En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los diecisiete días del mes de octubre del año dos mil catorce, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial con asiento en Trelew, integrada por los doctores Omar Florencio Minatta, Flavia Trincheri y Rafael Lucchelli, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"M., M. E. p.s.a. homicidio r/víctima N. R." (Carpeta 4.457 OJ Tw – Legajo 42.651 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación interpuesta por los Dres. R. P. C. y C. A. C. contra la sentencia nro. 222/14 OJ Tw dictada en fecha 16/05/14, por la que se condenara a M. E. M., a la pena de doce años de prisión, accesorias legales y costas, en orden al delito de homicidio simple en el carácter de autor, acaecido el día 17 de noviembre del año 2012 en esta ciudad y en perjuicio de N. R..

La Defensa del Sr. M. E. M. en su presentación escrita y que ratificara en el transcurso de la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 02/10/14 en la sede de este tribunal, fundó sus agravios en la arbitrariedad que importa el fallo que cuestiona, toda vez que no se han respetado las reglas de la sana crítica racional al haberse valorado en forma errónea y parcial la prueba producida en el debate para descartar sin más el encuadramiento que su parte efectuara de la conducta de su asistido, legítima defensa de un tercero o en su defecto, exceso en la legítima defensa (art. 34 inc. 7 y 35 del C.P.

En tal dirección criticó la validación que el Tribunal *a quo* efectuara del acta que se labrara en la oportunidad en que el Sr. M. fue aprehendido, dándose cobertura así a la conducta desplegada en la oportunidad por el Sr. M. F., su hijo F. y el Oficial de Policía, P.; conductas éstas que se procuraron justificar en el marco de una aprehensión privada, siendo que así se la mencionó en el citado instrumento y que conforme a los testimonios de los F. quienes sostuvieron haberlo buscado

a su asistido hasta dar con su dirección con la intención de lastimarlo, en modo alguno permite ingresar sus conductas en las pautas que sí le dan legitimidad a la aprehensión por parte de los particulares conforme lo estatuido por el art. 217 del C.P.P., cuyo sustancial presupuesto es la inmediatez y en el caso, dicha aprehensión sucedió dos horas aproximadamente mas tarde del evento investigado. Por ello, concluyó que la aprehensión que se efectuara de su asistido resultó violatorio de las garantías constitucionales que prescribe los arts. 18 de la CN, 49 de la C.CH y 20 y 217 del C.P.P., resultando nulo de nulidad absoluta el acto que cuestiona con los alcances que ordena el art. 164 del rito.

En segundo término, sostuvo que en el sistema acusatorio, adversarial que impera en la provincia, importa tanto como sostener que la prueba mensurable, la que debe ser valorada para la solución del caso resulta ser la que se incorpora; cuestión que entiende no se cumplió en el proceso, toda vez que el Ministerio Público Fiscal al momento en que se le requirió cuál prueba se debía incorporar, solamente señaló dos: el acta de la cadena de custodia de secuestros y el acta de la audiencia preliminar. Que sin perjuicio de ello, los Jueces sentenciantes valoraron prueba no incorporada en la forma que lo prescribe el rito, lo que también dice de arbitrariedad del pronunciamiento condenatorio.

Asimismo, señaló que se agravian del rechazo de encuadrar el accionar de su pupilo bajo la modalidad de la legítima defensa de un tercero, cuando su concurrencia surgía de las testimoniales producidas y que contrarían sustancialmente al Tribunal quien señala a su asistido como ofensor y agresor.

Que de los dichos de los testigos presenciales, destacó, se pudo concluir que ocurrió una batalla campal, bandas contra bandas, autos rotos, el personal de local bailable “R.” refirió a la excitación de todos los jóvenes que participaron en el conflicto y la violencia

que los mismos desplegaban, reconociendo los amigos de la víctima que varios agredían a uno, eventos de los cuales, señaló, no participó el Sr. M.. En este aspecto, precisó que su asistido al momento que N. R. agredía a G. A. en la oportunidad en que este interviniera para separar en una pelea que protagonizara el propio N. R. con terceros, su cliente no se encontraba en el lugar, dado que había ido a buscar el vehículo de su amigo, conforme así lo declarara P. M., amigo de la víctima y que, en la segunda pelea que protagonizan R. con A., quien se bajara de su vehículo porque lo habían impactado con una piedra, tampoco participó su asistido, sino que lo hizo con el objeto de acudir en defensa de G. A. quien era golpeado por la víctima.

Que, la conducta de su cliente fue la de acudir en auxilio de su amigo G. A. y no como concluyera el tribunal, con dolo de matar, sino de defenderlo de una agresión de la que no había participado previamente conducta que ingresa en el tipo del art. 34 inc 7 y en su defecto, el art. 35 del C.P.

Por último y para el supuesto de no prosperar la nulidad deducida, o no compartirse que la conducta de su asistido ingresó en la causal de justificación que prescribe el art. 34 inc. 7 o en su defecto, el art. 35, ambos de Código Penal, sostuvo como último agravio que la pena concluida por el tribunal sentenciante -12 años de prisión-, se corresponde con una valoración desproporcionada de circunstancias consideradas como agravantes, denotando la arbitrariedad de aquel monto punitivo, el no haber mensurado debidamente que su asistido no cuenta con antecedentes penales y que no tuvo dolo de matar. Hizo Reserva del Caso Federal.

Por su parte el Ministerio Público Fiscal, en su responde que oralizara en la audiencia del 02/10/14, sostuvo que la sentencia resulta debidamente motivada, basada en las reglas de la sana crítica racional y ajustada a derecho por lo que requirió que la sentencia recurrida sea confirmada en todos su términos.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Omar Florencio Minatta, Flavia Trincheri y Rafael Lucchelli.

El juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. La defensa impugna la sentencia condenatoria, sosteniendo que ella valora prueba ingresada ilícitamente al proceso, amén de efectuar una errónea estimación de los elementos probatorios en la exclusión del exceso en la legítima defensa .

2. Así, en primer término, pide la nulidad del acto de privación de libertad del imputado, la cual debe rechazarse de plano, toda vez que no se observa el perjuicio que ello le acarreó al imputado, especialmente porque no tiene tal acto absolutamente ninguna influencia cargosa sobre su situación procesal. Dicho esto sin perjuicio de que la golpiza feroz a la que fue sometido el imputado en el momento de la aprehensión, debe contarse como dolor a descontar del monto de la pena, como pena natural parcial sufrida, sin duda.

3.Respecto de la incorporación de la prueba, tampoco se observa que se haya violado garantía constitucional alguna, ya que la prueba material ingresada lo hizo a través de los testigos y peritos correspondientes, es decir, a través de la forma o manera de ingresar tal prueba al juicio. En este orden corresponde recordar que la prueba material- léase documentos, objetos, rastros, etc.- ingresan al proceso junto a los testigos y/ o peritos que la contextualizan y le dan un significado, pues de lo contrario nadie se explicaría de que se trata, pues tales materialidades no hablan. Amén de ello, obsérvese que la supuesta irregularidad no entorpeció el libre juego del contradictorio, ya que la defensa no solo pudo efectuar preguntas, aclaraciones, sino criticar en forma concreta y efectiva los elementos cargosos de la otra parte, por lo que el derecho de defensa en juicio

permaneció intocable en el punto, por lo que también tal agravio deberá desecharse.

4. Sí lleva razón la defensa en cuanto a que la sentencia efectúa una valoración de las probanzas en un sentido erróneo, toda vez que de la información producida en el debate surge la duda, al menos, de que existió legítima defensa. Para llegar a esta conclusión recordemos que existen cuatro reglas para reconstruir la verdad fáctica en el proceso que tratan de asegurar la máxima certidumbre posible, de las que nos interesan aquí sólo dos de ellas. La primera, pregona que las hipótesis acusatorias, para que sean aceptadas como verdaderas, deben estar confirmadas por varias pruebas coherentes con ella, lo que significa que todos los datos probatorios deben conducir a la misma conclusión, lo cual parece cumplirse aquí en primer término. Sin embargo, la segunda garantía nos exige que no haya contrapruebas, es decir, que las pruebas de la acusación no sean refutadas en forma probable por la defensa, bastando solo que una de ellas sea razonable y posible para que pueda destruir la certeza de la acusación. *(Cfr. Ferrajoli, Luigi; Derecho y Razón, Ed. Trotta, Madrid, España, 1995, pags. 147/152).* Creemos que bajo este último prisma debe analizarse este caso, pues adelantamos que del cuadro probatorio rendido no puede determinarse con certeza la inexistencia de la legítima defensa, por lo que, corresponderá declarar que existe la posibilidad de que así haya ocurrido, por lo que debió decidirse en este sentido, aunque agregando el exceso. Recordemos que para las justificantes y atenuantes la duda sobre su existencia o inexistencia, se resuelve por la primera, toda vez que la falta de certeza sobre los hechos imputativos llevan a desincriminar, en tanto la falta de certeza en cuanto a las eximentes llevan a afirmarlas.*(Cfr. Maier; Julio B.J.; Derecho Procesal Penal, TI, Ed. Del Puerto, Bs As, 1996, pag. 500)*

5. Entrando a la valoración concreta de los datos probatorios producidos, puede observarse un cuadro fáctico comprensivo de una agresión ilegítima por parte de la víctima y sus amigos hacia el señor G. A., amigo del imputado y respecto del cual éste saliera en su defensa. Así, de varios testimonios surge sin hesitación alguna la actitud de sistemática violencia de la víctima para con varias personas esa noche, pues no solo golpeó y discutió en dos oportunidades con A., sino también con otras personas que había dentro del boliche, a tal punto que tuvo que ser expulsado del mismo por incidentes, lo cual tampoco le sirvió de escarmiento, pues siguió la gresca afuera del local. Inclusive, según el mismo testimonio de F., cuando se había ya terminado una de las peleas, tuvo que decirle a la víctima que ponga fin a las agresiones con las palabras "..ya está.. ya está", pues quería seguir pegando, que se corresponde con los testimonios de M. en cuanto a que a la víctima no le gustaba ser basureada, todo lo cual hace a conformar un cuadro sobre el carácter y personalidad de la misma, amén de las actitudes y comportamientos anteriores, ya que no era la primera vez que se metía en problemas, sino que existían antecedentes de riñas en otros boliches y con otras personas. Si a esto le agregamos el estado de excitación y nerviosismo que padecía la víctima- y todos los protagonistas de los hechos violentos-, producto también quizás de estimulantes legales e ilegales, no puede descartarse seriamente con certeza la versión de A. en cuanto a que fue agredido, en la última reyerta, con una piedra u otro objeto por parte de Rodríguez mientras transitaba con su coche y se dirigía a su casa, lo cual motivara, como lo expresa el agredido, el descenso del coche para pedirle explicaciones, circunstancia en que fue inmediatamente golpeado, trenzándose a golpes de puño ambos. Como resultado de esta pelea, en un principio se cae A. y R. cae encima, golpeándose mutuamente, hasta que aquél siente un dolor en el brazo, producto de una de las puñaladas que

repartiera el imputado en forma serial y descontrolada y que motivara, además, el deceso de R.. En este cuadro, la situación de necesidad de la defensa no es irrazonable, puesto que estamos hablando de un agresor de estimable altura y volumen corporal respecto de A., pues aquél medía un metro con ochenta centímetros y pesaba ochenta y cinco Kilos , contra casi quince centímetros menos de A., pero sobre todo por la pobre musculatura del agredido, tal como lo deja entrever el mismo personal de seguridad del boliche, Sr. S., conocedor de riñas callejeras, quien depone acerca de que los dos muchachos- refiriéndose a A. y al imputado- eran flaquitos, de un metro sesenta.

Todo lo anterior se puede construir en base a los testimonios de F., M., G., y del propio A., quienes son contestes en señalar las dos oportunidades de enfrentamiento entre éste último y R., así como las demás riñas de R. con otras personas dentro y fuera del boliche, una vez expulsado del mismo, quienes, a su vez, deponen, repetimos, sobre la personalidad, estatura y demás actitudes de la víctima, como sobre la posibilidad de estimulantes. No corresponde entrar en detalles sobre lo narrado por cada uno respecto de las peleas, puesto que en la mayoría de los extremos que relatan, nadie los discute. Al contrario, son contestes las partes de que se trataba de una riña generalizada y que ella se iba reanudando en forma constante ,a medida que no había policías o patovicas que los separen. Por esto sólo corresponde analizar el punto concreto de debate, es decir, si A. fue o no agredido en forma ilegítima en la última pelea. En este sentido, ni F., ni M. ni G. –parientes y amigos de la víctima- hacen alusión a que R. haya arrojado alguna piedra u otro objeto hacia el coche de A. que motivara el frenado y posterior descenso del coche para pedir explicaciones y ser inmediatamente agredido. Sin embargo, no es irrazonable- muy por el contrario- concluir en que ello es perfectamente posible por las mismas actitudes y comportamiento anteriores de

Rodríguez, explicándose la falta de percepción de los testigos, tanto por el estado excitación y nerviosismo que embargaba a todos, como, en su caso, por la circunstancia mas que comprensible de que no quieren perjudicar el recuerdo de su amigo fallecido. Vuelvo a recordar aquí con que basta que fuera probable y razonable que ello fuera así- no se requiere certeza para una eximente- para darlo por cierto, a lo que hay que agregar, a fuer de ser abundantes en la merituación, la misma actitud posterior al hecho de la víctima, mofándose y jactándose de que no le habían hecho nada, para luego caer inmediatamente desvanecido. En suma, repetimos que basta con la posibilidad de que el extremo de la agresión ilegítima sea cierto para darlo por tal, por lo que no estamos afirmando con certeza que ello fue así, sino que nos encontramos en el extremo con un estado de duda que favorece al imputado, lo que lleva a declarar, como ya dijimos, su existencia.

6. Si lo anterior es así, hay que dar por acreditada la agresión sin derecho, es decir, la voluntad lesiva sin ningún sustento legal por parte de R. a A., sin que haya provocación suficiente por parte de éste. Ante esta situación de necesidad- toda vez que el Estado no podía llegar a tiempo y en forma eficaz para proteger los derechos del agredido- el imputado sale en defensa de su amigo, repeliendo el ataque mediante una conducta violenta consistente en dar seis puñaladas, una de las cuales hirió al propio agredido y las otras dieron en la humanidad del agresor, logrando así dar por terminado el entuerto. En este caso, lo que hay que valorar es si el medio utilizado fue racional en el caso concreto, pues si estamos a la sola evidencia del cuchillo, está claro que es racional, ya que se trata de un cuchillo de cocina común y corriente. Sin embargo, hay que ponderar el modo de utilización del medio estrictamente racional de un cuchillo de cocina, el cual *ab initio* aparece mas que razonable para repeler un ataque de una persona de un metro ochenta y ochenta

y cinco kilos contra otra persona flaquita, de mucho menor altura. Sin embargo, lo que comenzó siendo razonable por las circunstancias, luego devino irrazonable pues el imputado siguió agrediendo con el mismo instrumento y modalidad, cuando ya no había más agresión, lo cual configura, claramente, lo que se denomina exceso. Advirtamos que el exceso no es para nada una conducta culposa, al contrario, sigue siendo dolosa, solo que la magnitud del injusto es menor, toda vez que es menos antijurídica la acción que comienza estando justificada y termina siendo antijurídica, que aquella que siempre fue antijurídica de cabo a rabo. *(Cfr. Zaffaroni- Alagar- Slokar; Derecho Penal, Ediar, Bs As, 2000, pags. 615/616).*

En suma, de todo lo anterior surge con claridad la falta de certeza en cuanto a la inexistencia de legitima defensa, lo cual impide, obviamente, tenerla por descartada y afirmar con certeza lo contrario. Es por ello que corresponde, a nuestro juicio, revocar la sentencia en el punto y declarar que el imputado actuó con exceso en la legítima defensa de un tercero.

7. No obstante lo anterior, me expresaré sobre el monto punitivo, pues estimo que, en caso de confirmación, deberá rebajarse el monto de la pena al mínimo, por dos razones que estimo decisivas. Una porque deberá aceptarse, al menos, que estamos ante una situación cercana o semejante a la legítima defensa, lo cual rebaja considerablemente el grado de culpabilidad- ergo, el monto de la pena- y otra, porque necesariamente deberá descontarse el dolor sufrido por las lesiones que recibió por el hecho cometido, lo cual viene a actuar en el caso como si se tratara de una pena natural, llamada parcial por la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada. Así lo voto.

7. Por último, corresponde imponer las costas del proceso al acusado (arts. 239, 240, 241 y concordantes del C.P.P), y regular los honorarios profesionales de la Defensa técnica en la suma de VEINTE (20) JUS, por la

labor desarrollada en la presente etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII N° 4 –antes decreto ley 2.200).

La Juez Flavia Fabiana TRINCHERI dijo:

Realizada al inicio la reseñada de los agravios, paso sin más a emitir mi voto.-

1.- Trataré en primer lugar la cuestión referida a la incorporación de la prueba documental que fuera cuestionada por la defensa, adelantando que el agravio no tendrá acogida. Doy razones.

Los testigos que depusieron en el debate brindaron su explicación acerca de aquello que tuvieron conocimiento y conforme su ingerencia, ya sea a través de sus sentidos o técnicamente, formaron parte de la producción de tales instrumentos. Lejos está ello de vulnerar el derecho de la defensa del imputado, toda vez que tal evento no le causa perjuicio alguno.- Adviértase que esa parte, no expresó cual era su detrimento frente a este vicio.

En referencia a ello haré mención a lo que tengo dicho en los autos "B., E. s/ Denuncia Robo agravado s/ Impugnación" Expte. N° 02/2014 CPPM, Carpeta N° 3828 OFIJU donde postulé "*... Aquí el principio de la oralidad está en su máximo esplendor ya que las partes escuchan e interrogan al deponente acerca de sus fundamentaciones y conclusiones, a fin de rebatirlas, aclararlas o profundizando sobre ellas, trabando así el contradictorio y conformando en todo lo dicho por estos en la audiencia en relación a lo documentado oportunamente. El argumento de la Defensa busca agudizar en extremo la interpretación acerca de cómo deben ponderarse tales documentos tendiendo a quitar eficacia a lo hecho y documentado y luego expresado a viva voz en audiencia por quien depone. Cierto es que el Tribunal sobreabunda al decir que se trata de una incorporación por lectura prestándose a confusión lo actuado con la correcta interpretación de los Arts. 170 y 314 incisos 2 y 3 del CPP. Sin perjuicio de lo manifestado en la*

audiencia por parte del Tribunal, nada de lo hecho en relación a ello se encuentra viciado de nulidad como pretende la parte, la totalidad de las pruebas ponderadas fueron las recepcionadas durante el debate, por lo que debe desecharse el agravio impetrado por la Defensa."

Observo que en la misma línea ha sido rechazado por el Tribunal A Quo. Así surge del voto de la Dra. SERVENT al decir "Es indiscutible que el planteo nulificante no puede encontrar andamiaje positivo en el sistema procesal que rige en esta Provincia. Ello debido a que la prueba atacada fue incorporada al debate por cada uno de los testigos y peritos que declararon ante el Tribunal, tanto el informe médico de fs. 9, como la pericial genética, la autopsia y la pericia fotográfica entre otras. Todos aquellos sujetos se refirieron al conocimiento directo tomado del caso según sus particulares ópticas y, finalmente, ratificaron el contenido y reconocieron sus respectivas firmas estampadas en cada uno de los documentos; es más, también se utilizó el mismo procedimiento cuando personal de Policía Criminalística se refirió a cada una de las fotografías tomada y video filmaciones de los distintos lugares (lugar del hecho, allanamiento y requisa en la casa de A. y Ford Galaxy, lugar de aprehensión de M., secuestro de ropas, cuchillo, cámaras de monitoreo, etc.) (.....) Se trataría de un formalismo inexplicable y vacío de contenido agraviante de la Carta Magna en forma alguna."

En lo referido al primer punto del agravio, donde se plantea la ilegalidad de la aprehensión de M., compulsados que fueron los documentos y escuchados los audios del debate surge del testimonio del Sargento Primero O. P., que éste se encontraba con los familiares de la víctima en el Hospital, quienes habían averiguado el domicilio del agresor de Rodríguez y querían ir por él. Ante ello, decidió acompañar a M. F. y su hijo F. -tío y primo del occiso, respectivamente – y en el trayecto les explicó que era el personal policial quien

debía verificar el domicilio para luego pedir orden de allanamiento y detención del agresor.

El efectivo también refirió que luego de la explicación dada los nombrados, éstos se tranquilizaron, pero al arribar al domicilio y ver que M. llegaba al lugar en un remisse, cambiaron la actitud y *se exaltaron* manifestando F. F.: "*ese es el que mató a mi primo*". P. se dirigió hacia el vehículo con el propósito de demorarlo, ingresó al mismo, y tras él fueron los F. quienes comenzaron a tironear de M. intentando sacarlo del rodado, ante ello el uniformado -quien había alcanzado a colocarle una esposa-, se arrojó sobre M., quien yacía en el piso, para cubrirlo de la agresión, recibiendo también algunos golpes, a la par que arribaba al lugar refuerzo policial.

El testigo explicó el motivo por el que concurrió al lugar con M. y F. F., en pesquisa del ofensor y con el objetivo de persuadir a los familiares de la víctima de una posible represalia y fue una casualidad encontrar al imputado en esa oportunidad.

En esa línea es que fueron valorados por los sentenciantes los testimonios de M. y su hijo F. F. y del Sargento P., advirtiendo la suscripta que la Defensa busca infructuosamente disgregar los testimonios a fin de exculpar a su pupilo en el asunto por considerar una aprehensión ilegal, cuestión que en modo alguno afecta los derechos de M., quien ya estaba siendo buscado para su detención, la que de cualquier modo iba a acontecer en un corto tiempo, inevitablemente.

En consecuencia el viso de ilegalidad que pretende introducir el presentante, no es tal, no logra desvirtuar el razonamiento del A Quo, y conforme sostuvieron los Jueces del juicio, el procedimiento efectuado fue conforme a derecho. Así las cosas, corresponde no hacer lugar a la nulidad planteada (art. 164 contrario sensu y cctes. del CPP).

En cuanto a los agravios acerca que en la sentencia se vulneraron las reglas de la sana crítica racional, que existe una errónea valoración de la prueba y que es contradictoria en su resolución, he de decir que tales acometimientos no encuentran asidero.

Observo que los Jueces han ubicado a ambos imputados en la escena del hecho, esa noche, describiendo el rol que les cupo a cada uno – M. y el ahora absuelto A. – y ponderado los testimonios de aquellos que manifestaron haberlos visto allí, resultando concordantes las manifestaciones de L. G., F. F. y P. M., quienes al igual que el personal de seguridad de local bailable, ubicaron al imputado M, apodado *G.*, *R.* o *G.* en el lugar del hecho.

Los testimonios coincidentes de quienes acompañaban al occiso la aciaga noche, fueron adecuadamente engarzados con las restantes probanzas por los votantes para tener por acreditado cual fue el accionar del imputado, dando por tierra la posición exculpante de la Defensa de M., que pretende morigerar su disvaliosa conducta achacándole la legítima defensa de su amigo A..

Se consideró plenamente probado que la violencia desplegada por M. para con la víctima, se desató una vez que A. descendió del vehículo que manejaba al observar que iba caminando la víctima junto a sus amigos F., M. y G. con el solo objeto de invitarla a pelear mano a mano, empezando la gresca entre ambos, la que fue observada con claridad por los acompañantes.

Es ahí cuando el imputado bajó del rodado munido de un cuchillo – que a la postre fue secuestrado y exhibido en el debate – y apuñaló por la espalda a R. al menos en cinco oportunidades, lastimando también en su arremetida a A., tras lo cual ambos se retiraron del lugar advirtiendo el imputado a L. G. que *no dijera nada*.

No se observa que haya existido por parte de los Jueces arbitrariedad alguna en la valoración de las pruebas arrimadas al juicio; sino por el contrario los

Judicantes han ido desgranando las probanzas, concretamente los testimonios de quienes presenciaron el evento sumando a ello las pericias científicas de ADN, certificados de los galenos intervinientes, pruebas criminalísticas e informe de autopsia, que los llevan a concluir con certeza que M. pudo tener otra actitud ante los acontecimientos, escogiendo el feroz ataque que produjo la casi instantánea muerte de R.. El acometimiento por la espalda no solo fue observado por los testigos indicados sino también por el empleado de seguridad N. G. M..

Así concluyeron sin vicios en la logicidad de sus razonamientos conforme las reglas de la sana crítica racial, que M. atacó a la víctima en forma violenta por la espalda esgrimiendo un cuchillo de cocina que impactó mortalmente en la humanidad de Rodríguez. En esa inteligencia es que postulo el rechazo del agravio respectivo.

Resta ahora examinar la subsunción del hecho en el tipo penal escogido. Así, el plexo probatorio analizado por el Tribunal de Juicio y la escucha del audio respectivo me llevan a colegir que la calificación legal del acontecimiento es la que corresponde.

Es dable señalar que la legítima defensa de M. a su amigo A. fue postulada por la Defensa del nombrado en su alegato de juicio y analizado concienzudamente y descartado por los Jueces en forma unánime.

El instituto en cuestión tiene como requisitos esenciales para su existencia y procedencia tres condiciones: agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla y falta de provocación suficiente de parte de quien se defiende. Vale la pena destacar que, en lo que respecta a la legítima defensa de un tercero, sólo son necesarios los dos primeros requisitos mencionados y aquí se encuentra demostrado que A. no fue el centro de una agresión antijurídica. Inclusive, en el supuesto que el hoy absuelto hubiera sufrido una ofensa de esa naturaleza,

no existió racionalidad en el medio empleado, supuesto que habilitaría la causal de justificación invocada por la defensa.

Surge de autos y de los dichos de los testigos, que el imputado descendió del rodado, ante la pelea a golpes de puño de la víctima con A., blandiendo un cuchillo en la mano. No existió en primer lugar agresión ilegítima de parte de la víctima hacia A.. Si bien éstos anteriormente habían tenido un altercado, el mismo ya había perdido actualidad y ambos se habían retirado. La reyerta fue instalada nuevamente por A. al bajar del vehículo invitando a R. a una pelea mano a mano.

La aparición en la escena de los hechos de M., cuchillo en mano, habla a las claras de la existencia de un medio de ataque desproporcionado que en nada cumple con la necesidad racional del medio que debe utilizarse en el instituto traído al caso por el impugnante. No se da en el caso que nos ocupa, claro está, exceso en la legítima defensa, de un tercero, para el caso, si antes no se transitó el instituto en cuestión, por lo que sostengo que he de rechazar el agravio vertido por considerar que el accionar del encartado en este evento, se subsume en la calificación legal de homicidio simple.

Al respecto es menester corroborar la completitud del elemento subjetivo del tipo endilgado – homicidio – el que al decir de la doctrina debe exteriorizarse a través de acciones inequívocas que lleven al intérprete a afirmar que la finalidad o intención del sujeto activo haya sido producir el resultado muerte a la víctima en tanto que el elemento objetivo debe necesariamente haberse completado, como es el caso que aquí nos ocupa.

Surge del escenario señalado que M., conociendo el poder ofensivo del arma blanca que portaba, no dudó en asestar al menos cinco puntazos en el cuerpo de Rodríguez quien se encontraba en un estado de indefensión, de espalda, que de modo alguno iba a poder repeler su agresión proporcionadamente. Ello evidencia que el

designio del incuso estuvo direccionado a concluir con la vida de la víctima.

Las pruebas aportadas, tal como surge de los fundamentos dados por los Juzgadores, permiten llegar a la certeza que esa y no otra fue la intención de M. en ese momento, no sólo por el poder vulnerante del arma que poseía, sino por la repetición de las estocadas, la dirección que le imprimió a las mismas, y la situación en que se encontraba la víctima, de espalda y desprovisto de elemento alguno que sirviera de protección a las agresiones de su atacante.

Dicho esto, y avanzando en el examen, cabe señalar que más allá de las consecuencias que en el organismo de una persona pueda tener la herida infringida, no es posible eludir la conclusión, acerca de que la conducta era apta para ultimar la vida, por lo que no resulta admisible el argumento de la falta de intención de matar que esgrime la defensa técnica del imputado, ya que en la pieza *sub examine* no se utilizaron afirmaciones dogmáticas, sino que se analizó el comportamiento considerado objetivamente, analizadas las circunstancias que rodearon el evento, que demuestran cuál fue el fin de dicho accionar, logrando el resultado fatal que produjo el óbito de Rodríguez momentos después.

En efecto, diré que la argumentación fáctica ponderada por el A Quo, obedece a la tipificación penal escogida, por lo que considero que M. debe responder por el delito de homicidio simple. Así lo voto.

En lo que concierne a la individualización de la pena, a decir de Patricia Ziffer, el juicio da base a las decisiones jurisdiccionales emitidas fundadamente por los magistrados, entendiéndose que la construcción dogmática está sujeta a reglas y que éstas determinan la interpretación de los argumentos escogidos en su cuantificación.

Corresponde entonces ahora analizar si los votos cuentan con la motivación y argumentos bastantes y si su elaboración se condice con las pautas mensurativas

ordenadoras, que por cierto no obedecen a un mero cálculo sino que se desprenden de datos ónticos que deben ser sopesados a fin de componer la sanción.

En primer lugar, evalúo como correcto el razonamiento efectuado respecto de los atenuantes considerados, a los que me remito y no reseño nuevamente a fin de no sobreabundar.

Ahora bien, en relación a las circunstancias agravantes, encuentro desajustada la ponderación acerca de la edad de la víctima que realizan los votantes SERVENT y PIÑEDA. Así, la Magistrada sostiene *"... era un joven padre ..."* vid. Fojas 254 y el último, a fojas 287 /vta : *"... la escasa edad de la víctima veintiún años de edad ..."* . Sí con acierto el Juez DI BIASE en relación a ello expresa *"... la vida tiene un valor intrínseco independientemente de la edad de la persona... por lo que la muerte tiene la misma significancia en este aspecto tanto sea de un niño de corta edad, como de un adulto mayor..."* .

El valor de la vida humana como bien jurídico protegido no resulta conmensurable o de algún modo medible, pretender lo contrario significaría afirmar que la ley penal proporciona mayor tutela a aquellas personas con mayor expectativa de vida, que con respecto a otras y que el homicidio de una persona joven sería una lesión más grave que el de una persona mayor lo que resulta a todas luces inaceptable. Así lo ha señalado Patricia S. ZIFFER en Código Penal de David BAIGÚN y Eugenio R. ZAFFARONI, T. 2 parte General. Pág. 73/74, al comentar los arts. 40 y 41 del CP al decir: *"Con respecto a la posibilidad de formular distinciones relativas a la persona de la víctima, sólo pueden delinearse algunas pautas generales. Las cualidades personales de la víctima pueden ser relevantes para valorar adecuadamente el grado de daño asumido por el autor. Pero no todos los tipos penales permiten considerare la calidad de la víctima en el mismo sentido. Así, por ejemplo, en los delitos patrimoniales no resulta en modo alguno indiferente la*

capacidad económica de la víctima. En cambio, en los delitos contra las personas esta circunstancia carecerá de toda relevancia. El carácter incondicional de la protección de la vida restringe fuertemente la posibilidad de valorar las condiciones de la víctima ...".

Por lo dicho, quitándole el mérito que efectuaran respecto de los tópicos que agravan la pena y teniendo en consideración los demás aspectos valorados por el A Quo y el segmento punitorio establecido por la demanda acusatoria y el mínimo del delito enrostrado, esto es, ocho y doce años, estimo procedente y justo, reducir la pena hasta los ONCE años.- Así lo voto.

Por último, adhiero al monto que el colega preopinante ha fijado a los honorarios de los Señores Defensores de confianza del imputado M..

El Juez Rafael Lucchelli dijo:

Omitiré realizar la indicación de los agravios formulados por la Defensa, en atención a la prolija enunciación de los mismos que se encuentra al comienzo de esta sentencia, a cuyos términos me remitiré.-

Comenzaré con el abordamiento de las nulidades impetradas por el Defensor de confianza de M. E. M..-

Haré en primer término un introito acerca del alcance de las nulidades. La nulidad como sanción procesal, de acuerdo a lo consagrado por nuestra Constitución Provincial debe ser interpretada en forma restrictiva, vale decir, la regla establece que los actos procesales son válidos y sólo excepcionalmente pueden ser declarados ineficaces. En ese sentido ha fallado la Corte Provincial en sentencia fechada el 21/08/08 en autos "P., A. D. s/ Robo agravado por el uso de arma de fuego" (Expte. N° 20.20.955 – folio 7 – tomo II – letra P – Año 2007), a saber: "*... en materia de nulidades debe andarse con cuidado. Los Tribunales han expuesto reiteradamente que esta sanción procesal es último recurso y que se debe atender tanto a la letra de*

la ley aplicable en la materia cuanto a la efectiva vulneración del derecho que la irregularidad implica. En otras palabras. La nulidad está apareada a la expresa determinación de la norma y, fundamentalmente, al efecto pernicioso del acto sobre concretos derechos de quien o por quien se reclama, ya que no hay nulidades en solo beneficio de la ley o nulidad por la nulidad misma." Del voto del

Señor Ministro Dr. PFLEGER.-

Tengo dicho en autos "C., A. y otro p.s.a. Homicidio agravado s/ Impugnación" Expte. N° 01/2012 CPPM, Carpeta N° 2.620 OFIJU *".... , no cuidamos las formas procesales por el mero ejercicio de un ritualismo anacrónico. Lo hacemos porque dentro de dichas formas se encuentran aseguradas el conjunto de garantías que nos permiten convivir en libertad. Así, resulta esclarecedor lo dicho por Ihering cuando señala que: "...aunque la libertad, por dar el más libre vuelo a la libertad, y la forma, por reducirla desde el punto de vista formal, parecen contradictorias, están, sin embargo, en dependencia mutua y relación oculta (…)El pleno auge de la idea de libertad coincide con el reinado tiránico de la forma (…) Enemiga de la arbitrariedad, la forma es hermana gemela de la libertad"(von Ihering: "El espíritu del derecho romano", de la edición abreviada realizada por Fernando Vela, para la Revista de Occidente, Madrid, 1962, p. 284, citado por Alberto Binder, op.cit., pág. 35). Cuando una garantía constitucional, encerrada en una forma procesal, se ve vulnerada, es tarea de los jueces, aún de oficio, declarar la invalidez del acto que se ha realizado inobservando las reglas que nuestra Constitución establece. Este es el medio que contamos para hacer prevalecer la garantía quebrantada. Sin embargo, la declaración de nulidad, junto con los alcances que se le acuerda a la misma, debe ser ponderada con suma prudencia. Dado que si se administra este remedio procesal de forma desaprensiva, lejos de ayudar a vivificar el proceso, lo mataría. Ese es el espíritu*

que anida en nuestra Constitución Provincial, cuando establece que las sanciones procesales deben ser interpretadas restrictivamente (Artículo 44, cláusula II, C. Ch). Del mismo modo, esta regla es reproducida en nuestro Código de Procesal Penal (Artículo 31 C.P.P.).-

En primer término, el impugnante solicita la nulidad de la detención de M.. Este pedido no puede tener acogida favorable, toda vez que no se observa, en esta instancia, de qué manera pudo dicha medida influir negativamente en la posterior condena del nombrado.

El impugnante señala en su libelo que "...Un acto ilegal como el puesto en crisis no se puede sanear como pretenden los Sres. Jueces del tribunal con el pueril argumento de que se hubiera llegado al mismo resultado que en un cause normal...".-

Nada de pueril tiene este argumento. El segundo párrafo del artículo 46 de nuestra Carta Magna Provincial, establece la regla de exclusión probatoria y la teoría del fruto del árbol envenenado y como excepciones a las mismas, la fuente independiente y el descubrimiento inevitable. Vale decir, es ajustado a derecho, ponderar que se hubiera llegado al mismo resultado en un cause normal, por lo que la sanción procesal solicitada debe ser rechazada.-

Con relación a la segundo pedido de nulidad solicitado por la defensa, en cuanto a la valoración de prueba que ha sido ingresada irregularmente al proceso, debo decir en primer término que no se observa que en dicho trámite se haya violado regla constitucional alguna.-

Es particularmente clara en su sufragio la Dra. Servent cuando afirma que: "...*Es indiscutible que el planteo nulificante no puede encontrar andamiaje positivo en el sistema procesal que rige en esta Provincia. Ello debido a que la prueba atacada fue incorporada al debate por cada uno de los testigos y peritos que declararon ante el Tribunal, tanto el informe médico de fs.9, como la pericial genética, la autopsia y*

la pericial fotográfica entre otras. Todos aquellos sujetos se refirieron al conocimiento directo tomado del caso según sus particulares ópticas y, finalmente, ratificaron el contenido y reconocieron sus respectivas firmas estampadas en cada uno de los documentos; es más, también se utilizó el mismo procedimiento cuando personal de Policía Criminalística se refirió a cada una de las fotografías tomadas y video filmaciones de los distintos (lugar del hecho, allanamiento y requisa en la casa de A. y Ford Galaxy, lugar de aprehensión de M., secuestros de ropas, cuchillo, cámaras de monitoreo, etc). Es en tal sentido que ha sido claro este Tribunal en el momento del veredicto cuando dijo que no se puede decir- como pretende la defensa-, que no se ha observado la prueba que momentos antes fue exhibida y descripta en el marco de la audiencia de juicio...".-

Por ello, toda vez que la prueba –que se critica- ha sido debidamente incorporada al debate a través de los testigos y peritos que depusieron en el mismo, dándole estos su real alcance, habiendo podido la defensa confutar dichos testimonios, entiendo que no se ha violado regla constitucional alguna que amerite la sanción procesal propuesta. Así lo voto.-

En la sentencia impugnada, ha quedado acreditado con el grado de certeza requerido que M. E. M., en un horario aproximado entre las 04:00 hs. y las 05:00 hs. del día 17 de noviembre de 2012, en calle Julio A. Roca –entre Rivadavia y Belgrano- de esta ciudad de Trelew, dio muerte a Nicolás Rodríguez al asestarle cinco puñaladas con un arma blanca que portaba. Que minutos antes, y en cercanías del local bailable "R.", el imputado en compañía de M. G. A. y ambos a bordo de un automóvil marca Ford modelo Galaxy, conducido por este último, detuvieron la marcha y descendiendo del mismo se dirigieron a la víctima con intenciones de agredirlo. Se trenzaron a golpes de puño, siendo separados por personal de seguridad y funcionarios policiales que se hallaban

cumpliendo tareas adicionales; lejos de desistir en su conducta agresiva regresaron al vehículo e interceptaron a la víctima nuevamente en calle Roca a escasa distancia de la puerta de seguridad del boliche bailable. Descendieron ambos sujetos, y comenzó una pelea que tuvo como protagonistas a N. R. y M. G. A., propinándose los jóvenes golpes de puño. Los contendientes se encontraban en el piso, estando R. arriba de A. La circunstancia apuntada fue aprovechada por M. E. M., quien blandiendo un cuchillo, tipo de cocina, con hoja serrucho y mango de madera, se acercó a la víctima y le infirió varias puñaladas sobre su espalda y el costado izquierdo del cuerpo, hiriéndolo mortalmente. Acto seguido, los agresores huyeron a bordo del Ford Galaxy, arrojando previamente M., el arma homicida en el lugar de los hechos, que fue secuestrada por personal policial.

La Defensa considera que la conducta de su pupilo estuvo amparada por la causa de justificación establecida por el artículo 34 inc.7° (legítima defensa de un tercero) o, a todo evento, señala que habría existido un exceso en dicha defensa.-

Entiendo que los sufragantes, motivada y fundadamente, han explicado que M. G. A. no fue objeto de una agresión ilegítima.

Aun cuando se pudiera sostener, favor rei mediante, que existió una agresión ilegítima por parte de la víctima, nunca se podría afirmar que existió una necesidad racional del medio empleado, conforme lo exige el apartado segundo del artículo 34 inc. 6°, para que se pueda configurar la causa de justificación esgrimida. Fundamento.-

La doctrina nacional (Zaffaroni, Núñez, Fontan Balestra, Creus)cuando habla de "medio empleado" no indica sólo un instrumento sino todo género de acciones u omisiones empleadas en la defensa. En esa senda, se puede señalar que M. ha violado en forma ostensible el principio de menor lesividad que rige en la materia. Así, Mathieu indica que: "*Este principio impone al defensor*

emplear el medio menos lesivo, de entre los igualmente idóneos a su alcance, para repeler inmediatamente la agresión. Según este principio, medio necesario sería sólo uno, entre varios idóneos para rechazar el ataque. LUZÓN PEÑA habla del principio del "medio idóneo menos lesivo" y JESCHECK del principio del mayor respeto posible al agresor(...)El concepto de menor lesividad abarca criterios de economía y eficiencia, analizados desde un punto de vista empírico, según las circunstancias de la situación concreta. El juicio de idoneidad del medio hace referencia al efecto "como mínimo" necesario para eliminar o atenuar el perjuicio del ataque; y el principio de menor lesividad trata de fijar el "límite superior" de la defensa permitida que sea suficiente para acabar definitivamente con la agresión. La defensa permitida se sitúa exactamente en el punto de intersección de una conducta, por una parte ya suficientemente eficaz y, por otra parte, permaneciendo en el marco de lo necesario..." (Conf. Mathieu, Bautista, "La necesidad racional del medio empleado en la legítima defensa", Ed. Fabián Di Plácido, pags.43/45).-

En esa senda se ha expedido la sufragante en primer término, cuando señala diversos cursos hipotéticos menos lesivos que hubieran podido conjurar la agresión: "*...se impone recordar que M. previo a tomar el cuchillo, golpear a quien lo quiso detener y apuñalar cinco veces a la víctima, tuvo la posibilidad tanto de tocar bocina para llamar la atención, llamar a la policía por el celular, de convocar a los patovicas que sabía ya habían intervenido y estaban a metros, de golpear o patear a Rodríguez, o aún en un exceso, aplicarle una estocada hasta que soltara a su amigo para salir ambos del lugar. Pero ninguna de ellas fue la opción elegida por el imputado porque aún cuando A. se alejó de la escena de la pelea sorprendió por la actitud de su compañero, él continuaba asestándole las puñaladas mortales...*".-

Ponderando ex ante la conducta desplegada por el condenado, considero que el medio elegido para defender a A. fue irracional. Por ello, la misma nunca estuvo encuadrada en la legítima defensa de un tercero.

Así las cosas, dado que la conducta de M. nunca estuvo subsumida en lo normado por el artículo 34 inc. 7° del Código Penal, resulta imposible, a mi juicio, entender que se pudo haber excedido en la misma.-

Por ello, es justo que su conducta sea subsumida en la figura de Homicidio Siumple (artículo 79 del C.P.). Así lo voto.-

Con relación a la cuantificación de la pena, entiendo que los atenuantes han sido correctamente abordados por los sufragantes.

En ese sentido se ha mensurado su joven edad; que fueron escuchados sus padres M. V. B. y L. A. M., quienes manifestaron el dolor de la familia por todo lo acontecido, destacando que su hijo es trabajador y apegado a su familia. También se ha valorado las disculpas vertidas por el condenado al finalizar el juicio.-

Se ha tenido en cuenta correctamente como agravante la naturaleza de la acción, en especial el estado de indefensión de la víctima que se encontraba de espaldas cuando sufrió los ataques de M..

Sin embargo, entiendo que los Magistrados Servent y Piñeda han valorado incorrectamente la extensión del daño causado. Es decir, la circunstancia que la víctima fuera joven; la situación de afectación familiar tanto en la faz emocional como económica.-

En ese sentido concuerdo con el Juez Nieto Di Biase en cuanto a que “la vida tiene un valor intrínseco independientemente de la edad de la persona. No existe más o menos valor de la vida en función de la edad, por lo que la muerte tiene la misma significancia de este aspecto tanto sea un niño de corta edad, como de un adulto mayor.”

En ese sentido señalo que, en esta rama del derecho, el valor vida está intrínsecamente ligado al concepto de dignidad. Decimos que hombre es digno porque está más allá de todo precio. Si bien su vida es valiosa, al ser medida de valor no se la puede cuantificar. Por eso, es incorrecto valorar las condiciones personales de la víctima para achacárselas al victimario. Más aún, si alguien pensara que ello es posible, se debería demostrar que estas circunstancias eran conocidas por el victimario, cosa que en este caso no fue probado y consecuentemente no puede achacársele tal circunstancia.

Por ello, considero ajustado a derecho disminuir la pena a once años de prisión, accesorias legales y costas. Así lo voto.-

Con relación a la fijación de los honorarios profesionales concuerdo con lo postulado por el primer sufragante, en atención a que su postulación se adecua plenamente a la ley que regula el asunto.-

Por lo que se dio por culminado el Acuerdo, pronunciándose por mayoría el siguiente:

FALLO:

I) Rechazar parcialmente la impugnación ordinaria deducida por la Defensa de M. E. M., a cargo del Dr. R. P. C. con costas (Art. 385, 239, 240, 241, y ccdtes. del CPP)

II) Confirmar parcialmente la sentencia N° 222/14 OJTW dictada en fecha 16 de Mayo de 2014, modificando la pena impuesta a M. E. M. y fijando la misma en once años de prisión (art. 79 y 45 del C.P.) por el hecho cometido el día 17 de noviembre de 2012 en esta ciudad, en perjuicio de Nicolás Rodríguez.

III) Regular los honorarios profesionales de la Defensa Particular de M., por su actuación en esta etapa, en la suma de veinte (20) JUS (arts. 5, 6 bis, 7, 13 y 14 de la Ley XIII N° 4, antes decreto Ley 2200.-

IV) Regístrese, protocolícese y notifíquese por su pública proclamación (art. 331 del CPP).-

Omar Florencio Minatta

Los Dres. Rafael Lucchelli y Flavia Trincheri remitieron sus votos a esta sede por correo electrónico con firma digital. Registrada bajo el Nro.: 12 del año 2014 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.