

DPyC

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL
PENAL • EJECUCIÓN DE LA PENA

DIRECTOR:
EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Año XIII | Número 3 | Abril 2023

ISSN: 0034-7914

 INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL

THOMSON REUTERS
LA LEY

La muerte de Fernando Báez Sosa desde el prisma jurídico penal

José Luis Puricelli^(*)

Sumario: I. Introducción.— II. El homicidio y las agravantes del art. 80, incs. 2 y 6 del Cód. Penal.— III. La emboscada letal. El plan. El estado de indefensión de la víctima. La sorpresa. La andanada de golpes multidireccionales.— IV. La muerte y sus causas, la autopsia y otras diligencias de prueba. El momento del deceso.— V. El dolo.— VI. La sentencia distingue del grupo a tres de los condenados y los coloca en calidad de partícipes secundarios, con la consecuente imposición de pena menor. El concurso ideal con lesiones leves. El error de transcripción.— VII. El art. 34 del Cód. Penal y el desplazamiento de la culpabilidad. No se da en el caso.— VIII. El delito de homicidio y lesiones en riña.— IX. Reflexiones finales. Los *rugbiers*. Lamentable elección del título.

I. Introducción

Fernando Báez Sosa, de 19 años de edad, encontró el final de sus días en la madrugada del 18 de enero de 2020, tras ser atacado a golpes por varios individuos a pocos metros del local *Le Brique*, ubicado en la ciudad de Villa Gesell, Provincia de Buenos Aires.

Realizadas las audiencias de debate oral y público en los tribunales de Dolores (PBA), fueron condenados *Máximo Pablo Thomsen; Ciro Pertossi, argentino, Enzo Tomás Comelli, Matías Franco Benicelli, y Luciano Pertossi, como coautores penalmente responsables de los delitos de homicidio doblemente agravado por el concurso premeditado de dos o más personas y por alevosía en Concurso Ideal con lesiones leves, de conformidad con lo normado por los arts. 80 incs. 2° y 6°, 54, 89 y 45 del Cód. Penal, hecho cometido en la localidad de Villa Gesell, el 18 de enero del 2020 en perjuicio de quien en vida fuera Fernando Báez Sosa, a la pena de prisión perpetua, accesorias legales con más el pago de costas procesales. (arts. 5, 29 inc. 3°, 40, 41, del Cód. Penal; arts. 530 y 531 y del Cód. Proc. Penal).*

(*) Abogado especialista en derecho penal, autor de varias publicaciones, conferenciante nacional e internacional.

Por otra parte, fueron condenados *Ayrton Michael Viollaz; Blas Cinalli y Lucas Fidel Pertossi como Partícipes Secundarios del hecho que fuera calificado como homicidio doblemente agravado por el concurso premeditado de dos o más personas y por alevosía en concurso ideal con lesiones leves, de conformidad con lo normado por los arts. 80 incs. 2° y 6°, 54, 89 y 46 del Cód. Penal, a la pena de quince [15] años de prisión, accesorias legales y al pago de costas procesales.*

II. El homicidio y las agravantes del art. 80, incs. 2 y 6 del Cód. Penal

Matar es el acto de destruir la vida y en el delito que estudiamos, esa destrucción o privación de la vida se lleva a cabo por un ser humano (o varios) hacia otro ser humano. *Carmignani*, representante de la escuela clásica dejó dicho *violenta hominis caeds ab homine injuste patrata* (la muerte de un hombre ocasionada injusta y violentamente por obra de otro hombre) (1).

El Cód. Penal Argentino sistematiza la clasificación de los delitos sobre la base del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción delictuosa. Tal como fuera apuntado por varios tratadistas desde hace tiempo ya, la expresión

(1) CARMIGNANI, Giovanni, "Elementi di diritto criminale", Milano, 1882, parág. 898, citado por Mallo Cod. Penal argentino comentado, 1948, t. II, p. 30).

bien jurídico lesionado o amenazado se ha generalizado en reemplazo de las palabras derecho tutelado, para significar el criterio objetivo que se adopta en la clasificación y al tiempo evitar que la expresión pueda ser entendida en el sentido de derechos subjetivos, es decir, visto el interés o el bien lesionado en relación con su título (2).

La vida es el bien jurídico por excelencia que protege el ordenamiento normativo no solo por el lugar que ocupa en la sistematización del Cód. Penal, que es el primero dentro de los delitos contra las personas (Capítulo 1, del Título I) sino que lo hace cubriendo la mayor gama de posibilidades, así, homicidio simple, agravado, emoción violenta, preterintencional, etc. Además, se refiere a la salud y cubre lesiones dolosas y culposas tipificando las penas conforme la gravedad de las mismas.

El delito de homicidio *se consuma con la muerte de la víctima*, toda vez que desde el tipo objetivo se trata de la muerte del sujeto pasivo (ser humano) a consecuencia del obrar del o de los sujetos activos. En doctrina se los llama *delitos de resultado*. Existe una relación de causa efecto entre la acción y el resultado. Por tanto, *el cese de las funciones vitales da cuenta del óbito* y de la materialidad del homicidio, de darse claro, los demás elementos del tipo de que se trata y como en el caso que abordamos, de la figura agravada.

Es el art. 79 del Cód. Penal el que prevé el homicidio simple, esto es, al que matare a otro siempre que en este código no se establezca otra pena. Decimos por tanto que es una figura residual, sanción básica o figura básica cuya conducta no aparece atrapada por otras circunstancias subjetivas u objetivas en el hecho o en la persona.

Sentado cuanto traemos dicho, abordaremos seguidamente las *dos figuras calificadas de homicidio que aplica el fallo que anotamos*.

El art. 80 del Cód. Penal establece figuras agravadas del homicidio simple que como se dijo, solo se aplicará de no darse los elementos del tipo de otros delitos de homicidio. Lo que agrava es la sanción que la eleva a *prisión perpetua* y lo

hace teniendo en consideración circunstancias especiales que en cada caso establece.

Así, las agravantes pueden clasificarse de la siguiente forma, aquellas que lo son *por una relación parental, por el modo, por pacto o acuerdo, por el fin, por el medio empleado para crear un peligro común, por el concurso premeditado de dos o más personas, por la condición funcional del sujeto, el llamado criminis causa y por violencia de género*.

Nos vamos a referir, con la brevedad que reclama esta labor, a las agravantes del delito de homicidio por el que fueron condenados los acusados.

1. El art. 80 inc. 2 tipifica la agravación *por el modo*, al establecer "que se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse el art. 52 del Cód. Penal, al que matare (...) con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso".

Para definir la *alevosía* partiremos de la fuente de nuestra lengua, y así, la Real Academia Española dice que la alevosía denota cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas, sin riesgo para el delincuente. Es una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal. Es sinónimo de traición, perfidia. Con alevosía implica un actuar a traición y sobre seguro (3).

Es sinónimo de perfidia o traición pues consiste en causar daño a quien confía en uno asegurando la comisión del hecho al evitar que el otro se defienda (4).

Moreno, en materia de alevosía, recuerda la definición que contienen las Partidas. Allí, se dice que la traición es la cosa peor y más vil que puede haber en corazón de un hombre (5).

Moreno en *El Código Penal y sus antecedentes* la refería como: "La alevosía se caracteriza por el empleo de maniobras tendientes a realizar el

(3) Diccionario de la lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición, t. I, Ed. Espasa Calpe, SA, Buenos Aires, 2001.

(4) TERRAGNI, Marco Antonio, "Delitos contra las personas", Ed. Jurídicas de Cuyo, Mendoza, 2000, p. 220.

(5) MORENO, Rodolfo (h), ob. cit., p. 337.

(2) NUÑEZ, "Derecho Penal Argentino", 1961, t. III, p. 15.

crimen sin peligro para el autor. Debe en consecuencia emplearse la astucia, el engaño, la celada, la traición o cualquier otro procedimiento que conduzca a esa finalidad.

Para que esa circunstancia pueda ser tenida en cuenta a sus efectos de la calificación del homicidio, es necesario que el sujeto activo haya buscado su concurrencia, la haya conocido y haya procedido en vista de la misma.

Al igual que como sucede con el ensañamiento, la alevosía no es una figura o tipo del delito es solo una circunstancia del mismo (6).

Se trata de un aprovechamiento insidioso de la indefensión de una persona (7).

Para Fontán Balestra la esencia de la alevosía radica en la marcada ventaja a favor del que mata, como consecuencia de la oportunidad elegida (8).

Este tipo penal tiene una naturaleza mixta, compuesta por elementos objetivos —vinculados con el modo utilizado para perpetrar el homicidio— y otro subjetivo, que tiene que ver con el ánimo del autor de servirse o utilizarlo para colocar en indefensión de la víctima.

Para configurar la agravante entonces es necesario que el autor se haya decidido por matar de ese modo. El agente hace algo que no hubiera hecho si otra hubiese sido la situación, es la indefensión de una persona, aprovechada o generada, lo que persigue para perpetrar el delito de homicidio.

Desde antiguo se viene sosteniendo invariablemente que la *alevosía* es una forma insidiosa o traicionera de matar (9). Implica ventaja, actuación sin riesgo, sin peligro para el victimario e indefensión y desprevenimiento para la víctima.

Núñez señala que al ocultamiento moral o material caracterizadores del homicidio pro-

ditorio y "...la alevosía le agrega la cobarde finalidad del autor de obrar sin riesgos para su persona" (10). Destaca que el concepto de alevosía en nuestro derecho tiene origen español. Irureta Goyena coincide con esta opinión quien, citando el art.10 inc. 20 del Cód. español de 1870 dice: "Hay alevosía, cuando el culpable comete (...) empleando medios, modos o formas que tiendan directa y especialmente a *asegurarlos sin riesgos para su persona, que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido*" (11).

Alevosía es el homicidio cometido a traición, con astucia, sobre seguro. Se realiza de una manera insidiosa, tomando a la víctima desprevenida e indefensa, de manera que permita obrar por sorpresa y sin peligro para el agresor. Ese modo de proceder puede ser provocado o aprovechado. Debe existir una situación objetiva de indefensión de la víctima, una falta absoluta de poder defenderse y un elemento psicológico que el autor provoque esa situación, la cree, o bien, siendo preexistente, la aproveche para actuar sin riesgo, si bien no requiere premeditación si reclama preordenación (12).

En el mismo punto, hay que precisar que el ataque alevoso no significa un estado de indefensión absoluta, sino relativa y en punto a la ausencia de riesgos, no es necesaria la total ausencia de resistencia pues la alevosía es compatible con la posibilidad de una resistencia mínimamente riesgosa para el victimario y que el actuar sobre seguro, sin riesgos, no se agota en la imposibilidad de reacción defensiva de la víctima.

La alevosía requiere seguridad en la ejecución, que impida la reacción del atacado y falta de peligro para el agresor.

En el caso que anotamos, el ataque a traición con golpes contundentes desde distintos flancos, que solo con el primero la víctima cae de rodillas y luego siguen violentos golpes de puño y patadas en el cuerpo y cabeza ya caído inconsciente o semi, fue un actuar sin riesgos y

(6) BREGLIA ARIAS, ob. cit., p. 164.

(7) BREGLIA ARIAS, "Código Penal Argentino comentado", p. 164.

(8) "Tratado de Derecho Penal", t. IV, p. 91.

(9) GONZÁLEZ ROURA, GROIZARD etc., CSJN, JA, t. 35, p. 1138, ODERIGO, "Código Penal Anotado", 1964.

(10) Nunez cita al Código Español de 1870, art. 10.

(11) IRURETA GOYENA, "El delito de Homicidio", Montevideo, 1928, p. 84.

(12) ROMERO VILLANUEVA, "Código Penal de la Nación comentado con jurisprudencia", Abeledo Perrot, 9ª ed., marzo 2021, p. 238 y sus citas.

aseguraba el objetivo buscado, y que a la sazón se logró en instantes, la muerte de la víctima. Lo asaltaron por sorpresa tomando un helado o terminándolo en situación de la más absoluta indefensión. Atacaron por dos flancos, de atrás. La autopsia habla de *lesiones de origen multidi-reccional en todo el cuerpo, rostro y cerebro como consecuencia de brutales trompadas y puntapiés.*

Varios testigos presenciales se refieren a la brutalidad y violencia desmesurada del ataque que no dura mucho más de un minuto, —algunos hablan de 20 segundos, otros de 50, otros de un poco más—. *Fue una andanada de golpes brutales, por sorpresa, cuerpo flojo, concentrado en helado que tomaba o en nada y ya caída la víctima visiblemente sin sentido y aturdida, siguió recibiendo puntapiés y golpes de puño.*

Es evidente, como más adelante exponemos, que no hubo riña ni confrontación alguna.

Fue una premeditada, proyectada, programada, acordada operación rápida, repentina, sorpresiva y de brutal descarga de golpes de todo tipo sobre la víctima, acompañada por gritos intimidatorios.

Aparece precisa la calificación de homicidio agravado por alevosía que adopta el decisorio.

Es importante, además de las grabaciones de vídeo cámaras y celulares, la declaración de los testigos presenciales. Uno se pregunta cómo fue que nadie lo socorrió o salió en su defensa y *la respuesta es sencilla, semejante horda brutal y a los gritos, con un obrar violentísimo y rápido, dejó absortos a todos, además de amedrentados, sin capacidad de reacción.* Y los amigos de la víctima que estaban, y que trataron de hacerlo, fueron atacados a golpes por parte de los ocho condenados. *El plan se cumplió tal como fue trazado, ni bien se fue la policía.*

Desde los reclamos de la doctrina, compartimos la calificación adoptada en relación al punto. Se da el supuesto del estado *de indefensión y la preordenación en el ataque.*

2. El art. 80, inc. 6, tipifica la agravación por el número de personas, al establecer que “se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse el art. 52 del Cód. Penal, al que matare (...) con el concurso premeditado de dos o más personas”.

Este supuesto se configura cuando concurren autor y dos personas más, como mínimo, ya sea realizando actos materiales o de carácter moral y además requiere que la concurrencia de dichas personas responda a una convergencia de voluntades, donde la acción de cada uno se encuentre subjetiva y objetivamente vinculada a la de los otros partícipes (13).

Asimismo, la preordenación a que alude el tipo objetivo no exige una gran reflexión y frialdad calculada, producto de una prolongada deliberación...*siendo suficiente el acuerdo previo para matar a la víctima entre todos.* Nada tiene que ver con la figura de la asociación ilícita, que relama con precisión el acuerdo para cometer delitos en forma indeterminada (art. 210 Cód. Penal). *En la agravante que estudiamos el acuerdo es para consumir esa muerte, con distribución de roles, todo para lograr el cometido y la indefensión de la víctima por virtud del número de personas (contra la víctima).*

Es que, tal como lo señala la doctrina, el homicidio calificado por la pluralidad preordenada de agentes, con la mayor peligrosidad que ello representa y la consecuente disminución de las posibilidades de defensa de la víctima, *habrá de responder a una convergencia de voluntades previamente establecida* y si este extremo no se ve acreditado, el hecho debe calificarse como homicidio simple (figura residual art. 79 Cód. Penal) (14).

Son coautores del delito de homicidio calificado por el concurso premeditado de dos o más personas, en razón de haber tenido el dominio del hecho y la finalidad de dar muerte a la víctima, *por cuando concurrieron y apoyaron al coimputado que realizara los disparos a corta distancia dirigidos a ella, demostrando su intención dolosa en las lesiones que luego ocasionaron cuando ya se encontraba herida* (CNCrim. y Correc., Sala, “Barboza, Walter A.”, 14/01/2002).

Sebastián Ariel Saldano, testigo presencial, empleado del quiosco ubicado frente al local bailable Le Brique, en la sentencia indica-

(13) ROMERO VILLANUEVA, “Código Penal anotado con jurisprudencia”, Abeledo Perrot, 9ª ed., p. 240 y sus citas.

(14) ROMERO VILLANUEVA, ob. cit., p. 240.

do con el número 22, declara sin tapujos como fue la golpiza brutal y como todos golpearon a la víctima y de qué forma, tanto como el estado de indefensión en que fue colocado con los dos primeros golpes contundentes y tomándolo por sorpresa, a traición.

Valentín Rodríguez es otro testigo presencial que relata con detalle lo sucedido. Su testimonio está indicado bajo el número 21 en la sentencia que anotamos. *Nicolás Gabriel Sosa*, mencionado en el fallo bajo el número 20, aclara como impidieron a golpes que personas intervinieran en defensa de la víctima. *Marcos Damián Acevedo* (número 20) da otro testimonio elocuente de la intencionalidad, preordenación y alevosía. Coincide también la testigo *Tatiana Caro* (número 17 en el fallo), quien se hallaba en el restobar Beerland, al lado de Le Brique: “[C]ruzamos viendo cómo se le pegaba de atrás a Fernando...”, recordó que Fernando estaba parado y que le pegaron de atrás: “[C]ayó al piso y nunca pararon de pegarle...”. *Tomas Bionde* (número 16) constata el ataque por la espalda y la gran agresividad.

III. La emboscada letal. El plan. El estado de indefensión de la víctima. La sorpresa. La andanada de golpes multidireccionales

En el plan de ataque sorpresivo y violento, con miras a matar a la víctima, todos convergen con el mismo designio doloso. La conducta de los condenados en varias exteriorizaciones en el mundo visible, lo acreditan. Por eso, la violencia, la emboscada, los gritos para amedrentar, la preordinación, la velocidad del ataque, todo hace a la conciencia y voluntad del acto, es decir, el designio criminal. Volveremos sobre el punto luego. Algunos sujetos, ya sea sobre el cuerpo de Báez, otros neutralizando a quienes podían haberlo socorrido o bien sencillamente el rol de campana, como ocurre en otros delitos, resultan ser un partícipe necesario. Esto es, contribuir a la consumación evitando toda interferencia que pueda entorpecer el resultado buscado. No son coautores, porque no tienen el dominio del hecho. Por caso, obsérvese que hay testigos, como un taxista que estaba allí, y que se menciona en este trabajo, que dicen que el ataque brutal comienza ni bien los imputados observan que la policía se va. O sea, que alguien debía vigilar a las fuerzas del orden y a quienes

merodean o intenten obstaculizar el plan trazado para dar aviso o repeler la eventual ayuda a la víctima, sujeto directo de la consumación del hecho. De hecho, amigos del occiso fueron golpeados para impedir que lo socorran, lesiones estas que están comprobadas y son de importancia leve. Su voluntad de ayuda cesa por temor a otro golpe. De ahí que, como lo diremos luego, no hubo riña tampoco. No compartieron golpes. Nadie habla de ese escenario, muy por el contrario, los que presenciaron el luctuoso acontecimiento coinciden en la emboscada, la traición y la brutal acometida sobre la víctima, que lógicamente concluye con su deceso inmediato, como lo demuestran las pruebas que son recogidas en el debate y mencionadas por el fallo que examinamos.

Por tanto, abonan la calificación del fallo en estudio, además de los dichos mencionados en el título anterior. *Lucas Begide* (número 8): “Fernando se fue a comprar un helado de uva (...) de repente se empieza a escuchar mucho ruido y lo primero que veo es a Fernando tirado en el piso, inconsciente, con los ojos cerrados (...) cuando me intento acercar me pegan una piña en el arco superciliar derecho. Pasados unos segundos se empiezan a ir (...) y recién ahí me puedo acerca a Fernando. Cuando lo atacaban gritaban...”, hecho que les generó miedo, seguro, en tanto que la arenga era “dale, dale, guacho (...) como para seguir pegándole y dar miedo (...) como su fuera que tuvieran un objetivo...”. Escuchó que *Ayrton Viollaz* arengó y fue quien le pegó la trompada en el arco superciliar. Reiteró que tuvo miedo. *Franco Cervera* (número 10): “[E]l ataque fue sorpresivo (...) quedé inmóvil (...) me fui para atrás. No lo podía creer...”. Relató que cuando se acercó, Fernando estaba tirado en el piso, inconsciente. Le hablaban y no respondía. *Luciano Nahuel Bonamaion* (número 11) contó que cuando salieron estaba Federico Tavarozzi con Fernando: “[A]l ratito lo emboscan. Vi cuando Máximo Thomsen le pega una patada a Fernando con odio, con intención de matarlo (...) que la patada fue en medio del ataque... Buscaban a Fernando. Fueron todos directo a él y cuando quisimos intervenir nos sacaban... Arengaban: ‘vamos, vamos, mátenlo a ese negro de mierda...’ Yo estaba sockeado, recuerdo la patada. El ataque fue efectivizado por siete [7] u ocho [8] personas (...) los agresores se fueron todos juntos caminando

(...) todos para el mismo lado (...) de donde yo estaba, para la derecha (...), no esperábamos esa violencia, los gritos. No podía creer ver a Fernando en el piso...". Aclaró lo de la emboscada diciendo: "Estábamos todos hablando y de la nada vienen siete [7] u ocho [8] tipos que nos rodearon y le pegan a Fernando...", que "la agresión duró aproximadamente 40 segundos...". La emboscada estaba dirigida a Fernando. La arenga consistía en decir "mátenlo, vamos (...) negro de mierda...". Al autor de la arenga lo recuerda, era Matías Benicelli. "Sí, lo recuerdo". *Ignacio Vaudagna* (número 9): "[L]o veo a Fernando enfrente con la camisa abierta tomando un helado de uva, sonriendo. Lo vi distendido (...) nosotros éramos un grupo tranquilo...". Recordó que cuando estaban afuera vino alguien corriendo y le pegó de atrás un golpe entre la nuca y la oreja izquierda: "Ni bien siento el golpe me voy para la esquina (...), me quedo ahí unos segundos (...), vuelvo para el lugar y veo a Fernando tumbado (...) Fernando no era un tipo problemático...". *Alejandro Claudio Muñoz* (número 13): "Ese grupo de chicos era el que se turnaba afuera para pegarle a Fernando(...). El incidente fue todo en el mismo lugar, no lo arrastraron...". Afirmó que le dejaron de pegar a Fernando porque uno de los chicos empezó a decir "vámonos que viene la policía". Aseveró que la golpiza fue con saña, con mucha violencia: "Nunca vi nada igual. Hace 20 años que laburo de esto y nunca vi pegarle tanto a una persona. Las patadas eran la mayoría en la cabeza. Eran con saña". (Muñoz era personal de seguridad de *Le Brique* al momento del hecho).

IV. La muerte y sus causas, la autopsia y otras diligencias de prueba. El momento del deceso

En el delito de homicidio, la muerte es un elemento del tipo objetivo, de suerte tal que determinar el fin de la vida y su causa resulta esencial. Para ello la ciencia médica realiza un aporte sustancial en casos como el que abordamos. Por tanto, vamos adentrarnos en la cuestión médico pericial.

Del fallo se desprende que la necropsia de Fernando Báez Sosa expone en su informe preliminar (fs. 191 incorporado por lectura) que fue realizada en la morgue del Hospital de Pinamar, sobre el cuerpo del nombrado y adelantó que se

trata de un cadáver de sexo masculino de 19 años que llevaría entre 5 a 6 horas de muerte por los fenómenos tanatológicos recientes. Observadas las lesiones externas e internas, se toma muestras para toxicología, anatomía patológica, ADN y se informa que *habría fallecido por paro cardíaco, producido por shock neurogénico debido a traumatismo grave de cráneo.*

Luego se agregó el informe final de autopsia —informe a fojas 637/640 y vta.—, complementado a fojas 2576/2582 (ambos incorporados al debate).

Allí se concluye afirmando que "[e]l ciudadano Báez Sosa Fernando José (...) ha fallecido en forma traumática producto de un paro cardíaco traumático por shock neurogénico producido por múltiples traumatismos de cráneo que generaron hemorragia masiva intracraneana e intra-parenquimatosa, sin fractura ósea. Se observan además múltiples escoriaciones y equimosis en región maxilar y en cara lateral de cuello, entre las que se distinguen dos improntas de pie calzado. Presenta traumatismo cerrado de abdomen con laceración hepática y hematomas en intestino grueso producto de múltiples traumatismos cerrados. Además, presenta hemotórax izquierdo con infiltrado en ambos parénquimas pulmonares".

Volveremos sobre el punto más adelante.

De acuerdo a la prueba en la que descansa el fallo, *el deceso de Fernando se produjo en la vía pública en forma inmediata con la agresión*, para lo cual se toman en consideración los testimonios de Maximiliano Rosso Suárez y Virginia Luz Pérez Antonelli, quienes refieren que al momento de acercarse a la víctima, inmediatamente después del ataque, el mismo ya no tenía pulso, habiendo resultado infructuosas las maniobras de reanimación que, hasta que arribó la ambulancia al lugar e incluso instantes después, realizaron ininterrumpidamente sobre el cuerpo del joven.

Virginia Pérez Antonelli refirió: "Recuerdo a un chico de mi edad arrodillado al lado de Fernando pidiendo si alguien sabía RCP...". Dijo que ella había hecho un curso de RCP en la Cruz Roja. "Ahí me acerqué y llegaron los policías. Junto a ellos y el chico que nombré lo hicimos.

Estuvimos un rato largo haciendo RCP...". Refirió que ella les indicaba a las personas lo que tenían que hacer. "Yo le tenía la cabeza a Fernando y le pedía que no se vaya. Le decía 'quedate conmigo, por favor, quedate conmigo'. Fue un rato largo. Cansa mucho hacer RCP. Al rato llegan los bomberos, me preguntan si sabía lo que estaba haciendo. Le aplicaron el desfibrilador. Le hicieron caso a la máquina. A los minutos llega la ambulancia y se lo llevó a Fernando...". Al ser preguntada, explicó cómo se debe hacer RCP: "No hace falta saber hacerlo. Si alguien que sabe te indica, se puede hacer. Lo primero que hay que hacer es ver si la persona está consciente o tiene pulso. A partir de eso hay que hacer las compresiones manuales en el pecho. Son de 100 a 120 por minuto. Yo le indicaba al policía cómo hacerlo...". Explicó que al principio el funcionario policial hacía muy rápido las compresiones, por lo que le indicó cómo debía hacerlo. Afirmó que ella le sostenía la cabeza a Fernando porque estaba muy lastimado. Al ser preguntada por el Doctor Fernando Burlando, contó que, cuando ella lo vio, Fernando estaba con el torso desnudo y sin zapatillas. "...Tenía un golpe muy fuerte en la cara, del lado izquierdo, y otro golpe fuerte en la cabeza, porque cuando dejé de sostenerle la cabeza tenía mis manos llenas de sangre. Le saque una foto a la mano que menos sangre tenía...". Respondió también preguntas sobre el curso de Reanimación Cardiopulmonar por la Cruz Roja que lo tuvo en octubre del año 2019. "...Lo tengo certificado por la Cruz Roja en el año 2020...".

Ante las preguntas realizadas por el Doctor Hugo José Tomei declaró que ella no le tomó el pulso a Fernando. *Que quienes tomaron el pulso en la arteria comprobaron que no tenía pulso.* Que ella le tocó la mano. Afirmó que ella hizo muy pocas compresiones. Que cuando llegaron las otras dos personas, quienes eran más grandes que ella, les indicó cómo hacerlo, "...porque yo me cansé al ser muy menudita...".

El funcionario policial *Maximiliano Rosso Suárez* dijo: "A los 5 o 10 minutos escucho gritos y retomamos para la avenida y ya me encontré un grupo de gente entre gritos y corridas y con la persona tendida en el suelo. Yo me quedé asistiendo a la persona que estaba tirada en el suelo (...)". Siguió contando que no había nadie asistiéndolo y que después le hizo RCP. Cuando regresó de parar la pelea de la esquina, ahí

constató que no tenía signos vitales. A requerimiento del Ministerio Público Fiscal se le exhibió el video registrado por la cámara municipal de Avenida 3 y Buenos Aires Sur y se reconoció caminando con su grupo de trabajo. "...Yo soy el de adelante, el más alto...". Ratificó que los cinco fueron hacia la esquina. Señaló el momento en el que regresaron, en el horario 04:46:50 del video. En el horario 04:47:10 del video manifestó que se veía pasar por debajo del cartel de "Ciprianny" y a los funcionarios policiales que se dirigían a buscar a las personas con las características que se habían aportado. "...Capitán Basualdo, Oficial Barreca y Teniente Continno...". Reiteró que al regresar se encontró con una persona tendida en el suelo con varias personas gritando alrededor, diciendo que le habían pegado al amigo, que se abocó a hacerle RCP: "Recuerdo que una chica me asistió y también le hizo RCP, lo mismo que un efectivo policial...". Al ser preguntado por el doctor Fernando Burlando, declaró que él constató que no tenía pulso, colocando su mano sobre el cuello, sobre la arteria: "No tenía pulso, no se movía. Por eso decidí hacer RCP (...) Le hicimos RCP durante varios minutos. Mi idea era tratar de reanimarlo, desconozco cuánto tiempo le hicimos masaje cardíaco. Cuando llegan los bomberos le aplicaron el desfibrilador, no sé cómo funciona, pero al colocarlo sobre la persona y prenderlo se escuchaba la voz que emite el mismo, por lo que estimo que funcionaba...". Declaró que estuvo cuando la ambulancia se llevó a la persona desvanecida. "Al momento de mi arribo tenía sangre sobre la nariz, el torso desnudo y le faltaban las zapatillas (...)Traté de reanimarlo de la mejor manera. La técnica que realicé fue ponerme de rodillas en forma lateral, puse mis manos entrelazadas, o una sobre la otra, no recuerdo en este momento. Tracé como una cruz en el pecho y empecé a hacer las compresiones con los brazos extendidos. No puedo determinar cuánto le comprimí el tórax...". Sostuvo que trató de no parar de hacerle las compresiones, que solo paró cuando llegó otra chica y lo reemplazó. "Estuve varios minutos haciéndole...".

Confirman mi convicción acerca del momento de la muerte de Fernando Báez Sosa. Refiere el tribunal en la sentencia que analizamos el testimonio brindado en la audiencia de vista de causa por Carolina Silvana Giribaldi Larrosa. Dijo ante la audiencia desempeñarse

como médica del Hospital Municipal "Dr. Arturo Illia" de Villa Gesell. "Soy médica generalista y hago emergentología desde hace 18 años. A la fecha del hecho prestaba funciones en el Hospital Municipal de Gesell...". Al ser preguntada por el Ministerio Público Fiscal, contó que la noche anterior al día del hecho ingresó a trabajar a la guardia del hospital a las 20:00 horas. "A las 20:00 horas del viernes..." "Me informan que había salida en emergencia de ambulancia por medio del 107. Que había una persona inconsciente en vía pública (...) Llegué al lugar y me encuentro con este joven sin signos vitales, siendo asistido por uniformados. Le estaban haciendo RCP. Le habían colocado un DEA personal de bomberos..."

Explicó que el DEA es un dispositivo que se utiliza en las guardias hospitalarias, organismos públicos, ambulancias. "Es un desfibrilador automático. Es un dispositivo muy sencillo de utilizar. Uno lo enciende y el DEA le explica lo que hay que hacer. Te va explicando que es lo que hay que hacer para su utilización. Se sacan dos parches, se colocan, y el dispositivo hace un relevamiento de la función cardíaca e informa el estado del paciente. En este caso decía 'Paciente en asistolia. Inicie masaje cardíaco'. En esa condición el DEA dice que lo que conviene es hacer masaje cardíaco. En otros casos el DEA dice 'Retírese que va a descargar', por ejemplo, cuando hay una arritmia grave. No fue este caso..."

Aseveró que trasladó a Fernando hasta el hospital con el DEA colocado, sin efectuar la descarga. Que le fue haciendo masaje cardíaco, porque no tenía signos vitales. "Las pupilas estaban midriáticas, no tenía reflejo, no tenía movimientos respiratorios, esto se observa. No tenía pulso..." Le respondió al señor Agente Fiscal que cuando llegó al lugar le estaban haciendo masajes cardíacos a Fernando: "Maniobras de compresión..." Afirmó que las maniobras de compresión no pueden provocar el deceso de una persona. "En mis 18 años en emergentología no he visto nunca que como consecuencia de las maniobras de compresión se produzca el deceso de una persona".

Es una maniobra segura. "En el hospital hice el pase del paciente a la doctora Silvia Romero que estaba esperando en el *shock room*..." Afirmó que no hubo ninguna respuesta por parte

del paciente: "No, lamentablemente la lesión descrita no tiene ninguna posibilidad de sobrevivida. Cuando esos centros entran en isquemia, las células nerviosas mueren y deja de haber estímulos desde el tronco encefálico hacia los órganos. No hay posibilidad de sobrevivida, es un paro cardíaco irreversible. Uno podría estimular el corazón manualmente, pero no tiene estímulo propio cuando dejas de hacerlo. Por eso es imposible que alguien sobreviva en estas condiciones..."

Señaló que la constatación de la muerte se hace cuando se terminan todas las maniobras de resucitación. "Cuando ya no hay signos vitales evidenciables, ahí se da la constatación de óbito, en ese horario..."

Agregó que la ambulancia fue requerida a las 5:00 de la mañana. "Tardamos 7 minutos en llegar al lugar..." Afirmó que ella constató que no había signos vitales en Fernando Báez Sosa a las 5:07 o 5:09 horas, cuando llegó la ambulancia al lugar. Reiteró que el DEA informaba: "Paciente en asistolia, continúe masaje cardíaco".

Siguió relatando: "Me encontré con un joven masculino tirado en la vía pública. Tenía algunas manchas de sangre en la cara, nariz, boca, pero no era muy abundante. No tenía camisa colocada, estaba con pantalón. Había una persona que le hacía masajes cardíacos y otras personas en la vereda. Mucha gente alrededor. No presté atención quiénes eran (...) Nadie me dijo si había sido golpeado o no, ni lo que había sucedido. Las maniobras realizadas eran las aconsejables..." Aseveró que el personal de bomberos está capacitado para utilizar el DEA. "Reciben cursos de capacitación todo el tiempo..."

Al exhibírsele el informe médico de fs. 16 reconoció su firma. La testigo leyó el informe. Agregó al respecto que "[l]as lesiones en rostro y cuello eran hematomas bastante grandes, longitudinales. Se veía una marca bastante atípica, rara, en forma de zigzag, en una de las mejillas. Zona vital del cuerpo..." Aseveró que las conclusiones de la autopsia guardan relación con lo que ella pudo constatar.

Al ser preguntada por el doctor Hugo José Tomei, explicó que para que haya una hemorragia cerebral debe haber una lesión: "Para que la

sangre salga debe romperse un vaso...". Reiteró que la ambulancia tardó 7 minutos en llegar al lugar del hecho. Le respondió al señor Defensor Particular que en la ambulancia iban una enfermera, el chofer y ella. "La ambulancia tiene un respirador, un tubo de oxígeno, la camilla, maletín con medicación, el desfibrilador que no se utilizó en este caso, silla de ruedas y otros elementos que se utilizan...". Al preguntarle el Doctor Hugo José Tomei cómo fue el procedimiento, respondió: "Di la orden que bajaran la camilla para poder trasladarlo al hospital en la ambulancia. Fueron varias personas las que ayudaron: el chofer, había un bombero más que yo reconocí por ser chofer del hospital y la enfermera. Al menos ellos tres intervinieron en subirlo...". Agregó que se hizo sujeción del cuello para levantarlo y trasladarlo en bloque. "La tabla rígida no recuerdo si la utilizamos. La camilla se baja de la ambulancia, se desciende hasta el nivel del piso y se bajan las barandas. Después se coloca el paciente y luego la camilla se eleva y se la ingresa a la ambulancia. Se le pone el oxígeno y se continúa con las maniobras de reanimación hasta llegar al hospital...". Confirmó que en el hospital el paciente ingresó al *shock room*, donde lo recibió la doctora Silvia Romero. "Le hizo RCP avanzado. Se pone una vía y se suministran medicamentos por vía endovenosa...". Respondió tras ser preguntada, que si bien todo lo que es inadecuado puede producir una lesión, por lo general el RCP no se hace de forma inadecuada. "La caja torácica tiene una resistencia importante. El RCP es una técnica segura...". Remarcó ante nueva pregunta: "Cuando yo llego había un hombre haciendo RCP y una chica parada al costado, en la vereda...". Reiteró que las maniobras de RCP no pueden lesionar ni el hígado ni el intestino grueso. Tampoco el tronco encefálico.

Con relación al punto que analizamos en esta parte, el momento de la muerte, debemos tener en cuenta también el testimonio del médico de policía que realizó la autopsia de la víctima, *dr. Diego Rafael Duarte*, toda vez que dicha pieza pericial es sustancial para la determinación de la causal de muerte. Solemos decir, con licencia por la metáfora, que en la autopsia el cadáver habla. La autopsia realizada fue incorporada al debate por lectura (art. 366, Cód. Proc. Penal) y en el debate ratificó su contenido, además de

responder a interrogantes planteados (art. 342 *bis*, Cód. Proc. Penal).

Como lo dijimos anteriormente, la necropsia fue realizada en la morgue del Hospital de Pinar sobre el cuerpo del occiso. El informe preliminar adelantó que se trataba de un cadáver de sexo masculino de 19 años, el mismo llevaría entre 5 a 6 horas de muerte por los fenómenos tanatológicos recientes. Observadas las lesiones externas e internas, se toma muestras para toxicología, anatomía patológica, ADN y se informa que habría fallecido por paro cardíaco, producido por shock neurogénico debido a un traumatismo grave de cráneo.

Luego se agregó el informe final de autopsia, en el que se concluye afirmando que "[e]l ciudadano Báez Sosa Fernando José (...) ha fallecido en forma traumática, producto de un paro cardíaco traumático por shock neurogénico producido por múltiples traumatismos de cráneo que generaron una hemorragia masiva intracraniana, intra-parenquimatosa, sin fractura ósea. Se observan además múltiples escoriaciones y equimosis en región maxilar y en cara lateral de cuello, entre las que se distinguen dos improntas de pie calzado. Perímetro cerrado de abdomen con contusiones y hematomas en el intestino delgado y de múltiples traumatismos cerebrales. El tórax presenta hemotórax izquierdo con infiltrado en ambos parénquimas pulmonares (hemotorax con infiltración significa acumulación de sangre entre el pulmón y la pared torácica; infiltración significa extendida la mancha de sangre en dichos tejidos)".

Se hizo constar que la totalidad de las muestras fueron recolectadas con materiales estériles que fueron cerrados y rotulados debidamente, para su remisión al laboratorio químico Dolores, adjuntando la correspondiente cadena de custodia. El facultativo formuló sus conclusiones con el siguiente alcance: "Causa de muerte: paro cardíaco traumático. Mecanismo de muerte: shock neurogénico por traumatismo grave de cráneo". Consta en otra actuación también el certificado de defunción.

El doctor Duarte explicó que, con respecto a la operación de autopsia desarrollada en el caso que nos ocupa existen protocolos para hacer las

142/304

autopsias y lo cumplió en el caso detalladamente. La autopsia se hizo en la morgue del hospital de Pinamar; primero vio a la víctima en el hospital de Villa Gesell.

Explicó que tomó conocimiento del caso y se presentó en el hospital para ver en qué estado se encontraba el cuerpo. "Fui hasta la habitación donde estaba y lo vi para saber con qué me iba a encontrar...". Al respecto indicó que yacía en una cama con una sábana; presentaba múltiples agresiones en el rostro, decidió realizar una tomografía computada para tener un panorama general de lo que presentaba el cuerpo. "Vi que tenía un hematoma importante en el cráneo, esto lo vi en el hospital de Gesell...".

Y sigue relatando: "Cuando descubro el rostro de Fernando y el cuerpo entero, veo muchas lesiones importantes en la zona del maxilar izquierdo y derecho, y una impronta en la piel, también otras producidas por el desfibrilador; no observé otras lesiones importantes. No observé ningún otro fluido; del resultado de la tomografía tomé conocimiento a los dos o tres meses. El informe daba lesiones en el cerebro, hemorragia superacnoidea y en el cerebelo...".

Luego explicó que hizo un examen buscando lesiones: "Comenzamos con la apertura del cráneo, ahí observamos múltiples hemorragias, hematomas, abundante sangrado después del primer paso. Una lesión contusa en un golpe tenía una imagen muy característica compatible con un calzado; tenía una equimosis en el mentón lado izquierdo, producto de un golpe importante. Equimosis en cara anterolateral derecha; era la misma marca que la descripta que se extendía hasta el cuello. Después se abre el cráneo, observo mucha sangre y hematomas en casi todas las regiones del cerebro, cerebelo, tronco encefálico. Luego se hace la apertura del tórax, se retira el hueso y se observan lesiones traumáticas, derrame pleural, laceración hepática importante (una laceración es un desgarro o una abertura de la piel producto de una lesión. Las laceraciones pueden ser pequeñas y necesitar solo un tratamiento leve en el hogar o pueden ser grandes y necesitar atención médica de urgencia. Es una herida que ocurre cuando la piel, un tejido o un músculo se rompen o abren. Las laceraciones pueden ser profundas o superficiales, largas o cortas, amplias o estrechas. La

mayoría de las laceraciones son el resultado de que la piel golpee un objeto o de que un objeto golpee con fuerza la piel.), también en el intestino grueso".

Respondió a preguntas que una hemorragia hepática importante puede llevar a la muerte al paciente. Aseveró que, por lo observado en el cuerpo, las marcas que presentaba, y lesiones externas, la muerte había sido instantánea. Luego explicó que el órgano más importante a inspeccionar, por la observación externa, era el cerebro, por eso se centró en él. Agregó que se enviaron muestras de cerebro, riñón, hígado y pulmón para hacer pericia anatomopatológica. Se enviaron muestras para hacer ADN y toxicología; también se hicieron hisopados en las uñas.

Afirmó también, respondiendo a preguntas, que el resultado de la pericia anatomopatológica coincidía con sus conclusiones de la autopsia: "Confirmaba mi informe...".

Continuó diciendo que la mayoría de los golpes estaban en la cara y en el cráneo, "...este último es zona vital porque comanda todo el sistema nervioso central. Los traumatismos recibidos los relaciono con los golpes aplicados; estos produjeron impacto suficiente como para dañar el cerebro contra la pared ósea. Un sangrado con hemorragia masiva anula el cese de las funciones vitales muy rápidamente...". Agregó que las maniobras de RCP no pudieron haber causado el traumatismo de cráneo. Dijo que no hay ningún tratamiento para salir adelante de un shock neurogénico como este, que una hemorragia masiva del cerebro no es compatible con la vida.

Refirió que a partir de lo constatado puede sostenerse que fueron golpes multidireccionales los recibidos por la víctima. Fueron hemorragias masivas de muchas funciones vitales para el organismo; no habría tratamiento para ello.

"En este caso el sistema nervioso no permitía tratamiento médico alguno. Una cosa es un hematoma en el cerebro que se pueda drenar, una hemorragia masiva del cerebro como la observada en el caso es incompatible con la vida...".

Es importante también lo referido respecto de la lesión hepática. Con respecto al hígado dijo

que “se puede estimar la sangre que perdió, yo no lo hice. *Un hígado que pierde mucha sangre puede ser vital si no tuviera otra lesión.*”

De estas evidencias científicas, y tal como lo resalta el decisorio motivo de este trabajo, *está acreditado tanto objetiva como científicamente, —para lo cual se suman a lo expuesto por el médico autopsiante, los dichos de la emergentóloga— que la muerte de la víctima se produjo en forma inmediata, en el lugar del suceso y como consecuencia de los múltiples golpes recibidos principalmente en la zona de la cabeza (cráneo), lo que le produce sangrado con hemorragia masiva —según las comprobaciones de autopsia— y el consecuente cese de las funciones vitales en forma inmediata, tal como lo asevera el dr. Duarte.* Ello guarda coherencia, por su parte, con la mecánica del suceso narrada por los testigos, de los que mencionamos tan solo algunos en los párrafos que preceden. No se descarta que la lesión hepática en forma autónoma, sin necesidad de otra herida, pueda haber provocado la muerte. En el cadáver de la víctima se advirtieron lesiones que van desde el intestino grueso hasta por encima del tronco, cara y cerebro.

V. El dolo

Actúa con dolo quien sabe lo que hace y hace lo quiere. Es imposible leer el paisaje mental previo que tenemos los humanos a los fines de dar por acreditado el dolo. Toda la doctrina y la jurisprudencia guardan uniformidad en punto a establecerlo a través de los actos exteriores, aquellos que se traducen en el plano físico, material; esto es que pueden advertirse sea en forma directa o por pruebas que lo ponen de relieve.

De la lectura de los testimonios presenciales, el evento dura entre veinte, cincuenta segundos a dos minutos aproximadamente. También de algunos de los testimonios destacados en esta página y otros mencionados también en el fallo resulta, desde nuestra óptica, acreditado el dolo que reclama la figura.

El dolo directo (intención de quitar la vida) aparece acreditado. Al igual que llevarlo a cabo con alevosía, con la contribución de todos, teniendo en consideración lo sorprendente del ataque, el estado de indefensión en que estaba la víctima (algunos dicen que estaba tomando o terminando de tomar un helado) y que al cus-

todo de Le Brique, cuando lo lleva a este para sacarlo del local le dice, “salgo solo”, o sea sin el menor ánimo de contienda, dando por concluido todo. Hasta ahí, la víctima se encuentra desprevenida. Así lo ven y así lo atacan por sorpresa y por la espalda.

Si nos atenemos al tiempo que dura el suceso, puede haber recibido más de 50 golpes brutales (entre golpes de puño y puntapiés, uno por segundo... entre varias personas... es una hipótesis económica). Nadie dice que esperaban entre golpe y golpe, todo lo contrario, era una golpiza sorpresiva, cargada de odio y agresión. La autopsia es más que elocuente con las múltiples y diferentes lesiones que exteriorizó el cadáver.

Estos dos extremos que el fallo pone de resalto, entendemos acreditan el dolo de los hoy condenados no solo en el ánimo que los guió, sino en la previa confabulación para llevar a cabo la muerte. No resiste análisis, desde el sentido común, que la idea era lastimarlos.

Por su parte, nos remitimos a **144/304** lo expuesto por la sentencia en el motivo decisorio, que aborda los videos obtenidos del escenario de los hechos; que fueron reiteradamente reproducidos en el decurso del debate, y exhibidos a los testigos, todo lo cual lleva al tribunal a la convicción que los hechos sucedieron así como los tienen por probados. *Menciona en parte de ese punto la cohesión y amistad de los ocho que atacaron al occiso al decir: esa coordinación del grupo se vio plasmada en la coordinación del hecho y el apoyo de unos a otros. De algunos testimonios escuchados en el juicio, extraigo que golpear violentamente era una actividad habitual para todo el grupo, lo que me permite inferir que todos conocían la gravedad de las consecuencias que la modalidad de la forma de atacar desencadenaba... (cita a tres testigos que claramente exponen que ese actuar era lugar frecuentado para los condenados).*

VI. La sentencia distingue del grupo a tres de los condenados y los coloca en calidad de participes secundarios, con la consecuente imposición de pena menor. El concurso ideal con lesiones leves. El error de transcripción

La sentencia condenatoria descansa en la convicción fundada y razonable del tribunal so-

bre el hecho, que es el resultado de una ecuánime y lógica interpretación de la prueba rendida en el debate.

El estado de incerteza o duda en el ánimo del sentenciante es algo subjetivo, que por cierto descansa en elementos de prueba o falta de ella. Pero es el caso que el juzgador no logra el convencimiento para condenar o condenar de manera más gravosa al imputado, esa duda por imperativo legal debe beneficiar al acusado.

Lo traemos a colación porque ello se vincula con la sentencia dictada respecto de tres de los partícipes, a quienes coloca el tribunal en calidad de partícipes secundarios, porque no alcanza respecto de ellos el convencimiento suficiente para responsabilizarlos en pie de igualdad con los coautores. Tampoco estima que hayan tenido un aporte sin el cual el delito no haya podido consumarse (partícipe necesario). Y por cierto, no los considera ajenos al hecho, porque cumplieron su participación debidamente acreditada en el caso.

Para no realizar ociosas repeticiones, nos remitimos al desarrollo argumental que realiza el tribunal bajo el título *Colofón*.

Cierto es que en las primeras páginas del fallo se habla de la participación necesaria de Lucas Pertossi, Ayrton Villoaz y Blas Cinalle. El tribunal lo hace diciendo: "*En esa inteligencia y conforme se demuestra a partir de la valoración de la prueba que seguidamente se reseñará, considero demostrado quienes resultaron ser coautores del evento que nos ocupa, por la exteriorización de la acción que cada uno dirigió al momento del hecho que encuentra sustento en las evidencias reunidas. (...) Por su parte, resultaron partícipes necesarios del suceso Lucas Fidel Pertossi, Ayrton Michael Villoaz y Blas Cinalli...*" Entendemos que evidentemente se ha tratado de un error o bien de una idea inicial y error en la transcripción final toda vez que los fundamentos posteriores desgranar las razones por las que el juzgador los considera partícipes secundarios y así lo resuelve también.

Se remite a los informes médicos sobre las lesiones que produjeron a terceros, evidentemente para evitar que auxilién a la víctima (así lo expresan todos).

Al tiempo de escribir esta página el fallo no está firme, no conocemos la decisión de la instancia superior que por imperio del Fallo Casal y otros que siguieron, evaluará hechos, prueba y derecho. Sin perjuicio de ello, cierto es que estas tres personas formaron parte del concierto criminal, que como se dijo bien, no requiere más que acordar previamente el actuar y, como también dice la sentencia sobre la base de testimonios recogidos en el debate y en otros términos, ese modo de proceder, era un lugar frecuentado por los condenados, con todo lo que ello implica.... Conocimiento del poder ofensivo de cada uno, forma del ataque en cada caso, distribución de roles, etc. El resultado habla de por sí de la enorme eficacia de la ofensiva, de la velocidad desplegada, de la carga de odio, y de la descarga física brutal sobre la víctima. Que cinco de ellos tengan en sus prendas ADN de la víctima no quiere decir que los restantes tres no le pegaron y necesariamente para el cometido bloquearon el eventual auxilio que intentaron terceros, a tal punto que nadie llegó en su ayuda, otro éxito en la misión que se propusieron.

Quienes supimos trabajar con el *antiguo procedimiento penal escrito* y lo hacemos en con el *actual oral* desde hace treinta años, aprendimos que en este último la *verdad flota*. Es como un globo de aire que por más que se intente sumergir, pugna por subir. En el anterior procedimiento existía una marcada distancia entre los papeles y el magistrado, las pruebas se realizaban lejos de su mirada, los testigos dejaban su versión escrita y ese acto procesal junto a todos los restantes le llegaban al magistrado. En el proceso oral, la inmediatez hace que se perciban hasta los más mínimos gestos, las reacciones, las respuestas seguras y de las otras. La convicción en cualquier sentido se va construyendo con cada elemento y prueba. Todos los actos procesales se despliegan ante la mirada y los oídos de los integrantes del tribunal. Tomar conocimiento *de primera mano* reduce significativamente el margen de error. Claro que el error judicial existe y se advierte frecuentemente. La garantía del *doble conforme* agrega la revisión completa por parte de un tribunal superior que podrá vivenciar grabaciones de los actos anteriores.

Hay una pregunta que queda en el aire de aquella madrugada irreparable acerca de cómo

puede ser que nadie llegó siquiera a interceder en defensa de la víctima, al margen de los allegados que lo intentaron y fueron neutralizados a golpes, lesionados, tirados al piso. La respuesta es simple: plan, sorpresa, brutalidad en la acometida, gritos para amedrentar, ocho individuos jóvenes cargados de odio y fuerza todos sobre la víctima y con la velocidad de un rayo... Solo instantes duró la materialización del plan. Luego se retiraron, el fallo refiere conforme se observa en un video, abrazados.

VII. El art. 34 del Cód. Penal y el desplazamiento de la culpabilidad. No se da en el caso

El art. 34, inc. 1 del Cód. Penal alude a ciertas causas de inimputabilidad, de suerte tal que, de verificarse, excluyen la culpabilidad.

Así, establece que no son punibles *[e]l que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.*

Esta constituye una *excepción* al principio general de la responsabilidad penal, al desplazar la imputabilidad en un caso concreto justamente *porque el individuo no ha tenido la capacidad psíquica de comprender el acto criminal o dirigir sus acciones en sentido de abstenerse de desplegar la conducta prohibida en el tipo objetivo. El sujeto realiza la conducta antijurídica, desarrolla la acción típica, pero resulta inimputable por aquella falta de capacidad coetánea con la conducta.*

La euforia o enojo de simpatizantes en un partido de fútbol, la desinhibición propia de una copa en un evento, la bronca por un resultado deportivo adverso, la enemistad con alguno de los presentes en cualquier lugar, el resentimiento respecto de cualquier individuo sea cual fue el hecho generador, no tienen nada que ver con la excepción que ha previsto el legislador como eximente de culpabilidad.

Desplegada la conducta típica, para que la excepción opere, debe acreditarse inequívocamente cual fue el impedimento para comprender el acto criminal o dirigirse conforme a derecho, lo

que por cierto no se da en el caso Báez que venimos analizando. Ninguna evidencia científica lo acredita ni el ambular de los condenados mostraba ello (lo resalta el fallo conforme los videos que se vieron varias veces en el desarrollo de debate) ni nadie lo sostiene con un mínimo rigor.

VIII. El delito de homicidio y lesiones en riña

El art. 95 del Cód. Penal establece una pena de dos a seis años de prisión, cuando en riña o agresión en que toman parte más de dos personas, resultare muerte... sin que se constatare quienes la causaren, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido...

Esta figura no pena la intervención en una agresión, sino que resulta necesario realizar una presunción de autoría que alcance al sujeto imputado, debiendo acreditarse participación en la agresión, el ejercicio de violencia, y que la violencia desplegada pueda presumirse racionalmente como causal del resultado (15).

Por su parte, riña es el *acometimiento recíproco y tumultuario o el enredo en una pelea o la lucha recíprocas* entre más de dos personas peligrosas para la integridad personal y entre los contendientes se confunden entre sí mezclándose mutuamente.

La descripción del art. 95 del Cód. Penal descarta la participación criminal y su adecuación típica depende de la falta de determinación del verdadero autor de las lesiones o muerte de la víctima (16).

Demostrado que medió riña colectiva *sin que pueda individualizarse al primer agresor*, debe aplicarse el art. 95 del Cód. Penal y condenar a los procesados a la pena de... (17) Para que se configure el tipo del art. 95 del Cód. Penal, la acción la acción de los agresores debe ser fruto del impulso de la particular decisión exaltada de cada uno, *no pudiendo ser concertada, premedi-*

(15) ROMERO VILLANUEVA, "Código Penal comentado y anotado con jurisprudencia", p. 308.

(16) CNCas. Penal, Sala I, "Cabral Jorge", 05/09/2000.

(17) CS, "Colman Francisco...", 1938, citado por ROMERO VILLANUEVA, ob. cit., p. 308.

tada... deben existir dos grupos de manera que el mínimo número debe ser cuatro... que no se sepa cuál es el papel que cada uno lleva en la pelea, no dándose tal supuesto en la circunstancia de que varias personas ataquen a una, dándole muerte, pues no es el tema numérico el que define la riña, sino que además es necesario el elemento de la agresión mutua (18).

La primera condición negativa para que sea aplicable la disposición del art. 95 es que *no conste quienes causaron la muerte o las lesiones es preciso agotar la consideración de la posible autoría de uno o varios partícipes y para ello debe descartarse de esta calificación en todo caso en el que la muerte o las lesiones sean realmente la obra común (19).*

Los elementos del tipo penal de la figura que estamos tratando en esta parte no se dan el caso en examen.

IX. Reflexiones finales. Los rugbiers. Lamentable elección del título

Se escucha con insistencia hablar de los *rugbiers*, al poco tiempo de aquella madrugada irreparable que nos convoca, refiriéndose a las personas llevadas a juicio. En rigor de verdad, mezclar un acto como el sucedido con el deporte que supuestamente practican no hace otra cosa que confundir a mucha gente y echar sombra sobre la práctica de una disciplina que nada tiene que ver con actos marginales. El rugby es un deporte de contacto personal, de fuerza, ve-

locidad y destreza, con reglas muy claras que sancionan, como en el fútbol y otros, cualquier desborde. Fundamentalmente en el rugby se enseñan valores. (El *fair play* es algo habitual en él, tanto como en otros deportes claro, y lo rudo que parece dentro de los límites del campo de juego termina con el silbato, tras lo cual hay un tercer tiempo entre ambos equipos donde comparten otro encuentro exento de la rivalidad que los llevo a la cancha) Los instructores de rugby enseñan ante todo y lo reitero, valores, luego a *tacklear*, a formar un *scrum*, a quitar la pelota en una montonera, a saltar en un *line*, a realizar jugadas estratégicas para llegar al *in goal* contrario y tantas otras cosas más, no a golpear. Qué decir de nuestro seleccionado, Los Pumas que honra permanente los colores de la bandera argentina...(legendarios jugadores como Hugo Porta, Luis Gradin, Hector Silva (f)...además de tantos destacados jugadores actuales...), Los Espartanos, (equipo formado con gente privada de libertad que de la mano de Eduardo Oderigo, su fundador, inició el primer equipo en la Unidad Penitenciaria 48 de San Martín y hoy tiene presencia en varias unidades más y 21 provincias de nuestro país), *El Delta Rugby Club*, (fundado por un grupo de emprendedores, restándole horas a sus labores cotidianas, ubicado en Benavidez (PBA) sobre un pequeño predio desocupado, que solo veía crecer el pasto. Todo muy austero, pero con empuje. Fue el 19/11/2009. Hoy cuenta con divisiones inferiores y superiores, interviene en campeonato. Faro en la zona, nutrido de jóvenes de los barrios que lo circundan, que visten la casaca colorida del club y aprenden valores, destreza y crecen en un medio que les brinda formación, pertenencia, disciplina y contención. En él han dado clínicas actuales y ex Pumas). El hábito, no hace al monje.

(18) CNCrim. y Correc., Sala 1ª, "Chocobar", 06/12/1993.

(19) Fallo citado por ROMERO VILLANUEVA, ob. cit., p. 309.