



SENTENCIA DE DETERMINACIÓN DE PENA: En la ciudad de Cutral Co, Provincia del Neuquén, a siete (7) días del mes de Abril de dos mil veintiuno, me constituyo para dictar sentencia de imposición de pena en el Legajo Nro. 36.920/2019, caso caratulado "**DIEGO ANDRES SAN MARTIN S/ HOMICIDIO AGRAVADA POR EL EMPLEO DE ARMA DE FUEGO**", en el cual resulta imputado DIEGO ANDRES SAN MARTIN, Alias "Neneo", DNI Nº ..., con domicilio en calle ..., casa ... de la ciudad de Cutral Co, de estado civil soltero, hijo de y, nacido el 01/07/99 en Cutral Co, Pcia. del Neuquén, empleado, instruido, y quien ha sido declarado culpable por veredicto popular y condenado como **AUTOR DEL DELITO DE HOMICIDIO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO, EN CARÁCTER DE AUTOR(ARTS. 45, 89 Y 41 BIS DEL C.P.)**.

I. RESULTANDO: Que el pasado día 26 de Marzo del corriente año 2021 se llevó a cabo de modo presencial la audiencia de cesura para determinar la pena a imponer al acusado en el marco de la segunda fase del juicio oral y público celebrado (conf. art. 179 del C.P.P.N.), mientras que el pasado 29 de Marzo mediante audiencia virtual informé el veredicto de pena con palabras claras y sin tecnicismos legales (conf. LOJP), teniendo presente que los destinatarios principales de la decisión son Diego San Martin quien va a cumplir la pena de prisión, y Yereni Daiana Fuente en su calidad de madre de Luciano Axel Fuente.

En las audiencias de referencia intervinieron en representación del Ministerio Público Fiscal, el Fiscal Jefe Maximiliano Breide Obeid, los abogados Martin Segovia y Juan Manuel Coto en representación del condenado, y el abogado Cesar Omar Pérez en representación de la parte querellante, respectivamente.

Que diferida la redacción escrita de la presente sentencia de pena, corresponde en este estadio referenciar los fundamentos que motivaron la decisión tomada en la pasada audiencia en la que resolvió imponer a Diego Andrés San Martín la pena de quince (15) años y tres (3) meses de prisión de cumplimiento efectivo, más accesorias legales y costas del proceso (conf. arts. 12 del C.P. y 268 del C.P.P.N.).

II.- PRODUCCION DE PRUEBA: Que abierta la audiencia se informó debidamente al acusado la finalidad de la misma, objetivos y derechos que le asisten y se procedió a recibir la prueba conforme el ofrecimiento practicado.

II.a) **Francisco Claro.** Luego de ser relevado del secreto profesional en virtud de haber sido Psicólogo tratante de la madre de la víctima y haber sido citado para deponer información sobre dicho extremo, declaró que la paciente Yereni Fuente arribó al Hospital local donde presta labores por una crisis y por demanda espontánea por tema del duelo del niño víctima. Afirmó que el compromiso con el espacio terapéutico no fue constante por parte de la paciente, pero que sabía que también estaba en contacto con la Psiquiatra del Hospital. Agregó que recientemente solo se contactó en esta última semana con mucha intensidad con el dicente y en referencia a la declaración en juicio. Sostuvo que hubo momentos de situaciones graves y otras que no, pero sobre el diagnóstico no tiene posibilidad de brindarla en audiencia ya que la terapia no fue regular, sino que se direccionó a una situación de atención temprana. No sabe si puede superar el trauma sino que puede convivir con ese dolor a pesar de ser una experiencia difícil de sobrellevar.

A la querrela le contesta sobre el tratamiento y sostuvo que tiene que tener un espacio terapéutico regular al igual con el Área Psiquiátrica. Sobre el intento de suicidio sostuvo que manifestó que quiso quitarse la vida en el baño de la vivienda pero por discusión con su

pareja, y que luego estaba culposa por el hecho y que su hija había visto aquella situación, pero que no hubo gravedad para internación por ese hecho y estaba arrepentida por tal suceso. Fue la única situación en aquel sentido de la que tuvo conocimiento. Quizás otras afirmaciones fueron superfluas pero no había planificación de realizar aquel suicidio. Sobre el tratamiento psiquiátrico no pudo brindar información sobre el tema farmacológico, y solo al principio tuvo alguna intervención profesional.

II.b) Javier Steinaker. En calidad de integrante de la Brigada de Investigaciones de Cutral Có, declaró sobre el conocimiento del imputado en el círculo delictivo de la localidad, aunque solo participó de una demora hace unos diez (10) años atrás. En referencia a las escuchas telefónicas reproducidas, recordó sobre charlas del acusado con su novia sobre Luciano cuando aquel consultaba sobre el estado del nene con una persona de nombre Vanesa Gutiérrez. Preguntado, dijo que el acusado estaba preocupado por el tema y por esconderse tanto él como las armas de fuego, conforme surgió de la comunicación con Víctor Méndez y Nabos. Afirmó que el condenado buscó refugio en la casa de Lagos, consultó sobre el estado del nene y de donde surgió lo de quemar los dedos de la mano para borrar sus huellas. A preguntas de la defensa, agregó que sobre escuchas el imputado sostuvo que le dispararon mientras andaba en una moto y que le descargan disparos antes que él disparara. Sobre el barrio, sostuvo que era uno de los más conflictivos y que la familia San Martín tenía enfrentamientos desde vieja data.

II.c) Yereni Daiana Fuente. A preguntas de la querrela sostuvo que luego del fallecimiento de su hijo menor Luciano su vida no fue igual hasta el día de hoy y no puede superarlo, solo está de pie por sus hijas. Dejó las pastillas hace unos meses, porque era una droga que la hacía dormir mucho. Sobre el tratamiento, afirmó que con el Psicólogo no era lo mismo sentarse con él que tener sesiones mediante un celular, por lo

que decidió hablar más con la Psiquiatra tratante como mujer. En relación con la maestra de Luciano, no tuvo mucha relación y vínculo porque solo fue maestra ese año, aunque fue distinto con la entonces Vicedirectora del establecimiento. En referencia a los compañeros del colegio, era muy tímido y le pegaban mucho salvo un compañerito de nombre M. quien hasta el día de hoy no puede superar esa pérdida y la actual soledad ya que andaban siempre juntos y se cuidaban en el Colegio. Dijo que no puede ir a la tumba y al cementerio porque no puede creer que esté muerto.

II.d) **Laura VIUDEZ**. Prestó declaración luego de ser relevada del secreto profesional atento su situación de médica Psiquiatra tratante de la ciudadana Yereni Fuente en el tema de Salud Mental del Hospital de Cutral Co. Sostuvo que intervino en el mes Noviembre de 2019 por indicación del Área Psicosocial para expedirse sobre una eventual medicación o internación de la madre de Luciano. Se descartó el tema del suicidio y luego se planteó tema de medicación ya que estaba tomando Clonazepam. Agregó que solo la vio una sola vez y que en Enero 2020 ella se ausentó por licencia y luego continuó la terapia desde Junio 2020 por vía remota. La vuelve a atender por vía presencial por control de medicación y luego por teléfono en el marco de la relación terapéutica. Sobre estado y evolución, sostuvo que en primer término fue resistente a las sesiones hasta que avanzó el vínculo y se trabajó en equipo. Sostuvo que había familia continente en el caso de Yereni pero con el equipo Psicosocial trabajaron por aquellas ideas autolesivas y de tristeza por el vacío derivado de la pérdida de un hijo Luciano. Sobre el diagnóstico, se refiere a un duelo patológico porque aparecen síntomas depresivos e ideación suicida, con sintomatología depresiva.

II.e) **Adolfo Fuente (abuelo de la víctima)**. Reprodujo un audio en el que Luciano Fuente le decía papá. Agregó que la muerte de su nieto le destrozó la vida ya que tiempo antes le había festejado su

cumpleaños. Conoce a toda la gente del barrio, a la prepotente familia Espinosa, y a la familia del acusado. Refirió que esta gente es "patovica" del intendente así que pueden sufrir represalias por su declaración, ya que durante el velorio vino gente de parte de ellos y sabían lo que había pasado. Indicó que siempre aquellos grupos anduvieron con armas de fuego, y siempre en piquetes, pero ahora no tuvo problema.

II.f) Adolfo Andrés Fuente (tío de la víctima). Declaró que Luciano Fuente era un sobrino muy querido que lo buscaba mucho y viajaba a Neuquén durante fines de semana. No hizo terapia ni tratamiento psicológico derivado del homicidio pero fue muy doloroso y no lo pueden superar. La familia San Martín a él no le hizo nada, pero manifestó que a su hermana mientras buscaban testigos le apuntaron con un arma durante los primeros días. Ellos tenían contacto con la Uocra de la zona y andaban siempre con tema de "laburo" por desocupados.

II.g) Claudia García: (maestra de tercer grado de la víctima). Sostuvo que fue su maestra de Marzo a Octubre durante el tercer grado de Luciano, y agregó que era educado, con buen rendimiento y con presencia familiar en cada convocatoria escolar. Fue muy duro luego del hecho para todos y todas, fue progresivo el regreso a clases de los alumnos y con asesoramiento de un Equipo se trabajó en plantear ese regreso ya que los niños lo conocían desde Jardín. Se hicieron tareas para trabajar en eso, y se lloró mucho en el grupo escolar.

II.h) Mónica TAPIA (Subdirectora Escuela). Afirmó que conoció a Luciano y a su hermana P., y que esa muerte fue muy difícil para la institución. A las pocas horas, la "señora" Claudia le dijo que era Luciano el niño que había recibido el disparo y tenían esperanza. Decretaron el duelo y empezaron a organizarse para apoyar a la familia y requerir justicia. Se necesitó apoyo pedagógico para organizar Talleres para

hacer razonable el regreso a clases. Finalmente, declaró que ahora es maestra de apoyo y no Subdirectora de la Escuela, pero conoce la situación de P. a la que cambiaron a turno tarde para ayudar el regreso de su madre a la Escuela.

II.i) **Andrea Belén CAMPOS**. Declaró que tenía relación con Luciano por su actividad en la Iglesia en la escuelita bíblica. Era un nene tranquilo y que se portaba bien. Luego de esto, todo impactó y no querían acercarse a la Iglesia por miedo a los tiros. Lo recuerdan como un ángel más y finalizó indicando la reiteración en los tiroteos en el barrio. Su hija era amiga de Luciano.

II.j) **Carina Lamberti (Directiva de la Escuela Especial)**. A preguntas de la defensa del acusado, sostuvo que Diego fue alumno de su escuela por habilidades no acordes a la edad por lo que la escuela de nivel solicitó su acompañamiento. Ingresó y la prioridad era trabajar en la organización de las tareas y estuvo muchos años concurriendo, pero su asistencia fue irregular. Se trabajó mucho con el Área Desarrollo Social y Hospital con ulterior intervención de Defensoría del Niño en virtud de su reiterada inasistencia. Como primer docente de Diego, tuvo mucha intervención desde el Área de la Escuela y se citaba a su familia para reuniones. Hasta debieron dar intervención médica por haber llegado en alguna oportunidad en mal estado de salud bucal. Sobre habilidades, en la escuela había dificultades académicas de planificación. No puede certificar discapacidad desde el establecimiento, pero costó mucho el primer tránsito, ya que la relación con los compañeros era tirante y no cumplía las normas áulicas. Tuvo que trabajar en red con otras instituciones, para determinar la capacidad. Ante el contrainterrogatorio, manifestó que no sabe si sabía leer e interpretar pero que en la organización y planificación pudo armar bicicletas y esta habilidad pudo desarrollarla. A la querella le refirió que recuerda que conforme Legajo fue a la escuela Especial

derivado de otra escuela primaria de la ciudad y que no fue otra escuela posterior ya que en la institución luce el legajo del imputado.

II.k) **Eva María Méndez (madre de acusado)**. Afirmó que tiene cuatro (4) hijos, que Diego tiene veintidós (22) años de edad y que nacieron todos en Cutral Co. Al momento de la detención de Diego vivía con ella en un plan de vivienda. De joven fue a la Escuela Especial Nro. 2 de la comarca, luego de ser remitido por la Escuela Primaria. A la Escuela Especial fue hasta los catorce (14) años edad y luego empezó a trabajar con su familia. Fue a esa Escuela por problemas de aprendizaje y dejó esa Escuela por terminar una etapa. Empezó a trabajar de ayudante de albañil a los catorce (14) años y luego ingresó a trabajar a empresas como PECOM y CN SAPAG. Agregó que tenía una buena relación con los vecinos de la cuadra, pero con los Espinosa no tenía relación. Está separada de Mario, el padre de Diego, y concluyó en que el barrio esta feo para vivir porque siguen los problemas.

Por último las partes litigantes anuncian y presentan como convención probatoria a la que arriban en esta etapa de juicio, que el imputado cuenta con un antecedente condenatorio resultante de una sentencia de condena dictada en fecha 28/12/2017 en el marco del Legajo Nro. 17.722/2017, por el que fue declarado coautor del delito de robo calificado por uso de arma cuya aptitud de disparo no pudo ser acreditada, y se le impuso 3 años de prisión.

III.- ALEGATOS FINALES:

III.a) Que en oportunidad de alegar sobre el mérito de la prueba producida y la concreta pretensión punitiva, el Sr. Fiscal Jefe actuante teniendo en cuenta el hecho y la calificación legal de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego dictaminó que la escala penal aplicable empieza en los diez (10) años y seis (6) meses hasta los treinta (33) años y tres (3) meses de prisión.

Citó el Manual del Ministerio Público Fiscal que determina que el punto de ingreso para la determinación de la pena es el medio de la escala penal aplicable, para poder luego articular jugar con los variantes de agravantes y atenuantes y que aquella mitad es de veintiún (21) años y nueve (9) meses de prisión.

Sobre circunstancias atenuantes refirió la edad del acusado – veintidós (22) años-, su escasa educación en una Escuela Especial y la naturalización de la violencia como medio de solución de los conflictos derivada de su entorno familiar.

En sentido contrario, como circunstancias agravantes sostuvo las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dan cuenta de tres (3) disparos de arma de fuego en horas de la tarde en el medio de la calle del barrio. Agregó que la conducta del acusado puso en peligro a muchos ciudadanos, tales como los hermanos Ríos que circulaban en moto y a la familia Espinosa, por lo que tuvo mayor grado de injusto por poner en riesgo otros bienes jurídicos además de la vida Luciano Fuente. También postuló como ítem agravante el medio empleado, ya que conforme el veredicto de culpabilidad no se incurre en doble valoración si se pondera que el arma de fuego utilizada se trató de un calibre 38 o mayor que conforma un arma de guerra de uso civil condicional. Citó que el mismo legislador receptó esta distinción entre los tipos de armas y por ende, merece agravarse la pena por el uso del arma de guerra.

En referencia a agravar la pena como derivación de la extensión del daño, dijo que el homicidio es un delito de resultado y que este tema se aplica solo a la víctima y no al imputado. Cito jurisprudencia respecto del concepto de daño extra típico. Alegó que la prueba rendida por los profesionales se relacionó con la restante prueba, y que este caso el modo de morir con esa violencia lo hace traumática y bajo un duelo anormal. Además, citó como agravante, la conducta

precedente que deriva de la condena anterior. Seguidamente, solicitó que pondere la conducta durante el proceso hasta su detención, en tanto sostuvo que el acusado sabía que Luciano Fuente murió por cuanto preguntó sobre ello, y ante esa situación, no hubo expresión de arrepentimiento ni de someterse al proceso, sino que se ocultó y trató de quemarse las manos con velas. Finalmente, requirió la consideración del motivo de venganza que lo llevó a delinquir como circunstancia agravante de la pena.

En síntesis, postuló como razonable que la pena derivada del hecho sea determinada en veinte (20) años de prisión y costas del proceso.

III.b) Que a su turno, la querrela hace suyo la argumentación del Ministerio Público Fiscal en cuanto a que se debe partir de la mitad de la escala penal en abstracto para establecer la pena. Reiteró la posibilidad de aplicar como circunstancia agravante a la extensión del daño causado a la familia de la víctima como resultado extra típico válido. Solicitó que el juzgador tenga en cuenta que no fue un hecho más y que la extensión del daño se extendió a toda la comunidad de la comarca, por lo que compartió las circunstancias agravantes referencias y la pena solicitada.

III.c) Por su parte, la Defensa particular principia por formular aclaraciones y mantener reservas de impugnación formuladas previamente respecto de resoluciones dictadas en la etapa preparatoria y en la etapa de juicio.

Luego de ello, destacó que el sentido de la pena tiene que ver con el imputado y que no puede usarse la repercusión del hecho en la ciudad de Cutral Co para determinar una pena ejemplar en contra de su pupilo procesal. Sobre el punto de ingreso a la escala penal, sostuvo que la jurisprudencia determinó que aquella labor de ponderación de la pena debe iniciarse por el mínimo de la escala penal. Agregó que en

el caso debe aplicarse el mínimo legal por cuanto se declaró responsable a su asistido bajo la modalidad de dolo eventual, y que aquella no resulta igual al dolo directo. Esgrimió que debía considerarse que el impacto del fragmento del proyectil de arma de fuego se produjo a una distancia de seiscientos (600) metros, y que ello conforma una circunstancia atenuante.

En oposición a la tesis de las partes acusadoras, rechaza el referido motivo de venganza ya que se omite ponderar que algunas personas le dispararon al imputado antes del hecho, por lo que debió aquel extremo debe operar como atenuante y no como elemento agravante de la pena. En igual sentido, alegó que las circunstancias de tiempo, y lugar derivada de la distancia entre el lugar de impacto y el lugar del ubicación del tirador. Sobre extensión del daño y el citado daño extra típico, indicó que el daño previsto por el legislador está contenido en la norma, y no se probó la existencia de un daño extra típico por parte de los acusadores.

En referencia a las circunstancias personales del imputado, sostuvo que deben ser consideradas como pautas atenuantes que su asistido Diego San Martin es joven, fue derivado a una Escuela Especial desde otra institución educativa y tuvo un desfavorable contexto social y conflictivo que condicionó al acusado.

IV.- CONSIDERANDO: Habiéndose diferido la redacción de la sentencia integral, corresponde ahora ampliar los fundamentos que motivaran la decisión tomada.

IV.a) Que conforme se adelantara oralmente tras el desarrollo de la audiencia de individualización de la pena que corresponde aplicar al imputado luego de haber sido declarado responsable, de acuerdo a las circunstancias de modo, tiempo y lugar que quedaron asentadas en el veredicto de culpabilidad y ulterior sentencia de responsabilidad; este

Tribunal Unipersonal debe valorar y explicitar las pautas mensurativas de los artículos 40 y 41 del Código Penal.

Sin perjuicio de ello, considero que corresponde resaltar previamente el marco constitucional a tenerse en cuenta en la presente labor jurisdiccional, ello ante el debate concreto y exclusivo sobre la proporcional mensuración de la pena a imponerse (segunda fase del juicio/cesura). Que en una coincidencia parcial con lo esgrimido por la defensa técnica, debo señalar que el poder punitivo estatal encuentra límites condicionantes e infranqueables para su legitimación, tanto en el plano material (principio de legalidad/principio de culpabilidad) como formal (juicio previo, debido proceso). Todo ello, conforme al ámbito ineludible de razonabilidad que impone el sistema republicano y principalmente el Estado de Derecho con su bloque de constitucionalidad protector de Derechos Humanos esenciales, máxime en una materia en la que se hallan en debate y objeto de decisión jurisdiccional los bienes jurídicos de mayor jerarquía como son la vida de quien fuera la víctima del caso –Luciano Fuente- y la libertad personal del declarado autor –Diego San Martín-, imponiéndose por ende la necesidad de fundamentación clara, precisa y racional.

Que en el ordenamiento ritual local, a la ya clásica limitación a la labor jurisdiccional de determinación legal de la pena estatal que impone la escala penal fijada en abstracto por el legislador nacional, nos encontramos en segundo lugar, con el límite que surge de la litigación entre las partes sobre la procedencia de pautas de mensura “objetivas y subjetivas” establecidas por el artículo 41 del Código Penal respecto del hecho ilícito o injusto y de la culpabilidad de los agentes en el caso concreto. Por tanto, se debe priorizar el principio de culpabilidad ante un Derecho Penal de acto basado en la retribución de culpabilidad (respuesta sancionadora ante una conducta contraria al ordenamiento jurídico penal), para finalmente arribar a una reacción estatal proporcionada a modo de cuantificación racional de la

culpabilidad ante un acto ilícito y de la concreta posibilidad de actuación conforme a derecho y ámbito de reproche consecuente (culpabilidad como medida de la pena y puente entre el injusto y la sanción concreta). Pero en este caso, el marco punitivo se estrecha aún más, ya que nos debemos ceñir a lo peticionado por las partes, es decir, entre el máximo de la pena – veinte (20) años- requerido por el Ministerio Público Fiscal y la Querrela, y diez (10) años y seis (6) meses de prisión, conforme lo solicitado por la Defensa, en ambos casos de efectivo cumplimiento.

Que este principio de culpabilidad, presenta vertientes constitucionales: a) presupone el descarte de toda cosificación del ser humano, por el contrario, la persona es un ente capaz de autodeterminación (aun limitadamente) y dotado de conciencia moral, intentando evitar de este modo la instrumentalización del individuo; b) circunscribe todo reproche penal a quien comete un delito en una situación o contexto en el que le era exigible una conducta conforme a derecho, esto es: ámbito de autodeterminación conforme *"constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esas circunstancias"* (CSJN "Gramajo"); c) orienta en la tarea de determinación jurisdiccional de la pena estatal (conforme racionalidad ínsita en el Estado de Derecho), en base a la propia acción concreta objeto de reproche personalizado y valorativo (mediante el empleo de las herramientas de la dogmática penal), es aquí donde la culpabilidad (en cuyo marco debe mantenerse la pena) deviene claramente mensurable (concepto graduable) permitiendo actuar (para lograrse mayores precisiones) al principio de proporcionalidad ("Dicho principio opera únicamente para limitar los excesos de poder punitivo estatal y no puede resolverse en fórmulas matemáticas, sino que sólo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un Estado de Derecho..." CNCP sala 2ª, 22/12/93); d) por último, el principio de

culpabilidad y el consecuente derecho penal de acto imponen el descarte de toda consideración "*peligrosista*" en términos subjetivistas y positivistas (CSJN: "Gramajo", "Maldonado", "Garrone", etc.).

En igual sentido, me encuentro ante una tercer limitación infranqueable que deriva de mi calidad de juez penal que intervengo en un sistema acusatorio, y por el que solamente puedo considerar la pena requerida y evaluar aquellas circunstancias agravantes que hayan sido expresadas y fundamentadas por las partes acusadoras. Ello a los efectos de resguardar la garantía de imparcialidad estricta del juzgador y consecuente distinción de roles e igualdad de armas entre las partes (principio "*nullum iudicium sine accusatione*"), por el que una eventual ausencia de fundamentos no puede ser reemplazada por el órgano jurisdiccional. En tan sentido, los requerimientos y fundamentos deben ser efectuados por las partes, evitándose todo argumento oficioso, conforme principios rectores del sistema adversarial. No podríamos, en su caso, considerar una pauta mensurativa agravante que no haya sido incorporada al debate, so pena de afectar la imparcialidad, el contradictorio y el consecuente derecho de defensa.

A su turno, la individualización de la pena "*sólo puede ser fijada teniendo en cuenta cuál es el mínimo y cuál es el máximo, pues sólo en esa relación puede continuar reflejando la importancia de la contrariedad al derecho que ha implicado el hecho*" (ZIFFER Patricia, "Comentario a los artículos 40 y 41...", pag. 60/61, publicado en "Determinación Judicial de la Pena", Editores del Puerto SRL, Bs. As., 1993). En tal inteligencia, se ha sostenido que "*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). En igual sentido, se ha expedido nuestro tribunal local (Tribunal Superior de Justicia del Neuquén, R.I. Nº 59/2009 de la Secretaría Penal, en caso "I.R., M.C S/ INFORME ART. 214 CONSTITUCIÓN PROVINCIAL").

Sabido es que la pena debe tener como presupuesto ineludible la culpabilidad del autor y el principio de culpabilidad, asumido por el derecho penal de nuestro tiempo como uno de los pilares de legitimación del *ius puniendi*, se inscribe en un largo recorrido en busca de la racionalidad penal, entendida ésta como reflejo de autocomprensión del ser humano -ser racional- en sociedad. Se integra así como otra de las reglas de encauzamiento, realización y limitación de la potestad punitiva del Estado. Por eso, junto con el principio de legalidad, el de culpabilidad puede ser definido como principio fundamental. Es tal su importancia en el Estado de Derecho, que sin su reconocimiento no es posible legitimar en estos días la imputación penal" (cfr. Guillermo Yacobucci en "El sentido de los principios penales" edit. B de f; 2014; pág. 521).

IV.b) Ingresando ahora al caso que aquí nos ocupa, los defensores Martin Segovia y Juan Manuel Coto manifestaron que no existen elementos relevantes que permitan a este Tribunal de Juicio apartarse del mínimo legal establecido. Sin embargo, tal como se anticipara en el veredicto rendido, este Tribunal de Juicio determinó que algunas circunstancias agravantes resultan procedentes para la determinación de la pena justa e imponen apartarse de aquella hipótesis.

Bajo el amparo de tales principios y de conformidad a las alegaciones formuladas por las partes, y disposiciones de los arts. 40 y 41 del C.P., se procederá a fundamentar el monto de la pena impuesta al Sr. Diego San Martin. En cuanto a la culpabilidad en el juicio de cesura, se parte de un individuo que es culpable como presupuesto de la teoría

del delito (juicio de responsabilidad). Es decir, que se comienza el juicio de determinación de la pena con una culpabilidad plena pero neutra, esto es, sin aristas especiales ni de atenuación ni de agravación, salvo que la figura penal por la cual se lo consideró responsable en la primera fase del juicio, contemple en sí mismo alguna de estas circunstancias.

Salvo estos casos reseñados, se estaría entonces ante una culpabilidad aún no graduada. Y esa graduación de la culpabilidad, a fin de la medición de la pena, deberá delimitarse teniendo en cuenta los motivos que determinaron al imputado a delinquir, el daño causado, la víctima, y demás circunstancias establecidas en el art. 41 del CP. Con ese objetivo, habré de tener en cuenta los hechos probados por el jurado popular y su calificación jurídica, con el fin de establecer una escala penal extendida bajo las previsiones del artículo 45 del CP, para luego determinar las consecuencias del delito a través de la valoración de las circunstancias atenuantes y agravantes del caso, conforme las reglas establecidas por los artículos 40 y 41 del mismo ordenamiento legal. Recuerdo entonces que la función esencial que cumple el procedimiento de determinación judicial de la pena, en una sentencia de condena, es identificar y decidir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar al autor culpable de un delito. Se trata, por lo tanto, de un procedimiento técnico y valorativo de individualización de sanciones penales que debe hacerse en coherencia con los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad, y bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentar las resoluciones judiciales. Sobre este punto señala Patricia Ziffer que el artículo 41 del digesto sustantivo deja en claro los límites al principio de individualización de la pena al indicar que *“la pena debe adecuarse a la personalidad del autor, pero sólo en la medida de que continúe reflejando la gravedad del ilícito completo.”* (Ziffer, P. S., Lineamientos de la Determinación de la Pena, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, p. 116).

VI.c) En primer lugar, el modo en que las partes acusadoras sostienen que debe aplicarse el modo de cómputo de la pena de prisión no tiene fundamento razonable, y hasta pudo generar una irrazonable expectativa de monto de pena a la representante de la víctima que no puede aplicarse al presente caso, conforme pasare a explicitar.

Ambos acusadores sostuvieron con sustento en el Manual de Persecución Penal elaborado por el Ministerio Público Fiscal del Neuquén que debía determinarse como punto de ingreso al medio de la escala penal, y que indicaron en una pena de veintiún (21) años y nueve (9) meses de prisión, y de tal modo, concluyeron de consuno en una pena de veinte (20) años de prisión. En contra de ello, debo responsablemente señalar, que más allá de mi posición personal, es pacífica, reiterada y conocida la jurisprudencia de los Tribunales Neuquinos (Colegios de Jueces de Neuquén y del Interior, Tribunal de Impugnación, Sala Penal del TSJ) en cuanto postulan que debe iniciarse el análisis del monto de la pena por el mínimo de la escala penal aplicable al caso. Es decir, si bien la totalidad de los fiscales reunidos sostuvieron hace años lo referenciado por el Dr. Breide Obeid, lo cierto es que también podría decirse que los defensores penales referencian que las escalas penales aplicables deben partir del mínimo legal aun cuando haya circunstancias agravantes –como el caso de autos- y hasta pueden sostener que la escala penal legal es meramente indicativa y que puede aplicarse pena inferior al mínimo legal, pero todo ello deriva de la parcialidad de dichas posiciones de acusación y defensa y no conforman una verdad no controvertida. Si la acusación quiere modificar esa interpretación vigente y aplicable actualmente en todas las instancias locales, debió al menos aportar nuevos argumentos para descartar su aplicación en el presente caso. En suma, solo me queda partir del mínimo de la escala penal propiciada por la defensa del imputado, al como establece la jurisprudencia harta conocida

aplicable. Máxime ello, cuando los propios acusadores basaron toda la estrategia del presente caso de homicidio agravado por el empleo de arma de fuego, en una clave de haberse cometido bajo la modalidad de dolo eventual, que tiene una divergencia en el marco del principio de culpabilidad con el denominada dolo directo.

Así las cosas, y por su relevancia para abordar varias de las circunstancias agravantes introducidas, debo recordar que conforme la acusación principal presentada por las partes acusadoras, en la oportunidad procesal pertinente, instruí al jurado popular que: *"para que ustedes encuentren a Diego San Martín culpable del delito de homicidio agravado por el empleo de arma de fuego, el fiscal y la querrela deben probar, más allá de duda razonable, cada uno de los siguientes tres (3) elementos: 1) Que Luciano Fuente está muerto; 2) Que la muerte de Luciano Fuente fue causada por la acción criminal de Diego San Martín con un arma de fuego de alto calibre que pudo tratarse de un 38; 3) Que Diego San Martín estando situado en calle Buta Ranquil casi llegando a calle 22 de Octubre de la ciudad de Cutral Co, se representó como posible la muerte concreta de otra persona. Sin embargo, continuó adelante con la acción criminal siendo indiferente ante el resultado muerte" (los destacados en subrayado me pertenecen). Agregué en laquella instancia que "Será suficiente prueba de la intención de matar a otro si las circunstancias del homicidio y la conducta del acusado los convencen más allá de toda duda razonable de la existencia de intención de matar a otro con un arma de fuego al momento del homicidio. Veredicto de culpabilidad por el delito principal de **"HOMICIDIO AGRAVADO POR EL EMPLEO DE ARMA DE FUEGO" (OPCIÓN N° 1)"**.*

IV.d) Como circunstancias agravantes del monto de la pena a imponer a San Martín, debo compartir con los acusadores que constituye un parámetro legal y razonable remitirme como elemento disvalioso a la *"naturaleza de la acción"* (art. 41 inc. 1 del C.P.). El

acusado produjo no uno (1), sino tres (3) disparos de arma de fuego, en horas de la tarde en el medio de la calle Buta Ranquil de un barrio densamente poblado de la ciudad de Cutral Co y en la que se encontraban gran cantidad de personas transitado. Este extremo, tiene también estricta relación con la valoración subjetiva denominada "*circunstancias de tiempo, modo y lugar*" y que demostró mayor peligrosidad en el agente (art. 41 inc. 2 del C.P.),

También configura una pauta admisible a valorar, lo referido al ítem de "*peligro causado*" (art. 41 inc. 1 del C.P.), ya que la conducta del condenado San Martín puso en peligro la vida de muchos ciudadanos y ciudadanas del Barrio. Se puede citar como probanza de ello, a los ciudadanos Juan y Antonella Ríos quienes circulaban en una motocicleta por la calle Buta Ranquil y en virtud de los disparos de arma de fuego, se "tiraron" al piso y se cubrieron detrás de la pared de una iglesia -y hasta fueron equivocadamente demorados por los agentes policiales preventores que concurrieron a la zona en virtud de los disparos reportados-, y hasta la integridad del niño B. quien estaba jugando en bicicleta con Luciano Fuente momentos previos a que éste fuera impactado con el fragmento del proyectil disparado por el causante. Es decir, aquella conducta desplegada denota un mayor grado de injusto y de culpabilidad que se deriva de poner en riesgo otros bienes jurídicos además de la integridad de quien fuera en vida Luciano Fuente.

También comparto como circunstancia agravante a considerar, lo relacionado con el "*medio empleado*" (art. 41 inc. 1 del C.P.) por Diego San Martín, y que deriva de un arma de fuego de grueso calibre que fue utilizada para ejecutar la acción de disparar el arma de fuego. Ello, por cuanto conforme el veredicto de culpabilidad determinado en base a las instrucciones particulares que les impartiera a los jurados y las juradas -que fue textualmente referenciado en el Capítulo IV.d)-, ese extremo alegado por los acusadores es independiente del requisito del

tipo objetivo determinado en la circunstancia agravante del art. 41 bis del C.P. sobre la utilización del arma de fuego. No constituye una indebida o prohibida doble valoración de una circunstancia del tipo, ya que en el caso se trató de la utilización de un "*arma de fuego de grueso calibre que pudo tratarse de un calibre 38*". Este arma de fuego del referenciado calibre conforma un arma de guerra de uso civil condicional conforme clasificación legal vigente. En tal sentido, el mismo legislador al reglar los delitos contra la seguridad pública en el Código Penal, distinguió y determinó distintos montos de pena y de injusto conforme los criterios de clasificación de las armas de fuego. En tal sentido, esta distinción legal-normativa torna razonable aceptar como circunstancia agravante el uso de un arma de guerra, máxime cuando el arma de guerra empleada tiene un sustancial poder ofensivo mayor que el de un arma de uso civil (conf. Decreto 395/75 art. 4 inc. 5). En tal sentido, no se incurre en una doble valoración al momento de graduar la pena considerar como agravante por el medio empleado del arma de guerra, por cuanto la razón de la calificante por el arma de fuego no incluye o se superpone totalmente con el empleo de un arma de guerra.

En similar sentido, tengo como elemento agravante de la pena a la conducta precedente del sujeto y sus circunstancias personales, ya que conforme prueba convenida, los antecedentes condenatorios de Diego SAN MARTIN dan cuenta que fue condenado en fecha 28/12/2017 en Expte. Nro. 17.722/2017 del Registro de la Oficina Judicial de la II Circunscripción Judicial, como coautor penalmente responsable del delito de ROBO CALIFICADO POR USO DE ARMA CUYA APTITUD DE DISPARO QUE NO PUDO SER ACREDITADA, y por el cual se le impuso la pena de TRES (3) años de prisión. En referencia al aspecto de culpabilidad, debe diferenciarse a quien tiene de quien no tiene antecedentes condenatorios, ya que se debe tener por acreditado que Diego SAN MARTIN actuó delictivamente pese a tener una condena

anterior y por tanto, esta circunstancia debió activar su conciencia de la prohibición penal en el presente caso. Se ha sostenido sobre la valoración de los antecedentes condenatorios, que *"el concepto del art. 41 debe ser tomado en sentido amplio, comprendiendo la reiteración delictiva, por cuanto, de todos modos, dicho artículo también hace referencia a los 'demás antecedentes y condiciones personales... por lo cual no sería necesario que se reunieran los requisitos del art. 50, relativos a la declaración de reincidencia..."*(ZIFFER, Patricia, Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial 2 A. Dirección: David BAIGÚN - Eugenio Raúl ZAFFARONI, Coordinación: Marco A. TERRAGNI, Buenos Aires, 2º edición, Buenos Aires, 2007, pág. 90). En igual sentido, se ha expedido nuestro más alto tribunal local (Tribunal Superior de Justicia del Neuquén, RESOLUCIÓN INTERLOCUTORIA No 115 de fecha 25 de noviembre de 2019, en caso "MORALES, M. N. S/ABUSO SEXUAL SIMPLE", Legajo MPFZA Nro. 24922/2018).

Como siguiente circunstancia de agravamiento de pena, pondero el denominado motivo que lo llevo a delinquir y a desarrollar la conducta prohibida. Asiste razón a los acusadores respecto que el móvil de los disparos con arma de guerra fue un motivo de venganza hacia la familia Espinosa -cuya vivienda se encuentra en la dirección en que fueron ejecutados los disparos de arma de fuego-, y como producto de una agresión previa que había recibido el propio acusado mientras circulaba en motocicleta en inmediaciones de la vivienda de aquella familia antagónica. Pero cierto es, que luego de aquella agresión padecida por el acusado, su conducta fue regresar a su vivienda, ingresar la motocicleta en la que circulaba, guardarla en la parte posterior de la vivienda, tomar un arma de fuego calibre 38 o superior, posicionarse en el medio de la cuadra y percutir en al menos tres (3) oportunidades la cola de disparador del arma de fuego en la referida dirección.

Entiendo admisible y factible considerar como circunstancia agravante a la conducta posterior al delito que fuera desplegada por el acusado, ya que aun cuando el condenado se considere no culpable del hecho, lo cierto es que resulta disvalioso a la luz del principio de culpabilidad que no se sometió a la investigación del caso, se ocultó en viviendas de la zona, trató de entorpecer la investigación quemándose las manos con velas, y procuró ocultar en otras viviendas de amigos un arma de fuego.

IV.e) En sentido contrario a lo esgrimido por los acusadores, no habré de considerar como una pauta agravante de la pena a lo referenciado bajo el concepto de "*extensión del daño*". Ello no implica desconocer el daño extenso que ocasionó la muerte de Luciano en todo su grupo familiar y el duelo traumático de Yereni Fuente que aún perdura conforme la prueba rendida. Pero lo cierto, es que debo analizar si tal sufrimiento puede legalmente ser considerado para agravar aún más la pena a imponer a su autor, por cuanto las propias partes acusadores sostuvieron como estrategia procesal acusar por homicidio agravado con dolo eventual. En tal sentido, se opusieron en la instancia de discusión e las instrucciones particulares a que se instruya al jurado popular sobre la representación de la muerte de Luciano Fuente, sino que me solicitaron que solo se instruya sobre la representación de la muerte de una persona indeterminada como producto de disparar un arma de fuego de grueso calibre en las referenciadas circunstancias de tiempo y lugar. Es contrario al citado principio de culpabilidad, agravar la pena del delito de homicidio calificado en el presente caso ya que los mismos acusadores se opusieron –y resolví en favor de ellos y en contra de lo requerido por los defensores particulares–, y dispuse que solo podían declarar culpable a Diego SAN MARTIN en orden al delito de homicidio calificado, si tenían por acreditado mas allá de toda duda razonable que "*se representó como posible la muerte concreta de otra persona*".

En tal sentido, las partes discutieron sobre la posibilidad de agravar la pena a imponer como consecuencia de considerar un daño extra típico, pero lo cierto es que en delito de homicidio, más daño a la integridad física de la persona que haber matado a Luciano Fuente no puede receptarse. Al momento de disparar el arma de fuego, el acusado no se representó a Luciano Fuente que se encontraba situado a seiscientos (600) metros, sino que los acusadores requirieron que se lo condenara por representarse la muerte de cualquier persona que se encontrara en el barrio, por lo que la solicitud deviene incluso contraria a los actos propios precedentes. Así, en el presente caso asiste razón a los defensores en tanto no se han brindado razones fundadas para aplicar válidamente al presente caso de homicidio cometido con dolo eventual, a la circunstancia agravante de extensión del daño como una pauta agravante de la pena. Ello, en tanto quien mató con una arma de fuego a Luciano Fuente ya cometió todo el daño posible contra el bien jurídico vida y no se representó que la muerte de esta víctima particular y sus consecuencias extra típicas.

En referencia a lo solicitado por la querrela en representación de la madre de Luciano, es dable destacar que no puede agravarse el monto de la condena por la circunstancia que el hecho generó un daño a toda la comunidad de Cutral Co, ya que ello no configura una pauta legal sino una referencia conjetural prohibida por la ley y contraria a la culpabilidad del agente. Aun cuando comparto con la querrela que además de la familia de la víctima, la comunidad de la Escuela a la que concurría Luciano y a la que concurre su hermanita P. fue afectada, lo cierto es que de ello no se deriva la posibilidad legal y constitucional de agravar aún más la pena. En todo caso, se debe exhortar a una mayor presencia del Estado en el barrio, y a una política clara de desarme de los vecinos y vecinas del mismo. En tal entendimiento, advierto que fueron extraordinarios los relatos y testimonios vertidos en este juicio sobre el grado de violencia,

inseguridad, precariedad, desempleo en aquellas cuadras de la ciudad. El Estado parece no haber logrado articular políticas públicas en el Barrio, ni trabajar ante la existencia de familias y grupos antagónicos, la violencia desplegada por el padre y el mismo imputado en el manejo de subsidios para desocupados y planes de trabajo de la UOCRA para vecinos, respectivamente. Pero como en el presente caso el sentido de la pena tiene que ver principalmente con el imputado, no puede usarse la repercusión en Cutral Co y no puede recurrirse a una pena ejemplificadora, porque tal pena dejaría de ser legal y justa para el caso concreto. En suma, el daño a la familia de Luciano Fuente no conformó el resultado típico del delito de homicidio en el presente caso, y si bien en determinadas circunstancias puede tenerse en cuenta bienes jurídicos coprotegidos, debe limitarse la causalidad (ZIFFER, Patricia, Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial 2 A. Dirección: David BAIGÚN - Eugenio Raúl ZAFFARONI, Coordinación: Marco A. TERRAGNI, Buenos Aires, 2º edición, Buenos Aires, 2007, pág. 90).

Tampoco considero aplicar como pauta agravante a la referenciada falta de expresión de arrepentimiento, ya que como sostienen sus abogados el acusado se declara inocente y ya señalaron que apelaran a un Tribunal Superior para procurar anular el veredicto de culpabilidad y la presente condena. Anticiparon y dejaron expresa constancia de las reservas formuladas con base en alegados defectos por la decisión emitida en la audiencia de control de acusación, y también por decisiones dictadas por mí tanto en la dirección de la audiencia de selección de jurados y juradas, como en la discusión de las instrucciones particulares que elaboré al jurado y que tuvieron como respuesta el dictado de un veredicto de culpabilidad y una ulterior sentencia de responsabilidad. En tal sentido, propiciar un arrepentimiento parece aparejado a imponer a renunciar al principio de inocencia y al derecho al recurso contra toda sentencia

condenatoria, por lo que resulta contrario al ordenamiento legal y constitucional.

IV.f) Sobre las circunstancias atenuantes aplicables al caso, están de acuerdo las partes litigantes en que debo merituar y proceden la corta edad del condenado -22 años-, su escasa educación -ya desde 2008 a 2013 concurrió a una Escuela Especial y sin finalizar sus estudios-, - y la naturalización de la violencia como medio de solución de los conflictos derivada de su entorno familiar y vínculos personales en que creció.

Es por todo ello, que considero justa y equitativa la imposición de una pena de QUINCE (15) AÑOS y TRES (3) MESES de prisión EFECTIVA, costas y pena de inhabilitación absoluta (art. 12 del C.P.).

Por ello, este TRIBUNAL UNIPERSONAL DE JUICIO, de conformidad a lo dispuesto por los Arts. 45, 79, 40, 41 y 12 del Código Penal y Arts. 179, 193, 195, 196, 268 del C.P.P.N.,

RESUELVE: I.- IMPONER a DIEGO ANDRES SAN MARTIN, DNI ..., la pena de **QUINCE (15) años y TRES (3) meses de prisión de cumplimiento efectivo**, accesorias legales y costas del proceso, en virtud de la responsabilidad decretada en orden al delito de **HOMICIDIO AGRAVADO POR LA UTILIZACIÓN DE UN ARMA DE FUEGO** (arts. 12, 79, 41 bis y 45 del Código Penal), que fuera cometido el día 7 de Octubre de 2019 en la ciudad de Cutral-Có de la Provincia del Neuquén y que tuviera como víctima al niño Luciano Fuente (Arts. 179, 193, 195, 196, 268 y ccss. del C.P.P.N.).-

II.- FIRME QUE SEA, notifíquese por intermedio de la Oficina Judicial, a la ciudadana **YERENI DAIANA FUENTE** en calidad de parte querellante y representante legal de la víctima, en los términos del art. 11 bis de la Ley 24.660, a fin de ser consultada si desea ser informada acerca de los planteos referidos a la ejecución penal del condenado,

haciéndole saber que en su caso deberá fijar un domicilio, podrá designar un representante legal, proponer peritos y establecer el modo en que recibirá las comunicaciones.-

III.- REGULAR HONORARIOS PROFESIONALES del Dr. Cesar Omar Pérez en su calidad de letrado patrocinante de la querella en la suma CINCUENTA (50) JUS. En igual tenor, REGULAR LOS HONORARIOS PROFESIONALES de los Dres. Martin Segovia y Juan Manuel Coto en calidad de defensores particulares de DIEGO SAN MARTÍN, de modo conjunto en la cantidad de CINCUENTA (50) JUS (art. 9 y ss de la Ley 1594).-

IV.- Firme que sea la presente, ejecútese, practíquese cómputo de pena y planilla de liquidación de costas correspondientes, remítanse oficios al Registro Nacional de Reincidencia y a la Policía Provincial para su toma de razón y comuníquese la presente al Juez/a de Ejecución Penal del Interior por así corresponder. Oportunamente, y previa vista al Ministerio Fiscal y al Colegio de Abogados. ARCHIVESE.-

V.- REGÍSTRESE, notifíquese a los letrados por correo electrónico en el día de la fecha y al imputado en forma personal en su lugar de detención por intermedio de la Oficina Judicial de la II Circunscripción Judicial remitiéndose copia de la presente sentencia.-

Federico Augusto Sommer

Juez

Firmado digitalmente por:
SOMMER Federico Augusto