredo s/ Recurso de casación”, causa 8389, reg. Nº 13.275. Magistrados: Yacobucci, Mitchel, García.)”,* por lo expuesto propició el rechazo del recurso interpuesto

4) El recurso de casación ha sido definido como el medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho, específicamente previstos en la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia y una nueva decisión, con o sin reenvío a un nuevo juicio. (TRATADO DE LOS RECURSOS, Tomo III, *Recurso de Casación Penal*, por Jimena Jatip, Págs. 39/82. Ed. Rubinzal Culzoni).

Sin perjuicio de ello, con el alcance del nuevo recurso de casación, surgido de la sentencia de la Corte Suprema en “**Casal Matías Eugenio”, del 29/9/2005**, según la cual, después de la reforma constitucional de 1994 (Cfr. art. 75 inc. 22), y teniendo en cuenta la jurisprudencia internacional (en particular “HERRERA ULLOA”, 1994, de La Corte Interamericana de Derechos Humanos), todo condenado tiene derecho a recurrir la sentencia para que un tribunal superior revise, integralmente, los fundamentos del fallo, incluidos los que hacen a la prueba del hecho, con el único límite de los que están íntimamente ligados a la inmediación real.

La Corte remarcó que la norma procesal que regula el recurso de casación (arts. 456 en la Nación, arts. 428/429 Cód. Procesal. Crim. Provincial), no restringe el alcance de la casación entendida de este modo, sino que había sido interpretada restrictivamente -y por ende de modo inconstitucional-, y por ello no declaró su inconstitucionalidad, sino que estableció cuál era el criterio con que debe ser interpretada.

5) Sentado lo anterior, considero que el recurso debe ser rechazado. En relación a los testimonios vertidos en la causa surge que:

* **KEVIN BRAYAM MATURANO DNI Nº 39.990.528** declaró en sede policial (Conf. fs. 12/13) que: “…*Que durante el transcurso de la noche estuvieron ingiriendo bebidas alcohólicas (vino) en la vereda frente a la vivienda de la Sra. Graciela, aclarando que no hubo ningún tipo de peleas y discusiones, siendo la hora 03:00 aproximadamente EL BEBO (EZEQUIEL CABRERA) le expresa al declarante que lo acompañe a buscar a una chica de nombre Brisa, quien sería la novia de “Bebo” con domicilio en el Barrio 9 de Julio, en el momento se dirigían ambos caminando a la casa de esta ciudadana, el bebo se encuentra de frente a una persona de sexo masculino a quien el dicente lo conoce con el APODO DE (PELADO) DE APELLIDO CABRERA, con quien hace aproximadamente dos años habían tenido una pelea, que con relación al “PELADO” CABRERA expresa que este ciudadano también vivía en el barrio y actualmente posee domicilio en el Barrio 1ª de Mayo, y se encontraba vestido de remera mangas cortas de color blanco y pantalón largo de color negro, posiblemente deportivo, expresando que cuando se encontraron de frente EL BEBO CABRERA Y EL PELADO CABRERA, empiezan a discutir manifestándose insultos tales como “QUE ONDA CULIADO TE AGUANTAS, HIJO DE PUTA ” en ese instante EL BEBO lo empuja y EL PELADO CABRERA y este sale corriendo, manifestando el declarante que EL “PELADO” sale corriendo porque pensó que el declarante iba a tomar parte de esa pelea, observando que EL BEBO sale detrás de este alcanzándolo y aplicándole un golpe de puño lo que provocó que el “PELADO” CABRERA cayera al suelo, encontrándose el mismo entre la casa 29 y 30 junto a las vías del ferrocarril (actualmente sin funcionamiento) a una distancia de cien metros de la posición del declarante, en ese instante el declarante observa que LUCAS CABRERA venia corriendo y toma parte en la pelea y empieza a aplicarle golpes de punta pie (patadas) sobre el PELADO CABRERA que se encontraba en el suelo, expresando que no observo los lugares específicos donde lo golpeo pero si puede decir que le pateo varias veces, al observar esto el declarante se dirijo al lugar y lo saco a LUCAS para que dejara de agredir a PELADO CABRERA, sujeto este que quedo tirado en el suelo y parecía que estaba desmayado, por lo que el declarante procede a llevarse a LUCAS CABRERA al lugar donde estaban ingiriendo bebidas, lugar donde empiezan a discutir ambos hermanos (LUCAS CABRERA Y EZEQUIEL CABRERA), en ese instante los dueños de la casa se meten adentro a dormir y el declarante queda en compañía del “BEBO” EZEQUIEL CABRERA y se fueron a la casa del bebo caminado por la calle y detrás de ellos iba LUCAS CABRERA quien quería pelear con su hermano, que para que LUCAS se acostara a dormir regresan caminado por la vía, regresando nuevamente a la casa de la SRA. GRACIELA encontrándose la hija de la misma, en ese instante el declarante se fue a su casa a dormir y le comento a su padres lo sucedido y su madre la ciudadana NANCY ZAPATA solicito la presencia policial en el lugar y la ambulancia. Por último desea manifestar que cuando se despierta toma conocimiento que el “PELADO” CABRERA se encontraba muerto, notando que el cuerpo del pelado Cabrera estaba tapado pero el cuerpo estaba en la misma posición que había quedado cuando había sido agredido por LUCAS CABRERA* …”. En sede judicial en actuación Nº 3916059 de fecha 17/03/2015 el testigo ratificó lo dicho en sede policial y agregó a preguntas de la defensa para que aclare cuál fue la pelea o motivo de rencilla del BEBO CABRERA con el fallecido. Dijo que *“el pelado le había pegado a LUCAS y eso fue como hace dos años y por eso BEBO EMPEZO a discutir con él”.* … Para que diga en qué lugar del PELADO CABRERA impacto el golpe de puño del EZEQUIEL CABRERA para tirarlo al piso. Dijo que “*le pego por la espalda o por la nuca*”. A instancias del debate oral expresó que Tomas y Rafael se pusieron a discutir, Rafael sale corriendo, cree que habrá pensado que lo quisieron patotear. Tomas lo alcanza y le pega una piña en la cabeza y llegó Lucas y le empezó a patear la cabeza y le pego con un ladrillo. A preguntas si Rafael pudo defenderse manifestó que no. Que no hubo una pelea previa, solo esa discusión. Intentaron con Noemí y Ezequiel sacarlo a Lucas. (el subrayado me pertenece).
* **CHÁVEZ GRACIELA BEATRIZ, DNI Nº 23.707.399** declaró en sede policial (conf. fs. 15 y vta.) quien entre sus dichos manifestó: “… *siendo la hora 03:00 el “BEBO CABRERA” se va en compañía de KEVIN MATURANO, a buscar a la novia “BEBO” quien vive frente al domicilio de BEBO, que los mismos se retiran caminando, transcurrido un lapso de diez minutos la dicente observa que por la calle venia corriendo una personas a quien la dicente conoce como “PELADO CABRERA” quien vestía pantalón largo oscuro deportivo, remera blanca y zapatillas no recordando el color pero si observo que las tenía colocadas cuando corría, detrás de este sujeto lo perseguía corriendo el “BEBO CABRERA”, en su trayecto le arroja dos golpes de puño por atrás y produce que “el pelado” Cabrera cayera al suelo, expresando la declarante que ella se encontraba a una distancia de treinta metros y las calles estaban bien iluminadas, cuando el pelado Cabrera cae al suelo, su hermano Lucas Cabrera se dirigió corriendo al lugar y sin mediar palabras empiezan a agredirlo con golpes de punta, es decir lo pateada en la cabeza como si lo pisara (con la planta del pie), en ese instante interviene el Bebo y la novia Lucas con el objeto de sacarlo para dejara de agredir al pelado Cabrera, a posterior se retiran del lugar con destino al domicilio de la dicente y la misma les dice que se fueran porque el marido se estaba durmiendo y lo iba a acostar, retirándose del lugar, transcurrido un lapso de media hora la declarante se dirigió donde estaba el pelado Cabrera tirado en el piso, que el mismo está en posición de boca arriba y no respiraba, notando que le faltaban las zapatillas y tenía la ropa desgarrada, le observo que estaba golpeado en la cabeza y tenía sangre en la nariz …*” En sede judicial en actuación Nº 3923489, de fecha 18/03/2015, el testigo ratificó lo dicho en sede policial y agregó: “*Lucas Cabrera volvió con un chico Rubén Funes en una moto grande no recuerdo el color ,volvieron en donde estaba el chico tirado El Pelado Cabrera ahí veo que le siguen pegando cachetadas como para que despertara y supongo que ahí le sacaron las zapatillas yo no lo vi, pero como cuando lo vi correr tenía las zapatillas y después que lo golpearon también, supongo que fueron ellos, porque media hora después lo fui a ver y ya no tenía ni las zapatillas y tenía el pantalón bajo hasta los talones y la remera toda rota PARA QUE DIGA: Quien es Rubén Funes? CONTESTO: Que vive en el barrio 9 de julio en la calle siguiente a la principal Manzana C o D era amigo de este grupo de chicos PARA QUE DIGA: Cuantos golpes vio que BEBO CABRERA le propino a la víctima CONTESTO: Yo vi que le dio dos golpes, después le seguía pegando Lucas Cabreras que le deba patadas en el suelo y le aplastaba la cara, una vez que cayó por los dos golpes que le da EL BEBO ahí ya no se movió más. … PREGUNTADO: Si cuando manifiesta que va a ver al pelado CABRERA y ve que no tiene las zapatillas si la llegada de Lucas Cabrera y Funes fue anterior o posterior CONTESTÓ: Fue anteriormente porque yo Salí después de acostar a mi marido…*”. A instancias del debate oral reiteró que los dichos en sede policial y judicial son los mismos. Expresó que Lucas lo patea, le pega muchísimo. Vio dos piñas que le pegó y ahí cayó, a preguntas de donde, se señaló el área de la nuca (ver minuto 56:34 DVD debate oral), que fue el BEBO quien le pega las piñas. Cuando el cae, Lucas empieza a pegarle patadas. No recuerda cuantas patadas pero eran muchas, por todo el cuerpo. Expresó que cuando Cabrera Rafael cayó no se movió más. Continuó relatando que cuando le contó lo sucedido a la mamá de Kevin le dijo que fueran a ver al chico golpeado que a lo mejor se encontraba desmayado, fueron y lo tocaron y ella le dijo que estaba muerto. Estaba boca arriba, ella pensó que estaba muerto. A preguntas de los abogados del particular damnificado, para que aclare los dichos en sede policial y judicial de que “*le aplastaba la cara*”; expuso que le aplastaba la cara con el pie. A preguntas de la defensa: aclaró que BEBO le pegó cuando estaba parado. (el subrayado me pertenece).
* **CORIA ELSA NOEMI DNI 39.613.945** manifestó en sede judicial (Actuación Nº 4957800, de fecha 09/12/2015) a fs. 182/183 que es la novia de Lucas Cabrera, “*ese día estábamos en la casa de GRACIELA CHAVEZ, estaba ella, el marido, la hija LUCAS, BEBO, YO y KEVIN. Que estábamos en la vereda, desde que hora no sabe precisar, porque nosotros fuimos a ver qué hacía BEBO. Nosotros veníamos de comer un asado con LUCAS, y nos encontramos con ellos, que estaban ahí tomando. Que estuvimos charlando, escuchando música, y BEBO se fue solo a comprar. Que estaban ahí sentados, y vino corriendo EL PELADO CABRERA, y venia el BEBO de atrás, y LUCAS se asustó, debe haber pensado que le estaban haciendo algo al hermano, y salió corriendo. Que la dicente se levantó con KEVIN y salieron corriendo detrás de él. Que el BEBO le pega una piña desde atrás al PELADO, y este cae, Y LUCAS le pega un par de patadas, y yo lo agarro con el otro chico, y lo empujamos para sacarlo y que le dejara de pegar. Que me pongo a discutir con LUCAS, para que dejara de pegarle al PELADO, y como yo estaba con él no le preste atención, pero creo que KEVIN también le pego al PELADO. Que LUCAS no me hacía caso, así que me voy a la casa de una tía mía, y ahí se queda BEBO discutiendo con LUCAS. Que la dicente desconoce que más habría pasado, porque se retiró del lugar. Que el PELADO, al momento de irse la dicente, decía “YA ESTA LUCAS, YA ESTA”, que pedía que no le pegaran más*. … A preguntas de cuantos golpes le pegó BEBO al PELADO. Respondió que: “*que uno solo, cuando le pega una piña detrás, y cae*.” A instancias del debate oral declaró que iba corriendo José Rafael Cabrera y Lucas se para. Tomas le pega una piña a Cabrera Rafael y cae al piso, Lucas le pega una o dos patadas a la altura de la cintura. Y Lucas pregunta porque le pegaste, quería saber qué pasaba. Kevin también intento sacarlo y no lo pudieron sacar. Como Lucas estaba enojado y no entraba en razón se fue. Aclaró que lo que pudo ver es que Rafael estaba corriendo delante, y que Tomas iba de atrás. Tomas lo estaba persiguiendo, lo alcanza y le pega una piña y no recuerda donde. La piña hizo que cayera de espaldas. Ni bien Lucas ve eso, va corriendo a ver qué pasaba. Lucas le pregunta a Tomas que paso. Afirmó que Lucas no estaba bien, que había estado tomando y consumiendo cocaína. Lucas le pega como dos o tres patadas a la altura de la cintura. Ella lo quería sacar y no podía. Kevin intento lo mismo, pero no pudieron. Entonces ella se fue.

Se observa que el accionar comisivo de los hermanos Cabrera tuvo su inicio de ejecución con el golpe primero que le propinó Ezequiel Cabrera “BEBO” a José Rafael Cabrera “EL PELADO”, en la parte de atrás de la cabeza a la altura de la nuca (según testimonios); continuando con su desarrollo y desenlace Lucas Cabrera ejecutando patadas y golpes a José Rafael Cabrera, quien ya se encontraba derribado e inconsciente en el piso; conclusión a la que arriba la sentencia recurrida.

Se ha sostenido que “*La apreciación de la prueba testimonial es, en principio, materia reservada al juez que ha tomado directo contacto con el material probatorio y ajena, salvo absurdo, al recurso de casación penal*.” (Ibarra, Luis Ariel s. Homicidio simple /// Tribunal de Casación Penal Sala I, La Plata, Buenos Aires; 24-08-2000; Rubinzal Online; RC J 1027/04, en http://www.rubinzal.com.ar//jurisprudencia/buscador, acceso 26/03/18).

“*El valor de las pruebas no está prefijado y su asignación resulta facultad excluyente del tribunal de mérito, muy especialmente, en el caso de prueba testimonial, donde existe una inmediata relación entre el órgano de prueba y el decisor, constituyendo la fuerza convictiva del testimonio materia ajena a la inspección casatoria*.” (Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala III, 22/04/2004, "Y.A. s/ Recurso de casación", c. 5839, jueces: MAHIQUES (SD), Borinsky, Domínguez. www.scba.gov.ar, acceso 26/02/18).

Los testimonios son claros y coincidentes, a la vez que fueron espontáneos, coherentes y resultan complementados por el resto de los elementos probatorios, por lo que conducen de manera armónica a tener por acreditada la co-autoría de los hermanos Cabrera.

Por otra parte, la sentencia atacada consideró que: “*los hermanos tuvieron en todo momento el dominio del hecho, con la convergencia intencional improvisa, en el momento, actuando los dos con igual intención en el hecho común. No solo existe coautoría por la pluralidad de autores en la ejecución de la muerte de JOSE RAFAEL CABRERA, sino también porque cada uno de ellos: LUCAS RAFAEL CABRERA y TOMAS EZEQUIEL CABRERA completaron, acabaron en la configuración del hecho. Cada uno con su parte en el hecho, genera el hecho unitario de la muerte de José Rafael Cabrera. Hecho iniciado por TOMAS EZEQUIEL, alias BEBO y finalizado por LUCAS RAFAEL*.”

Se advierte que no existe arbitrariedad en la conclusión arribada, tiene dicho la doctrina que “*coautoría es autoría, cuya especialidad consiste en que el dominio sobre el único hecho delictivo no corresponde a un individuo sino conjuntamente a varios. Cada acción final consiste, por lo general, en una mayoría de actos particulares concatenados y dirigidos hacia una meta, los cuales están subordinados mediante la dirección final de la decisión de la acción y no constituye una mera suma sino una totalidad unificada. En esta realidad, en donde la acción injusta es la unidad de varios actos parciales en los cuales descansa la realización dirigida de la decisión de la acción, radica la posibilidad de fundamentar la coautoría: ella es la realización dirigida repartida entre varias personas de actos parciales concatenados en una decisión de acción conjuntamente resuelta por todos. El dominio les corresponde acá a todos: no al individuo, tampoco a la actuación particular, sino a todos juntos como portadores de la decisión de acciones y la actividad de cada uno en particular forma, conjuntamente con la de los restantes individuos, una única totalidad dada en este caso por las relaciones dirigidas mediante la decisión de acción conjunta. Cada uno es, por lo tanto, no mero autor de una parte, sino un coautor en la totalidad, - puesto que este no tiene una función independiente – por eso responde como coautor del hecho total*” (Conf. Gustavo Eduardo Aboso. CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. Comentado, concordado con jurisprudencia. 2º Edición Actualizada. Editorial BdeF. ISBN 978-9974-676-80-0. Pag.299). *“Los dos aspectos que caracterizan la actuación en coautoría son: uno subjetivo, la decisión común del hecho, y otro objetivo, la ejecución de esta decisión mediante la división del trabajo”* (Conf. Zaffaroni, Alagia y Slokar; \"Derecho Penal, Parte General\", pág. 785); esta decisión común no requiere una aceptación expresa basta con un común acuerdo implícito, ni tampoco exige que todos los coautores actúen al mismo tiempo.

Por la prueba rendida y los testimonios vertidos se encuentra acreditada la co-autoría de LUCAS RAFAEL CABRERA y TOMAS EZEQUIEL CABRERA en la configuración del hecho.

En relación a la causa de la muerte, a fs. 05 obra informe del médico (Dr. Alfredo Samper Battini) que asistió al lugar del hecho de donde surge que pierde espuma por la boca y no presenta lesiones físicas evidentes. En la declaración de sede judicial (fs. 93/94 – actuación Nº 3916651 de fecha 17/03/15) a preguntas del Dr. Cadelago Filippi si pudo advertir un sangrado, escoriaciones o hematomas en el rostro o en alguna otra parte del cuerpo del occiso. Dijo que: “*Perdida de espuma por la boca con sangre, por supuesto tenía seis a siete ocho hora de muerto, evidentemente había hematomas, no había fracción de la piel, lesiones que provocan ruptura, hay hematomas que se confunden con livideces cadavéricas, que no hay lesiones en la superficie del cuerpo, en la piel. Que después de revisado, que no encuentra fracturas costales en la zona del abdomen, tórax, costillas, ni en la parte o anterior o posterior, no hay fracturas en los miembros superiores o inferiores ni fracturas en la cabeza cráneo o cara. Solo este cuadro de espuma con sangre, que tenía color sangre que evidentemente habla de un compromiso bronquial respiratorio. Dice que puede ser producto de que haya tragado, que había olor a alcohol, que no se puede en aire abierto diagnosticar bien, que para eso hay que sacar sangre o de los ojos y comprobarlo. Dice que el compromiso bronquial se produce por la ocupación de las vías aéreas superiores, llámese bronquios, esto puede suceder por un golpe en la zona del cuello, puede suceder por que el individuo reciba golpes en la zona gástricas y se produzca un vomito y que luego se aspire impidiendo la mecánica respiratoria, compromiso del árbol respiratorio, el que segrega una saliva color rosada puesto que tiene sangre, que este fenómeno no ocurre con el individuo muerto, que es un fenómeno vital, la aspiración de un vomito es un acto reflejo con vida. Si no hay vida no hay reflejo. Para que diga si se puede determinar o apreciar cual es el tiempo de sobrevida a partir de que la bronco aspiración se produce en el supuesto de que no se reciba ninguna atención médica inmediata. Dice que de tres a cinco minutos, esto es igual que a asfixia por inmersión, el árbol bronquial no puede intercambiar el oxígeno y entre tres o cinco minutos se produce este fenómeno que es un paro respiratorio que compromete a la bomba cardiaca impidiendo el fenómeno de bomba aspirante impelente que es el corazón. … Para que diga si existe una vez iniciado el fenómeno de bronco aspiración algún mecanismos reflejo del cuerpo que permita evitar las consecuencias que ha descripto, y en su caso si dicho mecanismo de existir podía haberse afectado por encontrarse el sujeto inconsciente a sometido a algún trauma. Dice que si existen mecanismos de defensa para esta situación es lo que se conoce pasa cuando una persona está comiendo y habla y traga una mínima cantidad hacia el bronquio y no hacia el esófago, q es el conducto que habitualmente lleva los alimentos al estómago. Merced a una pequeña tapa entre el esófago y la tráquea, ese mecanismo impide ingresar a la tráquea los elementos que ingresan a la tráquea son expulsado por este mecanismo llamado tos. Evidentemente en una persona que se encuentra en estado de estrés en el suelo o siendo agredido estos mecanismos son sobrepasados y la cantidad que ingresa no son pequeñas sino que es mayor, cosa que se determina con exactitud en la necropsia. Dice que el estado de inconsciencia también es aplicable a esta situación puesto que todos los mecanismo están disminuidos, en este caso en especial si la necropsia así lo determinara*” … a preguntas de la defensa respondió “*que puede haber una muerte natural donde exista espuma por la boca como la insuficiencia cardiaca conocido como edema agudo de pulmón, también puede suceder la perdida de espuma por la boca, con algún toxico o veneno como la estricnina, veneno que se utilizaba para matar pumas en el campo. Se diferencia este porque en el envenenamiento este hongo tiene un olor característico a las almendras y puede existir otra causa, que no es este caso, otro hongo de espuma que aparece en los asfixiados extraídos de los lagos*.” (el subrayado me pertenece)

Que se afirma lo expuesto con el informe estadístico de defunción que corre agregado a fs. 35 y vta. e informe de necropsia de fs. 87/88, que fueran ratificados por el Dr. JORGE GIBOIN, en su carácter de médico forense del Poder Judicial que la causa de la muerte por bronco aspiración. En instancias del debate ratificó informe de fs. 35 y vta., informe de necropsia de fs. 87/88. Y aclaró expresamente que la causa de la muerta es asfixia por bronco aspiración. Explicó en qué consiste la bronco aspiración. A preguntas del tribunal si esa situación fue constatada en el cuerpo de Cabrera respondió que sí, y dio las explicaciones. Asimismo, a preguntas de cuando en el informe refiere escoriaciones y hematomas a un arrastre como podrían haberse provocado, respondió que por un elemento rombo, como por ejemplo puño o puntapié. Preguntado si con una patada en el estómago se puede provocar el vómito, respondió que sí. Así mismo, advirtió que no hay lesiones de defensa.

Sin perjuicio de ello, cabe hacer mención a lo manifestado por la Junta Médica conformada por los Dres. Ricardo Torres, Alba Pereyra y Gustavo Lafourcade donde se expresaron sobre los puntos de pericia solicitados por la defensa técnica, ratificaron el informe de fs. 204/205 y aclararon que no tuvieron acceso al cuerpo de la víctima y no pudieron concluir con exactitud que la causa de muerte fue bronco aspiración, pero éstos tampoco reconocen otra causal de muerte.

Por lo que considero acertada la conclusión arribada por la Excma. Cámara en cuanto*: “la junta no examinó el cadáver de la víctima en momento alguno, y por ende quedando relativizado el mismo. Se han limitado al análisis de las constancias médicas, lo que me determina no poder desestimar el informe del Dr. GIBOIN, que fue quien sí examinó el cadáver y ratifico en el debate*.”

Respecto al homicidio preterintencional alegado por la defensa técnica, que es aquel donde el resultado va más allá de la intención del agente, la que se conforma en provocar un daño o lesión en el sujeto pasivo, y no la muerte resultante, la ley marca un parámetro para corroborar su configuración, consistente en que el medio letal empleado, no debía causar necesariamente dicho desenlace fatal. En cambio, en este caso, los sucesivos golpes constituyen un medio que excluye el elemento tipificante de la figura preterintencional, referido a que el medio utilizado, no debía causar necesariamente el resultado letal.

Como factor importante se destaca que no se encontraron signos de defensa, lo que "hace suponer" un primer golpe que lo deja en estado de inconsciencia lo cual le impidió resistir la agresión, recibiendo el resto de los golpes en el suelo.

Y en este sentido los imputados debieron representarse como altamente probable dicho resultado letal como consecuencia de su violento accionar, y, despreciando ese resultado, continuaron con su despiadada golpiza, con medios totalmente idóneos para causarlo, tal como ocurrió, la golpiza se produjo con ningún tipo de reacción o defensa de José Rafael Cabrera hasta que fueron interrumpidos en su accionar por terceros que se hallaban en el lugar; "*configura un medio más que razonable, por eso es homicidio simple y no preterintencional, el accionar del acusado que propinó golpes en la cabeza de la víctima que se encontraba en el suelo y sin resistencia, pues representa un medio de aquella naturaleza, que revela su intención de querer matar, al aceptar en todo momento la posibilidad del resultado*" (CNCrim. y Corr, sala II, 3/90, Rep ED, 251-329, N° 238).

Habida cuenta de la naturaleza y contenido de los agravios analizados, debo recordar que la ley no impone reglas generales para comprobar algunos ilícitos, ni fija en abstracto el valor de cada prueba, dejando al sentenciante en libertad de admitir la que tenga por útil y conducente a los fines del proceso, asignándole dentro de los límites fijados por la razonabilidad, la importancia que poseen para la determinación de los hechos.

En consecuencia, debo destacar que respecto a la valoración de la prueba efectuada en la sentencia, la misma luce congruente con relación a las pruebas admitidas y valoradas en la causa y en el debate oral, considerando que la misma se encuentra fundada y motivada por lo que el fallo atacado no viola los principios del debido proceso ni del de defensa en juicio, ni luce contradictorio, por el contrario, se han consignado suficiente las razones que llevan a determinar las conclusiones expresadas.

En mérito a ello, corresponde rechazar el recurso de casación, por los motivos expresados *ut supra*, al no verificarse en el caso a estudio la configuración de las causales señaladas por el impugnante, sino que se observa más bien un simple interés o disconformidad con lo resuelto, ya que el hecho se encuentra debidamente acreditado al existir prueba directa e indirectamente con fuerza probatoria de certeza.

Por todo ello, VOTO a estas SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN por la NEGATIVA.-

Los Señores Ministros, Dres. LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y votan en igual sentido a estas **SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN.**

**A LA CUARTA CUESTIÓN, la Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, dijo:** Atento a la forma en que se han votado las cuestiones anteriores corresponde el rechazo del Recurso de Casación interpuesto. ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN.**

**A LA QUINTA CUESTIÓN, la Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, dijo:** Costas al recurrente vencido. ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y votan en igual sentido a esta **QUINTA CUESTIÓN.**

Con lo que se da por finalizado el acto, disponiendo los Sres. Ministros la Sentencia que va a continuación:

**San Luis, diecinueve de febrero de dos mil diecinueve.-**

**Y VISTOS:** En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:**I) Rechazar el Recurso de Casación interpuesto en fecha 05/06/18.

II) Costas al recurrente vencido.

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.-

*La presente Resolución se encuentra firmada digitalmente por los Sres. Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis.-*