**STJSL-S.J. – S.D. Nº 236/19.-**

--En la Provincia de San Luis, **a veinte días del mes de diciembre de dos mil diecinueve**,se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. CARLOS ALBERTO COBO, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO - Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos*:* ***“INCIDENTE RECURSO DE CASACIÓN - FERNÁNDEZ FABIO EZEQUIEL s/ AVERIGUACIÓN DE HOMICIDIO - (TULA MARTIN)”* -** IURIX INC Nº 171473/4.

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. LILIA ANA NOVILLO, CARLOS ALBERTO COBO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN.

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión son:

I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación interpuesto?

II) ¿Existe en el fallo recurrido alguna de las causales enumeradas en el Art. 428 del Código Procesal Criminal?

III) En caso afirmativo de la cuestión anterior, ¿Cuál es la ley a aplicarse o la interpretación que debe hacerse de la ley en el caso en estudio?

IV) ¿Qué resolución corresponde dar al caso en estudio y cuál sobre las costas?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo:** 1) **PROCEDENCIA FORMAL DEL RECURSO:** Que en fecha 17/10/18 y por actuación Nº 10243225, el Defensor de Cámara Interino, Dr. Carlos Guillermo Salazar, en representación del condenado MARTIN ALEJANDRO TULA interpone Recurso de Casación, el que es fundado en fecha 29/10/18 (actuación Nº 10328594), contra el Veredicto de fecha 03/10/18 (actuación Nº 10151737 del PEX 171473/14) dictado por la Excma. Cámara en lo Penal Nº 2 de la Primera Circunscripción Judicial, cuyos fundamentos (de fecha 11/10/18, actuación Nº 10216496) obran en los autos principales, y que resolvió declarar **CULPABLE COMO AUTOR MATERIAL Y PENALMENTE RESPONSABLE A MARTIN ALEJANDRO TULA,** de datos y demás circunstancias personales obrantes en autos,del hecho que damnificara a Fabio Ezequiel Fernández, del delito de **HOMICIDIO AGRAVADO CRIMINIS CAUSAE** en los términos del art. 80 Inc. 7° del Código Penal, en la calidad de coautor- art. 45 del Código Penal y condenarloa cumplir la pena de **PRISION PERPETUA,** **ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS PROCESALES**, disponiendo su alojamiento en dependencias del Servicio Penitenciario Provincial.

Asimismo, en fecha 18/10/18, ESCEXT Nº 10251607, los abogados defensores de AUGUSTO CAIN AGUERO LUCERO, interponen recurso de casación contra el Veredicto de fecha 03/10/18 (actuación Nº 10151737) dictado por la Excma. Cámara en lo Penal Nº 2 de la Primera Circunscripción Judicial, cuyos fundamentos de fecha 11/10/18, (actuación Nº 10216496) obran en el PEX 171473/14 y que declara **CULPABLE COMO AUTOR MATERIAL Y PENALMENTE** **RESPONSABLE** a **AUGUSTO CAIN AGÜERO LUCERO**, de datos y demáscircunstancias personales obrantes en autos, del hecho que damnificara Fabio Ezequiel Fernández del delito de **“HOMICIDIO****AGRAVADO CRIMINIS CAUSAE** en los términos del art. 80 Inc. 7° del CódigoPenal, en la calidad de coautor- art. 45 del Código Penal y **CONDENARLO** a cumplirla pena de **PRISION PERPETUA, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS****PROCESALES**, disponiendo su alojamiento en dependencias del ServicioPenitenciario Provincial. El recurso es fundado en fecha 30/10/18 (actuación Nº 10347079).

Fundan los recursos en la doctrina sentada por el Máximo Tribunal de la República a partir del fallo “Casal Eugenio” (CSJN 20-09-05), que entiende al Recurso de Casación como una vía de impugnación más abierta, desarticulando la extensión limitada y extraordinaria que tradicionalmente se le asignara, y en la causal no reglada de arbitrariedad de sentencia.

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 de los recursos en cuestión.

Analizadas las constancias del expediente principal que a la vista se tiene, se observa que los recursos han sido interpuestos y fundados en término, se ataca una sentencia definitiva dictada en juicio oral, encontrándose los recurrentes exentos del depósito establecido conforme al art. 431 del Código Procesal Criminal, lo que conlleva la admisibilidad formal de los recursos incoados.

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 los recursos articulados devienen formalmente procedente.

Por ello, VOTO a esta PRIMERA CUESTION por la AFIRMATIVA.

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

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo:** **DE LOS RECURSOS:** **A)** Con relación al **recurso interpuesto por el Defensor de Cámara Interino**, éste consideró arbitraria la sentencia por cuanto, no trata la nulidad planteada por él durante los alegatos, vinculada a la legalidad de la investigación, confundiendo y mezclando el planteo con él realizado por la co-defensa del otro imputado, ignorando o no reparando en cuestiones fácticas y probatorias determinantes que de haber sido atendidas hubieran conducido a una solución distinta: la absolución, de allí su carácter esencial.

También dijo que la sentencia es arbitraria al recurrir a argumentaciones genéricas, que prescinde de las constancias de autos, por parcializar y desvirtuar los testimonios vertidos en autos en contradicción notoria a las constancias de la causa, y por falta de fundamentación del agravante aplicado.

Con relación a la falta de tratamiento de la nulidad planteada, la defensa técnica dijo que al momento de alegar planteó la nulidad del llamado recibido por el centro 911, que imputaba como autores del hecho investigado a los Sr. Agüero, Tula y al “Indio” Molina y del informe policial de fs. 166/168 y consecuentemente, toda participación del Sr. Quevedo José Manuel en el expediente, por una serie de vicios a los que me remito, que provocaban su nulidad absoluta, atento la afectación al debido proceso y defensa en juicio.

Refiere que la fuente de la nulidad planteada es la ilegalidad en la obtención del testimonio “voluntario” (al decir del Inspector Rosales) de Quevedo José Manuel, quien claramente y conforme su testimonio en audiencia de debate oral, fue presionado para declarar en primer término en su contra, mediante apremios y una detención ilegal rotulada de “averiguación de antecedentes y medios de vida”, violando de este modo las garantías constitucionales de Quevedo y luego, como consecuencia del testimonio obtenido bajo presión, las de los ahora condenados.

Expresa que ataca a la sentencia recurrida de arbitraria, por parcializar los testimonios del Dr. Jorge Giboín, José Manuel Quevedo y Julio Arcelo Calderón, para fundar la condena impuesta.

Manifiesta que si bien de las constancias de autos surge que el Sr. Fernández habría concertado un encuentro con un sujeto, vía medios electrónicos previo a su deceso, no hay elementos ni pruebas que permitan acreditar que alguno de los ahora penados, sea la persona con la que se encontraría, memos aún con su defendido Martín Tula, pues no se ha acreditado que exista algún tipo de contacto personal, electrónico, o de cualquier otro modo con el occiso.

Sostiene que por lo supra expuesto, al intentar encuadrar el hecho imputado a su defendido en la calificante prevista en el art. 80 inc. 7, el Tribunal debió desarrollar y fundar de manera muy detallada y especifica en primer término los elementos de prueba que los llevaron a la convicción de que en autos existió la tentativa de un robo, para luego acreditar el dolo directo que vincula la muerte de Fernández.

Alega que a fin de determinar la aplicación del agravante impuesto en la condena es necesario probar ciertamente la intención del agresor, el dolo directo de causar la muerte con la finalidad de preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito, asegurar sus resultados o procurar impunidad, o por no haberse logrado el fin ilícito propuesto, no bastando solo la ocurrencia del hecho dañoso para encuadrar la misma en los términos del art. 80 inc. 7 del Código Penal.

Plantea subsidiariamente la revisión de la calificación legal impuesta en la sentencia, toda vez que el damnificado del hecho fue encontrado fallecido con sus objetos personales, como por ejemplo con el reloj de marca, color dorado que poseía y que la familia del Sr. Fernández manifestó que no le faltó nada, refiriendo a los objetos personales de la víctima.

Concluye que no sólo no está acreditada la existencia del robo, ni siquiera de manera tentada, lo que permite descartar *ab initio* el dolo directorequerido por el homicidio *criminis causae*, sino que tampoco la sentencia ha dado fundamento probatorio que permita acreditar con certeza la conexión ideológica y/o psicológica que debe existir entre el robo y el homicidio, según la interpretación requerida para la procedencia del art. 80 Inc. 7, por lo que solicita subsidiariamente, se le imponga al hecho la calificación legal prevista en el art. 79 del C.P por ser la compatible con las constancias fácticas y probatorias obrantes en autos. Hace reserva de recurso extraordinario de orden federal.

**B)** Respecto del recurso **interpuesto por los abogados defensores de AUGUSTO CAIN AGÜERO LUCERO**, estos expresaron que el presente recurso se interpone en los términos del art. 428, Incs. a) y b) del C.P.Crim, en el entendimiento de que el Tribunal de Juicio no ha realizado una adecuada subsunción legal de los hechos en el derecho, aplicando en consecuencia erróneamente la normas del Código Penal.

Refiere que para formular aquel juicio, el Tribunal de Juicio ha incurrido en una valoración abstracta de la prueba incorporada en la causa, sin precisar adecuadamente cuáles han sido las circunstancias agravantes del tipo penal señaladas, a la vez que aplicara arbitrariamente una valoración de las circunstancias agravantes de la pena, al momento de formular su mensuración.

Enumera los elementos probatorios incorporados como fundamentos de la sentencia y concluye afirmando que ninguno de los dos testigos (Julio Calderón y José Emanuel Quevedo) manifiestan que su pupilo le habría querido robar el teléfono móvil a la víctima y que ello surge de una simple prueba indiciaria, lo cual es absolutamente arbitrario. Así dijo: *“…Sí se pudo, constatar que había una conversación y un encuentro, pero no se trata de nuestro defendido, sino de un usuario virtual sin identidad propia y de la cual tampoco surge que Fernández podría ser sometido a un robo. Claramente ese encuentro tenía otra finalidad, pero no era con nuestro pupilo…”.*

Manifiesta que todo surge a partir de una simple deducción, que no puede ser utilizada como elemento cargoso para sostener un ánimo condenatorio y que es violatorio de todas las garantías constitucionales consagradas en la Carta Magna y tratados con jerarquía incorporados al respecto.

Alega que del plexo probatorio, no existe prueba directa de imputación hacia su defendido, pues todas las pericias que se realizaron en autos, dieron resultados negativos. Que no existe ninguna prueba que haya dado positiva, sino sólo prueba indiciaria, que fue incorporada de manera ilegítima.

Señaló que se realizaron distintas pericias para probar la supuesta autoría de Agüero y no con relación al otro imputado Tula, afectándose la igualdad en el proceso.

Entiende que no se verifica en autos, un estado de certeza y en consecuencia esta insuficiencia probatoria conlleva a un estado de incertidumbre invencible, el cual deberá resolverse en favor del actuado, conforme a lo dispuesto en el art. 1 del C.P. Crim. “En caso de duda deberá estarse siempre a lo que sea más favorable al encausado” y lo que respecta al principio de inocencia plasmado en la Constitución Provincial art. 39 y art. 18 de la Constitución Nacional normativa supra-nacional que por imperio de la reforma de la Constitución Nacional de 1994 (8.2. C.A.D.H. y art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) integran la cúspide jurídica de la Nación.

Con relación a la nulidad de la pericia informática, advierte que dicha prueba se introdujo ilegítimamente como prueba dentro del debate oral, por lo que debe atacarse de nulidad, toda vez que fue practicada durante los días previos al comienzo del debate oral, no habiéndose ordenado en el auto de admisión a prueba, por lo que se agravia ante la falta de notificación de la medida, lo cual es clave para garantizar el derecho de defensa. Cita jurisprudencia.

Con respecto a la calificación legal, entiende que no hay elementos suficientes que puedan bastar y acreditar la participación de su defendido en dicho delito, pues el elemento de valor que aparentemente habría movilizado el encuentro con Fernández, no lo llevaba consigo, es más, el mismo fue encontrado por sus progenitores en su vivienda. Abona ese razonamiento, el hecho que Fabio no fue despojado de otros elementos onerosos que portaba consigo, por lo que no se le puede achacar dicha calificación, dado que el robo no se encuentra probado como delito conexo al homicidio, ya que sostiene que la correcta calificación legal debe darse en los extremos legales del art. 79 del Código Penal, esto es homicidio simple, por lo que solicita se mute la calificación legal, en los términos de dicho artículo. Hace reserva de recursos extraordinarios de orden federal.

**CONTESTA TRASLADO FISCAL DE CÁMARA:** En fecha 05/11/18 -actuación Nº 10388755 y 10388823- (del presente INC. 171473/5), contesta traslado el Sr. Fiscal de Cámara Nº 2, de la Primera Circunscripción Judicial, Dr. Fernando A. Rodríguez, quien considera que la sentencia ha sido debidamente fundada y motivada, siendo congruente la misma con las constancias de la causa, habiendo valorado de acuerdo a criterio del juzgador y siguiendo un orden lógico, los elementos probatorios que consideró de importancia para llegar al resultado, por ello propicia el rechazo del recurso de casación.

**DICTAMEN DEL PROCURADOR:** Que en fecha 18/12/18, por actuación Nº 10686860, dictamina el Sr. Procurador General de la Provincia, quien propicia el rechazo de los recursos intentados, al considerar: *“…que los Recursos pretenden fundarse en la mera discrepancia de los recurrentes con la valoración de los hechos y la prueba que ha realizado la Cámara, y no logran demostrar apartamientos de la regla de la sana crítica y de la lógica. Pues los agravio planteados se dirigen a cuestionar la valoración de las pruebas producidas y la pena impuesta de conformidad a los agravantes considerados. Que no advierto error en la calificación de los hechos alegados que se encuentran probados mediante testimoniales coincidentes e informes técnicos periciales.”*

*“Se han expresado fundamentos suficientes para sustentar circunstancias de tiempo modo y lugar: “El uso de arma corta calibre 22 y piedras de gran tamaño, para vencer la resistencia de la víctima y asegurar su muerte, la evidente planificación del hecho en zona descampada y de noche, para concluir el plan de consumar el delito y procurar su impunidad, con innegable aumento del contenido del injusto, aspectos que aun cuando pudieran incluirse dentro del amplio concepto del hecho, no impide que cada una de ellas puedan considerarse o ponderarse individualmente para justificar la pena prevista en el tipo del art. 80 inc. 7º, del C. Penal, por cuanto se trata de aspectos específicos del hecho, con suficiente entidad para fundar el mayor disvalor, de la conducta juzgada…”, no advierto vicios de falta de motivación pues no se realiza genérica remisión, ni motivación ilegitima u omisiva. Enfocado el principio de proporcionalidad en lo que concierne al delito.”*

*“En cuanto al momento de ponderar el planteo de nulidad de la prueba pericial informática efectuado extemporáneamente por la defensa pues siendo esta una cuestión preliminar, ha precluído la oportunidad expresamente prevista por la Ley ritual, lo que torna improcedente desde el punto de vista formal.”*

**DEL RECURSO DE CASACIÓN:** El recurso de casación ha sido definido como el medio de impugnación a través del 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. Proc. 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 cual era el criterio con que debe ser interpretada.

**ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN PLANTEADA EN AMBOS RECURSOS:** Sentado lo anterior, adelanto que comparto los fundamentos dados por el Sr. Procurador General en su dictamen de fecha 18/12/18, ya que como bien se sostiene en el mismo, los recursos intentados deben ser rechazados.

Que del detenido estudio de la cuestión sometida a consideración, se advierte que los recurrentes fundan la casación en una mera discrepancia con la valoración de los hechos, las pruebas producidas y la pena impuesta por la Excma. Cámara y no logran demostrar cuestiones que en definitiva se refieren a materia procesal y de pruebamerituada en su oportunidad por la Cámara, con resultado adverso para los recurrentes, ya que consideran que se han violado las garantías constitucionales del **derecho de defensa en juicio, del debido proceso y del principio in dubio pro reo.**

Que los agravios de los recurrentes resultan inatendibles, pues se traducen en el desconocimiento de los principios que informan el proceso penal, de la libre convicción y sana crítica racional y sólo son compatibles con una mera discrepancia con lo resuelto por la Excma. Cámara, por ello se señala que los recurrentes no efectivizan una crítica razonada y seria sobre la sentencia, pues omiten un análisis **de la normativa legal aplicable.**

Por lo demás, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que los Jueces no están obligados a ponderar una a una y exhaustivamente todas las constancias de la causa, sino sólo aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones (Fallos 311:571) y para la correcta solución del litigio (311:571) y tampoco están obligados a tratar todas las cuestiones propuestas por las partes ni analizar los argumentos que, a su juicio, no sean decisivos (301:970 y 311:191); y la Cámara Nacional de Casación Penal aseveró que los fundamentos, aún cuando concisos y breves, son suficientes para observar la fundamentación exigida por el art. 123 del C.P.P.N.- nuestro 361 inc. 3ro. (Sala II, in re “NINONE, Salvador A. s/ RECURSO DE CASACION”. C.Nro.534, reg. Nro.664 del 9/10/95).

A todo evento se aprecia que en el texto del fallo, no aparecen vicios de razonamiento, pues se han consignado razones suficientes que justifican los juicios que en él se expresan y aparecen reflejados de manera clara, tanto respecto al hecho mismo, como a su desarrollo, valoración de la prueba, autoría y encuadre legal y el Tribunal Casatorio debe atenerse a ello y sin avanzar en el juicio cuando, como en el caso, el razonamiento del Juzgador se presenta exento de arbitrariedad o absurdo.

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 y la mera discrepancia de los casacionistas, sin una fundamentación que contradiga los fundamentos de aquella, no puede prosperar.

Abundante doctrina ha puntualizado que no es suficiente enunciar principios de razonamiento y anunciar que han sido violados. En la casación se debe indicar cómo y dónde resultan vulnerados, explicando cómo construyó su resolución el Juez y determinar el momento y el lugar donde se apartó del iter correcto, indicar por qué esa construcción lógica y legal no es consecuencia de un proceso ordenado de razonamiento y exponer cuál habría sido la manera correcta de elaborarla (ver Olsen Ghirardi, Lógica del Proceso Judicial, 2da. Ed. Lerner Editorial S.R.L., Córdoba, 2005).

Que las presentes actuaciones tienen su inicio con el Acta de Procedimiento e Inspección Ocular, de fecha 04/11/14 (fs. 1/7) del PEX Nº 171473/14, en la que consta que siendo la hora aproximada 9:50, se recibió una llamada, poniendo en conocimiento a través del Centro de Atención de Emergencias, que el sitio vecino al supermercado Aiello del Barrio El Lince y próximo a la calle Salvador Segado de esta Ciudad, una persona que había pasado por la zona habría visto en un descampado a un sujeto sin vida, por lo que la instrucción policial y personal a sus órdenes se constituyeron en el lugar aproximadamente 20 minutos después. Que a la hora 10.45 la instrucción inicia la inspección del lugar con dos testigos hábiles y personal de la División Criminalística. El lugar del hecho fue situado en la denominada zona sur de la ciudad de San Luis, donde termina la calle Salvador Segado hacia el punto cardinal este, donde existe un descampado y otra parte con flora autóctona, encontrándose el cuerpo sin vida, tendido sobre el suelo de tierra y pasto en posición de cubito dorsal de apoyo y de frente hacia arriba. Asimismo se observa una mancha hemática sobre el césped y desfiguración del rostro cubierto de sangre.

También se indicó que se hallaba en el lugar y cerca del cuerpo una piedra de material hormigón, la que fue debidamente identificada como Nº 6, también una piedra tipo ladrillo identificado con el Nº 7, partes de un arma calibre 22 y el cuerpo sin vida de la víctima Fabio Ezequiel Fernández, quien presentaba al examen médico una herida de arma de fuego en el áreaprecordial a tres centímetros de tetilla izquierda, de 8 ml aproximadamente sin orificiode salida y traumatismos múltiples en cabeza, pérdida de piezas dentarias,con alambre para prótesis y lesión dorsal en ambas manos.

Con relación al **hecho que damnificara a Fabio Ezequiel Fernández** y conforme las probanzas existentes, ha quedado acreditado en grado total de certeza la existencia del hecho, como así también la coautoría de los condenados Martin Alejandro Tula y Augusto Caín Agüero Lucero.

Se inicia la investigación con el Sumario Preventivo Nº 016/14 (Pex 171473/14), que luce a fs. 1/ 200. A fs. 71 y vta. luce certificado de defunción y a fs. 207 y vta., informe de necropsia realizado por el médico forense, Dr. Jorge Alberto Giboín, en el cual consta como causa eficiente de muerte de Fabio Ezequiel Fernández: traumatismo de cráneo encefálico severo.

A fs. 26/31 obra denuncia del Sr. Oscar Fabio Fernández, padre de la víctima, quien declaró en el juicio como testigo Nº 11. Denunció la muerte de su hijo Fabio Exequiel Fernández, de 20 años de edad. Dijo que llevaba una vida normal, sin problemas y que un día les confesó a él y a su esposa que era gay. Que el día 04/11/14 su esposa, tipo 5 y 30 de la mañana le dijo que “Exe” no había regresado y tipo 8 de la mañana su Sra. volvió de su trabajo para ver qué pasaba con su hijo. Que fueron a la casa de varios amigos para preguntar por él y luego fueron a la Comisaria Tercera y ahí se enteró que habían matado a su hijo.

Que a fs. 34/38 luce declaración informativa de la Sra. Adriana Roxana Fernández, madre de la víctima, quien en el debate oral declaró como testigo Nº 16. Manifestó que tipo 10 y 15 de la noche (anterior al hecho) “Eze” estuvo en su casa y a las 11 y 15 se fue a dormir con Kevin, su otro hijo, porque su marido estaba trabajando y que “Eze” y Danilo se quedaron en la compu y cuando se despierta a las 5 de la mañana para ir a trabajar, advierte que su hijo “Eze” no estaba y le avisa a su esposo, quien le dice que ya salía de trabajar, Luego ella se va a trabajar pero y decide retirarse y pasa por la casa del Jona, amigo de su hijo, quien le dijo que no sabía dónde estaba “Eze”, pero que se habían estado escribiendo hasta la 1 de la madrugada. Como nadie sabía nada, van a la Comisaria Tercera y ahí se entera que habían matado a su hijo y que no sabe si su hijo había recibido algún tipo de amenaza.

Que la testigo, Lorena Belén Martínez Lucero, Instructora del Sumario de las actuaciones que lucen agregadas a fs. 1/200, declara a fs. 377/380. Expresó que: *“Calderón fue colega de trabajo; cumpliendo sus tareas en el comando radio eléctrico. Cuando comenzamos con esta causa, un día me llama Rosales y estaba con Calderón y me dice que no creía que Augusto se hubiera mandado algo, que es su hijastro, hijo de Silvia, su pareja. Le pedí que no se metiera y que no entorpeciera la causa. Luego un día me llama y me cuenta que Augusto le había confesado que había sido él. Me pidió juntarnos diciéndome que lo quería entregar, como padrastro atento la relación de pareja que tenía con la madre del ahora condenado Agüero Lucero. Por Secretaría se le exhiben fs. 1/200, y los elementos secuestros, los que reconoce.”*

Que también declara en el debate oral Víctor Hugo Cornejo, Secretario del Sumario, Oficial Principal de la Policía de la Provincia. De la misma surge que: *“En la zona sur de la ciudad, se encontraba una persona sin vida, por lo que el Oficial Principal Walter Contreras, solicitó la presencia en el lugar, dando aviso al Juez en turno, Dr. Cadelago. Era una persona de sexo masculino, joven, boca arriba, tendido en el piso, por encima del pasto, de remera negra y jean negro, botas y una campera. Al costado había una mancha hemática muy grande y el rostro desfigurado. Se secuestraron elementos, entre ellos un arma de calibre chico. Personal de laboratorio tomó las muestras correspondientes y el Dr. Samper Battini procedió a la revisación del cuerpo. Por Secretaría se le exhiben fs. 1/200, y los elementos secuestros, los que reconoce. El tambor del arma tenía seis alvéolos, que son los orificios. Y le empuñadura tenía una cinta negra que la cubría. El hormigón en ese momento tenía muchas manchas hemáticas…”*.

Asimismo se consideró la declaración Informativa de Julio Arcelio Calderón, ex agente policial y pareja de la madre del condenado Augusto Agüero, de fs. 164/165 y 368/370. En el juicio dijo que vivía con la madre de él, era su pareja y quedesde el tiempo del hecho que se investiga, el mantenía una relación con la misma. A la pregunta de cómo ingresa al presente expediente, responde: *“En ese momento se hizo presente un señor por mi casa, no recuerdo en este momento el nombre de la persona que se acercó a mi casa, estaba yo trabajando con un salón y se presentó y bueno, le preguntó a él que le pasaba, me respondió que se le rompió el vehículo, y le pregunto Ud qué anda haciendo?, me contesta que anda haciendo una investigación, y bueno el empezó a preguntar si yo conocía personas, a Agüero, le digo que sí, que conozco a dos Agüero en esta zona, no sé de qué Agüero me estás hablando, bueno dice Agüero Augusto, sí, lo conozco, es hijo de mi pareja. Allí le pregunto qué problema hay con este chico?, él me explica, me dice que es por la investigación de lo que ha pasado por la zona del Aiello, bueno le pido que me mostrara algo para ver si era él o no, y él me muestra una foto, bueno si le digo es él, habló con la madre y la misma dijo: lo llevamos nosotros para ver qué pasaba… Lo llevé en mi auto, tenía un Fiat Uno, lo llevamos a la División Investigaciones donde estaba Lorena, en Pasaje Santiago del Estero, bueno allí estuvimos hablando… Bueno después se hace el procedimiento y el allanamiento…”*

También se meritó la declaración brindada por el testigo Tulian Guillermo Becerra, Inspector de la Policía de la Provincia, quien a fs. 516/521 realizó el informe pericial del arma encontrada en el lugar del hecho (armazón de empuñadura, cañón de arma de fuego y tambor con un proyectil y una vaina), de un cartucho calibre 22 y de una vaina en calidad de incriminada. Expresó que el arma de pericia fue concebida para realizar disparos en la modalidad de acción simple y acción doble pero que hoy por hoy el arma no puede efectuar disparos, debido a su rotura dividida en tres segmentos. En el juicio, al exhibirse dicha arma, la reconoce. Refiere que el arma se encontraba seccionada en tres partes, que se encontró unavaina de calibre 22 y que la rotura de la misma ha sido provocada, por algún elemento mecánico mixto.

Asimismo se llamó a declarar al Sr**.** Federico Núñez**,** quienratificó su declaración testimonial en sede judicial de fs. 709/710, oportunidad en la que también ratificó su declaración en sede policial y dijo que al damnificado no lo conocía y que por rumores del barrio se enteró del hecho que se investiga y que se decía que Tula y Agüero lo habían matado a Ezequiel. Asimismo dijo que era amigo de Agüero, pero que nunca le preguntó del tema y después se enteró que lo detuvieron.

Por su parte Walter OmarContreras agente público, Comisario Inspector, declaró a fs. 385/386. Manifestó que para la fecha del hecho era Jefe de División Homicidios. En el juicio expresó: *“…A través del 911, informa que habían encontrado personal de la Comisaría Tercera, una persona sin vida en el Barrio El Lince, más precisamente, detrás del Supermercado Aiello. Se Comisiona personal, fui al lugar, llegamos y ya habían hecho un precinto en el sitio. Nosotros ampliamos ese radio, unos 200 metros más. Se designa a la instrucción, Subcomisario Martínez, no recuerdo quién era el Secretario en ese momento y se comienza con las medidas preliminares, resguardar el lugar, buscar los testigos por si había que secuestrar algún elemento, y la presencia también de personal de División Criminalística y del médico policial… Recuerdo que habían secuestrado un trozo de hormigón, y a su vez también, un arma de fuego que estaba totalmente desarmada, calibre 22, no recuerdo más, pero seguramente objetos personales…”*. Asimismo reconoce los elementos secuestrados.

También se consideró la declaración de la Lic. Carina Bernal, responsable el Departamento de Delitos Complejos del Poder Judicial, declaró en audiencia: *“…hacemos es un análisis de toda esa información, graficamos y elevamos la actuación de aquéllos datos que son de interés para la causa. Trabajamos sobre el reporte que nos brindó el Área de Tecnología, comouna actuación PDF. Lo primero es ver el teléfono S4, hicimos una línea de tiempo, que correspondía a Fabio. El día 4/11/2014 a las 00:30 y finaliza a la 01:06 hs. Se mantiene una conversación en la plataforma Whatsapp, con usuario agendado en su libreta de contactos como “Diabolo”, donde manifiesta que va a encontrar con otra persona. Luego deja de contestarle a esta persona. Por la plataforma Messenger de Facebook a las 00:51 horas inicia conversación entre un contacto “Ezequiel Escudero” y su cuenta cuyo nombre de perfil es “Cosmo Ezequiel” y se extiende hasta la 01:00, oportunidad donde claramente surge el encuentro, y el celular analizado sin actividad posteriormente. Quiero aclarar que lo que uno observa, es, no hay posibilidad que se haya adulterado nada. “Estoy listo” le dice a Ezequiel Escudero. “ok, me fui”, le contesta Escudero y él le dice: “Ahí voy”, a las 01:00 horas.- Se remite al informe enviado mediante OFR 171473/15. Luego surge del análisis del celular Samsung, carcasa color morado, obtenido del allanamiento de la casa de Augusto Agüero, en su historial de navegación vía Chrome, el día 6/12/2014, en la sección de Policiales San Luis, sobre la noticia que continuaban con la investigación de la muerte de un chico de 20 años. Colocando filtros, como “asesinato”, “joven”, se arrojan las comunicaciones, relaciones con respecto a eso. De ese mismo allanamiento, en otro de los teléfonos se desprende una conversación de Whatsapp entre “Luli” y “May”, así agendado, en donde Luly, le dice que está destruida porque el hermano estaba metido en el asesinato del chico gay que mataron y que sentían vergüenza. Que estaba metido con otro más, que el otro le disparó y que él, como lo reconoció, le metió un ladrillazo. Que por favor no dijera nada, que le había confesado a Julio y se iba a entregar. El Celular S4, se encontraba con el perfil de Facebook, abierto y la cuenta de recuperación pertenecía también a Fabio, con el nombre de “Camilo Ferrari”. Su perfil estaba abierto y activo. Hay una parte que es el registro de actividad y surge que este perfil le manda una solicitud de amistad a un perfil llamado “Martín Tula”, el día 27/01 y el 01/11 Martín Tula acepta la solicitud”*.

Igualmente se tuvo en cuenta la declaración del Sr. José Manuel Quevedo, de fs. 598/599vta. En el debate manifestó: *“Un día yo andaba por mi barrio y me paró la policía y me llevó a la Comisaría 3ra y allí me empezaron a hacer preguntas, por averiguación de antecedentes, nomás. Yo dije lo que sabía, que un día yo estaba en la puerta de mi casa, yo y mi sobrino más chiquito y cayó Agüero y cuando me fue a dar la mano, me fue a saludar hizo, así como que le dolió, él me dijo que disparó un arma y se le había reventado en la mano, que se le partió a la mitad y que la tiró en el campo. A la media hora cayó, pasó el Tula y como lo conoce a Agüero se vino, él tenía una mancha como de sangre en la zapatilla y ahí vino el señor de la esquina de mi casa, como lo conocemos, es vecino, y me preguntó si sabíamos del chico que habían matado y yo ni enterado, yo no sabía nada...”.*

Por su parte el Dr. Samper Battini, Medico Policial, en audiencia dijo que: *“…Realicé un peritaje y un informe. Sobre la parte sustancial, actuación de fs. 11, fecha 4/11/14: Examen en el lugar del hallazgo, dice así porque no tengo garantía que haya sido ahí el lugar del hecho, que es donde real y efectivamente sucede. Los traumatismos que tenía eran muchos en la cabeza, más pérdida de piezas dentarias. También tenía un estallido en la zona occipital izquierda, en la zona posterior, una herida de arma de fuego sin orificio de salida. En la cara dorsal de las manos, tenía lesiones en ambas. Son heridas de defensa…La pérdida de piezas dentarias es por golpes…”*. Por Secretaría, se le exhiben los elementos secuestrados, reconociendo como que se hallaban cerca del cuerpo de la víctima. También dijo que orificio de bala se encontraba cerca de la tetilla.

Al mismo tiempo el Dr. Jorge Giboín**,** Médico Forense del Poder Judicial, en el debate oral ratificó las actuaciones de fs. 66/71, concluyendo que la causa efectiva de muerte según certificado de defunción de fs. 71 y vta. fue *“traumatismo cráneo-encefálico”*.

También resulta apreciable el relevamiento planimétrico, las vistas fotográficas del lugar del hecho que se investigaba, de fs. 487/515, la labor pericial realizada por personal de División Criminalística D-5, como también el informe pericial de División Criminalística Sección Laboratorio (fs. 356/365).

Que en el caso bajo estudio, quedó patentizado la idoneidad probatoria de los elementos vinculantes en el hecho que se le imputa a los condenados a Augusto Caín Agüero Lucero y Martin Alejandro Tula y demás elementos de investigación, con suficiente entidad como para conformar certeza sobre los hechos que damnificara a Fabio Ezequiel Fernández, por el delito de **HOMICIDIO AGRAVADO CRIMINIS CAUSAE** en los términos del art. 80 Inc. 7° del Código Penal, en la calidad de coautor- art. 45 del Código Penal. Así se advierte que la declaración del Sr. José Manuel Quevedo concuerda con la que Julio Arcelio Calderón, ex agente policial, produjera en sede judicial, quien *“… circunscribe que el móvil del hecho que fue el robo del celular de Fernández, que preventivamente la víctima no llevo consigo y que efectivamente entre las partes hubo mensajes de texto telefónicos previos donde se concertó un encuentro a quien en definitiva le produjeron la muerte. Es así que ha surgido de las pruebas producidas con claridad, que la cita previamente fijada entre los imputados y su víctima, fue con fines de robo conforme se desprende de la armonía de los relatos en plenario oral que concuerdan con las que fueron elaboradas en el sumario preventivo policial entre el Sr. Calderón y en el sumario judicial el Sr. Quevedo”*

“*Resulta evidente que surge una co-actuaria sobre el dominio del hecho, con claro reparto de tareas en el intento del robo y una coincidencia intencional de los ahora condenados, en lograr quitarle el celular a la víctima no llevo y luego la muerte de la misma, asumiendo de antemano las consecuencias de su accionar doloso, resuelta indudable que los condenados ocasionaron conjuntamente la acción típica respecto del intento de robo como del posterior homicidio de Fabio Fernández.”*

Así entonces, debo señalar que la determinación de la materialidad ilícita objeto de juzgamiento y la autoría responsable de Augusto Caín Agüero Lucero y Martin Alejandro Tula, ha encontrado suficiente y racional sustento en la valoración armónica y conjunta del material convictivo, que fue relevado por el tribunal sentenciante, sin que en dicha operación se verifique la presencia de vicio o defecto alguno, que importe una vulneración de las reglas de la sana critica racional, ni su presencia es demostrada a través de los argumentos vertidos en el recurso que es objeto de análisis. Asimismo es dable destacar que la fundamentación de la determinación de la pena constituye un límite discrecional de los jueces en la imposición de la pena. En autos se advierte fundada y motivada la pena impuesta al condenado, tomándose como parámetros para arribar a la pena aplicada, el desprecio por parte de los condenados del valor vida y las circunstancias de tiempo, lugar y modo. Así en la sentencia se dijo: *“Respecto de las agravantes anteriores y tratándose de co-autoría funcional, las mismas se trabajan en común para ambos condenados, siendo las siguientes: El uso de arma corta calibre 22 y piedras de gran tamaño, para vencer la resistencia de la víctima y asegurar su muerte, la evidente planificación del hecho en zona descampada y de noche, para concluir el plan de consumar el delito y procurar su impunidad, con innegable aumento del contenido del injusto, aspectos que aun cuando pudieran incluirse dentro del amplio concepto del hecho, no impide que cada una de ellas puedan considerarse o ponderarse individualmente para justificar la pena prevista en el tipo del art. 80 inc. 7º, del C. Penal, por cuanto se trata de aspectos específicos del hecho, con suficiente entidad para fundar el mayor disvalor, de la conducta juzgada”.*

Que se sostiene, que el principio de congruencia deriva de la garantía de defensa en juicio establecida en el art. 18 de la C.N., y exige que medie correlación o identidad entre el hecho imputado en las sucesivas etapas procesales y el establecido en el veredicto y la sentencia, para así evitar la sorpresa procesal que supondría la alteración de la plataforma fáctica al momento de sentenciar, y con ello el perjuicio que tal circunstancia supondría para las posibilidades de defensa.

Que por consiguiente, se exige como requisito de la racionalidad de la sentencia, para que ésta se halle fundada, que sea reconocible el razonamiento del juez. Por ello se le impone que proceda conforme la sana crítica, que no es más que la aplicación de un método racional en la reconstrucción del hecho pasado.

Al respecto se tiene dicho: *“La sana crítica racional como regla de valoración probatoria supone la existencia de ciertos principios generales que deben guiar en cada caso la apreciación de la prueba, excluyendo la discrecionalidad del juzgador. En consecuencia al valorar las pruebas a través de la regla de la sana crítica racional implica la unión entre la aplicación de los principios de la lógica y la experiencia (“máximas de experiencia”), sin abstracciones de orden intelectual y que propenda a asegurar un eficaz razonamiento. En aplicación de dichas reglas el magistrado resulta soberano en la selección de pruebas, pudiendo preferir unas y descartar otras. La sola omisión de considerar el examen de determinada prueba, no configura agravio atendible si el fallo apelado contempla y decide aspectos singulares de la cuestión y la resuelve con otros elementos de juicio”.* (Prov. De Mendoza vs. Drago María s. Expropiación, Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario. Mendoza: 10-abr-2012; Rubinzal Online; RC J 3356/12).

Se ha sostenido que la sentencia debe ser una consecuencia razonada del derecho vigente y de las constancias de autos, por lo que habrá falta de motivación si hay contradicción en los fundamentos normativos o con equívocas probanzas de autos. (CSJ de Santa Fe, *Fallos,* t. XXVIII, Pág. 137, voto de los Dres. Barraguirre y Ulla).

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 el fallo atacado no viola los principios del debido proceso ni del de defensa en juicio, ni del indubio pro reo, ni luce contradictorio, por el contrario, se han consignado suficiente las razones que llevan a determinar las conclusiones expresadas, por lo que el recurso articulado deviene improcedente, y debe ser rechazado.

En consecuencia y no advirtiéndose alguna de las causales enumeradas en la art. 428 del C.P. Crim., VOTO A ESTA SEGUNDA CUESTIÓN POR LA NEGATIVA.

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

**A LA TERCERA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo:** Dada la forma como se ha votado la cuestión anterior, no corresponde su tratamiento. ASÍ LO VOTO.

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

**A LA CUARTA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo:** Que, en consecuencia, corresponde: 1) Rechazar el Recurso de Casación articulado en fecha 17/10/18 por el Defensor de Cámara Interino, sin costas por haber sido interpuesto por el Defensor Oficial. 2) Rechazar el Recurso de Casación articulado en fecha 18/10/18 por los Abogados defensores del condenado Augusto Caín Agüero Lucero, con costas al vencido. ASÍ LO VOTO.

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

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

**San Luis, veinte de diciembre 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 articulado en fecha 17/10/18 por el Defensor de Cámara Interino, sin costas.

II) Rechazar el Recurso de Casación articulado en fecha 18/10/18 por los Abogados defensores del condenado Augusto Caín Agüero Lucero, con costas al vencido.

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.

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